



MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ

COORDENADORES
JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO
GILBERTO GIACOIA
EDUARDO CAMBI

ORGANIZADORES
ADRIANE GARCEL
ANDERSON RICARDO FOGAÇA
RAMON DE MEDEIROS NOGUEIRA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ



**Escola
Superior
do MPPR**

DIREITO, GESTÃO & DEMOCRACIA

Estudos em homenagem
ao Ministro Felix Fischer





COORDENADORES

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

GILBERTO GIACOIA

EDUARDO CAMBI

ORGANIZADORES

ADRIANE GARCEL

ANDERSON RICARDO FOGAÇA

RAMON DE MEDEIROS NOGUEIRA

DIREITO, GESTÃO & DEMOCRACIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO FELIX FISCHER



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL
DE
JUSTIÇA

CIO DA JUSTIÇA



**CÚPULA DIRETIVA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ
BIÊNIO 2021/2022**



DESEMBARGADOR
JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

PRESIDENTE



DESEMBARGADOR
LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA

1º VICE - PRESIDENTE



DESEMBARGADOR
LUIZ CEZAR NICOLAU

CORREGEDOR - GERAL
DA JUSTIÇA



DESEMBARGADORA
JOECI MACHADO CAMARGO

2º VICE - PRESIDENTE



DESEMBARGADOR
ESPEDITO REIS DO AMARAL

CORREGEDOR DA
DA JUSTIÇA

COORDENAÇÃO



JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

PRESIDENTE DO TJPR



GILBERTO GIACOIA

PROCURADOR-GERAL DE
JUSTIÇA DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO PARANÁ



EDUARDO CAMBI

COORD. GERAL DA ESCOLA
SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO PARANÁ

ORGANIZAÇÃO



RAMON DE MEDEIROS NOGUEIRA

DESEMBARGADOR E
DIRETOR GERAL DA EJUD



ANDERSON RICARDO FOGAÇA

JUIZ AUXILIAR DA
PRESIDÊNCIA DO TJPR



ADRIANE GARCEL

ASSESSORA JURÍDICA DA
PRESIDÊNCIA DO TJPR



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná



DIREITO, GESTÃO & DEMOCRACIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO FELIX FISCHER

2022 | Curitiba



AUTORES

Adriane Garcel
Adriano Vottri Bellé
Alessandra Cristina Furlan
Alexandre Magno Augusto Moreira
Alexandre Nasser de Melo
Alcides Wilhelm
Ana Letícia Manfrim Rohden
Ana Lúcia Lourenço
Ana Paula Marques Gusmão
Ana Paula Serizawa Silva Podedworny
Anderson Ricardo Fogaça
André Luiz Machado das Neves
Andrielly Prohmann Chaves Zanella
Angela dos Prazeres
Anna Fernanda Scalla Menotti
Anthony Mortari
Aron Vítor Fraiz Costa
Arthur Mendes Lobo
Bruno Freire Moura
Bruno Smolarek Dias
Cláudio Smirne Diniz
Cynthia Peluzzo de Oliveira
Daniel Marinho Corrêa
Daniel Tempiski Ferreira da Costa
Daniela Braga Paiano
Demetrius Nichele Macei
Denise Hammerschmidt
Domingos Sávio Pinzon Rodrigues
Eduarda Peixoto da Cunha França
Eduardo Cambi
Eduardo Ressetti Pinheiro Marques Vianna
Erinton Cristiano Dalmaso
Fábio André Guaragni
Fabio Caldas de Araújo
Fernando Gustavo Knoerr
Fernando B. S. Fischer
Flávia Osmarin Tosti Menegon
Flávia Jeane Ferrari
Francisco Cardozo Oliveira
Gabriela Silva Ferreira
Giovani Curioletti Pereira
Giovanni Vidal Guaragni
Gilberto Giacoia
Gleison do Prado de Oliveira
Gustavo Calixto Guilherme
Gustavo Afonso Martins Martins
Hélcio Kronberg
Heloisa Cristina Luiz Cappellari
Hermelindo Silvano Chico
Hirminia Dorigan de Matos Diniz
Humberto Martins
Horácio Monteschio
Humberto Lucas Almeida
Isabelle Giacomitti Gavino
Izaura Rodrigues Nascimento
Jean Colbert Dias
João Pedro Barione Ayrosa
Joel Ilan Paciornik
Jonathan Celli Honório
Jorge Guilherme Pacheco
José Laurindo de Souza Netto
José Ricardo de Santana Filho
José Sebastião Fagundes Cunha
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Juliano Felipe de Oliveira
Juliano Fontanella da Silva

AUTORES

Julio Cesar Reccanello Magalhães
Karen Paiva Hippert
Karina Martins Balan
Larissa Pereira Barbosa
Leonardo Dumke Busatto
Leonardo Grillo Menegon
Leonardo Naves dos Reis
Letícia de Andrade Porto
Letícia Ferreira Galves Aguiar
Lidiane Rafaela Araújo Martins
Lilian Cristina Pinheiro Goto
Luana Gabriela Dalmut
Lucas Nogueira Israel
Lucas Vasco Garcia
Luciana de Aboim Machado
Luís Mauro Lindenmeyer Eche
Luiz Alberto Gurgel de Faria
Luiz Edson Fachin
Luiz Eduardo Gunther
Luiz Gustavo de Andrade
Luiz Gustavo Tiroli
Luiza Deretti Martins
Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto
Mara Denise Poffo Wilhelm
Marcel Guimarães Rotoli de Macedo
Márcio Valério Alves da Costa
Maria Celia Nogueira Pinto e Borgo Bzuneck
Mário Montanha Teixeira Filho
Maryângela Aguiar Bittencourt
Mateus Panzeri Fasolo
Melina Girardi Fachin
Miguel Kfourri Neto
Moara dos Santos Daiprai
Natan Galves Santana
Nicole Duarte
Nicolle Yohana Ribeiro Pinto
Nicolli Cristine Fava
Oswaldo Canela Junior
Paolo Roberto de Angelis Bianco
Poliana Maria Cremasco Fagundes Cunha
Priscila Luciene Santos de Lima
Ramon de Medeiros Nogueira
Raphaella Benetti da Cunha Rios
Regina Martinello Lins Pinheiro Vianna
Renan Francelino da Silva
Renata Martins de Sousa
Roberta Zumblick Martins da Silva
Rodrigo Fux
Rodrigo Maia da Fonte
Rogério Cangussu Dantas Cachichi
Roosevelt Arraes
Sandro Gorski Silva
Sandro Mansur Gibran
Sergio Fernando Moro
Sibeli Inêz Fogaça
Thaísa Vieira de Melo
Thiago Flôres Carvalho
Thiago Gonsalves Segunda
Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima
Valdir Ricardo Lima Pompeo Marinho
Valmir César Pozzetti
Valter Foletto Santin
Viktória Santos Marques
Vitória Giovanini Heidrich
Viviane Coêlho de Séllos – Knoerr
Vladimir Brega Filho





**Escola
Superior**
do MPPR



*MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná*



TJPR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ



Recta Ratio

Academia Paraense de Letras Jurídicas

DIREITO, GESTÃO & DEMOCRACIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO FELIX FISCHER



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ESTADO DO PARANÁ
PALÁCIO DA JUSTIÇA**





MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná



DIREITO, GESTÃO & DEMOCRACIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO FELIX FISCHER

2022 | Curitiba







APRESENTAÇÃO

A obra **Direito, Gestão & Democracia**, organizada e coordenada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em conjunto com o Ministério Público do Estado por intermédio de sua Escola Superior, com o apoio da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, tem como objetivo contribuir para a análise e discussão da aplicação de temas jurídicos atuais e polêmicos, com destaque para os direitos e garantias fundamentais, funcionamento e eficiência das instituições que compõem o sistema de justiça, bem como da importância do conhecimento para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Importante lembrar que a obra faz parte da Coleção **Direito, Justiça & Sociedade**, lançada por ocasião das comemorações alusivas a instalação da Escola Judicial do Paraná – EJUD, em maio de 2021. No mesmo ano, dando continuidade a coletânea, lançamos **Direito, Educação & Cidadania**, estudos em homenagem ao Ministro Luiz Edson Fachin.

O trabalho conta com a participação de Ministros, Desembargadores, Procuradores, Advogados e renomados Acadêmicos que atendendo ao chamado para publicação no livro em homenagem ao Ministro Felix Fischer, tornaram possível a reunião em uma obra única dezenas de brilhantes artigos elaborados a partir de suas experiências acadêmicas, teóricas e práticas de autores, pesquisadores e profissionais com vivência institucional e domínio da temática proposta. Ao mesmo tempo que dissemina o conhecimento, a prática e a cultura jurídica ordenados e acumulados pelos autores e suas reflexões, com ênfase na atuação do Poder Judiciário, do Ministério Público

e da advocacia, presta uma singela homenagem ao Ministro Felix Fischer, por toda sua contribuição acadêmica, jurisdicional e profissional.

O Ministro Felix Fischer nasceu em Hamburgo no dia 30 de agosto de 1947. É professor, economista, jurista, magistrado e promotor de justiça naturalizado brasileiro, de origem alemã. Bacharel em ciências econômicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1971) e em direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (1972).

Tornou-se promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná em 1974, sendo promovido a procurador de Justiça em 1990. Foi conselheiro do Conselho Superior do Ministério Público de 1991 a 1992.

É Ministro do Supremo Tribunal de Justiça – STJ desde 1996. Foi presidente dessa corte no período de 2012 a 2014. Foi professor de Direito Penal (na graduação e pós-graduação) e Processo Penal na Universidade Estadual de Londrina (1977 a 1978), professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1979 a 1984) e professor de Direito Penal na Faculdade de Direito de Curitiba, hoje Centro Universitário Curitiba (1985 a 1996).

Admitido à Ordem do Mérito Militar em 1998 no grau de Comendador especial foi promovido em 2002 ao grau de Grande-Oficial

Depois de uma carreira de 23 anos no Ministério Público do Estado do Paraná e 20 anos lecionando Direito e Processo Penal, tornou-se intenso conhecedor da matéria. Para ele não é possível aplicar o Direito sem ter o ser humano como centro da jurisdição.

Em tempo, mais que merecida a homenagem.

Curitiba, 17 de agosto de 2022.

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO
Presidente do TJPR

GILBERTO GIACOIA
Procurador-Geral de Justiça

EDUARDO CAMBI
Coordenador-Geral da Escola Superior do Ministério Público do Paraná



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná



TJPR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ



DIREITO, GESTÃO & DEMOCRACIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO FELIX FISCHER

2022 | Curitiba





Nossos Contatos

Rio de Janeiro

Avenida das Américas, 3443, 2º andar

- Bloco 3B, Sala 202 - Barra da Tijuca,

Rio de Janeiro - RJ - Cep.: 22631-003

Acesse: editoraclassica.com.br

Redes Sociais

facebook.com/EditoraClassica

twitter.com/EditoraClassica

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP - BRASIL)

D598

DIREITO, GESTÃO E DEMOCRACIA- ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO FELIX FISCHER. / Garcel, Adriane. Moro, Sergio Fernando. Guilherme, Gustavo Calixto. Giacoia, Gilberto. Séllos-Knoerr, Viviane Coêlho de. Souza Netto, José Laurindo de. Cambi, Eduardo. Martins, Humberto. Fogaça, Anderson. Nogueira, Ramon de Medeiros. (Et.al). – Curitiba: Editora Clássica. 2022.
11.893 KB. 1.092 p.

ISBN – 978-65-87965-43-7

1. Direito. 2. Gestão. 3. Democracia. I. Garcel, Adriane. II. Moro, Sergio Fernando. III. Guilherme, Gustavo Calixto. IV. Giacoia, Gilberto. V. Séllos-Knoerr, Viviane Coêlho de. VI. Souza Netto, José Laurindo de. VII. Cambi, Eduardo. VIII. Martins, Humberto. IX. Fogaça, Anderson. X. Nogueira, Ramon de Medeiros. XI. Título.

CDD 341.27

CDU 342.7

EDITORA CLÁSSICA

Conselho Editorial

Adriane Garcel
Alessandra Neves Ferreira
Alexandre Walmott Borges
Daniel Ferreira
Elizabeth Accioly
Everton Gonçalves
Fernando Knoerr
Francisco Cardozo de Oliveira
Francisval Mendes
Ilton Garcia da Costa
Ivan Motta
Ivo Dantas
José Edmilson de Souza-Lima
Jonathan Barros Vita
Juliana Cristina Busnardo de Araujo
Lafayette Pozzoli
Leonardo Rabelo
Lívia Gaigher Bósio Campello
Lucimeiry Galvão

Luiz Eduardo Gunther
Luisa Moura
Maria Lucia de Barros Rodrigues
Mara Darcanchy
Massako Shirai
Mateus Eduardo Nunes Bertoncini
Nilson Araújo de Souza
Norma Padilha
Paulo Ricardo Opuszka
Roberto Genofre
Salim Reis
Silvana V Croope
Valesca Raizer Borges Moschen
Vanessa Caporlingua
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr
Vladmir Silveira
Wagner Ginotti
Wagner Menezes
Willians Franklin Lira dos Santos

Equipe Editorial

Editora Responsável: Verônica Gottgroy
Diretora Responsável: Luciane de Araujo Pereira
Produção Editorial: Editora Clássica
Capa: Editora Clássica

PREFÁCIO	27
A DEMOCRACIA NA REDE (<i>Luiz Edson Fachin, Lucas Nogueira Israel, Roberta Zumblick Martins da Silva</i>)	31
PRINCÍPIOS DA LEALDADE E DA BOA-FÉ NO MODERNO PROCESSO PENAL BRASILEIRO (<i>Joel Ilan Paciornik, Valdir Ricardo Lima Pompeo Marinho</i>)	43
EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO: BREVES CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS (<i>Luiz Alberto Gurgel de Faria, Rodrigo Maia da Fonte</i>)	61
CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (<i>Fernando B. S. Fischer</i>)	71
A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A JURISDIÇÃO (<i>Rodrigo Fux</i>)	97
O PÓS-FUNDACIONALISMO COMO FUNDAMENTO DE UMA NOVA TÉCNICA DE DECISÃO JUDICIAL EM CASOS DE REPERCUSSÃO GLOBALIZADA: A FORÇA DOS PRECEDENTES ESTRANGEIROS NO JULGAMENTO INTERNO EM DEFESA DE UM PLURALISMO JURÍDICO DEMOCRÁTICO (<i>Daniel Tempski Ferreira da Costa</i>)	115
UTILIZAÇÃO DE DADOS NOS INQUÉRITOS POLICIAIS: UMA ANÁLISE DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO MITIGADOS NA FASE DA INVESTIGAÇÃO (<i>Eduardo Ressetti Pinheiro Marques Vianna, Regina Martinello Lins Pinheiro Vianna</i>)	135
O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL: A IRRETROATIVIDADE DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (<i>Luís Mauro Lindenmeyer Eche</i>)	145
POR QUE A DECISÃO NA MEDIDA CAUTELAR NA ADPF Nº 779 NÃO IMPEDE A ABSOLVIÇÃO POR LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA (<i>Thiago Flôres Carvalho</i>)	173
A GESTÃO DE MENSURAÇÃO DA EFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO (<i>Lidiane Rafaela Araújo Martins</i>)	187

A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL: UMA REVISÃO DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS MATERIAIS E PROCESSUAIS <i>(Fabio Caldas de Araújo, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira)</i>	203
A LGPD PENAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS NA COOPERAÇÃO POLICIAL INTERNACIONAL <i>(Domingos Sávio Pinzon Rodrigues, Valmir César Pozzetti, Leonardo Naves dos Reis, Maryângela Aguiar Bittencourt)</i>	227
A RECOMENDAÇÃO Nº 123/22 DO CNJ: A CONSTRUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO CONVENCIONAL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO <i>(Anderson Ricardo Fogaça, Eduardo Cambi, José Laurindo de Souza Netto, Letícia de Andrade Porto, Melina Girardi Fachin)</i>	243
A (DES)NECESSIDADE DO ESGOTAMENTO DA BUSCA DE BENS DO DEVEDOR PARA O DEFERIMENTO DA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA <i>(Arthur Mendes Lobo, Juliano Felipe de Oliveira, Marcel Guimarães Rotoli de Macedo)</i>	257
O PENSAMENTO DE EMMANUEL LÉVINAS COMO FUNDAMENTO PARA A COMPREENSÃO DO ESTADO, DO SERVIÇO PÚBLICO E DO DESENVOLVIMENTO <i>(Hirmínia Dorigan de Matos Diniz, Vladimir Brega Filho, Valter Foletto Santin)</i>	267
A LIBERDADE COMO NÃO-DOMINAÇÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO DIANTE DA ARBITRARIEDADE POLÍTICA E DA MILITÂNCIA IDEOLÓGICA <i>(Erinton Cristiano Dalmaso)</i> .	279
TUTELA PENAL DE BENS SUPRAINDIVIDUAIS: LINHAS SOBRE A LEGITIMIDADE, TITULARIDADE E CONSENTIMENTO DO OFENDIDO <i>(Fábio André Guaragni, Giovanni Vidal Guaragni)</i>	295
RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A LEGITIMIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS LESADAS APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 14.230/2021 <i>(Giovani Curioletti Pereira, Leonardo Dumke Busatto)</i>	317
TOQUES DE GOVERNANÇA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: DESAFIOS PARA A GESTÃO PÚBLICA <i>(Cláudio Smirne Diniz, Hirmínia Dorigan de Matos Diniz)</i>	331
A SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL E A PROFISSIONALIZAÇÃO DO ESPORTE NACIONAL <i>(Ramon de Medeiros Nogueira, Alexandre Nasser de Melo, Humberto Lucas Almeida)</i>	343
O ASSÉDIO MORAL E A CONVENÇÃO 190 DA OIT: PERSPECTIVA DE PREVENÇÃO INSERIDA NAS OBRIGAÇÕES DE FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA <i>(Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima, Luiz Eduardo Gunther, Francisco Cardozo Oliveira)</i>	359
TELETRABALHO. BREVE ANÁLISE COMPARADA ENTRE PORTUGAL E BRASIL <i>(Ana Lúcia Lourenço)</i>	375
A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS DAS MULHERES: CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA FEMININA E A GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO NAS ELEIÇÕES <i>(Denise Hammerschmidt, Moara dos Santos Daiprai)</i>	393

O TRABALHO COMO MECANISMO ESSENCIAL À RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO E A POSSIBILIDADE DE REMIÇÃO DE PENA PELO TRABALHO NO REGIME ABERTO <i>(Luiz Eduardo Gunther, Jean Colbert Dias, Alexandre Magno Augusto Moreira)</i>	411
ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL NA ALIENAÇÃO JUDICIAL DE VEÍCULOS: UMA QUESTÃO DE CIDADANIA <i>(Hélcio Kronberg, Priscila Luciene Santos de Lima, Fernando Gustavo Knoerr)</i>	427
A INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM ESCOLAS PARTICULARES: UMA ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO DO STF SOB A ÓTICA DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS <i>(Roosevelt Arraes, Lucas Vasco Garcia)</i>	439
BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A (IN)APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO FORO EXTRAJUDICIAL <i>(Cynthia Peluzzo de Oliveira)</i>	451
ONDE ESTÁ A CRIMINOLOGIA? MAPEAMENTO DA DISCIPLINA NOS CURSOS JURÍDICOS DE GRADUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR DO DISTRITO FEDERAL E CAPITAIS DOS ESTADOS BRASILEIROS" <i>(Gabriela Silva Ferreira)</i>	463
VIOLAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELA MÍDIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA <i>(Karina Martins Balan, Letícia Ferreira Galves Aguiar, Natan Galves Santana)</i>	481
ORDEM ECONÔMICA COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA SOCIAL NA REALIDADE BRASILEIRA <i>(Francisco Cardozo Oliveira, Mara Denise Poffo Wilhelm, Gustavo Afonso Martins, Alcides Wilhelm)</i>	495
DIREITO À VIDA NA JURISPRUDÊNCIA PRÓ-ATIVA DO STF <i>(Nicolli Cristine Fava, Luiz Gustavo de Andrade)</i>	511
INADIMPLETAMENTO CONTRATUAL RELATIVO E ABSOLUTO DOS USUÁRIOS DE PLANO DE SAÚDE DIANTE DA PANDEMIA DO COVID-19 E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA <i>(Thaísia Vieira de Melo)</i>	525
ESTUDOS INICIAIS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO <i>(Julio Cesar Reccanello Magalhães)</i>	537
O JUDICIÁRIO NA PANDEMIA E O "ANYWHERE OFFICE" <i>(José Laurindo de Souza Netto, Bruno Smolarek Dias, Lilian Cristina Pinheiro Goto, Anna Fernanda Scalla Menotti)</i>	547
CONFLITOS DE TERRA E PODER JUDICIÁRIO: A DESOCUPAÇÃO DO PINHEIRINHO <i>(Mário Montanha Teixeira Filho)</i>	559
A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO EM FACE DA AUTOMAÇÃO COMO MECANISMO CONSTITUCIONAL DE TUTELA CONTRA O DESEMPREGO TECNOLÓGICO <i>(Luciana de Aboim Machado, Bruno Freire Moura, José Ricardo de Santana Filho)</i>	579
RISCOS ÀS DEMOCRACIAS MODERNAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PENSAMENTO DE GÜNTHER JAKOBS E ZYGMUNT BAUMAN <i>(Angela dos Prazeres)</i>	593
A CORRUPÇÃO E A GRAMA DO VIZINHO: UM ENSAIO SOBRE OS BONS EXEMPLOS <i>(Adriano Vottri Bellé)</i>	599

O SISTEMA MULTIORTAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E OS SERVIÇOS NOTARIAIS: UMA ANÁLISE SOBRE SUA APLICAÇÃO AOS TABELIONATOS DE PROTESTOS (<i>Horácio Monteschio, Viviane Coêlho de Séllos - Knoerr, Adriane Garcel, José Laurindo de Souza Netto</i>)	609
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: A OPERACIONALIDADE DO MANDATO TRANSFORMADOR NO CONTEXTO REGIONAL (<i>Sandro Gorski Silva</i>)	623
A ADOÇÃO NA PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL: DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E À CIDADANIA (<i>Alessandra Cristina Furlan, Daniela Braga Paiano, Luiz Gustavo Tiroli</i>)	637
AS CLÁUSULAS GERAIS E A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES E DA SEGURANÇA JURÍDICA NA CODIFICAÇÃO CIVIL (<i>Isabelle Giacomitti Gavino</i>)	655
IDENTIDADE DE GÊNERO NAS FORÇAS ARMADAS: A ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CONCRETIZAR DIREITOS HUMANOS NO MEIO CASTRENSE (<i>Jonathan Celli Honório, Valmir César Pozzetti, Leonardo Naves dos Reis, André Luiz Machado das Neves</i>)	675
LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: DIRETRIZES E IMPLICAÇÕES PARA UMA SOCIEDADE PANDÊMICA (<i>Adriane Garcel, Sergio Fernando Moro, Karen Paiva Hippert, Miguel Kfoury Neto, Flávia Jeane Ferrari</i>)	699
O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL E SUA APLICAÇÃO NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL (<i>Thiago Gonsalves Segunda</i>)	719
A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA USUCAPIÃO DE ÁREAS AMBIENTALMENTE PROTEGIDAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CÍVEL 0002027-42.2009.8.16.0026 PELO TJ-PR (<i>Aron Vitor Fraiz Costa, Luana Gabriela Dalmut, Luiza Deretti Martins</i>)	731
CUSTO MARGINAL PRÓXIMO A ZERO: INTERNET DAS COISAS, UMA ANÁLISE AO NOVO PARADIGMA EMERGENTE DO CAPITALISMO (<i>Andrielly Prohmann Chaves Zanella, Demetrius Nichele Macei, Sandro Mansur Gibran</i>)	741
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOTADAMENTE QUANTO A PRODUÇÃO DE PROVA (<i>Heloisa Cristina Luiz Cappellari, Gleison do Prado de Oliveira</i>)	753
O DIREITO, A JUSTIÇA E A SOCIEDADE NA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO NO BRASIL (<i>Vitória Giovanini Heidrich</i>)	765
IMPLICAÇÕES DO DIREITO (E DEVER) À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: ANÁLISE NOS ÂMBITOS CÍVEL E PENAL (<i>Paolo Roberto de Angelis Bianco, Victória Santos Marques</i>)	775
O RECEBIMENTO INDIRETO DE VANTAGEM INDEVIDA E O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: SÃO MESMO NECESSÁRIOS ATOS POSTERIORES E AUTÔNOMOS DE RECICLAGEM PARA CONFIGURAÇÃO DE AUTOLAVAGEM? (<i>Juliano Fontanella da Silva</i>)	793

A REPRESA BILLINGS E O RECURSO ESPECIAL 403.190/SP: UM CASO DE AÇÃO HUMANA NO ANтропоCENO (<i>José Sebastião Fagundes Cunha, Márcio Valério Alves da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi</i>)	817
MULTA COMINATÓRIA OU ASTREINTE: ANÁLISE A LUZ DA NORMA PROCESSUAL E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (<i>Larissa Pereira Barbosa</i>)	827
A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO ATUAL CENÁRIO DO DIREITO DE FAMÍLIA (<i>Nicole Duarte, Hermelindo Silvano Chico</i>)	849
BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AFETADOS PELA TECNOLOGIA (<i>Ana Letícia Manfrim Rohden</i>)	867
NO CAMINHO DA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ, MEDIANTE A APROXIMAÇÃO E O DIÁLOGO COM OUTRAS INSTITUIÇÕES E COM A SOCIEDADE (<i>Renata Martins de Sousa</i>)	881
ENTRE VULNERABILIDADES, EMERGÊNCIAS E DESIGUALDADES: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS OCASIONADOS PELA PANDEMIA DO COVID-19 NOS SISTEMAS PÚBLICO E PRIVADO DA EDUCAÇÃO INFANTIL (<i>Renan Francelino da Silva, Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto, Eduarda Peixoto da Cunha França</i>)	901
PRÁTICAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIOEDUCATIVAS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL NO ESTADO DO PARANÁ (<i>Ana Paula Marques Gusmão, Anthony Mortari, Daniela Braga Paiano</i>)	923
A CONTROVERTIDA QUESTÃO DA (IR) RETROATIVIDADE DA LEI Nº 14.230/2021 - DECISÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO EM QUE HÁ A SUPRESSÃO LEGAL DE SANÇÕES REFERENTES A PERDA DA FUNÇÃO E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS (<i>José Sebastião Fagundes Cunha, Poliana Maria Cremasco Fagundes Cunha</i>)	941
OS INSTITUTOS DESPENALIZADORES COMO INSTRUMENTOS DE IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS (<i>MULTI-DOOR COURTHOUSE SYSTEM</i>) NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA (<i>Sibeli Inêz Fogaça</i>)	953
TEORIA DO ESPAÇO LIVRE: FUNDAMENTOS, CRÍTICAS E APROXIMAÇÕES DO DIREITO BRASILEIRO (<i>João Pedro Barione Ayrosa</i>)	963
A PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PELA DEFENSORIA PÚBLICA EM LONDRINA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL EM CRECHE (<i>Nicolle Yohana Ribeiro Pinto, Maria Celia Nogueira Pinto e Borgo Bzuneck</i>)	975
O TRATAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES FACE À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL (<i>Leonardo Grillo Menegon, Flávia Osmarin Tosti Menegon</i>)	995
A GRATUIDADE DA JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO IMPRESCINDÍVEL PARA O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA E CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA DEMOCRÁTICA: LEI 13.467/2017 E ADI 5766/DF, O EMBATE ENTRE A PERDA OU MANUTENÇÃO DE DIREITOS (<i>Jorge Guilherme Pacheco</i>)	1009

FELIX FISCHER E O JUBILEU DE PRATA NO STJ: EXECUÇÃO DA PENA E SEGURANÇA JURÍDICA <i>(Raphaella Benetti da Cunha Rios)</i>	1019
REMIÇÃO DA PENA: UMA NOVA PÁGINA NA TRAJETÓRIA DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO ANÍSIO JOBIM (COMPAJ) EM MANAUS/AM <i>(Ana Paula Serizawa Silva Podedworny, Valmir César Pozzetti, Izaura Rodrigues Nascimento)</i>	1033
DESACORDO CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO PROCESSUAL CIVIL: ANÁLISE DA JUSTIÇA GRATUITA, ASSISTÊNCIA JUDICIAL E ASSISTÊNCIA JURÍDICA <i>(Mateus Panzeri Fasolo, Daniel Marinho Corrêa)</i>	1051
CIDADANIA E SEGURANÇA PÚBLICA: A POSSIBILIDADE DE INVESTIMENTO POR MEIO DA GESTÃO DE ATIVOS E ALIENAÇÃO CAUTELAR DE BENS APREENDIDOS DO CRIME ORGANIZADO <i>(José Laurindo de Souza Netto, Gustavo Calixto Guilherme, Adriane Garcel)</i>	1063
FUNDAMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA <i>(Oswaldo Canela Junior)</i>	1073





MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Presidente do Superior Tribunal de Justiça - STJ

Dá instrução ao sábio, e ele se fará mais sábio; ensina o justo, e ele crescerá em prudência.

(Provérbios 9:9)

É com imensa satisfação que, atendendo ao convite do Desembargador José Laurindo de Souza Netto, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e também do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil, apresento esta obra contendo artigos escritos por notáveis juristas que se dedicaram aos temas relacionados a “DIREITO, GESTÃO E DEMOCRACIA”, estudos em homenagem ao Ministro Felix Fischer, decano do Superior Tribunal de Justiça.

Organizada em parceria com o Tribunal de Justiça e o Ministério Público do Paraná, esta coletânea traz 70 artigos científicos de autoria de magistrados, promotores, advogados, membros da Academia Paranaense de Letras, além de renomados professores e juristas, e aborda temas relevantes que refletem diretamente na eficiência e na efetividade da prestação jurisdicional.

Trata-se de leitura indispensável, em que são demonstradas a evolução dos assuntos cotidianos do Sistema de Justiça brasileiro e a vivência prática das necessidades corriqueiras, fruto do trabalho de autores que conseguiram reunir a precisão e a profundidade dogmática que caracterizam as grandes obras jurídicas.

Hoje, podemos afirmar que o Poder Judiciário brasileiro possui um verdadeiro microsistema, sistemático e moderno, de justiça digital, de novas políticas públicas e de gestão descentralizada, o que possibilita avanços significativos em prol de maior inclusão social e de integração, garantindo indistinta prestação jurisdicional.

Destaco que o homenageado desta coletânea, Ministro Felix Fischer, é uma referência doutrinária em Direito Penal. Relatou casos de grande repercussão nacional e foi o único componente da história do Tribunal da Cidadania a completar, no ano de 2021, 25 anos de atuação na Corte Superior.

A sua trajetória profissional é um marco para toda a Justiça brasileira: exerceu diversas funções no Ministério Público do Paraná; atuou como professor em instituições de ensino superior, na Escola da Magistratura do Paraná e na Escola do Ministério Público do Paraná, quando, por várias vezes foi homenageado sendo “nome de turma”

Paralelamente às funções desempenhadas no STJ, Fischer atuou como ministro do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e Corregedor-Geral Eleitoral, dirigiu a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e foi também diretor da Revista do STJ e presidente da Comissão de Jurisprudência.

Durante a sua gestão à frente da Presidência do STJ, elegeu a informatização um de seus principais objetivos e adotou medidas importantes para a consolidação do avanço representado pela digitalização processual, como a obrigatoriedade do peticionamento eletrônico e a implantação do Modelo Nacional de Interoperabilidade (MNI), estabelecendo padrões para o intercâmbio de informações de processos judiciais e similares entre os administradores da Justiça, firmando acordo de integração eletrônica de processos, comunicações e documentos com a Procuradoria-Geral da República.

Merecida a homenagem proposta a esse admirado ministro, cuja atuação sempre foi firme e marcante.

Discutir temas tão complexos, de forma tão aprofundada, clara e qualificada, torna-se mais fácil e eficiente quando há autores do nível desta coletânea. Por isso, acredito nesta imprescindível obra, que se destaca não apenas pela qualidade, como também pela atualidade.

Parabenizo os autores pela brilhante iniciativa, na certeza de que esta obra já nasce com a grande vocação de se tornar uma formidável contribuição ao Sistema de Justiça brasileiro e ao exercício da cidadania!

Boa leitura a todos!

MINISTRO HUMBERTO MARTINS¹

Presidente do Superior Tribunal de Justiça - STJ

¹ Humberto Martins formou-se em direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL) em 1979, e em administração pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió (CESMAC) em 1980. Foi promotor de Justiça adjunto do Ministério Público do Estado de Alagoas, de 1979 a 1982, e atuou como advogado de 1979 a 2002, desempenhando, entre outras funções, a de procurador do Estado de Alagoas (1982-2002), conselheiro da Advocacia-Geral do Estado de Alagoas (1993-1995), membro do Conselho Administrativo da Companhia de Abastecimento e Saneamento de Água de Alagoas (1995-1998). Na seção alagoana da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), exerceu as funções de conselheiro (1991-1995), vice-presidente (1995-1998) e presidente (1998-2002). Lecionou na Universidade Federal de Alagoas de 1992 a 2006. Em 2002, ingressou na magistratura através do quinto constitucional, ao ser nomeado como desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas pelo governador Ronaldo Lessa, em vaga destinada a advogado.



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná



TJPR

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO PARANÁ

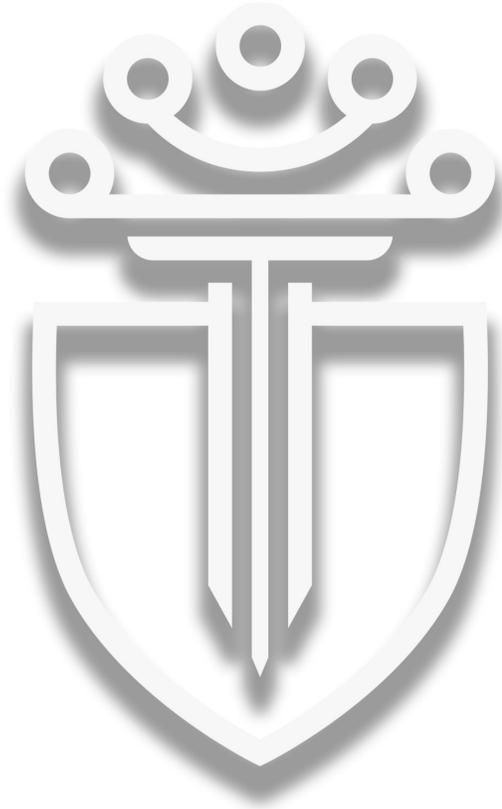


DIREITO, GESTÃO & DEMOCRACIA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO FELIX FISCHER

2022 | Curitiba





TJPR

A DEMOCRACIA NA REDE

Luiz Edson Fachin¹, Lucas Nogueira Israel², Roberta Zumblick Martins da Silva³

INTRODUÇÃO

As mudanças que as novas tecnologias ocasionam na vida em sociedade mostram-se de forma paradoxal: são ao mesmo tempo tão constantes e silenciosas que se corre o risco de passarem despercebidas — pois simplesmente naturalizadas — ; e ao mesmo tempo tão aceleradas e intensas que são capazes de alterar profundamente a organização social de todo o globo.

As reflexões e apontamentos aqui colocados são resultado das discussões entre os autores, tanto em meio acadêmico como nas oportunidades de trabalho, e dos receios e esperanças compartilhados por esses. Busca-se compreender os riscos e desafios que a convivência digital por meio das redes sociais — intensificada pelo isolamento social e restrições de convivência pessoal — apresentam para a democracia, para que se perceba e — eventualmente — contribua na construção de caminhos para mitigá-los.

1 LIBERDADDE, DEMOCRACIA E O PAPEL DO DISCURSO

Sen⁴, prêmio Nobel de Economia por seu trabalho em direitos sociais, sustenta que a democracia não se resume ao governo da maioria. As demandas da democracia são complexas e, além do direito ao voto e do respeito aos resultados eleitorais, exigem a proteção de liberdades e direitos, a garantia da livre discussão e distribuição sem censura — o que o autor chama de notícias e comentários justos. Tal afirmação deu-se em conferência no ano de 1999, no alvorecer da revolução tecnológica da internet e do mundo como hoje o conhecemos. O signficante *fake news* não detinha na oportunidade o significado atribuído na atualidade; a ética do discurso do dissenso, no entanto, já era percebida como exigência democrática. Defende que eleições podem representar danos grandiosos, quando os diferentes lados não dispõem da oportunidade de apresentar seus respectivos casos adequadamente; ou, quando o eleitorado não for livre para obter notícias e considerar pontos de vista divergentes dos que concorrem ao pleito. Assim, a democracia mostra-se um sistema

¹ Ministro do Supremo Tribunal Federal; Professor do UNICEUB. Alma Mater: Universidade Federal do Paraná; Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo); autor de diversas obras e artigos.

² Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília-UnB. Possui graduação em Direito pela Universidade de Brasília-UnB. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e Magistrado Auxiliar de Ministro do STF. Foi Promotor de Justiça e Advogado da União.

³ Mestre em Direito pela Universidade de Brasília / UnB, especialista em Direito Processual e graduada em Direito pela CESUSC. Pesquisadora do Projeto de Pesquisa & Desenvolvimento VICTOR em parceria da UnB com o STF e coautora do livro Inteligência Artificial e Direito. Assessora de Ministro do STF.

⁴ SEN, Amartya (1999): Democracy as a Universal Value. Disponível em: <http://goo.gl/wUjPfh>. Acesso em: maio de 2021.

exigente, não podendo ser reduzida a uma condição mecânica de governo da maioria isoladamente considerada.

Ademais, a democracia está intensamente relacionada à justiça, em razão do papel que a argumentação pública desempenha tanto para esta quanto para a prática democrática. Ambas possuem características discursivas: *“as exigências da justiça só podem ser avaliadas com a ajuda da argumentação pública, e esta argumentação é constituída na ideia da democracia.”* E, nesse sentido, para que opere numa sociedade democrática, a razão pública depende do voto secreto para a sua expressão e do processo de argumentação pública para a sua eficácia. O resultado das votações necessita, portanto, ser acompanhado de liberdade de expressão, acesso à informação e a liberdade de discordância.⁵

Sen⁶, ao pontuar que a democracia como valor universal é a maior conquista do século XX, elenca três virtudes que decorrem de sua prática irrestrita. A primeira é a liberdade política: o livre exercício de direitos políticos e civis é ponto nevrálgico para o desenvolvimento adequado dos indivíduos como seres sociais. A segunda é o valor instrumental da democracia de aumentar a capacidade de grupos serem ouvidos ao apresentarem suas demandas por atenção política. E a terceira, de suma importância para os receios sobre os quais este texto propõe-se a refletir, é que a prática democrática confere aos cidadãos a oportunidade de conhecimento uns sobre os outros, auxiliando a sociedade a formar seus valores e prioridades. A democracia exige discussão pública e troca de informações, pontos de vista e análises. Sua importância é construtiva: tanto como valor intrínseco na vida dos cidadãos como por ser instrumental para decisões políticas.

As reflexões aqui apresentadas pautam-se nessa perspectiva da democracia como valor universal, em seu perfil discursivo de argumentação pública e no papel do fluxo de informações e convivência social.

2 AS REDES SOCIAIS E UM NOVO ALFABETO

Nos tempos recentes, jornalistas e escritores comparam as tecnologias digitais, especialmente as mídias sociais, ao advento da prensa tipográfica, quanto ao impacto que podem gerar na forma como circula a informação. Se anteriormente era necessário dispor de uma torre de rádio ou televisão, ou do acesso a uma gráfica para que uma ideia ou informação pudesse alcançar uma coletividade, na atualidade só se precisa de acesso à internet para se divulgar o pensamento. Yascha Mounk⁷ afirma que, ainda que se tomem as precauções devidas de uma visão cronocentrista, é difícil negar os paralelos existentes entre as invenções: tal como a prensa tipográfica, a internet e as mídias sociais transformaram fundamentalmente as condições estruturais da comunicação.

⁵ LAGE, Fernanda de Carvalho. Democracia, Liberdade e Direitos Humanos: os postulados teóricos de Amartya Sen. Chiado Books, 2016.

⁶ SEN, *op. cit.*

⁷ MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia. Companhia das Letras; 1. ed., 2019. p.167.

A prensa possibilitou que a informação alcançasse parcela muito maior da população, desempenhando papel fundamental no renascimento de ideias e na disseminação da alfabetização. A informação deixou de ser de “um para poucos” para ser de “um para muitos” ao longo do tempo — mesmo assim a partir de “um”. Todavia, o mundo das empresas de televisão ainda se assemelhava ao mundo de Martinho Lutero: para que uma ideia fosse amplamente divulgada, era necessário dispor de muito dinheiro, ou convencer os detentores dos meios de distribuição a apresentá-la em seus veículos.

Com a *web*, a promessa inerente da comunicação de “um para muitos” é concretizada, mas é o advento das redes sociais que transforma mais uma vez a forma de comunicação, alterando a dinâmica da transmissão, que passa a ser de “muitos para muitos”. Mounk⁸ avalia que a característica mais forte da nova forma de comunicação é a de que “os maiores atores nesse jogo perderam em grande parte a sua capacidade de controlar a disseminação de ideias ou mensagens que repercutem entre pessoas comuns”.

Inicialmente, o potencial das mídias sociais para a disseminação e concretização de ideias democráticas parecia incontestável, em que a perda de influência dos difusores tradicionais atuou como empoderamento de pessoas comuns, impulsionando a democracia. O senso comum sobre as mídias sociais era dominado por otimismo. A possibilidade de qualquer cidadão transmitir notícias, reportar delitos, mobilizar protesto e vigiar governos dava sinais concretos de mudanças. São muitos os exemplos dos anos 2010: em 2011 as manifestações na Tunísia, no Egito, na Líbia e na Síria que, mesmo que tenham tido motivos e características peculiares entre si, ficaram conhecidas no Ocidente como a primavera árabe, pelo papel impulsionador de mobilização pelo uso das redes sociais.

Nos Estados Unidos, elenca-se o movimento inspirado na primavera árabe *Occupy Wall Street*⁹ (2010) que criticava desigualdade econômica e social, e *Black Lives Matter*¹⁰ (2013) em protesto à violência racial policial¹¹. No contexto nacional, destaca-se a movimentação que tomou as ruas em junho de 2013, como reação a repressões violentas do movimento passe livre, mas que passou a englobar demandas diversas de insatisfação popular.¹²

Apesar de advertências desde a criação das redes sociais de que essas ferramentas digitais poderiam ser usadas em violação aos postulados mínimos de ética e justiça, o otimismo e as alegações ambiciosas do potencial das mídias sociais para aprofundar e difundir a democracia pareciam inquestionáveis em 2014 e 2015. Mounk¹³ afirma que desde então a percepção virou de cabeça para baixo, explicando:

⁸ Op. cit. p. 168.

⁹ Disponível em: <https://www.politize.com.br/occupy-wall-street/>

¹⁰ Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-55387003>

¹¹ MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia. Companhia das Letras; 1. ed., 2019.

¹² STURARI, Vinícios de Souza. Manifestações brasileiras e o movimento vem pra rua: breve análise dos acontecimentos. Revista Em Tese, UFSC, Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Ciência Política, v. 17 n. 2 (2020): Seção Especial COVID-19 e Edição Especial I Seminário Sociologia e Política.

¹³ Op. cit. p. 172.

Durante toda a improvável campanha de Trump, ficou estampado o papel decisivo das mídias sociais em contornar os difusores tradicionais da política americana. Numa época anterior, as redes de TV provavelmente teriam se recusado a levar ao ar suas mentiras descaradas ou as diatribes contra imigrantes, minorias religiosas e adversários políticos. Mas, graças ao Twitter, Donald Trump não precisava da infraestrutura dos veículos de mídia tradicionais. Em vez disso, podia tuitar mensagens diretamente para seus milhões de seguidores. Quando o fazia, as emissoras convencionais enfrentavam uma escolha amarga: ignorar o principal assunto da conversa e cair na irrelevância — ou discutir cada tuíte à exaustão, desse modo amplificando ainda mais a mensagem de Trump, conforme a dissecavam sob os olhos do público. Não surpreende que tenham se decidido pelo segundo curso de ação.¹⁴

A expressão câmaras de eco, “*Echo Chambers*”, foi utilizada em artigo de autoria de Sustain, Quattrociochi e Scalla¹⁵, em que apresentam um estudo empírico de análise de comportamento de usuários do *Facebook* da Itália e Estados Unidos em relação a publicações conspiratórias *versus* as cientificamente embasadas e a consequente polarização por viés de confirmação.

Ethan Zuckerman¹⁶ avalia a crise de credibilidade das mídias tradicionais e o espaço ocupado por estas denominadas câmaras de eco das mídias sociais na promoção de notícias falsas e ideias obscuras — que não ganhariam espaço ou credibilidade dentro do jornalismo tradicional. Afirma que a adequação de uma notícia no meio jornalístico passa por três filtros: (i) o do consenso, no qual a concordância majoritária da população quanto a um tópico ou assunto não vale o tempo da discussão (ex.: democracia como a melhor forma de governo); (ii) o do desvio, em que também há concordância quanto a discussões inaceitáveis, e, no mesmo sentido, sem tempo para a discussão; e (iii) a da controvérsia legítima, esfera que inclui os tópicos tradicionais dos debates políticos nos quais se espera que os jornalistas apresentem-se de forma neutra para permitir a discussão. Coloca que pessoas cuja visão de mundo situam-se fora da esfera da controvérsia legítima (e dentro da esfera do desvio) encontra na mídia tradicional um verdadeiro opositor: uma pessoa que considere que não deve haver separação entre a igreja e o Estado não encontrará na mídia tradicional espaço para debate.

Aponta que portais da internet como o *Breitbart*, conhecido e devidamente criticado por apresentar visões de supremacia racial, veicular notícias falsas e teorias da conspiração, desempenham o papel de legitimar visões de mundo que são consideradas de desvio, colocando-as dentro da esfera da controvérsia legítima. Pessoas com visões de mundo não contempladas no debate político pela mídia tradicional passaram

¹⁴ MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia. Companhia das Letras; 1. ed., 2019. p. 173.

¹⁵ QUATTROCIOCHI, Walter; SCALA, Antonio e SUNSTEIN, Cass R. Echo Chambers on Facebook, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2795110> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2795110>

¹⁶ ZUCKERMAN, Ethan. “Mistrust, efficacy and the new civics: Understanding the deep roots of the crisis of faith in journalism.” Knight Commission Workshop on Trust, Media and American Democracy, Aspen Institute, 2017.

a encontrar veículos compatíveis com suas posições políticas radicalizadas e, no espaço digital de câmaras de eco, com um discurso persuasivo de baixa densidade, passaram a atrair mais pessoas para sua radicalização^{17 18}.

O problema não está simplesmente na existência e circulação da informação injusta, mas na forma como ela ocorre e os impactos que isso causa nas noções de democracia inicialmente expostas.

Eli Parisier¹⁹ publicou em 2011 a obra *“The filter bubble”*, traduzido como “O filtro invisível” para o português, em que aborda as formas como a informação circula na internet. O termo “filtro-bolha” foi cunhado pelo autor para explicar o fluxo peculiar das informações no meio digital, especialmente nas redes sociais. Há um ditado popularizado no meio digital que diz “quando um serviço é gratuito, o preço é você”. As redes sociais lucram a partir do tempo que o indivíduo se mantém *online*, interagindo.

Os algoritmos funcionam como *“gatekeepers”* e mostram-nos o que gostamos e o que nos deixa confortáveis — para que fiquemos *online* o máximo de tempo possível. Se a democracia, conforme colocado, demanda a troca de pontos de vista, informações, análises e da convivência com as diferenças, não é de se estranhar que ela entre em crise em uma sociedade que passou a viver em bolhas de conforto ideológico.

Importante frisar que o uso de filtros-bolha nas redes sociais vêm sendo objeto de debate social, mas que essas não são as únicas a utilizá-los. As versões digitais dos meios tradicionais de comunicação e as próprias ferramentas de busca da internet também se utilizam deste mecanismo invisível de edição de conteúdo e informação. Quando o autor²⁰ do termo “filtro-bolha” proferiu sua *Ted Talk* em 2011, mencionou que há cerca de 57 variáveis que o *Google* leva em consideração para ajustar os resultados de busca apresentados. Não há um *Google*-padrão, ainda que dois indivíduos submetam uma pesquisa utilizando exatamente as mesmas palavras-chave. A tempo e modo, a internet nos mostra que algoritmos de *profiling* avalia o que queremos ver, e não o que precisamos ver.

Zuckerman²¹ enfatiza que a busca por mídias ideologicamente compatíveis não é uma novidade trazida pela convivência social em redes pautadas por algoritmos. As pessoas já buscavam esse conforto: seja essa escolha por preguiça intelectual ou por um simples senso de eficácia. Entretanto, as redes sociais trazem uma camada de complexidade

¹⁷ “Ainda que esteja menos popular do que nas eleições de 2016, o site é 61º no ranking de acessos de sites americanos, próximo em popularidade ao the Washington Post. No *dataset* que examina como os *sites* são compartilhados no *twitter* ou *facebook*, Breitbart é a quarta mídia mais influente, atrás da CNN, do The New York Times e do site de política The Hill.”

¹⁸ ZUCKERMAN, Ethan. “Mistrust, efficacy and the new civics: Understanding the deep roots of the crisis of faith in journalism.” Knight Commission Workshop on Trust, Media and American Democracy, Aspen Institute, 2017.p.16

¹⁹ PARISIER, Eli. O filtro invisível: O que a internet está escondendo de você. Editora Zahar, 2012.

²⁰ Op. cit.

²¹ ZUCKERMAN, Ethan. “Mistrust, efficacy and the new civics: Understanding the deep roots of the crisis of faith in journalism.” Knight Commission Workshop on Trust, Media and American Democracy, Aspen Institute, 2017.

perigosa. A diferença não é a possibilidade de se escolher quais as informações — verdadeiras ou falsas, narrativas e pontos de vista em que se entra em contato, mas o fato de o indivíduo não estar consciente do que escolhe e do que deixa de ver.

A compreensão deste fluxo ajuda a compreender como nos últimos anos ideias tão obscuras ganharam espaço e tamanha credibilidade. Neste modelo de comunicação “de muitos para muitos”, essas bolhas criaram câmaras de eco bastante estreitas. Yascha Mounk²² menciona que “Em algumas esquinas da internet — isto é, nos *feeds* do Facebook e nas *timelines* do Twitter de parcela significativa da população americana —, nenhuma maledicência contra Hillary Clinton parecia tão absurda que não pudesse ser verdade”.

No artigo de Sustain, Quattrocioni e Scalla²³, mencionado acima, fica evidenciado o potencial da tecnologia para desvios, vieses e evidentemente progresso e desenvolvimento. As ferramentas de Inteligência Artificial que instrumentalizam a criação dos filtros-bolha são utilizadas pelos autores para compreender o comportamento dos indivíduos nestas interações sociais em redes. Além de avaliar as reações aos *posts* conspiratórios e aos cientificamente embasados por meio dos indicadores da plataforma (curtir, compartilhar e comentar), procedeu-se com o uso de processamento de linguagem natural²⁴ e análise de sentimento a avaliação discursiva dos comentários nestes grupos. Chegou-se à conclusão do quanto as pessoas buscam informações que sustentem suas convicções, fenômeno denominado viés de confirmação. Os autores afirmam que o viés de confirmação afeta de forma significativa as decisões de se disseminar conteúdos — ainda que falsos e conspiratórios —, criando cascatas informacionais dentro de comunidades identificadas. Concluem que são nessas circunstâncias que o comportamento *online* promove a polarização em grupos.

Mounk²⁵ aponta que os efeitos paradoxais das mídias sociais — positivos em certos contextos e negativos em outros — resultam de uma mesma dinâmica subjacente: o empoderamento de *outsiders* pela tecnologia desestabilizou o *status quo* no mundo inteiro, acelerando o ritmo de mudança. Avalia-se que os efeitos deste movimento nos desafiarão como sociedade por muito tempo. A rapidez das mudanças não pode ser confundida com solidez: da mesma forma que os ativistas democráticos que utilizaram o alcance e rapidez do engajamento das mídias sociais para derrubar ditadores subestimaram as dificuldades de consolidar sua vitória, a ascensão do populismo pode vir a considerar o futuro tecnológico mais desafiador que se esperava

²² MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia. Companhia das Letras; 1. ed., 2019.

²³ QUATTROCIONI, Walter; SCALA, Antonio e SUNSTEIN, Cass R. Echo Chambers on Facebook, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2795110> e <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2795110>

²⁴ “Processamento da Linguagem Natural é um campo interdisciplinar que inclui IA, Ciência Cognitiva, Processamento de Informações e Linguística. Tem como objetivo habilitar computadores a processar línguas humanas de forma inteligente. Deng e Liu (2018) afirmam que as aplicações de processamento de linguagem natural — reconhecimento de discurso, sistemas de diálogo, recuperação de informações, respostas de perguntas e tradução por máquina — já começaram a mudar a forma como as pessoas identificam, obtêm e fazem uso de informações” (Hartman, Zumblick, 2019).

²⁵ MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia. Companhia das Letras; 1. ed., 2019

—sendo bruscamente lembrados do potencial das mídias sociais para empoderar novos *outsiders* contra os seus governos.²⁶

3 RISCOS E POSSIBILIDADES

A compreensão dos riscos que se apresentam com a disseminação e democratização do acesso às redes sociais e de sua complexidade deve ter o condão de impulsionar a ação para a sua mitigação. O ritmo acelerado das mudanças ocasionadas pela tecnologia por vezes a faz parecer tal qual força da natureza: imperativa, decisiva e inevitável. Mas há que se lembrar que as mídias sociais e as tecnologias que as suportam são criação humana e, portanto, sempre sujeitas a transformação a depender de vontade.

Ao perceber-se na tecnologia um instrumento para o aumento do populismo mundo afora, natural é o pensamento de que a solução deverá passar por ela. Quando o otimismo do impacto positivo das redes sociais foi substituído pelos temores de sua influência corrosiva, iniciou-se a pressão para que as empresas de tecnologia mudassem ou que os governos adotassem postura de maior rigor para que aquelas fossem coagidas a mudar. Quanto ao rumo que essas pressões vêm tomando, Mounk coloca:

Nos Estados Unidos, ativistas se concentraram sobretudo em fazer com que plataformas de mídias sociais promovessem reformas voluntariamente. Na Europa, os políticos andam debatendo (e promulgando cada vez mais) leis que impõem vultosas multas a empresas que infringem as regras. Mas a natureza do paliativo é surpreendentemente similar em ambos os casos: plataformas de mídias sociais, conforme argumentam ativistas dos dois lados do Atlântico, devem aplicar uma proibição abrangente contra discursos de ódio e *fake news*.²⁷

Têm-se no âmbito desse debate — ressalte-se, democrático — alguns pontos de tensão importantes que não serão exauridos nesta oportunidade. Tecem-se breves comentários neste momento de reflexão sistêmica. Vê-se que os defensores da regulamentação dos discursos permitidos nesta nova espacialidade digital encontram a preocupação — legítima — de que a regulamentação vire censura. Há ainda a preocupação: de quem seria a responsabilidade para avaliar falas permitidas ou proibidas? As empresas de tecnologia teriam legitimidade para tanto? Os governos não abusariam de tal poder para reprimir críticas e silenciar opositores? Nesse sentido, oportuna a observação do autor:

Essa objeção é convincente sobretudo contra a perspectiva de intervenção formal por parte do governo. De início, os governos podem, por motivos realmente abnegados, almejar o poder de

²⁶ Op.cit. p.180.

²⁷ MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia. Companhia das Letras; 1. ed., 2019

censurar discursos políticos corrosivos. Porém defensores da liberdade de expressão questionam, e com razão, se os cidadãos devem confiar em que os políticos não acabarão abusando de seus amplos poderes para moldar o debate público e restringir críticas.²⁸

Com relação ao papel das empresas de tecnologia, ainda que não haja um consenso no debate político internacional quanto à extensão do seu papel e de qual forma deverão atuar na mitigação dos riscos que suas plataformas representam para a democracia, parece irrefutável o argumento de sua responsabilidade técnica e ética de mitigação. Enquanto se miraram os valores democráticos de diversos países ser testados ante a radicalização do pensamento de parcelas da população e a ascensão do populismo, as empresas de tecnologia prosperaram economicamente.

Eli Parisier²⁹ defende a necessidade de maior transparência nos algoritmos das empresas de tecnologia, para que os filtros de informações possam ser interpretados e possa haver mais consciência e autonomia do usuário quanto ao fluxo de informações que acessa. É preciso que os usuários não sejam expostos somente a informações que lhe agradam, mas também a informações importantes, desconfortáveis, desafiadoras e a outros pontos de vista.

Além dos remédios por meio da tecnologia, é impossível refletir sobre crises democráticas sem reconhecer o papel emancipador da educação: tanto do ponto de vista coletivo quanto individual. Mounk, mesmo que avalie o contexto histórico educacional americano — que difere substancialmente da realidade de ensino brasileiro —, constata falhas no ensino de valores democráticos — desde o ensino básico até o superior. Afirma que a melhor forma de defesa da democracia continua sendo a de levar a sério a tarefa de transformar crianças em cidadãos. Há a necessidade da difusão de valores democráticos e defesa da Constituição em todos os níveis de educação.³⁰

Para além do aspecto coletivo de cidadania, é preciso promover — também por meio da educação — a consciência individual de autorresponsabilidade de existência no meio social digital. Conforme exposto, sabe-se a forma como as redes sociais e os provedores de busca utilizam o denominado filtro-bolha na seleção de informações que são apresentadas. No entanto, essa bolha é criada a partir de nossas escolhas de navegadores da internet nas diversas plataformas. Rumman Chowdhury³¹ ressalta a importância de o indivíduo saber que não é um receptor passivo da narrativa que as empresas de tecnologia criam sobre si: qualquer um pode — por suas escolhas de interação nas plataformas — treinar os algoritmos dos “espaços” em que frequenta para que sejam mais diversos e — ainda que não tenha controle sobre a existência de um filtro-bolha — pode conscientemente expandir a sua.

²⁸ Op. cit. p. 280.

²⁹ PARISIER, Eli. O filtro invisível: O que a internet está escondendo de você. Editora Zahar, 2012

³⁰ MOUNK, Yascha. O povo contra a democracia. Companhia das Letras; 1. ed., 2019. p.289

³¹ CHOWDHURY, Rumman. Moral outsourcing: humanity in the age of AI. TEDx Occidental College. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AXjKad6ECmk>

Zuckerman³² avalia que a polarização constatada na mídia não pode ser atribuída exclusivamente às mudanças tecnológicas, mas que também resultam de uma crise de confiança nas instituições da atualidade. Afirma que a existência de um portal como o site *Breitbart* nos Estados Unidos e o alcance que ele atingiu foi possível não somente pela facilidade de se criar um veículo de mídia e de compartilhamento de pontos de vista com mentes afins, mas também em decorrência do baixo nível de confiança no governo — que leva as pessoas a procurarem outras formas de engajamento que sintam ser mais efetivas. Assim, dentre os caminhos possíveis para a mitigação dos riscos que as novas tecnologias apresentam para a democracia, mostra-se fundamental o fortalecimento das instituições pátrias; nas palavras do Ministro Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal: “No plano político, instituições existem para criar uma ordem estável, que diminua o nível de incerteza nas interações humanas.”³³

No sentido de promoção da confiança institucional e no exercício de seu papel de defesa da democracia, é crucial enaltecer as iniciativas de combate a desinformação e radicalização do Tribunal Superior Eleitoral.

No plano institucional, o Tribunal Superior Eleitoral – TSE, com ênfase no impacto negativo da disseminação de informações inverídicas no processo democrático brasileiro, elaborou um plano estratégico voltado a ações educativas e ao enfrentamento à desinformação nas eleições. O plano, denominado Programa de Enfrentamento à Desinformação com Foco nas Eleições 2020, está estruturado em seis eixos temáticos. O primeiro eixo concentra-se na organização interna da Justiça Eleitoral e na integração entre os seus diversos níveis com a finalidade de assegurar uma atuação coordenada no combate à desinformação no processo eleitoral.

O segundo tem como foco ações educacionais dirigidas à compreensão do fenômeno da desinformação, ao incentivo do pensamento crítico diante de informações recebidas, ao conhecimento do sistema de votações e do funcionamento das urnas eletrônicas. O terceiro eixo está centrado na contenção de informações inverídicas a partir da adoção de medidas concretas destinadas à identificação, desestímulo e repressão de práticas de desinformação, inclusive em cooperação com múltiplos atores, como provedores de aplicação de internet, entidades da sociedade civil, laboratórios forenses, órgãos de inteligência, dentre outros. O quarto eixo objetiva a ampliação e o aperfeiçoamento dos canais de identificação de possíveis conteúdos falsos relacionados ao processo eleitoral, dentre esses canais, a rede de checagem hospedada nos sítios eletrônicos da Justiça eleitoral denominada “Fato ou Boato”. O quinto eixo do programa destina-se ao acompanhamento e à colaboração em debates sobre projetos de lei que tratam do tema da desinformação, bem como, no âmbito interno, à elaboração de normatização sobre o assunto.

³² ZUCKERMAN, Ethan. “Mistrust, efficacy and the new civics: Understanding the deep roots of the crisis of faith in journalism.” Knight Commission Workshop on Trust, Media and American Democracy, Aspen Institute, 2017. p. 20

³³ BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, set./dez. 2019. p. 1271

Por fim, o sexto eixo visa ao desenvolvimento de ferramentas tecnológicas para a identificação de desinformação e para a divulgação de contrainformação.³⁴ Em continuidade ao Programa de Enfrentamento à Desinformação para as Eleições de 2022, está em andamento no TSE o plano “10-20-60”. Referido plano tem a seguinte diretiva: dez minutos para a identificar e registrar uma informação falsa; vinte minutos para “quebrá-la” em partes, detectar a atuação de robôs, a prática de crimes e, em seguida, traçar um plano de ação; sessenta minutos para divulgar uma contrainformação com o auxílio não apenas de entidades da sociedade civil e plataformas de redes sociais, mas também por uma rede própria de comunicação direta com o eleitor.³⁵

CONCLUSÃO

Após uma década da disseminação mundial do uso das redes sociais, pode-se ter certa compreensão dos efeitos desta mudança de paradigma de comunicação e interação social para a democracia.

O que inicialmente apresentou-se como uma força catalizadora dos movimentos sociais e promoção de valores democráticos, gerando confiança e otimismo, passou a se mostrar um terreno fértil para a disseminação de discursos de ódio, notícias falsas e radicalização política. A rede, que deveria conectar pessoas diferentes e disseminar ideias novas, passou a camuflar filtros de conforto e conveniência — diminuindo as oportunidades de troca, discussão e debates de pessoas com visões ideológicas distintas. Contudo, não se tem processo democrático legítimo sem que se considere a perspectiva do outro, sem que se aceite a existência da diferença e da diversidade dos modos de pensar e agir.

Ainda que o cenário possa parecer agourento, é preciso lembrar da lição de Saramago: *não tenhamos pressa, nem percamos tempo*. A serenidade para a compreensão dos riscos que se apresentam parece apontar que, não obstante os desafios sejam novos, há remédios conhecidos para enfrentá-los: discussão de políticas públicas, educação e fortalecimento das instituições democráticas. São soluções complexas, para desafios complexos; mas há em toda a crise a oportunidade de mudança. Trabalhem com ânimo de um amanhã de instituições mais fortes e democracia mais sólida.

³⁴ Cf.: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/>

³⁵ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/cristina-tardaguila/2021/04/29/plano-tse-eleicoes-2022-fake-news.htm>. Acesso em: 30 dez. 2021

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e mudança climática: limites do direito num mundo em transformação. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1262-1313, set. /dez. 2019.
- CHOWDHURY, Rumman. Moral outsourcing: humanity in the age of AI. TEDx Occidental College. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AXjKad6ECmk>.
- HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; ZUMBLICK MARTINS S, Roberta. *Inteligência Artificial e Direito*. 1. ed. v. 1. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.
- LAGE, Fernanda de Carvalho. *Democracia, Liberdade e Direitos. Humanos: os postulados teóricos de Amartya Sen*. Chiado Books, 2016.
- MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia*. Companhia das Letras; 1. ed., 2019.
- PARISIER, Eli. *O filtro invisível: O que a internet está escondendo de você*. Editora Zahar, 2012.
- PARISIER, Eli. Tenha cuidado com os “filtros-bolha” online. TED, 2011. Disponível em: https://www.ted.com/talks/eli_pariser_beware_online_filter_bubbles?language=pt-br#t-509244. Acesso em: 31 abri. 2022.
- QUATTROCIOCHI, Walter; SCALA, Antonio e SUNSTEIN, Cass R. Echo Chambers on Facebook, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2795110> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2795110>
- SEN, Amartya (1999): *Democracy as a Universal Value*. Disponível em: <http://goo.gl/wUjPfh>. Acesso em: maio de 2021.
- STURARI, Vinícios de Souza. Manifestações brasileiras e o movimento vem pra rua: breve análise dos acontecimentos. *Revista Em Tese, UFSC, Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Ciência Política*, v. 17 n. 2 (2020): Seção Especial COVID-19 e Edição Especial I Seminário Sociologia e Política.
- ZUCKERMAN, Ethan. “Mistrust, efficacy and the new civics: Understanding the deep roots of the crisis of faith in journalism.” Knight Commission Workshop on Trust, Media and American Democracy, Aspen Institute, 2017.

PRINCÍPIOS DA LEALDADE E DA BOA-FÉ NO MODERNO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Joel Ilan Paciornik³⁶, Valdir Ricardo Lima Pompeo Marinho³⁷

INTRODUÇÃO

Os princípios da lealdade e da boa-fé se espraiam para todos os ramos do Direito à força da lógica jurídica de que, sempre que exista um vínculo jurídico, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro, impondo-lhes a afinação de suas condutas a esses primados. Com identidade de razões, as relações jurídico-processuais, igualmente, devem se manter dentro dessas mesmas estremaduras éticas.

O processo penal, indubitavelmente, não destoa dessas diretrizes, porquanto o Código de Processo Penal autoproclama sua integração pela analogia e pelos princípios gerais de direito³⁸. A propósito, infenso a comportamentos abusivos do direito de defesa, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a exigência de boa-fé processual aos sujeitos passivos do processo penal, a partir da concisa e pioneira reflexão deste paradigmático precedente:

“[...] a aplicação excludente da primeira ou da segunda parte da norma funda-se na ocorrência ou não de revelia no processo, circunstância que, se por um lado, privilegia o exercício da ampla defesa pelo réu revel por meio do chamamento editalício, por outro, exige daquele ciente de sua condenação boa-fé processual no tocante ao iminente cumprimento da pena, seja ela privativa de liberdade ou restritiva de direitos [...] o réu que participou de todos os atos processuais e, ciente da condenação, muda seu domicílio sem prévia comunicação ao juízo competente, viola o princípio da boa-fé objetiva que deve reger todas as relações jurídicas, inclusive entre o agente e o Estado.”³⁹

Como instrumento legitimador da sanção penal, deve proporcionar os meios necessários para as partes desenvolverem suas teses e antíteses, acusação e defesa, cujo exercício, no entanto, deve ser pautado por postulados éticos, consoante se discorrerá neste estudo.

³⁶ Doutorando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE – São Paulo-SP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul-RS. Palestrante e Conferencista. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

³⁷ Doutorando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE- São Paulo-SP). Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos-SP (UNIMES). Especialista em Direito Processual Penal pelo Instituto Toledo de Ensino de Presidente Prudente-SP (ITE). Coordenador Regional e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Penal da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Juiz Auxiliar no Superior Tribunal de Justiça.

³⁸ Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

³⁹ STF, HC 92.012/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 2.ª T., j.10.6.2008. *DJe* 27.06.2008.

Efetivamente, para alcançar a verdade e a justiça, o comportamento leal dos adversários na relação jurídica processual penal se afigura como ponto de partida em busca do provimento final ético e adequado aos anseios que orbitam o regime democrático.

A acusação, em regra representada pelos membros do Ministério Público - instituição estatal incumbida, além da promoção da ação penal, de fiscalizar o adequado cumprimento da lei – por congruência essencial, está manietado à atuação com vistas ao escoreito desenvolvimento do processo.

De outro lado, o acusado, no exercício do seu direito de defesa, pode omitir deliberadamente os fatos, para não produzir prova contra si, tolerando-se, ainda, o falseamento da verdade. Resta saber, porém, quais são os limites autorizadores do direito de defesa, no processo penal, que podem culminar na omissão de fatos relevantes, na demora da prestação jurisdicional e consequente extinção do processo, no induzimento a erro do juízo, a obtenção de provas de forma ilícita e a utilização dessa prova.

Nessa senda, o cerne da investigação será a equação de possível coexistência, à luz do princípio da proporcionalidade, desses primados éticos com o princípio magno da ampla defesa.

1 PRINCÍPIOS DA LEALDADE E DA BOA-FÉ PROCESSUAL

1.1 ESCORÇO HISTÓRICO

Segundo Thiago Prates⁴⁰, em Roma, havia um *standard* comportamental conhecido como *fides*, de múltiplos sentidos, compreendido como confiança, colaboração, amparo, lealdade, respeito à palavra dada. A *fides* regulava as relações jurídicas intersubjetivas, gerando uma expectativa de respeito ao acordo apalavrado. Posteriormente, o instituto evoluiu para *bona fides*, correspondente à boa-fé objetiva, uma norma orientadora incidente na realização de negócios jurídicos, que exigia dos indivíduos uma atuação em conformidade com os padrões éticos desejados, tendo em vista seus valores religiosos, morais e éticos.

Com semelhante enfoque, leciona Ana Alvarenga Moreira Magalhães que o princípio, em Roma, não tinha origem jurídica, mas teológica, caracterizada pela *fides-sacra*. Para além dessa concepção, havia outras: a *fides-fato*, que se referia ao relacionamento de clientela e garantia; a *fides-etica*, que significava um dever ligado à garantia. Conclui, com base em Menezes Cordeiro, que nenhuma dessas modalidades tivera, realmente, acepção jurídica.

Assim se dava porque, em todas as suas formas, a *fides* romana estava relacionada à ideia de lealdade, fidelidade e garantia. Entrementes, o transpasse da seara ética para a normativa decorreria da intervenção do direito pretoriano, “(...)

⁴⁰ VIEIRA, Thiago Prates. *O princípio da boa-fé objetiva no processo penal: a perspectiva ética do princípio da ampla defesa*. 2018. 169 p. Monografia (Especialização)- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videooteca/monografia/Monografia_pdf/2018/ThiagoPrates_Monografia.pdf, p. 41. Acesso em: 26 nov. 2021.

que buscava introduzir a avaliação de circunstâncias fundamentais ao caso, ainda que estranhas ao direito estrito”.⁴¹

Na França, o *pacta sunt servanda*, do Código Civil francês de 1804, foi o ponto de partida para a incorporação, em diversas legislações, de uma padronização ética esperada pelas partes no cumprimento de suas obrigações. Firmado o acordo, as partes contratantes ficam obrigadas a cumprir o pacto assumido, sob pena das sanções contratuais pelo seu descumprimento.

Posteriormente, essa exigência de uma atuação adequada, segundo critérios éticos e morais, foi ampliada do Direito Civil para o Direito Público, na Alemanha. A doutrina e jurisprudência alemãs passaram a interpretar que a boa-fé objetiva prevista no § 242 do Código Civil germânico (BGB), de 1900, deveria incidir, também, e especialmente, no processo civil⁴².

A evolução do princípio no ramo do Direito Civil é evidente e pode ser observada, pelo Código Civil brasileiro, na interpretação dada aos negócios jurídicos⁴³, na preservação dos direitos de pessoas que, agindo de boa-fé, tenham sido lesadas por outrem⁴⁴, bem como nos casos de atos ilícitos decorrentes de abuso de direito⁴⁵, regras essas que emanam por todo o diploma legal.

No Código de Processo Civil⁴⁶, por sua vez, o legislador houve por bem instituir uma norma geral de conduta, cujo objetivo é exigir das partes, no desenrolar do processo, um comportamento que siga os ditames exigidos pela boa-fé.

A expressão prevista na lei processual civil “deve ser *objetivamente* considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções”⁴⁷. Ademais, a ideia é que “*sempre que exista um vínculo jurídico*, as pessoas envolvidas estão obrigadas a não frustrar a confiança razoável do outro, devendo comportar-se como se pode esperar de uma pessoa do boa-fé”⁴⁸.

1.2 CONCEITOS E PERSPECTIVA ANALÍTICA

Princípios gerais de direito, decorrentes do “princípio do devido processo legal e da “paridade de armas”, implicando a busca de um *fair play*, um processo justo, são primados que, apesar de menosprezados pela doutrina conservadora, vêm, gradativamente, recebendo reconhecimento no campo acadêmico, bem assim na jurisprudência.

⁴¹ MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 81.

⁴² VIEIRA, Thiago Prates. *op. cit.*, p. 41-42.

⁴³ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁴⁴ Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

⁴⁵ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁶ Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. p.104.

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. *op. cit.*, p. 106.

Dentro da boa-fé estão os deveres específicos de expor os fatos de forma verdadeira, não oferecer provas inúteis ou desnecessárias, não omitir ou alterar maliciosamente os fatos essenciais à causa e não dificultar o desenvolvimento normal do processo.

Por sua vez, o princípio da lealdade está conformado pelo conjunto de regras de conduta, presidida pelo imperativo ético ao qual todos os sujeitos processuais devem ajustar seu comportamento, consistindo no dever de ser verdadeiro e prosseguir com a ética profissional, para viabilizar a descoberta da verdade.

Por esse prisma, portanto, a lealdade processual pode ser compreendida como consequência da boa-fé. Caracteriza-se como um paradigma ético ante armadilhas judiciais, recursos tortos, provas distorcidas e até mesmo imoralidades de qualquer ordem.

As regras decorrentes do princípio, todavia, não devem conduzir o intérprete à ilusão de que as partes terão de agir em auxílio mútuo, fornecendo elementos um ao outro, colaborando inversamente contra suas próprias pretensões. Nas palavras de Portanova, lembradas por Dezen, “Trata-se de evitar que a vitória venha através de malícia, fraudes, espertezas, dolo, improbidade, embuste, artifícios, mentiras ou desonestidades”⁴⁹.

A obrigatoriedade decorrente da boa-fé no processo, como dito, não significa uma abnegação ou desistência do que se pretende obter na via judicial. O que se busca, na verdade, é a observância a regras gerais que exigem um padrão comportamental mínimo de ética, lealdade e respeito, tanto ao adversário quanto ao juiz da causa.

2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O princípio da ampla defesa possui envergadura constitucional⁵⁰ e confere aos acusados em processo judicial ou administrativo a oportunidade de se defenderem sob dois prismas, o técnico e o pessoal (autodefesa).

A defesa técnica será exercida por meio de defensor constituído ou dativo em todos os graus de jurisdição. O suporte técnico fornecido pelos advogados ou pela Defensoria Pública se mostra indispensável para o equilíbrio do debate técnico-jurídico a ser travado entre as partes, acusação e defesa, que ocupam lados opostos nessa relação jurídica, e defendem, portanto, interesses antagônicos.

Sem um representante devidamente qualificado para contrapor a acusação, o réu, via de regra sem o conhecimento técnico adequado e desprovido de capacidade postulatória, sucumbiria facilmente aos termos próprios da ciência jurídica, acarretando um processo injusto, nulo e, por consequência, deslegitimador do *jus puniendi* estatal.

De outro lado, encontra-se a autodefesa, exercida pelo acusado nos momentos em que lhe é possibilitada a manifestação direta ao juiz, no interrogatório

⁴⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 149.

⁵⁰ Art. 5º. (...) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

(direito de audiência), em ocasiões nas quais é intimado para acompanhar a produção de uma prova (direito de presença) e, ainda, nos casos permitidos pela lei, o exercício de sua capacidade postulatória autônoma⁵¹. Atualmente, é pacífico o entendimento de que o interrogatório do réu não é meio de prova e, sim, meio de defesa, disponível⁵², portanto. Eis o motivo pelo qual aquele não pode ser obrigado a se manifestar, nem a comparecer no ato⁵³.

Impende atenção ao detalhe contido no preceito constitucional de que a defesa será *ampla*. O vocábulo empregado demonstra que o constituinte ofertou ao acusado uma maior robustez em comparação ao órgão acusador (ou ao querelante). Logo, filosoficamente, a balança da justiça pende sutilmente em favor do réu, como forma de equalizar a desproporção original entre o poderio estatal, em favor do órgão acusador, em face da tibieza do indivíduo em sua singularidade.

Com essa mesma perspectiva, ao réu são conferidas algumas importantes prerrogativas, como na distribuição do ônus da prova⁵⁴, porquanto o acusador deve provar a existência do fato típico (materialidade) e mostrar evidentes indícios de autoria, enquanto o acusado pode incutir uma dúvida razoável no juízo que conduza à sua absolvição, sem a necessidade de efetivamente provar sua inocência⁵⁵; na implicação advinda do princípio *non reformatio in pejus*, regramento que impede, em sede de recurso, o agravamento da situação do acusado no caso de recurso exclusivamente defensivo⁵⁶; na presunção de inocência e de não culpabilidade⁵⁷; no direito ao silêncio⁵⁸; na retroatividade da lei penal, se lhe for benéfica⁵⁹.

Entretanto, a *amplitude* favorável à defesa não deve ser utilizada de forma deturpada, eivada de ardil, como um instrumento de embuste, porque, evidentemente, nenhum direito é absoluto.

⁵¹ O acusado, no processo penal, poderá exercer sua capacidade postulatória autônoma ao impetrar *habeas corpus* (art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.906/1994, Estatuto da OAB e art. 654 do CPP), interpor apelação e recurso em sentido estrito, em virtude de tais impugnações poderem ser recebidas desacompanhadas de suas razões (art. 577 do CPP), ajuizar revisão criminal, que será analisada pela Defensoria Pública do Estado (art. 623 do CPP e art. 3º § 1º da Portaria nº 7622/2008-SC, no Estado de São Paulo) e, ainda, formular pedidos em sede de execução criminal (art. 195 da LEP), segundo o magistério de Renato Brasileiro (LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume único. Salvador: JusPODIVM, 2021, p. 60).

⁵² O referido autor, contudo, leciona que nem todas as situações estão albergadas pelo direito de defesa, como, por exemplo, o reconhecimento do acusado, de modo que é válida a sua condução coercitiva para tal finalidade (LIMA, Renato Brasileiro. *op. cit.*, p. 59).

⁵³ LIMA, Renato Brasileiro. *op. cit.*, p. 59.

⁵⁴ CPP: Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

⁵⁵ Trata-se da doutrina majoritariamente aceita no que tange à distribuição do ônus da prova. A posição minoritária entende que por força do princípio *in dubio pro reo*, o ônus da prova é exclusivamente da acusação, a quem incumbe, inclusive, a prova da ilicitude e da culpabilidade do agente (LIMA, 2021, p. 575).

⁵⁶ CPP: Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

⁵⁷ CF: Art. 5º (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

⁵⁸ CF: Art. 5º (...) LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

⁵⁹ CF: Art. 5º (...) XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Dessa forma, é indispensável a imposição de um limite para que um direito de tamanha envergadura, decorrência lógica do devido processo legal, fundamento de um Estado imerso na democracia, não seja transformado na *ampla destreza*⁶⁰.

Afinal, segundo a sagaz reflexão de Fábio Wellington Ataíde, “a vitória processual não pode ser uma questão creditada ao mais esperto ou mais ligeiro” para que não se dê a indevida impressão de que o direito de defesa seja abusivo, porque, na verdade, ele não é.

“A aplicação da teoria do abuso de direito de defesa no processo penal se funda principalmente no devido processo legal. Não há dúvida que são abusivas as condutas desarrazoadas ou que, dito de outro modo, contrariam o regular exercício da ampla defesa e do contraditório. A garantia do devido processo legal deve ser estabelecido com um fim útil e não para ‘el ejercicio abusivo de derechos’. [...] o abuso do direito acontece quando, pelo menos, um dos jogadores utiliza a regra do jogo para não jogar. A vitória processual não pode ser uma questão creditada ao mais esperto ou mais ligeiro. Cabe chamar a atenção para o fato de que, no processo penal moderno, a noção de duelo tende a esmaecer. Assim, importa destacar que o que “caracteriza a relação processual não é a luta, mas a existência de partes”, ou seja, torna-se mais significante entender o réu menos como um gladiador e mais (muito mais) como um “sujeito de direitos e obrigações processuais”. Contudo, não se faz o acusado um sujeito onipotente de direitos. Desde logo, impõe-se explicar que o direito de defesa, em si mesmo, não é abusivo; todavia, abusivo será o seu uso, o modo como a parte o exercita. Portanto, o reconhecimento do abuso depende da análise do caso concreto, de quem se operou o comportamento da parte. Para o cumprimento deste desiderato, a defesa poderá, inclusive, socorrer-se de provas ilícitas; mas, nem por isso, presume-se que ela pode tudo. Há limites. A linha que separa o poder absoluto da capacidade de interferir no processo decisório pauta-se pelo princípio da boa-fé”⁶¹

3 BOA-FÉ E LEALDADE COMO DIRETRIZES DO PROCESSO PENAL MODERNO

Embora ainda seja expressivo o entendimento segundo o qual o princípio da boa-fé não se espalharia ao processo penal, a evolução doutrinária e jurisprudencial parece apontar caminho diverso, sendo notório seu reconhecimento no direito comparado.

⁶⁰ Segundo João Pedro Lins Cavalcante Santos, é inerente ao ser humano escolher a saída necessária com a finalidade de escapar da sanção. Todavia, o convívio social impõe a todos alguns ônus, por exemplo, de não possuímos direitos absolutos, o que resulta, então, na inadmissibilidade de comportamentos que atentem contra o interesse coletivo. A “*ampla destreza*” é o termo dado à mentira, desonestidade e o artil utilizados em nome do direito de defesa. (SANTOS, João Pedro Lins Cavalcante. *Ampla destreza: exercício abusivo da ampla defesa*, 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56286/ampla-destreza-exercicio-abusivo-da-ampla-defesa>. Acesso em: 29 nov. 2021

⁶¹ ALVES, Fábio Wellington Ataíde. O abuso da garantia de defesa no processo penal: a renovação da defesa penal protelatória. *Revista da Direito e Liberdade*. v.7, n. 3, p. 83-100 – jul/dez 2007. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/64720/abuso_garantia_alves.pdf, p. 9-10. Acesso em: 26 nov. 2021.

Não há, no Código de Processo Penal, a expressa adoção do princípio da boa-fé objetiva. Todavia, isso não significa que às partes é lícito o ardil, a má-fé, a deturpação dos fatos, decisões arbitrárias ou desrespeito mútuo.

Na verdade, ao analisar o sistema processual penal, verifica-se que a boa-fé está latente em determinadas condutas atribuíveis ao órgão acusador e ao julgador, regras essas que, por sua generalidade e vocação estruturante, irradiam-se para todo o sistema.

Com efeito, as ações penais devem ter justa causa, com os fatos objetivamente descritos e lastro probatório lícito e suficiente para provar a materialidade do delito e os indícios de autoria. De outro lado, deve o juiz zelar pelo necessário distanciamento das partes e do objeto da ação, declarando-se suspeito ou impedido, ou reconhecendo esta condição quando atacado através das exceções de suspeição e impedimento.

Respeitável parcela doutrinária clássica, de outro vértice, reconhece a extensão dos âmbitos desses postulados ao processo penal, aplicando-os, no entanto, somente à parte acusadora, já que se garantiria ao acusado o pleno gozo de seu direito de liberdade e à defesa – e os princípios daí decorrentes – o que tornaria impossível, a teor dessa argumentação, cobrar a mesma boa-fé processual exigível da acusação.⁶²

3.1 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA BOA-FÉ E LEALDADE

Ao nosso sentir, o fundamento da boa-fé e lealdade processual está inserido, implicitamente, no texto constitucional. Uma das matrizes dos referidos princípios pode ser inferida dos objetivos idealizados pelo constituinte de construção de uma sociedade livre, justa e solidária⁶³.

Esses propósitos devem ser compreendidos transcendentemente, não apenas no seu aspecto de desenvolvimento econômico e social, mas, não menos relevante, como mandamento, um dever de solidariedade gerador de uma expectativa de confiança e lealdade recíprocos.

Por outra ótica, há parte da doutrina que identifique a dignidade da pessoa humana como a fonte de onde emana a boa-fé. O ser humano, individualmente, é sujeito de direitos, por isso merecedor da proteção de sua vida, liberdade, saúde, propriedade, educação, lazer, trabalho e todos os aspectos necessários para a consecução de uma vida digna. Por outro lado, coletivamente, a todos incumbe respeitar a dignidade alheia, de modo que a liberdade encontra um limite no direito reservado ao próximo. Nesse sentido, a boa-fé:

“[...] é reconhecida como um valor comunitário, porquanto traz consigo um conjunto de prescrições éticas que impõem limites ao individualismo destemperado, atuando, assim, como um fator limitador da autonomia da vontade. A boa-fé, desse modo, confere

⁶² BELLAVISTA, Girolamo. Il litigante temerario nel processo penale. In: *Studi sul processo penale*. Milano: Giuffrè, 1952. v. 1, p. 33.

⁶³ CF: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

efetividade a preceitos universalmente consagrados no convívio social, em detrimento de desígnios egoísticos e dissociados de uma acepção minimamente solidária da coletividade”⁶⁴

Paralelamente, merece destaque a sempre prestigiosa doutrina de Menezes Cordeiro, que vislumbra no princípio da igualdade o fundamento constitucional do princípio da boa-fé, ao raciocinar:

“[...] tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da diferença. Ora, a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas não pode ser vista como se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual.”⁶⁵

Por outra via, a boa-fé objetiva e a lealdade podem decorrer do devido processo legal, postulado originário de todas as garantias relacionadas aos processos judiciais e administrativos.

O devido processo legal é o instrumento indispensável para a aplicação da lei penal e, portanto, está absorto de formalidades e garantias que proporcionam aos acusados o exercício amplo de sua defesa, de informação e irresignação, e por isso deve ser utilizado com lisura, sem truques, para que a decisão ao final prolatada seja legítima e justa. Essa, por sinal, é a linha de raciocínio seguida pela Segunda Turma do STF:

“A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.”⁶⁶

Há, também, entendimentos no sentido de que o fundamento da boa-fé está contido no princípio do contraditório. Diz-se que o contraditório, como direito de informação e reação, cujo objetivo é influenciar o julgador para obter uma solução favorável, não é ilimitado, nem absoluto. Esse direito encontra o seu limite na boa-fé e na lealdade, acarretando à parte, nesse viés, um dever de colaboração com a justiça.

Como visto, a boa-fé e a lealdade não estão previstas explicitamente na Constituição Federal, porém, elas se manifestam a partir de outros princípios, destacando-se, principalmente, o devido processo legal, que funciona como o guia dos demais, também importantes e indispensáveis à legitimação da atividade jurisdicional. Por isso, e reconhecendo a sua constitucionalidade, cuja aplicação independe de

⁶⁴ VIEIRA, Thiago Prates. *op. cit.*, p. 65.

⁶⁵ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má fé, abuso de direito de ação e culpa “in agendo”*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 93.

⁶⁶ STF, RE 464.963/GO, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.ª T., j. 14.02.2006, DJ 30.06.2006.

complemento legal, “não há justificativa que exonere o sujeito criminalmente acusado e seu defensor dos preceitos deontológicos decorrentes do princípio em comento”⁶⁷.

Repetindo Carnelutti, “a responsabilidade do defensor é apenas a de não deixar sem defesa alguma posição atacada pelo adversário, dentro dos limites permitidos pela boa-fé”.⁶⁸

3.2 APLICAÇÃO ANALÓGICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O ordenamento jurídico é composto por um conjunto de normas, devidamente sistematizadas, divididas em vários ramos, justificadamente em razão de seus princípios e regramentos próprios, mas que não perde a qualidade de unitário, eis que toda a gama de atos normativos vigentes reflete e se alinha a uma norma fundamental.

Esse alinhamento deve ser compreendido como a *coerência* proposta pela teoria de Bobbio, cujo significado remete à inadmissibilidade de antinomias no ordenamento, com a finalidade de manter a salvo a segurança jurídica. Ainda na linha intelectual de Vieira⁶⁹, não se verifica qualquer contradição ou desarmonia entre os direitos conferidos ao réu quando submetido ao processo penal e à boa-fé. Na verdade, sugere o autor que não há disposição expressa que exonere o acusado de agir eticamente no processo.

A despeito da vastidão de diplomas legislativos vigentes, admite-se a impossibilidade de o legislador regulamentar todas as situações juridicamente relevantes. Quando a um determinado fato, ou fenômeno, não há uma correspondente tipificação, vislumbra-se as lacunas legais.

A omissão da lei não é empecilho ao julgador, que terá de decidir o caso utilizando o método de integração normativo⁷⁰. Como dito, diante da prevista impossibilidade de prescrever regras para todas as situações de relevância jurídica que ocorrem na sociedade, a maioria dos diplomas legais indica quais serão os métodos de integração admitidos para suprir as lacunas deixadas pelo legislador.

O Código de Processo Penal, no art. 3º, enuncia que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e *aplicação analógica*, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito” (grifo nosso). A integração por analogia permite ao julgador resolver a falha decorrente da lacuna legislativa através da utilização de outra norma jurídica, cuja semelhança permita sua aplicação ao caso concreto.

Considerando o patamar constitucional da boa-fé e da lealdade como parâmetros de comportamento das partes no processo judicial e administrativo, depreende-se uma lacuna no Código de Processo Penal, que pode ser suprida pelas disposições contidas no Código de Processo Civil⁷¹ através da analogia.

⁶⁷ VIEIRA, Thiago Prates. *op. cit.*, p. 70.

⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Pillares. E-book, p. 65.

⁶⁹ VIEIRA, Thiago Prates. *op. cit.*, p. 72.

⁷⁰ LINDB: Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁷¹ CPC: Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram sobre a integração analógica da lei adjetiva civil à penal:

“EMENTA: Julgamento nos Tribunais: competência do relator para decidir conflito de competência, quando há jurisprudência dominante do Tribunal sobre a questão suscitada: C.Pr.Civil, art. 120, parágrafo único (redação da L. 9.756/98): aplicação, por analogia, ao processo penal, nos termos do art. 3º, do C.Pr.Penal. Precedente (Pet. 3596, desp., 21.08.06, Britto, DJ 28.08.06). No caso a impetração sequer ousa desafiar a existência óbvia de entendimento sedimentado na jurisprudência no sentido da competência da Justiça Federal para a ação penal movida contra servidor público da União, no caso de solicitação ou exigência de vantagem indevida para a prática de ato de ofício, qual o caso concreto. Habeas corpus indeferido (grifos nossos).”⁷²

“[...] Relevante anotar que a aplicação do princípio da fungibilidade em hipóteses como a dos autos encontra amplo respaldo na jurisprudência pátria, além de existir previsão expressa no art. 1.024, § 3º, do Código de Processo Civil, o qual se aplica ao processo penal por analogia. Ademais, apesar de o dispositivo indicado fazer referência à necessidade de prévia intimação para complementação das razões recursais, tem-se que a necessidade de complementação deve ser aferida no caso concreto (grifos nossos).”⁷³

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. PROVA NOVA SUPERVENIENTE. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. LEGITIMIDADE. NULIDADE DO JULGAMENTO. EXCESSO DE PRAZO CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo o disposto no art. 397 do CPC, aplicável, por analogia, ao processo penal, por força do art. 3º do CPP, “É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos”. Objetivamente, o fato novo surgido no Tribunal Regional Federal foi a juntada, pelo Desembargador relator da apelação, da suposta íntegra das mensagens obtidas por meio das interceptações telemáticas (BlackBerry messenger), o que gerou o confronto pericial pela defesa (grifos nossos).”⁷⁴

Conclusivamente, consoante o entendimento das cortes superiores, favoráveis à aplicação analógica da lei processual civil na seara processual penal, é justificada a exigência da boa-fé e da lealdade por parte do réu e seu defensor no processo penal. No entanto, a sua aplicação será legítima e proporcional desde que mantidas as garantias decorrentes do princípio da ampla defesa, devendo-se balancear esta com aquela, isto é, salvaguardar o direito do acusado, exigindo-lhe, em contrapartida, um comportamento adequado, segundo a ética e a lealdade.

⁷² STF, HC 89951, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª T., j. 05.12.2006, *DJ* 19.12.2006.

⁷³ STJ, EDcl nos EDcl no HC 678556/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5.ª T., j. 19.10.2021, *DJ* 27.10.2021.

⁷⁴ STJ, HC 545097/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6.ª T., j. 28.09.2021. *DJ* 08.10.2021.

4 ENFOQUE JURISPRUDENCIAL E CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO

A violação dos princípios da boa-fé objetiva e da lealdade processual, por representar um desrespeito às regras do devido processo legal, aos tribunais, magistrados e à parte adversa, tem acarretado uma necessária e ponderada reação das Cortes Superiores.

De um lado, à mingua de mais acentuados dissensos, o desvio de conduta processual dos sujeitos ativos da ação penal e suas consequências processuais não merecerão, neste ensaio, nosso enfoque prioritário.

Lado outro, o direito de defesa corresponde a um instrumento constitucionalmente concebido para a tutela da liberdade individual. Ao acusado, no processo penal, é conferida uma vantagem em face do órgão acusador, na medida em que aquele tem em seu favor a presunção de inocência, o direito ao silêncio, a contestável escusa para mentir, a possibilidade de provar sua inocência com o uso de prova ilícita, a garantia de não ver um recurso seu, exclusivo, tornar a decisão mais gravosa caso improvido e a chance de ser absolvido sem trazer ao juízo uma prova irrefutável, mas apenas uma razoável dúvida.

Essa larga vantagem, porém, não significa um *free pass* para a deslealdade. Muito pelo contrário, frise-se, os direitos não são absolutos e seus limites se encerram nos deveres que lhes correspondem. Trata-se de deveres de lealdade, ética, boa-fé, devidamente temperados diante da posição antagônica que o acusado ocupa em relação ao acusador.

Resta, pois, identificar o ponto em que termina o direito e começa o dever; onde se vislumbra a ampla defesa e quando o acusado comete um ato desleal; de que forma esse ato, impróprio e repudiado pela jurisprudência, terá alguma repercussão.

Pois bem. A parte prejudicada por um vício processual poderá arguir sua nulidade se ela acarretar-lhe algum prejuízo⁷⁵. Não se trata apenas de mera repetição do ato processual. A nulidade pode ensejar, dentre outras situações, a inadmissibilidade das provas, quando obtidas ilicitamente, ou a extinção da punibilidade do agente, caso a nulidade elimine um marco interruptivo de prescrição, como por exemplo, aquele que recai sobre o recebimento da denúncia.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores assim vem delimitando essa etiologia, em inexorável trajetória de consolidação da tese de submissão de todos os sujeitos processuais – guardada a proporcionalidade com a ampla defesa - aos princípios da boa-fé e da lealdade no processo penal.

Dentro desses limites, verificada a real ocorrência do vício de forma do processo, a nulidade terá de ser declarada para o refazimento do ato, se o caso. Contudo, se a parte se valer da sua própria torpeza, dando causa a uma nulidade dolosamente para beneficiar-se indevidamente dos seus efeitos, estará, sem dúvida, extrapolando as regras de boa conduta.

Nesse contexto, por sua eloquência, destacam-se os seguintes julgados:

“PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DECISÃO DE PRONÚNCIA.

⁷⁵ CPP: 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

INEXISTÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU PRESO. ALEGAÇÃO SOMENTE NA PRESENTE INSURGÊNCIA. PRECLUSÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. NÃO ENFUNDAMENTO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO SUMULAR N. 182/STJ. AUSÊNCIA. DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADAS. I. - *Vige no sistema processual penal o princípio da lealdade, da boa-fé objetiva e da cooperação entre os sujeitos processuais, não sendo lícito à parte arguir vício para o qual em tese concorreu em sua produção, sob pena de se violar o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza – nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* II. No presente caso, durante todo o trâmite processual na origem, a il. Defesa não manifestou qualquer irrisignação quanto à alegada inexistência de intimação pessoal do réu a respeito da r. decisão de pronúncia, bem como não pugnou por qualquer diligência complementar. Ao contrário, somente por ocasião da interposição da presente irrisignação, é que a il. Defesa suscitou o tema ora em debate. Por esta razão, não havendo notícia nos autos da impugnação das nulidades em momento adequado, qual seja, por ocasião do trâmite regular do processo nas instâncias de origem, não pode, somente agora, a Defesa utilizar-se deste argumento para arguir que tal circunstância configura nulidade, ainda mais quando se verifica que, mesmo nas razões do recurso em sentido estrito e da apelação interpostos na origem, a il. Defesa não arguiu o referido vício. III. - Assim, não aventada pelo recorrente qualquer eiva no momento oportuno, encontra-se a quæstio encoberta pelo manto da preclusão, de forma que não pode pretender que o prazo para a interposição de recurso seja reaberto, porque, como visto, referida providência violaria os princípios da celeridade processual, da segurança jurídica, da razoabilidade, da lealdade processual e da boa-fé objetiva. IV. - De mais a mais, afasta-se qualquer nulidade porque não restou comprovado nenhum prejuízo ao recorrente. Nesse aspecto, vale destacar que a via estreita do *habeas corpus* (ou de seu recurso ordinário), não permite o aprofundado exame do acervo fático-probatório, única providência cabível para se concluir pela configuração das nulidades aduzidas, haja vista que não foi apontado, de plano, qual teria sido o prejuízo concreto suportado pelo recorrente. Tais circunstâncias afastam a ocorrência de prejuízos à Defesa e impedem o reconhecimento da nulidade arguida. V - No mais, a d. Defesa se limitou a reprisar os argumentos da impetração inicial, o que atrai o verbete do Enunciado Sumular n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada. Agravo regimental desprovido (grifos nossos).⁷⁶

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO. INVERSÃO DO RITO PROCEDIMENTAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. INCIDÊNCIA DA CLÁUSULA *NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA

⁷⁶ STJ, RHC 145895/PA, rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), 5.ª T., j. 28.9.2021, DJ 05.10.2021.

*LEALDADE PROCESSUAIS (grifo nosso). INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PRODER. 1. Na linha da orientação jurisprudencial desta Suprema Corte, o Agravante tem o dever de impugnar, de forma específica, todos os fundamentos da decisão agravada, sob pena de não provimento do agravo regimental (HC 133.685-Agr/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 10.6.2016). 2. A jurisprudência desta Suprema Corte exige, como regra, a demonstração concreta de prejuízo tanto para as nulidades absolutas quanto para as nulidades relativas, marcadas que são pelo princípio do *pas de nullité san grief* previsto no artigo 563 do CPP. Precedentes. 3. *A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido da impossibilidade de reconhecer nulidades em favor da parte que lhe deu causa, segundo a ratio do artigo 565 do CPP. Precedentes. 4. A recusa do réu, na presença de seus Advogados, a prestar novo depoimento após a inquirição das testemunhas – e, assim, concretizar o interrogatório como o derradeiro ato da instrução criminal – torna inviável a posterior arguição de nulidade por inversão do rito, sob pena de, ao incorrer em tal comportamento contraditório, incidir a Defesa em frontal desrespeito aos princípios da boa-fé objetiva e da lealdade processuais. 5. Agravo regimental conhecido e não provido (grifos nossos).⁷⁷**

*“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE. CITAÇÃO POR EDITAL. RÉU NÃO LOCALIZADO. CONHECIMENTO A RESPEITO DA EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM SEU DESFAVOR. VÍCIO NÃO CONSTATADO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. 1. A citação por edital somente pode ocorrer após esgotados os meios de localização do acusado, tal como ocorre neste caso, em que o ora agravante, mesmo sabendo da existência de ação penal movida em seu desfavor, não informou ao juízo seu novo endereço nem forneceu meios para ser localizado, justificando a adoção da medida para efetivar seu chamamento ao processo. 2. No sistema processual penal vigora o princípio da lealdade e da boa-fé objetiva, não sendo lícito à parte arguir vício com o qual tenha concorrido, sob pena de se violar o princípio do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. 3. Neste caso, há elementos suficientes que permitam concluir que o recorrente tinha conhecimento sobre a instauração de procedimento criminal em seu desfavor e, mesmo assim, permaneceu inerte, deixando de comunicar ao juízo seu novo endereço, não sendo viável exigir que se determine a realização de buscas aleatórias, sem qualquer indicativo do paradeiro do denunciado. 4. Recurso ordinário não provido (grifos nossos).⁷⁸*

Nesse diapasão, a mentira do réu, no processo penal, pode ser encarada por dois vieses: ao considerar a regra constitucional de que *ninguém é obrigado a fazer algo, senão em virtude de lei*, o falseamento da verdade deve ser aceito como um recurso de defesa, até porque não há conduta penalmente tipificada nesse sentido.

⁷⁷ STF, HC 172.895/SP, rel. Min. Rosa Weber, 1.ª T., j. 28.6.2021, DJ 30.06.2021.

⁷⁸ STJ, RHC 150.827/MT, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5.ª T., j. 21.9.2021, DJ 27.09.2021.

Por outro lado, é preciso ponderar no caso concreto quais os impactos decorrentes da mentira perpetrada pelo acusado ou seu defensor.

Obviamente, a negativa de autoria, de regra, não trará repercussão negativa ao processo e sua manifestação isolada provavelmente terá mínima influência na convicção do julgador. Ocorre que, para escapar da aplicação da pena, pode o réu não apenas negar, mas criar uma celeuma no processo indicando testemunhas que não existem, cruzando dados em lista de contatos, inviabilizando a celeridade do trâmite processual, obrigando o juízo a diligências desnecessárias e custosas, ou até imputando falsamente um crime a outrem, o que viola frontalmente os postulados da lealdade e boa-fé.

Ainda que se admita a natureza dúplice do interrogatório, como meio de defesa e de prova, parece-nos evidente que o ato deva se compatibilizar com limitações impostas pelas regras do processo, especialmente aquelas decorrentes da lealdade, da ética, da boa-fé. Afinal, não se pode olvidar que o processo é um instrumento para a realização da Justiça, revestido de formalidades dicotômicas que, em última análise, são verdadeiras garantias para os réus e para a sociedade.

Nessa trila intelectual, não se pode tolerar que, sob a égide da garantia democrática de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere ou privilege against self incrimination*), o réu se valha de engodos, ardis para fraudar a produção de provas e embaciar deliberadamente o processo.

Uma das mais comuns práticas maliciosas no processo judicial são as manobras com o objetivo de retardar ao máximo o desfecho, sobretudo em razão da prescrição. Os ardis quase sempre são os mesmos, como referido anteriormente: a indicação de testemunhas inexistentes, bem como de provas aparentemente úteis, mas que, ao cabo, pouca serventia têm, impugnações excessivas, interposição de recursos protelatórios e inobservância de prazos impróprios.

Todavia, o significado deontológico do exercício da ampla defesa pressupõe efetividade, utilidade da prova para o seu principal objetivo: a absolvição do acusado e, subsidiariamente, a aplicação de uma pena mais branda. Fora desses estreitos limites, não há se falar em direito de defesa, mas em procrastinação dolosa, ardis e desleal.

Exemplarmente, na ementa a seguir colacionada, o STF reprochou impugnação de decisão do STJ, inibitiva de suposta má-fé processual por parte da defesa, em um processo que, aparentemente, mercê de estratégia defensiva, tramitava há mais de vinte e cinco anos:

“HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA NA APELAÇÃO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. POSSIBILIDADE. ATOS PROTELATÓRIOS DA DEFESA. FEITO QUE SE ARRASTA POR MAIS DE VINTE E CINCO ANOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada

indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem indicou, para motivar a custódia cautelar dos pacientes, as “manobras espúrias com o fito de protelar o desate do processo, que tramita há mais de vinte e cinco anos”. Entendeu haver “abuso de direito de defesa por parte dos réus” e destacou a conduta mais firme adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Motivou o decisum, portanto, no uso excessivo de expedientes protelatórios. 3. Trata-se de situação *sui generis*, em que a persecução penal se arrasta por mais de vinte e cinco anos. O comportamento da Defesa, que teria obstaculizado o célere desate da ação penal, com reflexos, portanto, na aplicação da lei penal, autoriza a decretação da prisão preventiva, mesmo em sede de apelação, a teor do art. 312 do Código de Processo Penal. 4. *Writ não conhecido.*” 2. O impetrante reitera a alegação de ilegalidade na ordem de prisão cautelar e requer a concessão da ordem para o fim de assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. 3. Indeferida a liminar, a Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem. Decido. 4. Consulta ao site do Superior Tribunal de Justiça esclarece que a condenação do paciente transitou em julgado, de modo que, com base no art. 21, IX, do RI/STF, julgo prejudicado o pedido formulado neste habeas corpus. Publique-se (grifos nossos).⁷⁹

Com a crítica explicitada nas situações acima descritas, permeia uma indagação: a má-fé e a deslealdade no processo penal, se aceitas como regra de conduta, são uma obrigação sem sanção?

Recente precedente do Pretório Excelso, categoricamente, respondeu essa indagação:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS DEFENSIVOS NÃO EXAMINADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ EM PROCESSOS DE NATUREZA PENAL. POSSIBILIDADE. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. INVIABILIDADE DO HABEAS CORPUS PARA DISCUTIR REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL DE OUTRO TRIBUNAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Os argumentos veiculados nesta impetração não foram enfrentados pelo Superior Tribunal de Justiça, que se limitou a não conhecer do habeas corpus, por inadequação da via eleita. Nesse contexto, o exame da matéria por esta Suprema Corte implicaria supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal. Precedentes. II – Para afastar qualquer possibilidade de concessão da ordem, de ofício, cumpre registrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a utilização indevida das espécies recursais no processo penal desvirtua o postulado da ampla defesa e configura abuso do direito de recorrer, sendo permitido, em tais

⁷⁹ STF, HC 120.745/ES, rel. Min. Roberto Barroso, 1.ª T., j. 12.9.2014, *DJe* 16.09.2014.

casos, a fixação de multa por litigância de má-fé. Precedentes. III – É inviável a discussão acerca da viabilidade dos embargos de declaração opostos no Tribunal de Justiça local, para chegar-se a conclusão diversa da que chegou aquele Tribunal e afastar a litigância de má-fé. A jurisprudência desta Suprema Corte também é firme no sentido de não ser o writ meio hábil para discutir questões alheias à liberdade de locomoção, tais como tempestividade ou ausência dos pressupostos de admissibilidade recursal de outro tribunal. IV – Agravo regimental a que se nega provimento.”⁸⁰

Portanto, em linha com esse entendimento, ao abuso do direito de recorrer é possível a fixação de multa por litigância de má-fé. O eminente relator, no julgado, inclusive, embasou seu entendimento com ementas nesse sentido. Porém, a multa, segundo o art. 81 do CPC⁸¹, corresponderá a uma quantia variável, superior a um e inferior a dez por cento do valor da causa devidamente corrigido, além do pagamento dos honorários do advogado da parte adversa e das despesas processuais por ele efetuadas.

Esse argumento central, *ubi eadem ratio*, é igualmente válido para tratar as rupturas éticas e abusos processuais em qualquer outra fase do processo para além da etapa recursal.

Entretanto, nesse caso, a sanção prevista na lei adjetiva civil discrepa do objeto singular do processo penal. Naquele, o bem da vida, direta ou indiretamente, é patrimonial e por isso sempre há um valor de causa; neste, no concernente ao polo passivo, o bem da vida é a liberdade, cujo valor é inestimável.

Diante dessa dicotomia, é oportuna a reflexão sobre interessante tese jurídica que vem se edificando, tanto em solo acadêmico, quanto em alguns tribunais⁸². A solução pronunciada tem sido a valoração negativa da personalidade desvirtuada do agente que viola a boa-fé e a lealdade processual, impingindo-lhe o correlato aumento de pena na primeira fase de dosimetria. A lógica é que o acusado que assim age frauda a produção de provas e torna o processo um cambalacho, revela sua personalidade dissimulada, amoral, o que justifica a maior reprovabilidade.

Pela ótica clássica e genial de Bettiol, “a pena é a consequência jurídica do crime, isto é, a sanção estabelecida pela violação de um preceito penal”. Sua essência, analisa o célebre autor:

“[...] atinge o homem considerado *in totum*, isto é, em sua vida, em sua liberdade, em sua honra, em seu patrimônio; a pena abre na vida do indivíduo um sulco que muitas vezes não pode ser mais recoberto: pode ser ela meio de redenção moral como -se mal executada – instrumento de perdição”⁸³

⁸⁰ STF, AgRg no HC 192.814/RJ, rel. Min. Ricardo Levandowski, 2.ª T., j. 16.11.2020, DJe 30.11.2020.

⁸¹ CPC: Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

⁸² TJSP, ApCr 9228927-63.2005.8.26.0000, rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, 6.ª C. Cr., j. 20.06.2007.

⁸³ ETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. RT, 1966, v. 3, p. 77.

A principal crítica que se faz a esse conceito, sob a pecha de reducionista, seria o enquadramento da pena como consequência do injusto. Se o conceito de consequência evoca de causalidade, estar-se-ia estabelecendo uma etiologia inviável entre dois fenômenos que não se encontram na mesma linha de desdobramento causal.

Porém, o óbice é facilmente superável se empregada uma visão teleológica, a partir da qual a pena seria a consequência jurídica do crime, por ser o meio de que se serve o ordenamento para repelir a lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico.

Por sinal, na releitura do pensamento científico moderno, a pena, embora consubstancie inegável retribuição ao injusto, tem na prevenção sua finalidade precípua, no sentido de evitar a prática de novas infrações e desvios éticos, não se concebendo razão para desse espectro se excluir o comportamento processual malicioso.

Dito de outra forma, o *free pass*, a permissividade absoluta à conduta processual censurável, mendaz e abjeta do réu desafia a lógica e expõe a risco a estabilidade do sistema jurídico, além de ferir, inconcebivelmente, a dignidade da Justiça.

CONCLUSÃO

Os princípios da lealdade e da boa-fé processual são derivados da matriz constitucional do devido processo legal. Além disso, não se pode refutar sua concomitante descendência de outros primados, como isonomia e dignidade da pessoa humana. Parametrizam valores morais da sociedade que moldam a ética do processo, como via de expressão da função judiciária do Estado.

Essas máximas subordinam todos os sujeitos do processo penal, cada qual na conformação e nas medidas de suas peculiaridades. Na banda dos sujeitos ativos, a sedimentação dos cenários doutrinário e jurisprudencial não fomentam celeumas. Na ala dos sujeitos passivos, não se concebe antinomia com a ampla defesa. Ao reverso, a coexistência dos axiomas se equalizada pela proporcionalidade dos princípios constitucionais.

Em arremate, parece-nos que, no moderno processo penal constitucional, ainda que o acusado tenha a prerrogativa de silenciar, ou mentir, isso não significa a legitimação de sua conduta processual matreira, pois, a boa-fé lhe pode ser exigida em tudo aquilo que não se refira ao fundo da questão controvertida e investigada no processo, tal a única ressalva plausível à exigência de boa-fé e lealdade, primados esses que são frutos virtuosos do processo civilizatório.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Pedro de. Responsabilidade processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALVES, Fábio Wellington Ataíde. O abuso da garantia de defesa no processo penal: a renovação da defesa penal protelatória. *Revista da Direito e Liberdade*. v.7, n. 3, p. 83-100 – jul/dez 2007. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/64720/abuso_garantia_alves.pdf. Acesso em: 26 nov. 2021.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Ed. RT, 1966, v.l. 1 et 3.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2001.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má fé, abuso de direito de acção e culpa “in agendo”*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Pillares. E-book.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Volume único. Salvador: JusPODIVM, 2021.
- MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SANTOS, João Pedro Lins Cavalcante. *Ampla destreza: exercício abusivo da ampla defesa*, 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56286/ampla-destreza-exercicio-abusivo-da-ampla-defesa>. Acesso em: 29 nov. 2021.
- VIEIRA, Thiago Prates. *O princípio da boa-fé objetiva no processo penal: a perspectiva ética do princípio da ampla defesa*. 2018. 169 p. Monografia (Especialização) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/Monografia_pdf/2018/ThiagoPrates_Monografia.pdf. Acesso em: 26 nov. 2021.

EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO: BREVES CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

Luiz Alberto Gurgel de Faria⁸⁴, Rodrigo Maia da Fonte⁸⁵

INTRODUÇÃO

A tutela criminal da ordem tributária no Brasil é catalisadora de muitos posicionamentos quanto à constitucionalidade e à legitimidade desse segmento do direito penal. Abriga, também, diversas controvérsias em relação aos institutos que integram esse ramo jurídico, dentre eles aqueles relacionados ao fenômeno da extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo⁸⁶.

A história revela a importância dada pelo legislador à política arrecadatória no país, demonstrada a partir dos expressivos benefícios concedidos ao contribuinte que, em tese, cometeu crime tributário⁸⁷, mas que, por algum meio, mobilizou-se para satisfazer esse intento de arrecadação.

No âmbito desses debates, o presente artigo tem dois objetivos: a) um, geral, de examinar os efeitos que o pagamento integral dos encargos tributários operam em relação ao devedor que figura como réu de ação penal por crime contra a ordem tributária; e b) outro, especial, de promover considerações críticas a respeito da questão anterior.

Há relevantes e (ainda) atuais discussões relacionadas ao tema, a justificar a sua escolha. Embora, no momento, a legislação e a jurisprudência assegurem resposta objetiva para o primeiro propósito deste trabalho (item a), a temática é fruto permanente de amadurecimento e está em constante transformação, pelo que produz terreno fértil para o segundo intento deste artigo (item b).

O leitor deste texto percorrerá o seguinte caminho: 1) na primeira parte, serão apresentados, de acordo com a legislação e a jurisprudência atuais, os efeitos produzidos na ação penal tributária pelo pagamento do tributo por parte do contribuinte; 2) na segunda seção, explicar-se-á, brevemente, o porquê de se considerar necessária a intervenção penal em matéria tributária, promovendo-se, na oportunidade, visita ao direito comparado; 3) no terceiro segmento, já situado o

⁸⁴ Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor de Direito Tributário na UFRN, atualmente em colaboração com a Universidade de Brasília (UnB), e no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Membro da Academia Norte-rio-grandense de Letras (ANRL), da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte (ALEJURN) e do Instituto Potiguar de Direito Tributário (IPDT). Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

⁸⁵ Mestrando do Mestrado Profissional em Direito do PPGPD da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam. Graduado pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Juiz Federal do TRF da 5ª Região.

⁸⁶ BUONICORE, Bruno Tadeu. Delitos Tributários e Criminologia: um estudo da extinção punitiva pelo pagamento da dívida fiscal. Em Evidência, Porto Alegre, v. 54, p. 6-24, jul. 2013. Bimestral.

⁸⁷ OLIVEIRA, Fernanda Amorim Almeida. Críticas à extinção da punibilidade dos crimes tributários em razão do pagamento do tributo. Boletim Científico Esmpu, Brasília, v. 48, n. 15, p. 95-127, dez. 2016. Semestral.podesi

observador no estágio atual do tema foco deste artigo, e assentados os pressupostos lógicos para a incriminação de condutas contra a ordem tributária, serão apresentadas considerações críticas a respeito dos tópicos anteriores; 4) a quarta e última parte se apresenta como a síntese desta pesquisa.

1 EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DO TRIBUTO

No atual cenário, o pagamento do tributo, a qualquer tempo, extingue a punibilidade do crime tributário no Brasil. Pode-se dizer que essa é a regra que sintetiza o objetivo geral deste artigo.

A assertiva se ancora, em primeiro lugar, no comando normativo inaugurado a partir da vigência da Lei n. 10.684/2003, a qual, em seu art. 9º, § 2º, dispõe que “extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”. Registre-se que a referida norma se aplica aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, pelo que abarca a maioria dos delitos desse gênero.

Observe-se, de plano, que o art. 9º, §2º, da Lei n. 10.684/2003 não fixou prazo para que o pagamento pudesse extinguir a punibilidade. A previsão divergiu das disposições anteriores, as quais vinham gradativamente estendendo o momento final para se admitir a satisfação do crédito tributário como causa de extinção. Exemplificativamente, lembre-se que: para a Lei n. 4.357/1964 (art. 11, § 1º), o pagamento deveria ocorrer antes da decisão administrativa; o Decreto-Lei n. 157/1967, por sua vez, postergou o prazo para o pagamento do tributo até a comunicação do julgamento administrativo de primeira instância; já a Lei n. 8.137/1990 (art. 14) previa que o pagamento deveria ocorrer antes do recebimento da denúncia; e semelhante disposição foi trazida pela Lei 9.249/1995 (art. 34).

Em face dessa ruptura provocada pela Lei n. 10.684/2003, existia fundada posição defendendo que não seria permitido ao Poder Judiciário realizar interpretação restritiva, em detrimento do acusado, e fixar qualquer prazo para que o pagamento fosse considerado causa de extinção de punibilidade. E essa foi a interpretação prevalecente no âmbito da jurisprudência, cabendo destacar as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas após o advento daquela norma, como, por exemplo, no HC 81.929/RJ⁸⁸ e no Inq 1.864/PI⁸⁹, e, naquele mesmo momento, em igual direção, os

⁸⁸ EMENTA: AÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário. (HC 81929, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 16/12/2003, DJ 27-02-2004 PP-00032 EMENT VOL-02141-04 PP-00780)

⁸⁹ EMENTA: INQUÉRITO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PARLAMENTAR FEDERAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO FEDERAL COMPETENTE, PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO EM RELAÇÃO AOS CO-RÉUS. 1. O art. 9º da Lei nº 10.684/03 goza de presunção de constitucionalidade, não obstante esteja em tramitação nesta Corte ação direta de inconstitucionalidade, sem pedido de liminar, visando a retirar a sua eficácia normativa. Precedentes. 2.

precedentes do Superior Tribunal de Justiça (HC 33234/RJ⁹⁰ e RHC 15631/SP⁹¹).

Já mais recentemente, a discussão, no âmbito das Cortes, foi além, para abranger a controvérsia sobre a possibilidade de extinção de punibilidade inclusive após o trânsito em julgado da ação penal condenatória. Nesse sentido, atualmente a 5ª Turma do STJ tem se posicionado favoravelmente à tese, desde o julgamento do HC 362.478/SP⁹², e também a 2ª Turma do STF se manifestou expressamente no mesmo caminho, no RHC 128.245/SP⁹³.

Comprovado nos autos, através de ofício da Procuradoria Federal Especializada, o pagamento integral do débito imputado ao parlamentar federal indiciado, é imperativo o reconhecimento da extinção da pretensão punitiva estatal. 3. Denúncia não recebida em relação ao parlamentar, por estar extinta a punibilidade dos fatos a ele imputados, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03. 4. Os autos devem ser remetidos ao juízo federal competente da Seção Judiciária do Piauí, para regular prosseguimento em relação aos co-réus. (Inq 1864, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00032 EMENT VOL-02283-02 PP-00233).

⁹⁰ CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO OBJETO DO PROCEDIMENTO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA QUE NÃO SE VERIFICA. LEI 10.684/2003. PAGAMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. LIMINAR CASSADA.

[...] Não merece acolhida o argumento de que a instauração do processo criminal antes do esgotamento da esfera administrativa significaria a supressão do direito do paciente de obter a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, nos termos do art. 34 da Lei n.º 9.249/95, eis que o montante do débito tributário não estaria definido, pois, com o advento da Lei n.º 10.684/2003, o pagamento pode ser efetuado mesmo após a instauração da ação penal, ensejando, da mesma forma, a extinção da punibilidade. Ordem denegada, cassando-se a liminar anteriormente deferida. (HC 33.234/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 343)

⁹¹ RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, INCISO II, DA LEI N.º 8.137/90). ARGUIDA ATIPICIDADE DA CONDUTA EM FACE DA EXISTÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO EM QUE SE DISCUTE O AUTO DE INFRAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DO PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DA LEI N.º 10.684/2003. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. Extingue-se a punibilidade do réu, a qualquer tempo, em face do pagamento integral do débito fiscal objeto da ação penal ajuizada. Aplicação do § 2º da Lei n.º 10.684/2003. Precedente do STF. 2. Habeas corpus concedido de ofício para declarar extinta a punibilidade do réu pelo crime tributário a que se refere a ação penal em tela. Recurso ordinário prejudicado. (RHC 15.631/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2005, DJ 02/05/2005, p. 379).

⁹² HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. [...] LEI 10.684/2003. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Com o advento da Lei 10.684/2003, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite.

2. Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.

[...]

(HC 362.478/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 20/09/2017).

⁹³ EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, CP). Condenação. Trânsito em julgado. Pagamento do débito tributário. Extinção da punibilidade do agente. Admissibilidade. Inteligência do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03. Precedentes. [...] 4. De toda sorte, afastado o óbice referente ao momento do pagamento, cumprirá ao juízo das execuções criminais declarar extinta a punibilidade do agente, caso demonstrada a quitação do débito, por certidão ou ofício do INSS. 5. Recurso

A 1ª Turma do Supremo, por sua vez, manifestou-se de modo semelhante, no sentido de que o pagamento do tributo, “em qualquer fase do processo”, extingue a punibilidade (AgR no RE 575.071/SP, Rel. Min. Luiz Fux, un., j. 05.02.2013), sendo importante consignar, porém, que ali não houve o exame específico da extinção após o trânsito.

A 6ª Turma do STJ, por outro lado, no RHC 56.665/PE⁹⁴, divergiu do entendimento acima mencionado, de que o alcance da extinção da punibilidade “a qualquer tempo” ocorreria inclusive nos casos dos feitos criminais transitados em julgado.

Em síntese, a conjugação entre a previsão legal (art. 9º, §2º, da Lei n. 10.684/2003) e a interpretação jurisprudencial a ela conferida confirma a ideia antecipada no início desta seção de que o pagamento do tributo, em qualquer fase processual, extingue a punibilidade do crime tributário no Brasil, sendo que o entendimento prevalecente é o de que esse efeito se opera até mesmo após o trânsito em julgado da ação penal.

Essa conclusão traz a reboque percepções de simples inferência, no sentido de que o Brasil (a) de um lado, opta pela intervenção do direito criminal em matéria tributária; (b) mas, de outra banda, entende que o pagamento do encargo tributário é suficiente para afastar as consequências penais. E é a partir desses pontos que se pretende desenvolver os próximos tópicos deste artigo.

2 PROTEÇÃO À ORDEM TRIBUTÁRIA

A primeira consideração que precisa ser estabelecida, após a exposição acima, é se se justifica a decisão político-criminal de inserir no rol de delitos as condutas que ofendem a ordem tributária.

Saliente-se, de antemão, reconhecer-se que, sendo o Direito Penal a manifestação mais agressiva e invasiva do Estado em relação à liberdade dos sujeitos de direito, deve, por uma questão de proporcionalidade, reservar-se à proteção dos bens jurídicos socialmente mais relevantes.

Rege-se, pois, o Direito Penal, pelo princípio da intervenção mínima, pelo que “deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes da vida do indivíduo e da própria sociedade”⁹⁵. Funda-se, ainda, no princípio da fragmentariedade, porque, “uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, [...] passarão a fazer parte de uma pequena parcela

parcialmente provido. (RHC 128245, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016).

⁹⁴ EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 9º, DA LEI N.º 10.684/03. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O art. 9º da Lei n.º 10.684/03 trata da extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário, antes do trânsito em julgado da condenação, uma vez que faz menção expressa à pretensão punitiva do Estado. Não há que se falar em extinção da punibilidade pelo pagamento, quando se trata de pretensão executória, que é o caso dos autos. 2. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC 56.665/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 27/03/2015)

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, sua natureza fragmentária⁹⁶.

Diante dessas considerações, resta sempre a indagação: cabe mesmo, ao Direito Penal, dadas as suas fragmentariedade e subsidiariedade, tutelar os chamados “crimes tributários”? Reconhece-se como relevante o argumento de que a preocupação primordial do Estado, ao incriminar tais condutas, estaria adstrita tão-somente à arrecadação de tributos⁹⁷, pelo que a pretensão poderia ser atingida por outros ramos do Direito (a exemplo do Civil e do Administrativo).

É preciso ter em consideração, porém, que os crimes contra ordem tributária são extremamente lesivos à sociedade⁹⁸, porque violam bem jurídico de mais alta relevância. Isso porque o que se tutela com delitos dessa natureza é a própria manutenção do Estado e da sociedade, a qual só é possível na medida em que existam as receitas de natureza tributária.

Isto é, afigura-se natural que o Estado busque proteger bem jurídico essencial à sua própria existência e à “consecução dos seus fins”⁹⁹. Estando o fenômeno tributário “entranhado na própria formação social e jurídica do Estado de Direito, [...] outro não poderia ser o caminho tomado pelo Direito Penal a não ser tutelar a ordem tributária”¹⁰⁰.

Além disso, outros efeitos negativos secundários da supressão ou redução do pagamento de tributos também justificam, ainda que em segundo plano ou em menor medida, a criminalização das condutas lesivas ao Fisco, tais como: prejuízo causado aos setores que deixam de receber os recursos que seriam arrecadados; lesão às sociedades empresárias que contribuem regularmente, porque se tornam menos competitivas com aquelas que sonegam ou suprimem o pagamento de tributos; lesão dos contribuintes que efetivamente pagam corretamente os tributos, uma vez que a sonegação ou a supressão do pagamento por aqueles que ilicitamente assim agem acaba gerando a necessidade de aumentar o valor final da carga tributária¹⁰¹.

Aliás, a escolha por criminalizar infrações fiscais não é exclusividade brasileira.

Se a temática for examinada sob a ótica do direito comparado, percebe-se que outros países, cuja origem da tradição jurídica é semelhante, também adotaram a mesma opção político-criminal. Apenas ilustrativamente, citem-se os casos de: Portugal (Lei n. 15/2001); Espanha (Código Penal/1995, art. 305); Itália (Lei n. 157/2019); Alemanha (“Código Tributário”/1976 – *Abgabenordnung*, art. 370); França (Código Tributário/1950 – *Code général des impôts*, art. 1.741); Argentina (Lei Penal Tributária n. 24.769/1996 – *Ley Penal Tributaria*).

⁹⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

⁹⁷ CARVALHO, Patrícia Cunha Barreto de. Breve análise sobre a extinção da punibilidade nos delitos tributários. Revista da Esmese, Aracaju, v. 15, n. 15, p. 15-20, 2011. Semestral.

⁹⁸ FISCHER, Douglas. Art. 34 da Lei 9.249/95 - parcelamento não é causa de extinção da punibilidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 92, n. 809, p. 438-447, mar. 2003.

⁹⁹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

¹⁰⁰ XAVIER, Felipe Rodrigues. Proposta para limite temporal da suspensão da pretensão punitiva nos crimes tributários. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 136. ano 25. p. 127-153. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

¹⁰¹ CAMARGO, Beatriz Corrêa. Crimes Tributários no Brasil: reflexões sobre o difícil equilíbrio entre a lógica arrecadatória do fisco e a racionalidade punitiva. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Brasília, v. 83, p. 43-54, 2018. Bimestral.

Países de tradição anglo-saxônica também seguem a mesma linha. Exemplificativamente, mencionam-se os seguintes casos: Estados Unidos (Código Tributário/1986 – *Internal revenue code*, Seção 7201); Austrália (*Criminal Code Act/1995*); Canadá (*Criminal Code of Canada, Section 380*).

Registre-se, ainda, que a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 2017, publicou documento intitulado *Fighting tax crime: the ten global principles*¹⁰², tendo como primeiro princípio “garantir que as infrações fiscais sejam criminalizadas”, a reforçar as considerações anteriormente expostas.

Em resumo, compreende-se como justificado o tratamento penal dado às infrações contra a ordem tributária e, partindo-se dessa premissa, percebe-se alguma incongruência do legislador ao admitir que o pagamento seja capaz de, a qualquer tempo, extinguir a punibilidade do crime daquela natureza.

3 APONTAMENTOS CRÍTICOS

Causa alguma estranheza que, na prática, o Direito Penal, nos casos mencionados no parágrafo anterior, acabe figurando como pragmático instrumento arrecadatório.

O ordenamento admite que seja deflagrada a persecução penal, que em muitas situações se desenrola integralmente (com investigação penal, seguida de denúncia, instrução e provocação de vias recursais), para, “em um momento de mera potestade, o particular realizar o pagamento dos valores devidos e fazer desaparecer o que levou anos (e milhares de reais) para ser construído”¹⁰³.

Em curto prazo, e numa visão específica de determinada ação penal em curso, até faz algum sentido permitir que o pagamento total implique extinção da punibilidade, afinal, o objetivo seria o de preservar o interesse de manutenção do Estado com aquela arrecadação.

Em longo prazo e examinada a questão de forma ampla e sistêmica, “a sobreposição que se estabelece da política arrecadatória em detrimento da lógica penal é contraproducente. Entretanto, essa constatação somente se entrevê quando se considera o caráter preventivo da sanção criminal”¹⁰⁴.

Dentre as teorias que objetivam justificar os fins e fundamentos da pena, prevalece a unitária ou eclética, que busca “conciliar a exigência de retribuição jurídica da pena – mais ou menos acentuada – com os fins de prevenção geral e especial”¹⁰⁵. Isto é, embora haja manifestações em sentido contrário¹⁰⁶, é concretamente fundado

¹⁰² Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/crime/fighting-tax-crime-the-ten-global-principles-first-edition-63530cd2-en.htm>. Acesso em 13 mai. 2022.

¹⁰³ MARGRAF, Alencar Frederico; CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. Pagamento dos tributos como meio de extinção da punibilidade. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 210-222, set. 2018. Bimestral.

¹⁰⁴ CAMARGO, Beatriz Corrêa. *Op. cit.*, p. 52.

¹⁰⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 1: parte geral, arts. 1º a 120. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹⁰⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Extinção da punibilidade, isonomia e irretroatividade*. *Repertório Iob de Jurisprudência*, São Paulo, v. 96, n. 4, p. 69-70, fev. 1996.

o receio de que a garantia de extinção de punibilidade, a qualquer momento, pelo pagamento do tributo, possa esmorecer a função de prevenção geral da pena relacionada ao crime contra ordem tributária. E, como não há restrição à extinção da punibilidade em relação ao contribuinte reincidente, também se esvazia o caráter preventivo especial da pena.

Numa visão holística do sistema, isso pode implicar consequências nefastas, lesando o erário mais do que o beneficiando nos casos isolados de pagamento. Isso porque, embora possa ocorrer a arrecadação específica dos casos que chegaram a ensejar uma ação penal, deixa-se de arrecadar de maneira global em relação àqueles contribuintes que não são influenciados pelo (esvaziado) caráter preventivo da penalidade.

A propósito, a escolha pela extinção da punibilidade, no caso de pagamento do tributo, expõe também alguma incoerência com o próprio sistema de justiça penal, que não faculta o mesmo benefício em relação a outros crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça (ex: furto simples¹⁰⁷), e que são, muitas vezes, até menos graves para o bem coletivo.

É importante destacar que, em estudo comparativo com 38 países, incluindo os de mais expressivos Produtos Internos Brutos (PIB), não se constatou nenhum tratamento semelhante ao que é dado no Brasil em relação às consequências operadas pelo pagamento dos encargos tributários¹⁰⁸.

Na mesma pesquisa se verificou que, no universo de 82% dos países pesquisados, ou há total independência entre o pagamento e o crime fiscal (26%), ou apenas é possível a extinção do crime pelo pagamento antes do início de qualquer procedimento fiscal ou penal (32%), ou a aplicação do instituto pode ocorrer até a fase de instrução processual penal e somente em situações menos graves (24%).¹⁰⁹

Entende-se, pois, que semelhante tratamento deveria ser conferido no Brasil, ou seja, o legislador deveria evitar que o pagamento dos encargos tributários, a qualquer momento, implicasse a extinção total da punibilidade. À semelhança de outros países, ou até mesmo da realidade nacional em relação a outros crimes, poder-se-iam ser pensados mecanismos de redução de pena quando ocorresse o pagamento, podendo essa mitigação, inclusive, ser proporcional ao momento em que ocorreu a satisfação do crédito tributário¹¹⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo demonstrou que:

a) no atual cenário, o pagamento do tributo, a qualquer tempo, extingue

¹⁰⁷ A reparação do dano implicaria a redução da pena (art. 16 do CP).

¹⁰⁸ CAMPOS, Flávio Vilela. Estudo comparado sobre a extinção da punibilidade e elementos fundamentais dos crimes tributários: paralelo entre a experiência internacional e o modelo adotado no Brasil. Pesquisa ampliada do trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário. São Paulo, 2018.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ Exemplificativamente: redução maior se o pagamento fosse operado antes da denúncia, menor se ocorresse entre a denúncia e a condenação e ainda mais diminuta se fosse após a condenação.

a punibilidade do crime tributário no Brasil, inclusive havendo predominância do entendimento de que abrange também os casos em que já houver o trânsito em julgado da ação penal condenatória;

b) é plenamente justificado o tratamento penal dado às infrações contra a ordem tributária, porque o ordenamento tutela bem jurídico fundamental à própria existência do Estado;

c) há aparente incoerência do sistema jurídico brasileiro, ao reconhecer a relevância do bem jurídico tutelado pela norma penal e admitir que o pagamento seja capaz de, a qualquer tempo, extinguir a punibilidade do crime daquela natureza, como se a questão se limitasse à finalidade puramente arrecadatória.

Com isso, sugere-se que os réus de crimes tributários, para a manutenção da congruência do sistema penal, sejam beneficiados, após o pagamento do tributo, apenas com a diminuição do *quantum* da pena, além de reduzir os benefícios nos casos de reincidência.

REFERÊNCIAS

- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Crimes Federais. 8. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUONICORE, Bruno Tadeu. Delitos Tributários e Criminologia: um estudo da extinção punitiva pelo pagamento da dívida fiscal. Em Evidência, Porto Alegre, v. 54, p. 6-24, jul. 2013. Bimestral.
- CAMARGO, Beatriz Corrêa. Crimes Tributários no Brasil: reflexões sobre o difícil equilíbrio entre a lógica arrecadatória do fisco e a racionalidade punitiva. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Brasília, v. 83, p. 43-54, 2018. Bimestral.
- CAMPOS, Flávio Vilela. Estudo comparado sobre a extinção da punibilidade e elementos fundamentais dos crimes tributários: paralelo entre a experiência internacional e o modelo adotado no Brasil. Pesquisa ampliada do trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário. São Paulo, 2018.
- CARVALHO, Patrícia Cunha Barreto de. Breve análise sobre a extinção da punibilidade nos delitos tributários. Revista da Esmese, Aracaju, v. 15, n. 15, p. 15-20, 2011. Semestral.
- FISCHER, Douglas. Art. 34 da Lei 9.249/95 - parcelamento não é causa de extinção da punibilidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 92, n. 809, p. 438-447, mar. 2003.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- MACHADO, Hugo de Brito. Extinção da punibilidade, isonomia e irretroatividade. Repertório Iob de Jurisprudência, São Paulo, v. 96, n. 4, p. 69-70, fev. 1996.
- MARGRAF, Alencar Frederico; CORDEIRO, Gustavo Henrique de Andrade; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. Pagamento dos tributos como meio de extinção da punibilidade. Revista de Direito Tributário Contemporâneo, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 210-222, set. 2018. Bimestral.
- OLIVEIRA, Fernanda Amorim Almeida. Críticas à extinção da punibilidade dos crimes tributários em razão do pagamento do tributo. Boletim Científico Espmu, Brasília, v. 48, n. 15, p. 95-127, dez. 2016. Semestral.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, v. 1: parte geral, arts. 1º a 120. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- XAVIER, Felipe Rodrigues. Proposta para limite temporal da suspensão da pretensão punitiva nos crimes tributários. Revista Brasileira de Ciências Criminas. v. 136. ano 25. p. 127-153. São Paulo: Ed. RT, out. 2017.

CONSEQUÊNCIAS DO DELITO NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Fernando B. S. Fischer¹¹¹

INTRODUÇÃO

As consequências do delito representam a herança do fato criminoso que remanesce para a vítima, para a sociedade e para o próprio agente. Por expressarem um significativo modo como as pessoas compreendem e valoram o fenômeno delitivo, a translação das consequências para o universo jurídico recebe relevante atenção, não só de diversas teorias de determinação da pena, mas também da jurisprudência estrangeira de maneira geral.

A despeito disso, a práxis jurídica brasileira presenciou a disseminação de critérios mecanicistas de determinação judicial das consequências, bem como de todas as demais circunstâncias judiciais incidentes na primeira fase da individualização da pena. Como resultado, a análise das consequências se resumiu a um mero cálculo matemático, despido de fundamentos axiológicos, que por meio da aplicação de uma fração predeterminada – o convencionado 1/8 (um oitavo), ou qualquer outro valor mágico destituído de vinculação com as finalidades da pena –, simplesmente assinala a constatação de consequências, independentemente de se mostrarem brandas ou gravíssimas no caso concreto.

Diante desse cenário, o presente trabalho se propõe a desenvolver um método que, ao mesmo tempo que se compatibilize com o sistema penal brasileiro, também apresente instrumentalidade prática e pretensão à correção e à segurança jurídica.

Para isso, será necessário visitar e revisitar tanto teorias da pena quanto teorias de determinação judicial da pena propostas pelo direito comparado, bem como delimitar alguns conceitos e significados, ainda que isso importe na renúncia a certos vícios e confusões gramaticais difundidos na prática forense nacional. Embora pareça paradoxal, uma vez que este estudo declara um objetivo prático – qual seja a contribuição em um processo de julgamento –, torna-se imperioso que a maior parte do seu conteúdo se atenha a questões teóricas, buscando construir um alicerce justificante para o mecanismo decisório ao final apresentado.

De nada adiantaria conceber um método de valoração das consequências internamente coerente, mas que não dialogue com as funções e justificativas da pena e do próprio direito penal. A busca não só por coerência sistêmica, mas também por legitimidade democrática, talvez torne o presente estudo, em algumas passagens, deveras pretensioso.

Entretanto, ciente de todas as limitações que lhe são inerentes, o objetivo aqui almejado é tão somente a apresentação de um método consistente de determinação

¹¹¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná – ICPC e em Ciências Criminais pela UniCuritiba. Professor de Direito Penal do Curso de Pós-Graduação da Escola da Magistratura do Paraná. E-mail fernandobardelli@hotmail.com.

das consequências do delito e, quem sabe, eventualmente traçar um grosseiro esboço de um sistema de individualização da pena que poderá ser desenvolvido no decorrer de futuros trabalhos e estudos.

1 BREVES REFLEXÕES SOBRE OS FINS DA PENA E DO DIREITO PENAL

Qualquer valoração das circunstâncias para fins de individualização da sanção demanda uma preliminar reflexão sobre as finalidades e a justificação da pena. Por sua vez, considerando que a pena representa a materialização da resposta criminal, na sua versão mais explícita e violenta, não há como se dissociar a ideia de punição das funções, manifestas ou não-manifestas, do direito penal.

Ao longo dos últimos séculos, juristas e filósofos vêm se debruçando na dificultosa tarefa de definir a função, ou as funções, do direito penal¹¹². Embora seja evidentemente impraticável uma digressão sobre tais questões teleológicas no presente trabalho, para fins metodológicos cabe pontuar algumas escolhas aqui realizadas.

Não há como se conceber uma teoria da norma penal alheia à noção de ordenamento jurídico. Sendo assim, ainda que se atribuam funções específicas ao direito penal, a função última da norma penal sempre estará vinculada à própria função do direito. E dentro da nossa concepção de Estado, fundada no paradigma liberal do indivíduo¹¹³, a versão que se mostra mais ilustrativa é a de que o direito, antes de mais nada, tem como função primordial a estabilização social¹¹⁴. Embora haja consistentes teorias que atribuam à norma jurídica a função de ordenar a vida social e as ações humanas¹¹⁵, tal organização não é um fim em si mesmo, derivada de um fetichismo regulatório estatal, mas sim um meio para se atingir a pacificação da sociedade. Anterior à ordenação está a busca pela estabilização, pois a conformação de comportamentos deve convergir às expectativas sociais, sob pena de se incorrer em um direito despido de legitimidade democrática. Sendo assim, ainda que as normas jurídicas estejam permeadas de elementos axiológicos, o derradeiro propósito do direito só pode ser empírico, pois não há racionalidade na construção de um complexo sistema de ordenamento humano sem que se vislumbre uma finalidade prática.

¹¹² Conforme observa Naucke, com a concepção de um direito racional a partir do Iluminismo, é a própria finalidade do direito penal que determina os seus meios. Em NAUCKE, Wolfgang. *Prevención general y derechos fundamentales de la persona*. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires: B de F, 2004. p. 21.

¹¹³ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la ciencia del derecho*. Trad. Luis Recasens Siches. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930. p. 23.

¹¹⁴ De acordo com Manuel Hespanha, o direito democrático deve traduzir as aspirações e expectativas generalizadas da sociedade. E a legitimação democrática decorre da sensibilidade comum, que “há de corresponder àquilo que se manifeste como mais consensual, mais igual, mais estabilizador das relações comunitárias, mais inclusivo, menos irritante ou fraturante”. Em HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático: prospectivas do direito no século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 13.

¹¹⁵ ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

Diante dessa concepção, muitas das funções específicas atribuídas ao direito penal – tais como a proteção subsidiária de bens jurídicos¹¹⁶, a defesa social¹¹⁷ e a limitação do poder punitivo estatal¹¹⁸ – podem ser entendidas como princípios programáticos deste ramo jurídico, uma vez que não representam intentos imperiosamente excludentes entre si¹¹⁹. Com isso, a pena pode buscar objetivos singulares em tais princípios, bem como sofrer limitações em razão deles, mas nunca poderá deixar de ter como norte a sua função essencialmente conciliadora. E aqui não se trata de estabilização no sentido meramente normativo, mas de uma estabilização com reflexos ontológicos, vinculada à ideia de pacificação social¹²⁰.

Isso não quer dizer que a concepção da pena deve ser privada de aspectos axiológicos, pois tais aspectos podem tanto emergir da sociedade quanto por ela ser reconhecidos. Conforme conclui Habermas¹²¹, diversas categorias jurídicas, dentre elas a graduação das penas, constituem reflexos jurídicos de preceitos morais. Isso não implica na moralização do direito, mas sim na tradução para a linguagem jurídica de valores sociais. E nessa condição, é importante pontuar que quando ora se alude a conceitos morais em matéria de norma penal, não se trata da moral em seu sentido estrito de busca pelo virtuoso, mas da moral na sua concepção de pretensão de justiça extraída dos processos comunicativos sociais¹²².

¹¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 51; SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coord. e trad. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 32. LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C., 1899. p. 97-98.

¹¹⁷ PRINS, Adolphe. *La défense sociale et les transformations du droit pénal*. Paris: Misch et Thron, 1910; LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C., 1899. p. 97-98. LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984.

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 206.

¹¹⁹ Conforme o antigo posicionamento de Zaffaroni, exarado em seu Tratado de Direito Penal na década de 1980, a função do direito penal, que deve coincidir com as funções do direito, é de segurança jurídica, ou seja, de assegurar a coexistência pacífica da sociedade sob uma perspectiva concreta e não meramente formal. Dentro do conceito de segurança jurídica, a proteção de bens jurídicos representa seu aspecto objetivo e o sentimento de segurança seu aspecto subjetivo. Assim, as condutas delitivas seriam aquelas que violam os dois aspectos, lesionando bens jurídicos e abalando o sentimento de segurança. Em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998. p. 42-49.

¹²⁰ Kai Ambos defende que na concepção moderna do direito penal, sua finalidade está determinada a “garantir a proteção de uma pacífica convivência entre os indivíduos que integram uma comunidade”. Em AMBOS, Kai. *Direito penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Trad. Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2006. p. 22. O próprio Roxin reconhece que a busca por fins preventivos da pena é justificada para reestabelecer a paz social abalada pelo crime. Em ROXIN, Claus. *Prevention, censure and responsibility*. In SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Edit.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 41.

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 205-206.

¹²² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011. p. 372 e 489.

E para que a pena exerça sua função efetiva, ela deverá ser reconhecida como equitativa pela sociedade, pois inclusive em casos de natureza criminal, como observa Toulmin¹²³, os indivíduos esperam que as decisões judiciais ecoem a demanda geral por justiça. Dessa forma, a pena é duplamente condicionada por aspectos valorativos pré-científicos, tanto na sua justificação quanto na sua finalidade. Dito de outro modo, a recepção social, ao mesmo tempo que legitima a pena, também lhe confere eficácia. Logo, para que a punição exerça seu caráter comunicativo, não se pode ignorar o seu cerne moral¹²⁴.

Enquanto no direito anglo-americano a ideia de censura está amplamente relacionada às características da pena¹²⁵, tal aspecto é historicamente inexplorado nas principais construções teóricas do direito continental. Isso se explica, porque enquanto na *common law* o direito penal se desenvolveu a partir da noção de punição, no modelo continental esse ramo jurídico foi construído sobre as estruturas da teoria do delito¹²⁶. Todavia, em ambos os sistemas a pena exerce, na prática, função semelhante perante a sociedade, sendo que a distinção fica adstrita ao âmbito dogmático. A tentativa de conferir maior cientificidade ao direito penal, própria das formulações germânicas, repele questões relacionadas a aspectos morais ao associar a punição à finalidade de proteção de bens jurídicos. Mas essa renúncia tem um preço, qual seja o distanciamento da função declarada da pena da apreensão social desse fenômeno, razão pela qual o direito penal anglo-americano, neste aspecto, mostra-se mais afinado à realidade comunicativa.

Justamente em virtude dessa exigência empírica, diversas teorias que buscam delimitar os fins da pena se mostram insuficientes quando individualmente consideradas. Isso, porque a complexidade das relações humanas e a diversidade de fatores determinantes para a estabilização social não permitem que os objetivos da pena se esgotem em construções monoculares.

Assim, por exemplo, concepções utilitaristas da pena que partem de um cálculo entre prazer e dor¹²⁷, justamente por conceberem os destinatários das normas

¹²³ TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard; JANIK, Allan. *An introduction to reasoning*. 2. ed. New York: Macmillan Publishing, 1984. p. 284.

¹²⁴ Muitos autores, principalmente oriundos da *common law*, entendem que a diferença substancial entre a pena e outras medidas estatais severas sobre a liberdade do cidadão está no fato de que na primeira há comunicação de uma censura ao ato praticado. Essa característica é capaz de diferenciar, por exemplo, penas de multa, de prestação de serviços à comunidade e de prisão dos institutos dos impostos, serviço militar obrigatório e internação compulsória. Em FEINBERG, Joel. *The expressive function of punishment*. In: TONRY, Michael (Ed.). *Why punish? How much? A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 123; HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD Editor, 2003. p. 82.

¹²⁵ Sobre a função da censura estatal na contenção de delitos: BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 97.

¹²⁶ FLETCHER, George P. *The grammar of criminal law: American, comparative, and international*. Volume one: foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 244-262.

¹²⁷ BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London-New York-Toronto: Oxford Press, 1907. p. 41.

como atores racionais¹²⁸, não ecoam de maneira satisfatória na prevenção de condutas delitivas movidas por rompantes passionais.

De forma semelhante, construções punitivas fundadas puramente em critérios normativos¹²⁹, que enfatizam a finalidade integradora da pena, encontram dificuldades para justificar o espectro de graduação das sanções penais. A ideia de pena voltada a reestabelecer as expectativas normativas contrafaticamente carece de justificação quanto à mensuração da punição, uma vez que, alijadas de elementos extrassistêmicos¹³⁰, toda violação à norma teria o mesmo valor. Logo, não haveria razão, por exemplo, para se punir o homicídio de maneira mais severa do que o furto.

E mesmo a ideia de prevenção baseada na concepção transcendental de bem jurídico¹³¹ é questionável, pois ainda que se queira atribuir ao conceito de bem jurídico uma dimensão ôntica, a intensidade da sua ofensa passa, necessariamente, por um juízo axiológico. E tal valoração não pode ser extraída puramente da norma¹³², mas sim da percepção social, sob pena de se sacrificar a eficácia da sanção criminal na sua dimensão de reconhecimento intersubjetivo.

Outra questão relevante é que, por muito tempo, parte da dogmática tentou imunizar o direito penal do perturbador sentimento vingativo verificado

¹²⁸ A teoria das escolhas racionais, que pressupõe que os atores sempre guiam suas decisões por meio de cálculos probabilísticos e interagem de acordo com a teoria dos jogos, não é o único enfoque metodológico que os fins da pena podem se apoiar. Há tanto teorias que não se ocupam com atores, como a teoria sistêmica e o funcionalismo estrutural, quanto teorias que não consideram os atores como necessariamente racionais, como a psicanálise, a psicologia social e o behaviorismo. Em TSEBELIS, George. *Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Editora USP, 1998. p. 32-36.

¹²⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pontes, 1997. p. 8-19.

¹³⁰ Segundo o pensamento de Luhmann: “Para a efetivação da generalização congruente de expectativas comportamentais permanece imprescindível a disponibilidade da força física pelo lado das expectativas legais – imprescindível para a motivação de indivíduos resistentes, mas principalmente imprescindível para a construção de uma confiança generalizada no direito”. Em LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 130.

¹³¹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 18.

¹³² Quanto a esta questão, Vives Antón faz uma crítica ao funcionalismo teleológico de Roxin, apontando uma “incongruência gramatical” desse sistema. Ao delimitar os bens jurídicos a parâmetros valorativos constitucionais, os fins da pena – fundados na proteção desses bens – deixariam de ser orientados empiricamente e passariam a ser entendidos axiologicamente a partir uma norma, qual seja a Constituição. Em VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011. p. 455-456. Para Renzikowski os “bens jurídicos são produtos de uma criação estatal de norma, realizada da perspectiva da sociedade, não do indivíduo”. Isso ocorre porque seu conceito teve origem em concepções estatistas e coletivistas do final do século XIX, por autores como Binding e von Liszt, em oposição a concepções liberais, como a de Feuerbach, que se fundavam na proteção de direitos subjetivos. Em RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Org. e Trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 30. Já Stuckenberg questiona a vinculação entre a construção doutrinária do conceito de bens jurídicos e aspectos constitucionais limitadores da norma penal. Em STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. Trad. Lucas Minorelli. In: *Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS*, vol. 2, nº 1, 2014. p. 6-9.

na espécie humana. Esse inconveniente anelo social, que remete a aspectos pouco civilizados, foi varrido para debaixo do tapete escolástico, pois supostamente se mostra inadequado aos propósitos racionais das construções jurídicas. Por que pessoas querem que criminosos sejam punidos, ainda que não lhes tenham praticado nenhum mal diretamente? Segundo o psicólogo Paul Bloom¹³³, a punição indireta é motivada por desejos de vingança acrescidos de empatia. Contudo, acrescenta que “poucos adultos são kantianos, ou utilitaristas, ou especialistas em virtudes éticas”, mas os julgamentos morais normalmente derivam de vagas intuições, regras práticas e respostas emocionais¹³⁴. Tais amostras da multiplicidade da natureza humana devem ser acolhidas pelos objetivos pacificadores do direito penal, em virtude da urgência de contenção das pulsões punitivas privadas, ainda que por meio da assunção do monopólio do castigo¹³⁵.

Percebe-se, assim, que muitas teorias da pena sucumbem ante a complexidade social e caso se almeje algum propósito útil para a sanção, não se deve ignorar a realidade em que estão imersos os destinatários da norma penal¹³⁶. Em outras palavras, não é possível edificar um sistema congruente de penas se omitindo o elemento humano¹³⁷.

Por outro lado, a busca por uma racionalidade prática da pena não impede que ela seja limitada por institutos normativos, tais como os princípios da culpabilidade, da proporcionalidade¹³⁸, da humanidade das penas e da subsidiariedade do direito penal¹³⁹. Isso se dá porque esses princípios estão incorporados ao processo civilizatório

¹³³ BLOOM, Paul. *O que nos faz bons ou maus*. Trad. Eduardo Rieche. 2. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2014. p. 109 e 118.

¹³⁴ Confirmando esta hipótese BARTELS, Daniel M.; PIZARRO, David A. The mismeasure of morals: Antisocial personality traits predict utilitarian responses to moral dilemmas. In: *International Journal of Cognitive Science*. n. 121, 2011. p. 154-161.

¹³⁵ Roxin admite que já está em tempo de as teorias penais reconhecerem os interesses legítimos das vítimas: “*The legitimate vindicatory interest of victims of crime, and in some cases also their relatives, ought indeed to be incorporated into a modern theory of punishment*”. Em ROXIN, Claus. Prevention, censure and responsibility. In SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Edit.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 40.

¹³⁶ Num estudo da década de 1910 sobre a lei primitiva, realizado em uma comunidade nativa das ilhas Trobriand, na Melanésia, o antropólogo Bronisław Malinowski concluiu que a lei não é imposta apenas por um motivo indiscriminado, como o medo da punição, mas por “incentivos psicológicos e sociais muito complexos”. Assim, a compreensão das regras depende umbilicalmente do contexto social no qual estão inseridas. Em MALINOWSKI, Bronisław Kasper. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Trad. Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Editora UNB, 2003. p. 18 e 94.

¹³⁷ De acordo com Lon Luvois Fuller, “*Law is a product of human effort, and we risk absurdity if we try to describe it in disregard of what those who brought it into being were trying to do*”. Em FULLER, Lon Luvois. *Anatomy of the Law*. New York-Washington-London: Frederik Praeger, 1968. p. 160.

¹³⁸ Schünemann observa que a natureza *overkill* do direito penal, como fonte de imposição de um mal desproporcional, impede sua domesticação apenas por meio do princípio da proporcionalidade. Em SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coord. e trad. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 41.

¹³⁹ GARCIA-PABLOS, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 1995. p. 260-296.

e são consensualmente reconhecidos como integrantes do nosso ordenamento jurídico. A sanção estatal só poderá ser recepcionada como justa se submetida aos critérios de construção e justificação das normas estatais, de modo a se compatibilizar com as exigências sistêmicas de proteção do indivíduo.

Dessa forma, a pretensão de legitimidade da pena depende da confirmação social, por meio do reconhecimento de sua prática como tal. A validação da pena como norma jurídica subentende a consideração de aspectos ontológicos, axiológicos e sociológicos, pois se trata de um processo de comunicação tridimensional, envolvendo sujeito, valor e contexto.

Diante da riqueza da natureza humana, apenas a adoção de uma teoria eclética da pena pode satisfazer a demanda social. E nesse sentido, o nosso Código Penal, que no seu artigo 59 dispõe que a pena será determinada para fins de reprovação e prevenção do delito, permitiu, ainda que acidentalmente, a compatibilidade da individualização da sanção com a função prática da norma jurídica. Dessa maneira, tanto a retribuição quanto a prevenção, manejadas por meio do caráter comunicativo da pena¹⁴⁰, podem assumir o papel estabilizador, desde que orientadas pelos anseios sociais.

O grande desafio, contudo, reside no estabelecimento de critérios para conjugar diversos princípios distributivos incidentes no procedimento de individualização judicial da sanção¹⁴¹. Se, por um lado, a multiplicidade de princípios distributivos permite que o julgador confira eficácia relativa ao preceito secundário da norma penal, por outro lado, a ausência de um método bem definido de individualização da punição pode levar a diversas antinomias na aplicação da pena¹⁴².

2 DELIMITAÇÃO DO SIGNIFICADO JURÍDICO-PENAL DE CONSEQUÊNCIAS

O desenvolvimento de um método adequado de valoração das consequências do delito para fins de valoração da pena passa, necessariamente, pela delimitação do conceito de consequência como circunstância judicial prevista no artigo 59 do Código Penal. Embora, num primeiro momento, as discussões acerca do conceito de consequências aparentem ser menos tormentosas do que as controvérsias envolvendo outras circunstâncias judiciais – como, por exemplo, as relativas às noções de culpabilidade, personalidade e antecedentes –, inúmeros posicionamentos jurídicos equivocados decorrem de imprecisões gramaticais sobre o seu significado.

¹⁴⁰ FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: TONRY, Michael (Ed.). *Why punish? How much? A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

¹⁴¹ Paul Robinson afirma que como cada um desses princípios distributivos se apoia em um distinto critério distributivo, é inevitável que entrem em conflito a respeito da distribuição da responsabilidade e da pena. Em ROBINSON. Paul H. *Principios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse y em qué medida*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 42.

¹⁴² DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999. p.73-90.

2.1 A CONTROVÉRSIA DO *BIS IN IDEM*

Difundiu-se, sem muita reflexão, na jurisprudência nacional, a ideia de que no juízo de determinação da pena não se podem valorar as consequências “intrínsecas” ao delito, mas apenas aquelas que não estejam diretamente relacionadas ao tipo penal, sob o argumento de tal prática ofenderia o princípio do *ne bis in idem*¹⁴³. A partir dessa linha de raciocínio, não seria permitido, por exemplo, valorar negativamente as consequências com base no prejuízo financeiro suportado pela vítima em um delito patrimonial, pois este já seria inerente ao próprio tipo.

A justificação dessa construção se apoia na impossibilidade de considerar os elementos do delito como substratos para a individualização concreta da sanção. Conforme argumentam seus defensores, uma vez que o elemento fático é utilizado para configurar o delito, ele não poderia ser novamente considerado para fins de medição de pena¹⁴⁴.

É possível que tal entendimento tenha sua origem na tradicional divisão entre conceitos classificatórios – que apenas definem um fenômeno individual como pertencente ou não a determinada classe – e conceitos ordenatórios – que contêm propriedades graduáveis que podem ser atribuídas aos fenômenos individuais em medidas variáveis¹⁴⁵, sendo os primeiros associados ao plano categorial dos tipos penais e os segundos ao plano teleológico de determinação da pena. Todavia, a despeito dessa ultrapassada dicotomia, já em 1938, Radbruch¹⁴⁶ entendia correto graduar a pena de acordo com os elementos do crime, de modo que diferentes intensidades da antijuridicidade e da culpabilidade corresponderiam a diferentes medidas da sanção. A solução por ele apresentada seria a utilização de conceitos de classe para delimitar os elementos do delito e, uma vez fixada a barreira do que é crime, os conceitos de ordem graduariam seus elementos.

Tal pensamento foi revigorado pelas contemporâneas formulações acerca da determinação judicial da pena que defendem que, não é só possível, como também é preconizado que os elementos do delito sejam valorados para quantificação da

¹⁴³ A título de exemplo, os seguintes julgados: “Não constitui fundamentação idônea para o acréscimo da pena-base do roubo considerar como desfavorável as consequências do delito apenas declinando elementares do tipo (a coisa não ter sido totalmente recuperada)”. Em STJ - HC: 198665 DF 2011/0040845-2, T6 – Sexta Turma, data de publicação: DJe 28/11/2013; “A ausência do ressarcimento integral do prejuízo não constitui fundamentação adequada para justificar a valoração negativa das consequências do crime, pois é resultado do próprio tipo penal violado”. Em STJ – HC: 301109 SP 2014/0197121-5, T6 – Sexta Turma, data de publicação: DJe 14/11/2014; “Tampouco se mostra válido o fundamento utilizado para valorar as consequências do delito tão somente em razão do fato de não ter sido restituída a *res furtiva* à vítima, por constituir fator comum à espécie, na medida em que se trata de delito patrimonial”. Em STJ – HC: 58596 DF 2006/0096410-9, T6 – Sexta Turma, data de publicação: DJe 13/10/2014.

¹⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 189-192.

¹⁴⁵ HEMPEL, Carl Gustav; OPPENHEIM, Paul. *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*. Leiden: A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., 1936. p. 10-43.

¹⁴⁶ RADBRUCH, Gustav. Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico. Trad. Guzmán Dalbora. In: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2009, n. 11-r3, p. 7.

sanção¹⁴⁷. O fundamento dessa construção reside na constatação de que o injusto culpável não é constituído por conceitos estanques, uma vez que traz consigo dimensões graduáveis que variam de acordo com o nível de afetação do caso concreto e com a intensidade da agressão ao bem jurídico. Assim, por exemplo, a elementar “violência” no crime de roubo pode se materializar em diversas formas e níveis de intensidade, o que implica na possibilidade de sua valoração.

Não se deve confundir o juízo de imputação, que verifica a ocorrência do fato criminoso e a necessidade de punição, com o juízo de individualização da pena, que valora tal fato para quantificar a punição. Dessa maneira, a determinação da pena reclama uma necessária apreciação tanto do delito quanto das demais circunstâncias correlatas.

Inexiste lógica na evocação do princípio do *ne bis in idem* neste caso, pois não há que se falar em dupla punição com fundamento nos mesmos fatos. O juízo de imputação não é a sanção em si, pois ele simplesmente verifica as condições normativas para autorizar a punição por meio de um decreto condenatório. Num segundo momento, o juízo de determinação da pena é que irá quantificar a punição aplicada ao caso concreto. Ou seja, só há uma punição, que nasce do juízo de imputação e é mensurada no juízo de determinação¹⁴⁸.

Pode-se, na compreensão do filósofo John Langshaw Austin¹⁴⁹, conceber a sentença criminal como um ato de fala multidimensional, formulado a partir dos juízos de imputação e de determinação da pena. Embora o veredito condenatório contenha um enunciado performativo explícito – qual seja a condenação em si –, também é possível constatar a força ilocucionária derivada da imposição da punição no caso concreto. E, à vista disso, os efeitos perlocucionários de dissuasão e estabilização decorrentes da aplicação da pena – o que Austin chamaria de “felicidade” dos performativos – dependem, dentre outros fatores, da força comunicativa da decisão judicial.

¹⁴⁷ Neste sentido: “Conforme a la fórmula estándar del BverfG y del BGH la pena adecuada a la culpabilidad tiene que orientarse a la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad personal del autor. (...) El reconocimiento de que el injusto de un hecho es graduable, de que se trata de un concepto clasificatorio también ha contribuido de forma esencial a esta evolución”. Em HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD Editor, 2003. p. 49; “No plano do injusto, deve-se esclarecer primeiramente que os elementos ou as elementares dos tipos penais não são unidades estáticas que apenas constituem os pressupostos básicos da incriminação, mas sim conceitos graduáveis, ou seja, também constituem objeto da aplicação da pena. Isso não constitui violação da proibição da dupla valoração ou do *ne bis in idem* (...)”. Em TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 122; “En general, se puede afirmar que la graduación de elementos que sirven para cualificar una determinada organización como un injusto penal de acuerdo con la formulación del concreto tipo penal deben afectar a la determinación o individualización de la pena”. Em FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general*: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal. Buenos Aires: B de F, 2007. p. 719.

¹⁴⁸ FISCHER, Fernando Bardelli. Ausência de *bis in idem* na valoração dos elementos do delito para individualização da pena. In: *Revista Judiciária do Paraná*, nº 20, 2020. p. 79-96.

¹⁴⁹ AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1962. p. 12-15, 67-69, 108-119 e 150.

2.2 QUESTÃO GRAMATICAL

É justamente em relação às consequências judiciais que tal equívoco se mostra mais sensível, pois além da difusão da ideia – ora contestada – acerca da impossibilidade de valoração do injusto culpável, as consequências, na maioria dos casos, sequer podem ser consideradas elementares do delito, como adiante se esclarecerá. E tudo leva à conclusão de que a difusão do posicionamento jurídico aqui criticado tem sua origem numa confusão gramatical.

A respeito das investigações gramaticais e da sua capacidade de resolver mal-entendidos, Wittgenstein¹⁵⁰ aponta “Uma má-compreensão que diz respeito ao uso de palavras, provocada, entre outras coisas, por certas analogias entre formas de expressão em domínios diferentes da nossa linguagem. – Algumas podem ser eliminadas substituindo uma forma de expressão por outra”.

Perante uma concepção secular, as palavras “consequência” e “resultado” apresentam um estreito parentesco gramatical. Ambos os termos compartilham a familiaridade de evocarem a ideia de efeito decorrente de determinado fato. Entretanto, quando utilizados no contexto dos jogos de linguagem jurídico-criminais, esses signos não são reticamente equivalentes, pois apresentam significados diversos.

Dentro da classificação dos delitos de acordo com o resultado, distinguem-se: a) os crimes materiais, que só se consumam com a produção de um resultado naturalístico; b) os crimes formais, que não exigem a produção de um resultado naturalístico para consumação, ainda que tal resultado seja possível; e c) os crimes de mera conduta, que se consumam com a mera ação ou omissão¹⁵¹. Ou seja, o conceito de resultado em direito penal tem um viés normativo, pois comumente é utilizado para fins de análise da consumação formal do delito. Assim, por exemplo, a morte no crime de homicídio e a inversão da posse do bem subtraído no crime de furto não podem ser consideradas consequências para fins de individualização da pena, pois compreendem o significado de resultado do delito.

Todavia, as consequências do delito, na forma concebida pelo artigo 59 do Código Penal, apresentam um dominante aspecto naturalístico. Assim, pode-se dizer que as consequências são sintomas¹⁵² do delito, mas não o definem. Enquanto o resultado é uma construção normativa, as consequências têm natureza empírica. Por não necessariamente integrarem o delito, fornecem o fundamento ôntico sobre o qual recairá o juízo de valor para mensuração da pena¹⁵³.

¹⁵⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. M. Lourenço. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. § 90. p. 249.

¹⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 288-289.

¹⁵² WITTGENSTEIN, Ludwig. *O livro azul*. Trad. Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 2008. p. 58.

¹⁵³ Segundo Ingeborg Puppe, os juízos de valor devem ser generalizáveis e fundamentados em circunstâncias fáticas, que passarão a integrar o significado de tais juízos. Em PUPPE, Ingeborg. *Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica*. Trad. Luis Emilio Rojas. In: *InDret* 3/2013. Barcelona: InDret, Jul. 2013. p. 10-11.

Sendo assim, considerando que os significados jurídicos de resultado e consequência não se confundem, é plenamente possível conceber um delito tentado com consequências, bem como um delito consumado sem consequências. A título de exemplo, citam-se as hipóteses de uma tentativa de roubo em que a vítima se feriu gravemente, e de um roubo consumado em que o bem foi recuperado e a vítima não suportou qualquer dano.

Uma vez que as consequências não são decorrências necessárias do delito e nem sempre são verificadas, diante da sua constatação o julgador pode considerá-las na determinação da sanção, à luz do princípio da equidade, que impõe que se julguem situações diversas de maneira diversa. Assim, por exemplo, é descabido o argumento de que o prejuízo financeiro não pode aumentar a pena em delitos patrimoniais, uma vez que tal circunstância não é obrigatoriamente observada em todas as hipóteses e tampouco condiciona a ocorrência do delito¹⁵⁴.

Apesar de a possibilidade da existência de delitos sem consequências e, por sua vez, de a necessidade de valoração das consequências relevantes, há um terceiro grupo de casos em que há consequências minimamente observáveis, porém irrelevantes sob o prisma jurídico-penal. Exemplificativamente, em termos de reflexos no estado mental da vítima, um delito pode causar desde uma mera recordação desagradável até um trauma severo. Não se pode, contudo, afirmar que na primeira hipótese as consequências mais amenas são próprias do delito e não extrapolam o tipo penal. O que ocorre, em ambos os casos, é a valoração de dados existentes em que lhes são atribuídos diferentes níveis de intensidade. Pode-se afirmar, apenas, que na primeira proposição as consequências verificadas são irrelevantes sob o enfoque jurídico-penal, razão pela qual não merecem consideração na exasperação da pena-base. Em verdade, não há relação de pertinência entre a consequência e o tipo, mas sim uma atribuição de relevância jurídica numa escala gradativa de valor.

Caso não se entenda dessa forma, estar-se-ão excluindo do juízo de determinação da pena justamente aquelas lesões a bens e interesses que o tipo penal diretamente pretende tutelar, o que representa uma absurda incoerência em termos de lógica do sistema jurídico-criminal.

2.3 O CONCEITO DE CONSEQUÊNCIAS

Pontuada a viabilidade normativa da valoração das consequências na individualização judicial da pena, faz-se necessária a definição de um conceito que atenda às finalidades previstas no Código Penal. Assim, dentro da noção de circunstância judicial para determinação da pena-base, *consequências são os feitos*,

¹⁵⁴ Importante destacar o posicionamento de Tatiana Stoco, segundo o qual elementos relacionados ao injusto de resultado, tais como a intensidade da violência no delito de roubo e o dano patrimonial no delito de furto, devem ser valorados na individualização da pena. Contudo, ao contrário do aqui defendido, a autora entende que as consequências do delito tratadas no artigo 59 do Código Penal, as quais denomina “consequências culpáveis extratípicas”, abrangem apenas os resultados extratípicos do delito. Em STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 155-159.

*materiais ou imateriais, que podem ser atribuídos à conduta delitiva e que se mostrem lesivos, direta ou indiretamente, tanto ao bem jurídico protegido pelo tipo quanto a outros bens e interesses juridicamente tutelados*¹⁵⁵.

Quanto a esse conceito, inicialmente cabe ressaltar que há uma relação de exogeneidade entre a conduta criminosa e as consequências, de modo que fica excluído do conceito de consequências o resultado do delito¹⁵⁶. Se o delito é a variável independente e o bem ou interesse juridicamente protegido a variável dependente, as consequências são os efeitos atribuídos ao impacto causado pela primeira variável na segunda.

A próxima inferência a partir do significado apresentado é que, embora se excluam os efeitos decorrentes de relações espúrias entre o delito e o bem tutelado, é possível considerar, para fins de consequências, os efeitos derivados de uma relação causal indireta, em que haja a incidência de uma variável externa. Logo, o ataque cardíaco sofrido por uma vítima em decorrência do susto gerado pela grave ameaça do assaltante pode ser considerado como consequência do delito de roubo, ainda que haja uma predisposição genética (terceira variável) para infarto no miocárdio. O grau de influência da variável externa deve, contudo, ser considerado para fins de mensuração da sanção.

Por fim, da mesma forma como não se podem excluir da noção de consequências as lesões ao bem diretamente tutelado pela norma incriminadora, também não se excluem as lesões, materiais e imateriais, a outros bens e interesses extravagantes ao tipo penal. A única exigência que se faz é que tais bens e interesses ofendidos sejam juridicamente protegidos, ainda que por outro tipo penal. A adoção desse entendimento se justifica porque, conforme observa Grosse-Wilde¹⁵⁷, o objetivo da norma de conduta (tipo legal) é estabelecer condições mínimas de responsabilidade, cabendo à norma de sanção se ocupar de todas as possíveis consequências do delito. Essa conclusão resulta na consideração, para fins de individualização da pena, de efeitos de diversas naturezas, tais como prejuízos financeiros, danos materiais, danos estéticos, prejuízo à saúde física e mental, lesão à imagem e à reputação, dentre outros.

Todos esses mencionados efeitos decorrentes da conduta criminosa só podem ser imputados ao agente caso haja atribuição de intencionalidade ou, no mínimo, de inobservância ao dever objetivo de cuidado. Dito de outro modo, as consequências do

¹⁵⁵ Assinale-se que o conceito aqui proposto não se mostra incompatível com a ideia externada pelo idealizador do nosso Código Penal, Nélon Hungria, segundo a qual as consequências do crime representam a “maior ou menor gravidade do dano ou perigo de dano ocasionado à vítima e o maior ou menor alarma social provocado”. Em HUNGRIA, Nélon. Comentários ao código penal. Vol. V. Art. 121 a 136. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 476.

¹⁵⁶ GERRING, John. *Social science methodology: a criterial framework*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 138.

¹⁵⁷ “Aber Verhaltensnormen enthalten nur die Minimalbedingungen der Strafbarkeit, da sie nur den Sinn haben, die Grenze des Strafbaren vom Strafflosen zu markieren; kontraproduktiv ist es daher, wenn diese Normen“ überflüssige “Tatbestandsmerkmale enthalten. Sinn einer Verhaltensnorm ist es gerade nicht, das volle Unrecht und die volle Schuld eines Verbrechens zu evaluieren und auszuschöpfen. Dies ist Aufgabe der Sanktionsnorm”. Em GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßelehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 408.

delito consideradas na pena-base são aquelas culposamente atribuíveis ao ofensor, excluindo-se a possibilidade de responsabilização objetiva na esfera criminal.

Cabe pontuar, porém, que a verificação das consequências é apenas o primeiro passo para o julgador, sendo que a sua valoração constitui uma segunda etapa do processo, correspondente à quantificação da sanção aplicada. À vista disso, a insignificância jurídica das consequências observadas incide nesse segundo filtro de análise, implicando em um grau de afetação neutro para fins de mensuração da pena em concreto.

3 VALORAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS PARA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O Código Penal brasileiro, ao adotar o critério trifásico de determinação judicial da pena¹⁵⁸, não forneceu maiores parâmetros ao julgador para quantificar as circunstâncias judiciais na fixação da pena-base, apenas dispôs que as penas serão estabelecidas “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”¹⁵⁹. Sendo assim, em termos quantitativos, admite-se que o juiz discricionariamente¹⁶⁰ aumente ou diminua a pena na primeira fase da individualização, desde que se mantenha adstrito aos limites legais máximo e mínimo de pena legalmente previstos para cada delito.

Se, por um lado, essa ausência de maior regulação oferece ao julgador uma ampla possibilidade de amoldar a pena às peculiaridades do caso concreto, por outro lado, permitiu a disseminação na jurisprudência pátria de estereis critérios mecanicistas que, despidos de qualquer vinculação discursiva às finalidades da pena, resumem o procedimento de individualização a mero cálculo matemático¹⁶¹. Segundo esse padrão amplamente difundido na prática forense, a análise das circunstâncias

¹⁵⁸ BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 98-99; BUSATO, Paulo César; MAYER, Sílvia Neves. Pena-base (conceitos, fundamentos e limites). In: BUSATO, Paulo César (Org.). *Teoria da pena*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 44-45.

¹⁵⁹ Código Penal, Artigo 59: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

¹⁶⁰ Emilio Betti, em sua clássica lição sobre o intitulado “poder discricionário na aplicação da pena”, pontua que se trata de um poder de adaptação de elementos da espécie legal do delito com elementos da espécie concreta do fato delituoso, em verdade não sendo discricionário em sentido técnico, mas tipicamente interpretativo. Em BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 79.

¹⁶¹ Apesar de manifestar contrariedade aos métodos puramente matemáticos de determinação da pena, Salo de Carvalho sugere a adoção de um critério de limitação do aumento de cada circunstância judicial, adstrito à fração máxima de um oitavo da diferença entre o mínimo da pena-base em abstrato e o seu termo médio. Segundo o autor, “as guias de determinação judicial expostas (termo médio e fração máxima para cada circunstância) podem ser utilizadas como referenciais de proporcionalidade”. Todavia, a proporcionalidade que o autor vislumbra só pode ser a proporção matemática, uma vez que é extraída do próprio sistema de cálculo. Não há, nessa proposta, qualquer referência externa de proporcionalidade com o caso concreto, que deveria ser o verdadeiro guia para a individualização da sanção. A determinação da pena é um juízo de valor e, em razão disso, deve guardar referência a aspectos fáticos. Em CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: “ponto de partida”, “termo médio” e regras de quantificação. In: *Revistas dos Tribunais*. Vol. 978. Abril 2017. p. 4-18.

judiciais foi abreviada num mero exercício de constatação, em que o percentual de aumento ou diminuição é sempre o mesmo, prefixado por meio de uma fração da pena, independentemente de qualquer referência à intensidade da circunstância factualmente observada¹⁶².

Refutando-se a utilização desses não-métodos de determinação judicial da sanção em nome do princípio da individualização da pena, o presente trabalho busca oferecer ao juiz um mecanismo que lhe permita quantificar as consequências do delito, apoiado em critérios racionais que se coadunem com os fins da pena e com a função estabilizadora do direito.

3.1 FUNDAMENTOS TELEOLÓGICOS

Examinando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, é possível dividi-las em dois grupos quanto à sua referência: aquelas relacionais à pessoa do agente, quais sejam a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e os motivos; e aquelas relacionadas ao fato criminoso, quais sejam as circunstâncias, as consequências e o comportamento da vítima¹⁶³.

A partir desse recorte, cabe uma análise dos diversos princípios distributivos aptos a influenciar a mensuração da sanção a partir da valoração das consequências do delito.

Entende-se que, embora a prevenção geral negativa tenha caráter dominante na determinação da pena em abstrato, quando da fixação dos limites do preceito secundário pelo legislador, tal princípio não apresenta reflexos significativos na quantificação judicial da sanção¹⁶⁴. A dissuasão geral praticamente se encerra na

¹⁶² Consoante os ensinamentos de Paulo Busato, “a fórmula de análise das circunstâncias judiciais não deve ser através da elaboração de duas colunas, de débito e de crédito, meramente quantitativo, nem tampouco meramente matemático, dividindo a diferença entre a pena máxima e a mínima pelo número de circunstâncias. Essas posturas não proporcionam a correta individualização da pena”. Em BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 886.

¹⁶³ Juarez Cirino faz uma divisão similar, porém relaciona o comportamento da vítima como categoria autônoma. Em SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.p. 568.

¹⁶⁴ Não faltam críticas à utilização de critérios de prevenção geral pelo julgador na determinação concreta da pena. Quanto à necessidade de conhecimento sobre prognose pelo juiz durante a individualização da pena fundada na prevenção geral, Hassemer alerta que “uma concepção das consequências não pode agravar a situação do condenado enquanto a base empírica para valoração das consequências continuar inconcludente”. Em HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles [et al.]. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 164. Já Ferrajoli salienta que para fins de conotação da pena devem ser excluídos juízos em matéria de prevenção, “posto que dentro de um sistema garantista a função judicial não pode ter outros fins que não a justiça do caso concreto, o juiz não pode propor finalidades de prevenção geral que fariam de cada uma de suas condenações uma sentença exemplar”. Em FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica [et al.]. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 373. Por outro lado, em oposição a essa crítica, Santiago Nino desenvolve a ideia, dentro de uma concepção liberal, do consentimento do indivíduo em se submeter a um sacrifício socialmente útil, ou seja, às sanções penais, a partir do momento em que voluntariamente assume o risco de sofrer as eventuais consequências jurídicas do seu ato. Em SANTIAGO NINO, Carlos. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma,

ameaça de punição prevista em lei, sendo que eventuais ajustes na cominação da pena em concreto pouco reverberam, em termos práticos, nos fins propostos¹⁶⁵.

Por sua vez, embora a finalidade integradora da pena encontre seu cerne na aplicação concreta, reafirmando a validade da norma ante a prática do delito, o próprio fundamento de proteção normativa que invoca a necessidade de punição não demanda consideráveis alterações na mensuração da sanção com base em consequências concretamente observadas. Se o foco da prevenção geral positiva é norma, o *tantum* de pena aplicada no caso concreto tem um papel secundário, salvo se a consequência verificada estiver diretamente ligada à inobservância dos preceitos normativos¹⁶⁶.

Diante disso, pode-se afirmar que, de modo geral, a individualização da pena, nos moldes preconizados pelo artigo 59 do Código Penal, encontra nos aspectos retributivo e preventivo-especial os principais parâmetros para a determinação judicial da punição, embora seja possível que objetivos preventivo-gerais indiretamente sejam alcançados com a pena em concreto.

Quanto à retribuição, aqui não se olvidam as críticas tecidas ao longo dos tempos pela doutrina, principalmente relativas à suposta incompatibilidade de justificação com os objetivos almejados por um modelo de Estado Democrático de Direito¹⁶⁷. Todavia, como bem observa Paul H. Robinson, a maioria das críticas direcionadas à retribuição tem como referência as antigas concepções idealistas do merecimento vingativo (taliônico), desenvolvidas no final do século XVIII e que preconizavam que o castigo deve ser na exata medida do mal causado¹⁶⁸.

Entretanto, os atuais sistemas retributivos se baseiam em concepções de merecimento deontológico e de merecimento empírico, em que a pena não

1980. p. 225. De forma semelhante, Pawlik entende que a violação da obrigação cívica de manutenção do estado de legalidade pelo autor do delito se transforma em obrigação secundária de tolerar a punição, com base no dever de cooperação. Segundo ele: “*Den Täter trifft eine rechtliche Mitverantwortung für den Fortbestand des freiheitlichen Zustandes, innerhalb dessen er lebt. An dieser Mitverantwortung wird er in der Strafe festgehalten, indem auf seine Kosten die Wechselbezüglichkeit von Mitwirkungspflichterfüllung und Freiheitsgenuss bestätigt wird*”. Em PAWLIK, Michael. Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke. In: SCHUMAN, Eva (Hrsg.). *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*: 15 Symposion der Kommission “Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart”. Berlin: de Gruyter, 2010. p. 89-93.

¹⁶⁵ Neste sentido DOLCINI, Emilio. *La commisurazione dela pena*. Padova: Cedan, 1979. p. 353-354.

¹⁶⁶ Contrário a essa ideia, Frisch defende a possibilidade de mensuração da pena em concreto a partir da verificação de uma maior ou menor dimensão do questionamento à norma. Contudo, apoia-se principalmente em aspectos subjetivos do agente, de modo que as consequências do delito encontrariam maiores dificuldades de fundamentação à luz da vigência da norma. Em FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema del delito en transformación. Trad. Ivó Coca Vila. In: *InDret* 3/2014. Barcelona: InDret, Jul. 2014. p. 19-20.

¹⁶⁷ Neste sentido: SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática*: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Coord. e trad. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 33; TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 132.

¹⁶⁸ Para Kant “somente o direito de retaliação (*ius talionis*) pode oferecer com segurança a quantidade e a qualidade da punição”, ao passo que para Hegel “a abolição do crime começa por ser a vingança que será justa a seu conteúdo se constituir uma compensação”. Em KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Clélia Aparecida Martins, et al. Rio de Janeiro: Vozes, 2013. p. 138; HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia da direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 92.

é entendida com um fim em si mesmo, mas exerce, antes de mais nada, uma função expressiva. Ao contrário do merecimento vingativo, a quantidade de punição não se centra no dano causado, mas sim na culpabilidade do infrator, ou seja, varia de acordo com a sua responsabilidade pessoal. Em outras palavras, o grau de culpabilidade do autor depende tanto da gravidade do delito quanto da magnitude da responsabilidade da pessoa por tal infração¹⁶⁹.

A diferença reside no fato de que no merecimento deontológico, o grau de reprovabilidade moral do agente (*moral blameworthiness*) como critério determinante da pena se apoia fundamentalmente em argumentos e análises provenientes da filosofia moral, buscando regras que façam justiça. Já no merecimento empírico, o nível de reprovabilidade é baseado nas intuições sobre justiça compartilhadas pela sociedade, buscando regras que sejam reconhecidas como justas. Nesse aspecto, a retribuição apoiada no merecimento empírico apresenta vantagens tanto na questão de legitimidade democrática quanto na eficácia de estabilização social. E embora haja frequentes desacordos sociais quanto à quantidade de pena a ser aplicada em determinado caso, o que interessa para o merecimento empírico é o grau de reprovação social que informa a culpabilidade, que de modo geral se mostra bem mais consensual¹⁷⁰.

Uma relevante noção trazida pelos atuais modelos retributivos é a diferenciação entre proporcionalidade ordinal e proporcionalidade cardinal¹⁷¹. Segundo essa concepção, a relação de proporcionalidade entre o crime e a pena não se dá pela equivalente medida, mas sim por uma correlação entre escalas de gravidade. Os limites mínimo e máximo de pena ancoram o sistema por meio da proporcionalidade cardinal (absoluta), enquanto que a correspondência entre a escala de gravidade do fato e a escala quantitativa de pena é obtida por paridade ordinal (relativa). Em nosso ordenamento jurídico, a proporcionalidade cardinal, determinante da severidade do sistema penal, é estabelecida em lei, mediante os limites máximo e mínimo de penas em abstrato, conferindo maior legitimidade democrática a essa escolha. Ao Judiciário, no que lhe concerne, cabe somente a observância da proporcionalidade ordinal, o que favorece o processo de recepção comunicativa das sentenças.

Por sua vez, a prevenção especial também é alvo de críticas doutrinárias, seja pelo distanciamento de critérios de proporcionalidade¹⁷², seja pela ausência de

¹⁶⁹ ROBINSON. Paul H. Principios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse y em qué medida. Trad. Manuel Cancio Meliá e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 42-43.

¹⁷⁰ ROBINSON. Paul H.; DARLEY, John M. Intuitions of justice: implications for criminal law and justice policy. In: 81 Southern California Law Review 1, 2007. p. 32-38.

¹⁷¹ VON HIRSCH, Andreas. Deserved criminal sentences. Oxford: Bloomsbury, 2017. p. 56-59.

¹⁷² Observa Pavarini que “*La ruptura del parámetro retributivo en la determinación de la pena ha terminado por representar la gran revolución de la pena moderna en la persecución de sus resultados extremos: la pena ejemplar (prevención general como criterio de determinación de la pena en concreto) y la pena indeterminada (según la finalidad de la prevención especial)*”. Em PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidade*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 61. Para Albrecht, com a transformação do sistema jurídico-penal tradicional em um direito penal de segurança, “*enfraquece-se, assim, toda referência aos atos perpetrados pelo agente e à retribuição de sua culpa, ao mesmo tempo em que ganha força uma série de discursos que colocam em relação de tensão as ideias de segurança, liberdade e proporcionalidade*”. Em ALBRECHT, Hans-Jörg. *Direito penal e periculosidade: a política criminal entre*

elementos epistemológicos que ofereçam ao julgador uma base segura para quantificar a punição em meio a prognósticos pouco verificáveis¹⁷³. Não obstante tais objeções, a finalidade preventivo-especial se encontra prevista no nosso ordenamento jurídico e deve orientar o julgador por meio da extração dos princípios distributivos da dissuasão especial, da incapacitação dos perigosos e da ressocialização¹⁷⁴.

Porém, não se pode negar que até mesmo a prevenção especial encontra limitações práticas quando traduzida em quantidade de pena aplicada na sentença condenatória. A ausência de maiores elementos informativos sobre as características pessoais dos réus à disposição do juiz sentenciante restringe a aplicação de critérios preventivos especiais, salvo naquelas circunstâncias em que esses dados podem ser objetivamente aferidos, como no caso dos antecedentes e da reincidência. Além disso, as finalidades de dissuasão especial, inocuidade e, principalmente, ressocialização podem ser melhor apreciadas pelo Juízo da execução da pena. Por essa razão, em termos de quantificação da sanção, a prevenção especial assume uma finalidade acessória, sobretudo na análise de circunstâncias objetivas, como as consequências.

Fixadas as finalidades reitoras da mensuração judicial da pena, tem-se que, conforme anteriormente mencionado, as consequências são circunstâncias relacionadas ao fato, de modo que sua valoração se encontra atrelada muito mais a critérios de proporcionalidade com o fato do que a critérios relacionados à periculosidade social do agente. Logo, sob o domínio da proporcionalidade com o fato, o injusto e demais elementos circundantes ganham protagonismo como objetos de valoração judicial, ao passo que a culpabilidade se consolida como importante princípio limitador da quantidade de punição¹⁷⁵.

prevenção, combate a perigos e retribuição de culpa. Trad. Yuri Corrêa da Luz. In: M. R. d. A. Machado, & F. P. Püschel (Eds.). *Responsabilidade e pena no estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia*. São Paulo: Acadêmica Livre, 2016. p. 66.

¹⁷³ Tatjana Hörnle cita que a incapacidade epistemológica do julgador de exacerbar a punição buscando fins preventivos concretos e a ausência de elementos empíricos que possam orientá-lo acarretam a adoção de crenças subjetivas e intuições pessoais como padrões problemáticos para as decisões judiciais. Em HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD Editor, 2003. p. 28. Sobre os princípios preventivos, incluindo a dissuasão especial, Fletcher assinala que “*all of these predicted goods are highly speculative. The degree to which punishment achieves any of these ends is disputed*”. Em FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 414.

¹⁷⁴ Embora a ideia de ressocialização tenha impulsionado, na década de 1960, o desenvolvimento do atual sistema de penas da Alemanha, tal finalidade perdeu parte da atratividade nas décadas seguintes, devido à inobservância de resultados marcantes advindos dos programas de reabilitação das prisões. Em ALBRECHT, Hans-Jörg. Sentencing in the Federal Republic of Germany. In: *Federal Sentencing Reporter*, v. 7, n. 6, University of California Press, May-Jun 1995. p. 306. Sobre o fracasso da finalidade ressocializadora da pena: GÜNTER, Klaus. Crítica da pena I. Trad. Flavia Portella Püschel. In: *Revista direito GV* nº 4. v. 2, nº 2. Jul – Des. 2006. p. 196-198.

¹⁷⁵ Fletcher faz referência à fórmula de Nozick, segundo a qual “*the gravity of punishment is determined by the gravity of wrongdoing as mitigated by the degree of responsibility (guilt) if the responsibility is less than one*”. Em FLETCHER, George P. *The grammar of criminal law: American, comparative, and international*. Volume one: foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 223.

3.2 PROPORCIONALIDADE DA PENA NO DIREITO COMPARADO

Partindo-se dessas premissas, as teorias de determinação da pena orientadas pela proporcionalidade com o fato¹⁷⁶, principalmente aquelas desenvolvidas a partir das contemporâneas concepções expressivas da pena, apresentam um relevante aporte ao aprimoramento de um método de valoração das consequências para o nosso sistema de quantificação.

A primeira formulação que merece destaque é a desenvolvida pela alemã Tatjana Hörnle¹⁷⁷, que propõe uma determinação da pena proporcional ao fato (*Tatproportionalitätstheorie*), com ênfase na função reprobatória e preterindo ideais preventivos. Nesta teoria, a gravidade do delito é aferida a partir de uma perspectiva normativa da vítima, recaindo a valoração sobre o injusto, após passar pelo filtro da culpabilidade. Desse modo, a perspectiva da vítima é relevante para a valoração da responsabilidade do agente, que requer um juízo social sobre o fato criminoso, sua antijuridicidade e suas consequências (perspectiva externa), diferentemente da valoração da culpabilidade do agente, que demanda uma perspectiva interna sobre suas características pessoais.

Embora Hörnle trabalhe com o conceito mais amplo de responsabilidade pelo fato (*Handlungsunrecht*), também as consequências negativas do delito (*Erfolgsunrecht*) são submetidas à valoração sob perspectiva da vítima. Salienta-se que tal perspectiva não leva em conta aspectos subjetivos internos da pessoa vitimada, mas parte de uma análise objetiva dos danos suportados por uma vítima normativamente considerada¹⁷⁸. A vantagem desta abordagem é a valorização do papel da vítima na função comunicativa da sentença criminal, minimizando a influência de subjetivismos. No entanto, a insuficiência para quantificar danos coletivos e transindividuais, bem como a renúncia a aspectos preventivos dificultam a transposição integral desse modelo para o nosso sistema penal.

Também entendendo que o injusto e a culpabilidade “*constituyen magnitudes materiales graduables*”, o espanhol Silva Sánchez¹⁷⁹ esboça uma teoria de determinação da pena proporcional ao fato, igualmente apoiada nas categorias da teoria do delito e que busca ser compatível com diversos fins da pena. O seu modelo sistematiza os elementos do crime sobre os quais recairá o juízo de valor. O primeiro

¹⁷⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford Press, 2008. p. 233-235. Sobre os principais desafios enfrentados pelas teorias proporcionais da pena: TONRY, Michael. *Proportionality theory in punishment philosophy: fated for the dustbin of otiosity?* In: TONRY, Michael (Ed.). *Of One-eyed and Toothless Miscreants: Making the Punishment Fit the Crime?* Oxford: Oxford Press, 2019.

¹⁷⁷ HÖRNLE, Tatjana. *Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes*. In: SCHUMAN, Eva (Hrsg.). *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15 Symposion der Kommission “Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart”*. Berlin: de Gruyter, 2010. p. 105-137; *Teorías de la pena*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

¹⁷⁸ HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: FD Editor, 2003. p. 81-91.

¹⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. In: *InDret 2/2007*. Barcelona: InDret, Abr. 2007.

deles é o injusto objetivo, subdividido em: a) injusto *ex ante* que compreende o risco ao bem jurídico protegido pelo tipo (nas dimensões quantitativa e qualitativa) e o risco a outros bens (consequências extratípicas previsíveis); e b) injusto *ex post*, que é a medida efetiva da lesão (ou da colocação em perigo) e da negação da norma. O segundo elemento valorado é a imputação subjetiva, que compreende as intenções e os níveis de conhecimento.

Especificamente em relação às consequências do delito, aqui concebidas de acordo com o significado apresentado no subcapítulo 3.3, o sistema de Silva Sánchez as contempla dentro da análise do injusto objetivo *ex post*. Sua valoração é realizada mediante a adoção da seguinte escala gradativa: a) lesão máxima; b) lesão média; c) lesão mínima; e d) ausência de lesão.

Talvez a teoria que ofereça os melhores mecanismos para a valoração das consequências seja o “*Desert Model*” de Andreas (Andrew) von Hirsch¹⁸⁰. Exponente do novo retributivismo anglo-americano, ele concebe a pena a partir da noção de proporcionalidade com o fato, em que a severidade da sanção deve ser escalonada de modo a refletir o grau comparativo de culpabilidade (*blameworthiness*) do ofensor, no sentido de desaprovação social. Este modelo expressivo da pena reconhece uma acessória finalidade dissuasiva a partir da adicional motivação conferida pela severidade da punição¹⁸¹.

Para essa teoria, as lesões causadas pelo delito devem ser escalonadas em gravidade, de acordo com o quanto normalmente afetariam o padrão de vida das pessoas (*standard of living*)¹⁸². O sentido de “padrão de vida” utilizado é o sugerido pelo economista e filósofo Amartya Sen, que reflete interesses econômicos e não-econômicos, incluindo integridade física, recursos materiais, privacidade e dignidade. Mediante esse conceito, a lesividade é aferida gradativamente a partir da afetação destes quatro níveis de qualidade de vida (da menor à maior gravidade): bem-estar intensificado, bem-estar adequado, bem-estar mínimo e subsistência. Logo, o reflexo da gravidade das consequências do crime na quantidade de pena deve observar os ditames da proporcionalidade ordinal, próprios de cada ordenamento.

Por fim, o britânico Antony Duff¹⁸³, em sua teoria comunicativa da pena, entende que a proporcionalidade é um requisito intrínseco a qualquer teoria que pretende comunicar censura aos delitos praticados pelos ofensores. Para ele, os julgamentos de proporcionalidade relativa (ordinal) demandam o escalonamento de crimes em termos de gravidade e de penas em termos de severidade, sendo que a gravidade dos crimes normalmente é considerada a partir da extensão do dano

¹⁸⁰ VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017.

¹⁸¹ Para von Hirsch, “*The hard treatment in punishment, in my view, serves a prudential reason for obedience to those who would be insufficiently motivated by the penal censure’s normative appeal*”. Em VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017. p. 19.

¹⁸² VON HIRSCH, Andreas; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate sentencing: exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 186-218.

¹⁸³ DUFF, R. Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 132-143.

e do grau de culpabilidade do agente¹⁸⁴. O problema é que traduzir essas duas grandezas – dano e culpabilidade – em um só vetor e classificar os delitos em apenas uma escala de gravidade implicaria em várias distorções, uma vez que as variadas percepções morais extralegais acerca dos crimes são muito complexas e particularizadas para serem resumidas numa graduação jurídica.

Diante disso, ao contrário de um viés positivo (*optimizing*) da proporcionalidade – em que o objetivo da sentença é aplicar uma pena proporcional ao crime –, Duff propõe um viés negativo (*satisficing*), que busca a proporcionalidade enquanto possível, dando maior liberdade ao julgador para adequar a quantidade de pena aos objetivos almejados. A proporcionalidade não é um fim da pena, mas sim um princípio categórico de justiça que surge na forma de pretensão. Por essa razão, a proporcionalidade pode ser excepcionalmente mitigada, mas apenas para reduzir a punição, quando fins comunicativos assim recomendarem.

Cabe mencionar que Roxin¹⁸⁵, em um dos seus mais recentes trabalhos, reconhece como irrefutável que as teorias preventivas da pena “*fail to offer principled guidance regarding the measure of punishment*”. Ele admite a função expressiva da pena como fim legítimo, porém a adota dentro dos objetivos penais preventivos, principalmente na prevenção geral positiva. Mas ao contrário de Hörnle e von Hirsch, que justificam a proporcionalidade da pena na noção de “censura social”, Roxin entende que o seu critério de “responsabilidade pelo fato culpável” – que contém o elemento censura – pode ser a ponte entre diferentes abordagens teóricas, contribuindo para o desenvolvimento de uma teoria da pena universalmente aceita.

Percebe-se, dessa maneira, a importância que é conferida às consequências – no sentido aqui proposto de efeitos materiais e imateriais do delito – pelas teorias estrangeiras de determinação da pena. Além disso, as consequências também apresentam destaque na individualização da pena na jurisprudência ádvena. O estudo conduzido por Hans-Jörg Albrecht¹⁸⁶ e apresentado no Max-Planck-Institut, que analisou sentenças criminais alemãs e austríacas, constatou que são significativamente considerados na quantificação da sanção fatores como a quantidade de dano (*Schadenshöhe*) – incluindo o valor do montante (*Wert der Tatbeute*) – e os ferimentos sofridos pela vítima (*Opfer erlittenen Verletzungen*) – incluindo a natureza e a extensão da lesão (*Art und Ausmaß der Verletzung*) e o tipo e duração do tratamento (*Art und Dauer der Behandlung*). Já em relação à prática jurídica norte-americana, o *United States Sentencing Commission Guidelines*¹⁸⁷ traz diversas consequências que importam no incremento gradativo da pena a depender da espécie de delito, tais como destruição (*destruction*), lesões corporais (*bodily injury*), lesões psicológicas (*psychological injury*),

¹⁸⁴ DUFF, R. Antony. *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. p. 122-127.

¹⁸⁵ ROXIN, Claus. Prevention, censure and responsibility. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Edit.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 30-41.

¹⁸⁶ ALBRECHT, Hans-Jörg. Strafzumessung bei schwerer Kriminalität im Vergleich: Theoretische Konzeptionen und empirische Befunde. In: *ZStW*, Bd. 102 (1990), p. 610-612.

¹⁸⁷ UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *Guidelines Manual*, §3E1.1, 2018.

prejuízo pecuniário (*pecuniary harm*), dificuldades financeiras (*financial hardship*), custos do reparo (*cost of repairs*), redução do valor (*reduction in the value*), perdas financeiras (*monetary loss*), dano cultural ou histórico (*cultural or paleontological damage*), dentre outros.

3.3 PROPOSTA DE UM MÉTODO DE VALORAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS

Apoiando-se na experiência do direito comparado, cabe ao presente trabalho propor um método de valoração das consequências do delito para fins de determinação da pena-base, que seja orientado pelo princípio da proporcionalidade.

Primeiramente, considerando que o direito penal brasileiro se encontra tradicionalmente familiarizado com o conceito de bem jurídico¹⁸⁸, torna-se desnecessária a adoção de outro parâmetro – como, por exemplo, a ideia de “padrão de vida” – para mensurar os efeitos decorrentes da conduta criminosa. Isso, porque o conceito de bem jurídico, além de limitar a intervenção punitiva do Estado, também se mostra efetivo como referência valorativa de uma realidade social para a quantificação da sanção.

Conforme o significado de consequências apresentado no capítulo anterior, consideram-se para fins de individualização da pena os efeitos do delito que lesionem, direta ou indiretamente, bens jurídicos. Incluem-se nessa concepção tanto os bens jurídicos imediatamente protegidos pelo tipo penal quanto outros bens jurídicos incidentalmente atingidos. Importante consignar que a ofensa a esses bens não necessariamente precisa ser percebida pelas vítimas diretas do fato criminoso, admitindo-se, para fins de consequências penais, as lesões suportadas por terceiros¹⁸⁹, uma vez que o direito penal visa proteger o interesse público e não apenas tutelar vítimas em particular¹⁹⁰.

Já a gravidade da ofensa a esses bens jurídicos pode ser mensurada de acordo com o grau de afetação no caso concreto, que levará em conta fatores relacionados à intensidade da lesão e ao tempo de absorção dos efeitos deletérios. Embora a intensidade da ofensa seja o vetor dominante, há de se realizar, em alguns casos, uma análise dromológica¹⁹¹ da percepção da velocidade das consequências do delito. Enquanto há efeitos muito intensos que rapidamente se desvanecem, há outros relativamente amenos, mas que perduram por um considerável período de tempo.

¹⁸⁸ Não obstante as diversas acepções doutrinárias sobre o conceito de bem jurídico, cá não se vinculará a nenhuma delas em específico, justamente para permitir a adaptabilidade do método ora proposto independentemente da teoria do bem jurídico adotada. A única exigência é que o sentido de bem jurídico empregado possa servir de substrato apto a receber um juízo de valor.

¹⁸⁹ Dessa forma, mostra-se incorreto o simplório raciocínio no sentido de que, havendo ressarcimento do prejuízo da vítima pela empresa seguradora, não se verificam consequências desfavoráveis advindas do delito. Afinal, se um terceiro arcou com o prejuízo, ainda que seja uma pessoa jurídica especializada, parece óbvio que houve consequências.

¹⁹⁰ “Denn das strafrechtliche Unrecht ist kein bloß vom Staat treuhänderisch verwaltetes, im Kern privates Unrecht gegenüber dem (Primär)Opfer, sondern genuin öffentlich-rechtliches Unrecht”. Em GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßelehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. p. 409.

¹⁹¹ VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

A afetação de bens jurídicos como consequências passa pelo filtro do princípio da culpabilidade, que atua de forma negativa, de modo a excluir da análise aqueles efeitos do delito que não podem ser atribuídos ao ofensor, evitando-se a punição por responsabilidade objetiva¹⁹². Note-se que não há necessidade de maiores intervenções da culpabilidade na valoração das consequências, uma vez que, no nosso sistema de determinação da pena, eventuais questões que impliquem em culpabilidade reduzida poderão ser consideradas quando da valoração desta circunstância em específico.

Assim, a título de sugestão, é possível escalonar a ofensa ao bem jurídico em níveis progressivos de gravidade: a) neutro ou grau zero, para consequências juridicamente insignificantes; b) grau 1 (um), para consequências brandas; c) grau 2 (dois), para consequências leves; d) grau 3 (três), para consequências moderadas; e) grau 4 (quatro), para consequências graves; e f) grau 5 (cinco), para consequências gravíssimas.

Não há dúvidas de que uma das questões mais tormentosas para a determinação judicial da pena é a tradução da intensidade das consequências em tempo de punição. A despeito da resistência ao modelo anglo-americano de “*sentencing guidelines*” de aplicação da pena, mostra-se necessária a adoção de um critério de correlação entre o grau de afetação das consequências e a quantidade de pena correspondente. Então, considerado a tradição forense de cálculo da pena-base a partir da pena mínima em abstrato¹⁹³, para cada grau de afetação das consequências deve ser aplicado um referente percentual de aumento de pena.

Propõe-se as seguintes frações, incidentes sobre a pena mínima, para os sucessivos níveis de afetação: a) 1/8 (um oitavo) para grau 1 (um); b) 1/4 (um quarto) para grau 2 (dois); c) 2/5 (dois quintos) para grau 3 (três); d) 3/5 (três quintos) para grau 4 (quatro); e e) 3/4 (três quartos) para grau 5 (cinco). Ressalta-se que a incidência desses percentuais deverá respeitar os limites máximo e mínimos da pena em abstrato, aos quais está adstrita a quantificação na primeira fase da dosimetria.

Nem tanto ao céu, nem tanto à terra: o método de determinação judicial da pena não pode se curvar aos áridos critérios mecanicistas, porém não deve ser complexo a ponto de aniquilar sua praticidade frente ao elevado número de processos que em média um juiz criminal aprecia em nosso país¹⁹⁴. Toda individualização da pena deve apresentar um nível satisfatório de instrumentalidade e a vantagem do método aqui

¹⁹² “*Nur die von diesen vorhergesehenen oder zumindest aus seiner Sicht vorhersehbaren Auswirkungen seines Handelns dürfen straferschwerend berücksichtigt werden*”. Em HÖRNLE, Tatjana. *Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes*. In: SCHUMAN, Eva (Hrsg.). *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*: 15 Symposion der Kommission “Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart”. Berlin: de Gruyter, 2010. p. 112.

¹⁹³ O cálculo das circunstâncias judiciais a partir do termo médio entre o máximo e o mínimo legal, além de guardar certa lógica intrínseca, aparenta ser a escolha dos idealizadores do Código Penal de 1940. Em LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. Vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 189. Entretanto, o cálculo a partir da pena mínima foi amplamente adotado pela jurisprudência nacional, não se mostrando de todo incongruente a ponto de motivar uma alteração nesta prática consolidada. Além disso, Cirino dos Santos observa que tal critério tende a ser mais benéfico ao réu. Em SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 568.

¹⁹⁴ De acordo com o levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2018, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de novos casos criminais, sendo 1,6 milhão na fase de conhecimento de 1º grau de jurisdição. Em CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Brasília: CNJ, 2019. p. 159.

proposto reside na possibilidade de aplicação do mesmo sistema escalonado de graus de afetação às demais circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, utilizando-se a mesma escala de frações para aumentar ou diminuir a pena conforme necessário.

Evidentemente o julgador não necessita se vincular aos percentuais de aumento e diminuição de pena sugeridos neste estudo. Todavia, mostra-se fundamental a adoção de um sistema escalonado de graduação das circunstâncias judiciais e, neste aspecto, a adoção de ao menos cinco níveis de afetação se apresenta como uma alternativa razoável para refletir as nuances do caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto a teoria do delito desfruta um protagonismo no meio acadêmico nacional, o desenvolvimento dos critérios de determinação da pena foi relegado à prática consolidada pelos juízes e tribunais brasileiros nas últimas décadas. Entretanto, fica evidente que a atividade judicial, acostumada a oferecer respostas pontuais a casos específicos, encontra intrínsecas limitações para construir um sistema coeso de individualização da pena, apto a dialogar harmonicamente com os fins da pena consagrados pelo Código Penal.

Ao invés disso, a jurisprudência nacional se depara com a disseminação de critérios mecânicos de determinação da pena, apoiados em padronizações de percentuais prefixados e simples exercícios de constatação, que embora se mostrem de fácil manejo na prática judicial, carecem de elementos axiológicos conectados às peculiaridades do caso concreto.

Tendo em consideração as contingências enfrentadas pelos juízes no ofício da aplicação da pena no caso concreto, porém amparado na experiência da doutrina e da jurisprudência estrangeiras, o presente trabalho buscou desenvolver um modelo de valoração das consequências que pudesse equalizar praticidade com pretensão à correção.

Para tanto, após dirimidas as confusões gramaticais acerca do significado das consequências do delito – entendidas como os efeitos percebidos a partir da conduta delitiva –, infere-se que sua valoração na individualização da pena guarda estreita vinculação à ideia de proporcionalidade com o fato, dado o seu caráter eminentemente objetivo.

A melhor alternativa encontrada foi a assunção de um modelo escalonado de valoração das consequências que relacione o grau de afetação concreta do bem jurídico com a quantidade de punição. Tal sistema se apresenta como a melhor opção não só para a apreciação das consequências do delito, mas também para o julgamento das demais circunstâncias judiciais incidentes na determinação da pena-base.

Talvez o maior percalço enfrentado por qualquer proposta de individualização da pena seja compatibilizar a análise das diversas circunstâncias previstas pelo legislador e que deverão ser consideradas na determinação concreta da sanção, com os fins legítimos da pena adotados pelo ordenamento jurídico, bem como com a função geral de pacificação social do direito.

REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Hans-Jörg. Strafzumessung bei schwerer Kriminalität im Vergleich: Theoretische Konzeptionen und empirische Befunde. In: *ZStW*, Bd. 102 (1990). p. 596-626.
- ALBRECHT, Hans-Jörg. Sentencing in the Federal Republic of Germany. In: *Federal Sentencing Reporter*, v. 7, n. 6, University of California Press, May-Jun 1995. p. 305-307.
- ALBRECHT, Hans-Jörg. Direito penal e periculosidade: a política criminal entre prevenção, combate a perigos e retribuição de culpa. Trad. Yuri Corrêa da Luz. In: M. R. d. A. Machado, & F. P. Püschel (Eds.). *Responsabilidade e pena no estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia*. São Paulo: Acadêmica Livre, 2016.
- AMBOS, Kai. *Direito penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, 2006.
- AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1962.
- BARTELS, Daniel M.; PIZARRO, David A. The mismeasure of morals: Antisocial personality traits predict utilitarian responses to moral dilemmas. In: *International Journal of Cognitive Science*. n. 121, 2011. p. 154-161.
- BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London-New York-Toronto: Oxford Press, 1907.
- BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BLOOM, Paul. *O que nos faz bons ou maus*. Trad. Eduardo Rieche. 2. ed. Rio de Janeiro: BestSeller, 2014.
- BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- BUSATO, Paulo César; MAYER, Sílvia Neves. Pena-base (conceitos, fundamentos e limites). In: BUSATO, Paulo César (Org.). *Teoria da pena*. Curitiba: Juruá, 2014.
- CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: “ponto de partida”, “termo médio” e regras de quantificação. In: *Revistas dos Tribunais*. v. 978. Abril 2017. p. 4-18.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2019*. Brasília: CNJ, 2019.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DOLCINI, Emilio. *La commisurazione della pena*. Padova: Cedan, 1979.
- DUFF, R. Antony. *Punishment, communication, and community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- DUFF, R. Antony. *Sobre el castigo: por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015. p. 122-127.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Retribución y prevención general: un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*. Buenos Aires: B de F, 2007.
- FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. In: TONRY, Michael (Ed.). *Why punish? How much? A reader on punishment*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica [et al.]. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FISCHER, Fernando Bardelli. Ausência de *bis in idem* na valoração dos elementos do delito para individualização da pena. In: *Revista Judiciária do Paraná*, nº 20, 2020. p. 79-96.
- FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- FLETCHER, George P. *The grammar of criminal law: American, comparative, and international*. Volume one: foundations. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- FRISCH, Wolfgang. Pena, delito y sistema del delito en transformación. Trad. Ivó Coca Vila. In: *InDret* 3/2014. Barcelona: InDret, jul. 2014.
- FULLER, Lon Luvois. *Anatomy of the Law*. New York-Washington-London: Frederik Praeger, 1968.
- GARCIA-PABLOS, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Universidad Complutense, 1995.
- GERRING, John. *Social science methodology: a criterial framework*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- GROSSE-WILDE, Thomas. *Erfolgzurechnung in der Strafzumessung: Die verschuldeten Auswirkungen der Tat gemäß § 46 Abs. 2 StGB in einer regelgeleiteten Strafmaßlehre*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

- GÜNTER, Klaus. Crítica da pena I. Trad. Flavia Portella Püschel. In: *Revista direito GV* nº 4. Vol. 2, nº 2. Jul – Des. 2006. p. 187-204.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2. ed. Oxford: Oxford Press, 2008.
- HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles [et al.]. Porto Alegre: Fabris, 2008.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HEMPEL, Carl Gustav; OPPENHEIM, Paul. *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*. Leiden: A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., 1936.
- HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019.
- HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*. Buenos Aires: FD Editor, 2003.
- HÖRNLE, Tatjana. Strafzumessungslehre im Lichte des Grundgesetzes. In: SCHUMAN, Eva (Hrsg.). *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15 Symposion der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*. Berlin: de Gruyter, 2010. p. 105-137.
- HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Trad. Nuria Pastor Muñoz. Bogotá: Universidad Extenado de Colombia, 2015.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. V. V. Art. 121 a 136. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pontes, 1997.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. Clélia Aparecida Martins, et al. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
- LISZT, Franz von. *La idea de fin en el derecho penal*. Valparaíso: Universidad de Valparaíso de Chile, 1984.
- LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C., 1899.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. V. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MALINOWSKI, Bronisław Kasper. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Trad. Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Editora UNB, 2003.
- NAUCKE, Wolfgang. Prevención general y derechos fundamentales de la persona. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires: B de F, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PAVARINI, Massimo. *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidade*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.
- PAWLIK, Michael. Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke. In: SCHUMAN, Eva (Hrsg.). *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat: 15 Symposion der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"*. Berlin: de Gruyter, 2010. p. 59-93.
- PRINS, Adolphe. *La défense sociale et les transformations du droit pénal*. Paris: Misch et Thron, 1910.
- PUPPE, Ingeborg. Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica. Trad. Luis Emilio Rojas. In: *InDret* 3/2013. Barcelona: InDret, jul. 2013.
- RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la ciencia del derecho*. Trad. Luis Recasens Siches. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.
- RADBRUCH, Gustav. Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico. Trad. Guzmán Dalbora. In: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2009, n. 11-r3. p. 1-10.
- RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Org. e Trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- ROBINSON. Paul H. *Princípios distributivos del derecho penal: a quién debe sancionarse y em qué medida*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- ROBINSON. Paul H; DARLEY, John M. Intuitions of justice: implications for criminal law and justice policy. In: *81 Southern California Law Review* 1, 2007.
- ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito*. Trad. Roberto

- Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, Tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROXIN, Claus. Prevention, censure and responsibility. In: SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid (Edit.). *Liberal criminal theory: essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, 2016.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1980.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Derecho penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Coord. e trad. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. In: *InDret 2/2007*. Barcelona: InDret, abr. 2007.
- STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. Trad. Lucas Minorelli. In: *Revista eletrônica de direito penal e política criminal – UFRGS*, v. 2, nº 1, 2014.
- TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: BATISTA, Nilo; NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- TONRY, Michael. Proportionality theory in punishment philosophy: fated for the dustbin of otiosity? In: TONRY, Michael (Ed.). *Of One-eyed and Toothless Miscreants: Making the Punishment Fit the Crime?* Oxford: Oxford Press, 2019.
- TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard; JANIK, Allan. *An introduction to reasoning*. 2. ed. New York: Macmillan Publishing, 1984.
- TSEBELIS, George. *Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Editora USP, 1998.
- UNITED STATES SENTENCING COMMISSION. *Guidelines Manual*, §3E1.1, 2018.
- VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.
- VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.
- VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford: Bloomsbury, 2017.
- VON HIRSCH, Andreas; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate sentencing: exploring the principles*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. M. Lourenço. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *O livro azul*. Trad. Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Parte general. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A JURISDIÇÃO

Rodrigo Fux¹⁹⁵

INTRODUÇÃO

A presente obra é justa e oportuna homenagem ao eminente Ministro Felix Fischer, cujas reflexões no Superior Tribunal de Justiça – STJ têm sido essenciais para o desenvolvimento da jurisprudência pátria e para a respeitabilidade do Tribunal da Cidadania. Seja pelo homenageado – esse festejado jurista de escol –, seja pela magnitude da obra, antes de iniciar minhas digressões sobre o tema Análise Econômica do Direito e sua correlação com a jurisdição, não se poderia iniciar esse singelo artigo sem antes agradecer pelo honroso convite formulado pelo Desembargador José Laurindo de Souza Neto, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR.

Nunca foram tantos e tão complexos os desafios enfrentados pelos juristas na aplicação do Direito e, por via de consequência, nunca foram tão necessárias reformulações nos conceitos jurídicos tradicionais.

Os órgãos judicantes e os operadores do Direito têm a difícil tarefa de enfrentar os gargalos de eficiência do sistema jurisdicional. Trata-se de desafio antigo que continua a comprometer a prestação jurisdicional justa e em tempo hábil.

A busca pela eficiência do sistema jurisdicional sempre foi uma preocupação dos estudiosos e aplicadores do direito processual. Se, à época do *Projeto de Florença*¹⁹⁶, o foco de luz voltava-se para o Acesso à Justiça, com o passar do tempo, as angústias dirigiram-se ao problema da efetividade da tutela e da ausência de realização do direito material subjacente.

Na clássica visão *chiovendiana*, por meio da eficiência, buscavam-se os objetivos traçados, utilizando os recursos da melhor forma possível, minimizando o desperdício de tempo e dinheiro. Sob esse prisma, afigura-se na contemporaneidade necessário o constante diálogo do Direito com a Economia, o que deságua na necessidade de reformulação do conceito de jurisdição.

Para tanto, o presente trabalho investiga a evolução histórica da Análise Econômica do Direito – AED, dos principais conceitos dessa metodologia e das potencialidades que ostenta para o aprimoramento do ordenamento brasileiro. Na sequência, o artigo busca perquirir impacto da metodologia no Direito positivo e na jurisprudência dos tribunais pátrios. Por fim, serão dedicados comentários à relevância da Análise Econômica do Direito *vis-à-vis* o conceito contemporâneo de jurisdição.

1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: EVOLUÇÃO, CONCEITOS E POTENCIALIDADES

No cenário de fuga do formalismo pernicioso, de imperiosa necessidade de entrega efetiva da prestação jurisdicional e de combate à rigidez do processo

¹⁹⁵ Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado. academia@fux.com.br.

¹⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

tradicional, surgiu o célebre “Movimento de Acesso à Justiça”, por meio do qual os juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth desenvolveram o cognominado “Projeto de Florença”. O sempre lembrado estudo tinha, como objetivo, justamente realizar uma profunda investigação sobre os problemas em torno da prestação jurisdicional em todo o mundo e suas possíveis soluções¹⁹⁷.

Como cediço, o Movimento dividiu-se em três etapas – as chamadas *Ondas Renovatórias do Acesso à Justiça*. A primeira tinha o propósito de oferecer soluções a problemas em torno da assistência judiciária, cuidando dos obstáculos econômicos constantemente enfrentados pelas partes para obtenção da tutela jurisdicional. Debateram-se os custos do litígio e a possibilidade de assistência jurídica pelo Estado.

A segunda, atinente à tutela dos direitos coletivos, inspirou a criação de importantes institutos no Brasil, como a Ação Popular (Lei 4.717/1965), a Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e o Mandado de Segurança Coletivo (artigo 5º, LXX, da Constituição Federal e artigos 21 e seguintes da Lei 12.016/2009).

A terceira onda renovatória buscava avançar mais profundamente nos desafios anteriores, empenhando-se para desenvolver uma verdadeira reorganização institucional do Poder Judiciário, incentivando novas formas de acesso à justiça¹⁹⁸.

A Análise Econômica do Direito¹⁹⁹ é escola de pensamento que possui relação de continuidade e contribui para as reflexões suscitadas, à época, pelo Movimento do Acesso à Justiça, permitindo o aprimoramento da prestação jurisdicional, seja repensando-se os instrumentos de tutela, seja endereçando os problemas institucionais dos órgãos judicantes.

Com fundamentos que remontam aos pensadores do iluminismo escocês, notadamente David Hume, Adam Ferguson e Adam Smith, todos da segunda metade do século XVIII, a AED é apresentada ao mundo em meados da década de 60, por Ronald Coase, no artigo “*The Problem of Social Costs*”²⁰⁰, que desenvolveu de maneira inovadora a temática de “custos de transação”.

A partir de uma perspectiva liberal, Coase sustentava que a intervenção estatal não necessariamente geraria um resultado eficiente na resolução de conflitos, em razão do aumento exponencial dos denominados *custos de transação* inerentes à atuação pública, tais quais as despesas para aplicação das leis e tributos, além da morosidade no acionamento do maquinário do Poder Judiciário.

¹⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹⁹⁸ Sobre os reflexos do movimento de acesso à justiça no Brasil, por todos, ver CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

¹⁹⁹ Segundo Ivo Gico Jr., “a Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito”. GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis Of Law Review*, v. 1, n. 1, 2010, p. 11. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794>. Acesso em 18.02.2022.

²⁰⁰ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960, p. 1-44.

Essa nova forma de pensamento, voltada à implementação de ferramentas econômicas à análise e solução de problemas típicos das relações sociais, colaborou para o surgimento da chamada Escola de Chicago, liderada por Richard Posner e Gary Stanley Becker que, em suma, buscavam estimular o papel da troca eficiente de mercado, sem grande entusiasmo com relação aos aspectos redistributivos e igualitários²⁰¹.

A obra de Posner²⁰² representou um marco no movimento de estudos da AED: adotando como premissa básica o sistema judicial enquanto promotor da evolução do Direito em direção à eficiência, Posner dedicou grande parte de seus estudos para desenvolver critério de eficiência que superasse os conceitos clássicos utilizados pelos economistas, como os critérios de *superioridade de Pareto*²⁰³ e de *Kaldor-Hicks*²⁰⁴.

Posner buscou aplicar método dedutivo de *Análise Econômica Positiva do Direito*²⁰⁵ para explicar qualquer instituto jurídico por meio da utilização das leis básicas de mercado e de formação de preços, demonstrando a existência de racionalidade econômica por detrás das decisões judiciais. Sob esse prisma, o autor propôs o sistema de análise de custos e benefícios como uma forma de estímulo ou desincentivo a determinadas condutas, de tal maneira que a função do Direito sob a perspectiva econômica seria realizar a modulação dos incentivos a partir da precificação dos custos de determinado comportamento, sempre visando a aumentar a quantidade social de riqueza nas relações sociais.

Nesse mesmo caminho, Gary Stanley Becker foi um grande entusiasta da aplicação de teorias e métodos empíricos da ciência econômica às normas e institutos

²⁰¹ POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Trad. de Evandro Ferreira e Silva, São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 34-35.

²⁰² Em seu *curriculum vitae*, Posner conta com mais de 38 livros e 300 artigos publicados, além das 2.200 *opinions* disponibilizadas ao longo do exercício de sua carreira de Juiz Federal. Vide: Richard Posner, *Curriculum Vitae*, disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/cv/rposner-jan-2015.pdf>, acesso em 18.02.2022.

²⁰³ O critério de superioridade de Pareto determina que uma forma de alocação de recursos é mais eficiente com relação às demais se puder melhorar a situação de pelo menos um indivíduo sem prejudicar a de ninguém.

²⁰⁴ O critério de Kaldor-Hicks considera eficiente uma nova alocação que maximize a riqueza, ainda que ela tenha prejudicado terceiros, desde que esse aumento seja suficiente para compensar as perdas individuais: "It is only as a result of this consequential change in the distribution of income that there can be any loss of satisfactions to certain individuals, and hence any need to compare the gains of some with the losses of others. But it is always possible for the Government to ensure that the previous income-distribution should be maintained intact: by compensating the 'landlords' for any loss of income and by providing the funds for such compensation by an extra tax on those whose incomes have been augmented. In this way, everybody is left as well off as before in his capacity as an income recipient; while everybody is better off than before in his capacity as a consumer. For there still remains the benefit of lower corn prices as a result of the repeal of the duty". KALDOR, Nicholas. *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*. *The Economic Journal*, v. 49, n. 195, set., 1939, p. 549-552.

²⁰⁵ Richard Posner propôs a divisão da AED em três diferentes aspectos: heurístico; descritivo e normativo. O primeiro preocupa-se com a identificação da racionalidade que permeia a existência de diferentes institutos jurídicos. O segundo aspecto é voltado à perspectiva consequencialista das normas jurídicas na sociedade, ou seja, investiga os efeitos decorrentes das normas legais em análise. O último aspecto busca determinar quais normas jurídicas são desejáveis, comparando sua eficiência a partir das conclusões obtidas nos dois aspectos anteriores da análise. POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Harvard University Press, Cambridge, 2004, p. 4-5.

jurídicos, bem como às relações sociais²⁰⁶. O economista estadunidense defendeu veementemente que a proposta de modelos de comportamento racional voltados à maximização de satisfações era aplicável a qualquer comportamento social, laureado por isso com o Prêmio Nobel de Economia em 1992.

Destaca-se, nesse ponto, o entendimento da reconhecida Escola de Chicago sobre o tema por meio de três características principais: (a) a visão de que o ser humano é racional, isto é, age sempre com vistas a maximizar sua satisfação; (b) esse padrão comportamental se dá mesmo em áreas não diretamente ligadas ao mercado, funcionando as regras legais de forma análoga aos preços, ou seja, como incentivos ou desestímulos a condutas; e (c) a absorção de critérios econômicos na aplicação do Direito poderia levar a cenários eficientes, conforme apontado pelo vanguardista Ronald Coase²⁰⁷.

Rompendo com essa visão, surge Guido Calabresi, representante da parcela dissidente da investigação jus-econômica que buscava enfatizar a importância das preocupações distributivas nas trocas de mercado e relações sociais²⁰⁸. A partir de estudo voltado à análise econômica da responsabilidade civil²⁰⁹, Calabresi enfatizou a limitação analítica do critério de eficiência e da presunção de zero custos de transações nas relações sociais, abordados anteriormente por Coase.

Guido Calabresi dedicou grande parte do seu trabalho para construir a ideia de justiça como filtro para a eficiência²¹⁰, de modo a reconhecer que determinadas atividades poderiam ser proibidas por serem indesejadas ou consideradas injustas pela sociedade, independentemente de serem modelos extremamente economicamente.

A década de 1980 foi o divisor de águas para a formalização deste segmento do Direito como ciência e como objeto de profundas investigações acadêmicas nas mais renomadas faculdades dos Estados Unidos da América. Steven Shavell, Louis Kaplow, Lucien Bebchuk e Kathryn Spier, todos da Escola de Direito de Harvard, assumem distinta notoriedade.

Shavell e Kaplow²¹¹, em absoluto pioneirismo, colaboraram para a evolução da AED sob o enfoque processual, especificamente na ordenação de técnicas e modelos –

²⁰⁶ BECKER, Gary. *The economic approach to human behavior*. The University of Chicago Press, 1976, p. 57-68.

²⁰⁷ ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise econômica do direito no Brasil: uma leitura à luz da teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 69.

²⁰⁸ CALABRESI, Guido. *The Pointless of Pareto: Carrying Coase Further*. PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. (Eds.). *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2005, p. 168-198.

²⁰⁹ CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven, CT: Yale University, 1970.

²¹⁰ “A justiça deve funcionar como um veto ou uma limitação acerca do que pode ser feito para se atingir a redução de custos, um teste final que todo sistema legal de responsabilidade civil deve passar”. CALABRESI, 1970, *Op. Cit.* p. 220.

²¹¹ SHAVELL, Steven. *The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system*. *Journal of Legal Studies*, Chicago University Press: v. XXVI, jun., 1997; SHAVELL, Steven. *The Appeals Process and Adjudicator Incentives*. *Journal of Legal Studies*, Chicago: Chicago University Press, v. 35, jan., 2006; KAPLOW, Louis. *Private versus Social Costs in Bringing Suit*. *The Journal of Legal Studies*, v. 15, n. 2, jun., 1986, p. 371-385.

como, por exemplo, a ascensão da *teoria dos jogos*²¹² – que apontam para os incentivos presentes no binômio acordo/propositura de ação, na ponderação sobre a interposição de recursos e nas (des)vantagens decorrentes do protagonismo do magistrado²¹³.

Nos dias atuais, Shavell é indiscutivelmente uma das maiores referências no tema, tendo contribuído para o surgimento e a consolidação da Análise Econômica Comportamental do Direito (*Behavioral Law and Economics*), segmento que busca se apropriar das mais recentes descobertas nos diversos campos da neurociência e psicologia.

A *Behavioral Law and Economics* leva em consideração as limitações da racionalidade humana (denominados “vieses cognitivos”), bem como os estudos acerca do modo dual de funcionamento do cérebro (*dual process brain*)²¹⁴, para promover a necessária adaptação de todos os modelos teóricos prescritos pela economia tradicional.

Se decantarmos os ensinamentos dos doutrinadores (clássicos e modernos) da AED, conseguimos extrair três grandes palavras de ordem: racionalidade, eficiência e equilíbrio. A primeira se consolida em razão da incessante análise de fenômenos coletivos a partir de escolhas individuais racionais. A segunda transparece a busca pela maximização dessas escolhas individuais, derivadas de incentivos e desincentivos, em prol do bem-estar social. A terceira, não menos importante, expressa justamente a união entre conceitos da Economia e do Direito em prol de uma estabilidade, que deriva dos incentivos sociais e do bem-estar social almejado.

A interdisciplinaridade entre Direito e Economia no Direito brasileiro, embora conhecida e de inegável importância, nunca recebeu a devida atenção dos intérpretes. A verdade é que historicamente a AED sofreu resistência no Brasil, seja pela falta de compreensão acerca dos seus conceitos, seja pela ideia equivocada de que apenas nos países da *common law* essa ciência poderia ser adotada, ou mesmo pela simplista concepção de que as decisões judiciais não deveriam ter em conta fatores econômicos.

As resistências vêm sendo superadas, e o Direito pátrio tem incorporado critérios de análise e institutos provenientes do estudo jus-econômico.

²¹² “A teoria dos jogos (*games theory*) tal como todos os demais modelos econômicos se traduz em uma forma de simplificação da realidade social, com o intuito de mostrar as forças básicas de uma determinada interação social. A multiplicidade de tipos de jogos e os casos envolvidos ainda não encontraram uma adequada e suficiente demonstração de sua aplicação ao direito, o que não significa que não se trate de um campo propício para imensas inovações e soluções criativas”. SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

²¹³ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 109-111.

²¹⁴ “Por razões evolutivas, nosso cérebro desenvolveu-se com dois sistemas de funcionamento do pensamento que atuam de forma paralela e complementar: o sistema intuitivo, chamado de sistema ascendente, e o sistema reflexivo, denominado sistema descendente. O sistema ascendente é rápido, eficiente, automático, inconsciente e pouco preciso. Foi moldado para oferecer uma avaliação contínua dos problemas que um organismo deve resolver para sobreviver. Já o sistema descendente é reflexivo, metódico, detalhista e lento. Ele procura sempre a precisão, buscando o maior número de dados para fazer uma pergunta ou dar uma resposta. Cada um desses sistemas funciona a partir de específicas estruturas cerebrais, mas atuam de modo conjugado, de forma que mesmo o sistema descendente atua influenciado por informações rapidamente oferecidas pelo sistema ascendente”. OLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R; THALES, Richard. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. *Stanford Law Review*, 1997-1998, p. 1471-1550.

2 AS CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA O APERFEIÇOAMENTO DO DIREITO BRASILEIRO

Diante da superação da dicotomia absoluta entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, iniciou-se a difusão das ideias provenientes da metodologia da AED no Brasil, culminando na forte influência que seu estudo exerceu na edição do Código de Processo Civil de 2015. A análise cuidadosa do Diploma Processual Civil transparece a presença de diversos institutos que visam à promoção da eficiência.

A previsão do pagamento de honorários sucumbenciais em sede recursal (artigo 85, §§ 1º e 11²¹⁵ do CPC/2015), por exemplo, representa a tentativa do legislador de desestimular a interposição de recursos com baixa chance de êxito.

A “sucumbência recursal” deve ser interpretada como uma tentativa do legislador de desencorajar a interposição desmedida de recursos frívolos pelas partes vencidas, a fim de estabelecer critérios de maior razoabilidade aos apelos e valorizar, igualmente, a força normativa das decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais.

Sob a ótica da Análise Econômica do Direito, a ampliação dos riscos associados ao ato de recorrer implica no desestímulo à interposição de recursos que tenham baixa chance de êxito, pois os custos decorrentes de sua interposição serão maiores do que os benefícios que o litigante pode vir a obter²¹⁶.

Também são notáveis os relevantíssimos avanços nos métodos alternativos de resolução de controvérsias, os quais fornecem incentivos mais eficientes para a justa solução do conflito, como por exemplo, (a) maior estímulo ao compartilhamento de informações com vistas à redução da assimetria informacional e ao alinhamento das expectativas das partes; e (b) a redução dos custos de transação inerentes ao litígio, na medida em que o procedimento de composição se torna mais célere, previsível e circunscrito aos interesses das partes, eliminando diversos atos processuais onerosos, bem como o decurso corrosivo do tempo.

Para que a tentativa de conciliação ou mediação seja exitosa, o CPC/2015 consagrou interessantes previsões, como a exigência de capacitação mínima para o exercício da atividade de conciliador ou mediador²¹⁷; a autorização da aplicação

²¹⁵ CPC/2015: “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...). § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.”

²¹⁶ “It is evident that if the plaintiff’s minimum acceptable amount is less than the defendant’s maximum acceptable amount, a mutually beneficial settlement is possible – a settlement equal to any amount in between these two figures would be preferable to a trial for each party. Indeed, it can be shown that a mutually beneficial settlement exists as long as the plaintiff’s estimate of the expected judgment does not exceed the defendant’s estimate by more than the sum of the costs of trial”. BONE, Robert G. *Economics of Civil Procedure. The Oxford Handbook of Law and Economics: Public and Legal Institutions*, Oxford: v. 3. 2017. p. 143.

²¹⁷ CPC/2015: “Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. § 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme

de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição²¹⁸; e a possibilidade de requerimento da antecipação de prova (como, *e.g.*, o interrogatório da outra parte, a inquirição de testemunha ou, ainda, a produção de prova pericial).

Há, ainda, a possibilidade de designar mais de uma sessão destinada à mediação e à conciliação²¹⁹, e, caso uma ou ambas as partes deixem de comparecer, sem justo motivo, será esse ato reputado como atentatório à dignidade da Justiça, dando azo à aplicação de multa de até 2% (dois por cento) do valor da causa ou da vantagem econômica almejada, a ser revertida em favor da União ou do Estado (artigo 334, § 8º, do CPC/2015).

O artigo 166 do CPC/2015 aduz que as informações partilhadas no curso da mediação ou da conciliação são confidenciais. Seu compartilhamento – em ambiente restrito – se traduz em um ótimo incentivo para a redução da assimetria informacional, sendo capaz de ampliar as chances de se alcançar solução consensual sem que seja necessária a publicização de dados sensíveis²²⁰.

A Produção Antecipada de Prova, prevista nos artigos 381/383 do Código de Processo Civil de 2015, é procedimento que, a um só tempo, consagra o direito autônomo à prova, busca reduzir as assimetrias informacionais, possibilita a autocomposição e preserva o acervo probatório quando diante de risco de perecimento.

Os dispositivos consubstanciam a nítida adoção, pelo Código de Processo Civil de 2015, de soluções jus-econômicas para obstáculos contemporâneos, na medida em que fornecem ao magistrado a prerrogativa de, na condução processual, remediar a assimetria informacional existente entre as partes bem como de redistribuir os custos da litigância à parte que não agir dentro dos parâmetros do Princípio da Cooperação (artigo 6º do CPC/2015).

Sob essa ótica, os institutos cardeais da AED convergem no sistema processual contemporâneo, que não só contempla multiplicidade de mecanismos para resolução de conflitos – cuja concepção é conhecida como *Justiça Multiportas*²²¹ – como também prega que o acesso ao direito se dá pela *adequada* composição de conflitos²²². Os

parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal”.

²¹⁸ CPC/2015: “Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. (...) § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

²¹⁹ CPC/2015: “Art. 334, § 2º. Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes”.

²²⁰ POSNER, Richard. *Op. cit.*, 1986. p. 773.

²²¹ A justiça multiportas, ou, em inglês, *Multi-door Courthouse*, surgiu em 1976, a partir de estudo de Frank Sanders. Ver, para maior aprofundamento, SANDERS, Frank. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, St. Paul: West Pub., 1979.

²²² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, v. 15, 2017, p. 112.

incentivos fornecidos, quando aplicados de forma consciente e responsável, podem vir a se tornar fatores determinantes para o aumento da taxa de acordos. Ao conhecê-los, o magistrado pode atuar de modo a colaborar com a maximização dos interesses das partes envolvidas no litígio bem como do Estado (artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015).

O CPC/2015 também positivou a faculdade de as partes convencionarem adaptações procedimentais de acordo com os seus interesses (artigos 190 e 191). O Diploma Processual Civil de 2015 consagra, assim, tendência já verificada nos direitos francêses (*contrat de procédure*), inglês e norte americano (*case management system*)²²³, de admitir negócios jurídicos processuais²²⁴ que têm por objeto o próprio processo²²⁵.

A possibilidade prevista no artigo 190 do CPC/2015 limita-se às causas que versarem sobre direitos disponíveis ou, nos precisos termos do dispositivo, que “admitam autocomposição”²²⁶, e autoriza que as partes convençam sobre o procedimento, inclusive, quanto a seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

O artigo 191 do CPC/2015, por sua vez, permite que as partes, em conjunto com o julgador, fixem calendário para a prática de atos processuais. Possibilita-se, assim, ganho de eficiência do procedimento, especialmente em razão da consequente dispensa de prática de atos cartorários, como a expedição de intimações.

O modelo cooperativo de jurisdição, explicitamente encampado no CPC/2015²²⁷, não se restringe a aspectos processuais, mas é também estimulado na composição do próprio litígio subjacente²²⁸, sendo forçoso reconhecer que, se as partes podem transigir sobre o objeto do processo, também podem fazê-lo em relação ao instrumento (*i.e.*, o procedimento).

Também são notáveis as evoluções no sistema das tutelas provisórias, previstas nos artigos 300/311 do CPC/2015, que permitem acelerar a prestação jurisdicional, constituindo, por isso, instrumentos destinados a neutralizar os males do decurso do tempo à efetividade dos provimentos²²⁹. José Carlos Barbosa Moreira

²²³ “O *case management system* propugna o planejamento do processo pelo juiz, com a colaboração das partes e dos advogados, definindo as suas etapas para predeterminar o seu fim, mas não exclui a legalidade do procedimento, propondo apenas regras legais menos detalhadas, que abram espaço à flexibilização [...]”. GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 291.

²²⁴ A categoria negócios jurídicos é marcada pela presença do elemento vontade (manifestada), o qual é dotado de poder para criar seus próprios efeitos.

²²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC – Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015. Inovações, Alterações, Supressões Comentadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 169.

²²⁶ No Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, foi sumulado entendimento de que qualquer parte, inclusive, a Fazenda Pública e o Ministério Público, em processos individuais ou coletivos, podem celebrar negócios jurídicos nesse sentido (Enunciados 253 e 256), bem como de que a indisponibilidade do direito material, por si só, não impede que o juiz homologue a convenção (Enunciados 135).

²²⁷ CPC/2015: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

²²⁸ CPC/2015: Art. 3º. “§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

²²⁹ GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 246.

dividia as tutelas de urgência em dois grupos:

Um formado por providências que se ordenam pura e simplesmente a imprimir maior rapidez ao processo, sem sacrifício da atividade cognitiva do juiz, a qual continua, tendencialmente pelo menos, plena e exauriente [medidas de natureza cautelar]; outro, por medidas que visam a apressar a prestação jurisdicional mediante cortes naquela atividade, ou, para falar de modo diverso, exonerando o órgão judicial de proceder ao exame completo da matéria litigiosa [medidas de natureza satisfativa]²³⁰.

O Código de Processo Civil de 2015 ainda veiculou a possibilidade de concessão de tutela da evidência, tal qual disciplinada no artigo 311²³¹.

A opção metodológica do legislador por disciplinar as aludidas modalidades de tutela por meio de um único Livro revela o seu compromisso com a efetividade²³², no combate à força corrosiva do tempo. Afinal, o fator tempo no processo prejudica mais a parte que tem razão do que aquela que não tem. O processo deve garantir, na medida do possível, a distribuição isonômica do tempo entre os litigantes²³³.

Sob a ótica da AED, a concessão de decisão provisória atua como incentivo para que o réu se comporte de forma mais eficiente com vistas ao rápido encerramento do litígio²³⁴. Afinal, deve-se considerar que a concessão da tutela impõe ao demandado os custos decorrentes do tempo do processo, razão pela qual há desestímulo a práticas protelatórias.

Especificamente no caso da tutela de evidência²³⁵, a necessidade de se fornecer esse incentivo é ainda maior, na medida em que os elementos disponíveis

²³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, nº 23, 2003.

²³¹ “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”

²³² A racionalização das tutelas provisórias, sejam elas de urgência ou da evidência, cumpre o objetivo traçado pela comissão de juristas que elaborou o Anteprojeto do CPC/2015 de conferir maior coesão ao sistema processual, facilitando o trabalho dos operadores do direito em estimular o comportamento cooperativo entre as partes envolvidas no litígio.

²³³ FUX, Luiz. Processo e Constituição. FUX, Luiz (Coord.) *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 24.

²³⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina (Orgs.). *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 382.

²³⁵ Por questão de isonomia na “distribuição do tempo” entre os litigantes, o CPC/2015 dispõe sobre a possibilidade de conceder uma tutela provisória de evidência (artigo 311, do CPC/2015) quando, diante do caso concreto, parcela da demanda puder ser concedida logo no início ou no curso do processo, independentemente da existência do perigo de dano ou d risco ao resultado útil da demanda (i.e., tal espécie de tutela prescinde da comprovação do cognominado *periculum in mora*).

no processo já demonstram a alta probabilidade de sucesso da pretensão deduzida pelo demandante e/ou evidenciam o abuso do direito de defesa do réu²³⁶.

No afã de construir sistema processual garantidor da duração razoável do processo e com vistas à uniformização da prestação jurisdicional²³⁷, o CPC/2015 densificou os precedentes judiciais, incorporando mecanismos para que fossem respeitados por juízes e tribunais²³⁸, como o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 976/987) e o incidente de assunção de competência (artigo 947).

Os artigos 926 e 927 do CPC/2015 transparecem a intenção do legislador de estabelecer o dever de uniformização da jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

O objetivo é claro: racionalizar a prestação jurisdicional, gerar jurisprudência homogênea e obter dos órgãos do Poder Judiciário decisões previsíveis²³⁹. Numa visão processualística, se todos são iguais perante a Lei, todos devem ser iguais perante a Justiça.

Nessa ordem de ideias, os precedentes assumem valor importantíssimo na doutrina da Análise Econômica do Direito, seja pelo vetor eficiência do sistema jurídico como um todo (notadamente a valorização das decisões judiciais e seus reflexos pedagógicos nos jurisdicionados, assim como a preservação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica), seja pelo impacto que representa no mundo real (como por exemplo, no denominado *Risco-Brasil*).

Além de influenciar o desenvolvimento de institutos e a incorporação de novas figuras no CPC/2015, a AED também vem ganhando corpo nos Tribunais. Perante o Supremo Tribunal Federal – STF, já é possível localizar exemplos emblemáticos de utilização da Análise Econômica do Direito nos denominados *hard cases*.

Em 03 de outubro de 2012, na famosa Ação Penal 470 (conhecida como “Escândalo do Mensalão”), o Ministro Luiz Fux analisou o instituto da colaboração premiada sob a ótica da teoria dos jogos e da Análise Econômica do Direito, determinando que os efeitos favoráveis daquele instituto não se restringem aos resultados obtidos em uma determinada persecução penal.

²³⁶ BODART, Bruno. *Tutela de evidência – A Análise Econômica do Direito Processual de Riscos*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: UERJ, 2012, p. 75.

²³⁷ Enunciado 323 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC: “A formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

²³⁸ “Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido. Dessa forma, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada um precedente. (...) Jurisprudência, por sua vez, é o resultado de um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferidas pelos tribunais. É formada por precedentes, vinculantes e persuasivos, desde que venham sendo utilizados como razões do decidir em outros processos, e de meras decisões”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 1.297-1.298.

²³⁹ Vale destacar, no ponto, o teor do Enunciado 316 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC, cujo teor é o seguinte: “A estabilidade da jurisprudência do Tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários”.

Na ADI 5.956 (discussão sobre a Medida Provisória 832/2018, que estabeleceu a política de preços mínimos do transporte rodoviário de cargas), o Ministro Luiz Fux adotou perspectiva consequencialista em decisão de tutela provisória, reconhecendo que a imposição de sanções derivadas do aludido tabelamento de fretes tem gerado grave impacto na economia nacional, o que se revelava particularmente preocupante ante o cenário de crise econômica atravessado pelo país.

Por sua vez, na ADI 5.766 (discussão sobre dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas, inseridos pela Lei 13.467/2017), o Ministro Luís Roberto Barroso reconheceu a possibilidade de importação Análise Econômica do Direito pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir do emprego de conceitos da microeconomia e da adoção do consequencialismo²⁴⁰.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ tampouco ignora a utilização da AED na construção da *ratio decidendi* de seus precedentes. Convém destacar o elucidativo debate sobre a aplicabilidade da Análise Econômica do Direito e a possibilidade de importação crítica desta ciência pelo ordenamento jurídico brasileiro no voto elaborado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, quando do julgamento do REsp 1.163.283/RS (discussão sobre a Aplicabilidade das disposições da Lei 10.931/2004 aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional, especificamente quanto aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do artigo 50 da Lei 10.931/2004).

Em seu voto, o eminente Ministro reconheceu as consequências das avenças sob o prisma da Análise Econômica da Função Social dos Contratos, não apenas das implicações legais tão conhecidas pelos operadores do direito, mas das consequências de mercado, do impacto do cumprimento dos contratos e da confiabilidade das transações. Pontificou o Ministro: “a análise econômica do direito não pretende, por óbvio, esclarecer seus estudiosos, submeter as normas jurídicas à economia, mesmo porque o Direito não existe para atender exclusivamente aos anseios econômicos. Por outro lado, visa à aproximação das normas jurídicas à realidade econômica, por meio do conhecimento de institutos econômicos e do funcionamento dos mercados”²⁴¹⁻²⁴².

Como se vê, o uso do raciocínio econômico na legislação e na jurisprudência brasileiras não é importação de algo pronto e acabado, construído de acordo com as particularidades de outra sociedade. Muito pelo contrário, é o resultado de profunda busca

²⁴⁰ O ministro citou vários dados sobre o volume de processos e gastos judiciais no Brasil em comparação com outros países, comprovando a excessiva carga suportada, entendendo que não há desproporcionalidade nas regras questionadas, uma vez que a limitação tem como objetivo restringir a judicialização das relações de trabalho.

²⁴¹ STJ, REsp 1.163.283/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. em 07.04.2015.

²⁴² Além do mencionado aresto, em profícuo voto subscrito pelo eminente Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, o STJ avaliou o uso de garantias fidejussórias em fase de cumprimento de sentença *vis-à-vis* a AED, *verbis*: “De fato, no cumprimento de sentença, a fiança bancária e o seguro garantia judicial são as opções mais eficientes sob o prisma da análise econômica do direito, visto que reduzem os efeitos prejudiciais da penhora ao desonerar os ativos de sociedades empresárias submetidas ao processo de execução, além de assegurar, com eficiência equiparada ao dinheiro, que o exequente receberá a soma pretendida quando obter êxito ao final da demanda”. STJ, REsp 1.691.748/PR, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. em 07.11.2017.

pela transformação e aprimoramento do próprio ordenamento jurídico brasileiro, à luz da nossa realidade e dos nossos clamores por uma justiça eficiente, o que apenas é possível a partir do incansável estudo e do aprimoramento das circunstâncias fático-normativas.

3 NOVAS IDEIAS EM TORNO DA JURISDIÇÃO

Parece que, antecipando movimento que surgiria décadas depois, Piero Calamandrei já advertia a respeito da impossibilidade de definição de jurisdição de forma unívoca. Seu conceito, na verdade, variaria, a depender do momento histórico e de aspectos culturais²⁴³.

Recentemente, a doutrina processual tem feito diversos questionamentos quanto à estatalidade da jurisdição. Problematiza-se exatamente a ideia de que a jurisdição seria poder diretamente relacionado à soberania e que apenas o Estado poderia pacificar conflitos, revelando a vontade concreta da lei.

Em primeiro lugar, a construção do próprio conceito de soberania está atrelada à ideia de Estado-nação, que não mais se sustenta no cenário contemporâneo²⁴⁴. O panorama internacional, com a presença de atores políticos com poder desproporcional e a multiplicação de órgãos internacionais, afasta quase que por completo a tradicional ideia consoante a qual a soberania seria una, indivisível, inalienável e imprescritível²⁴⁵. Marcelo Barbi, ao estudar a relação entre jurisdição e Estado, esclarece que “o vínculo entre jurisdição e soberania não resiste ao confronto dos fatos. Antes e após a formação do Estado Moderno, sistemas heterocompositivos os mais variados demonstram que o Estado não é um elemento essencial ao fenômeno jurisdicional”²⁴⁶. O referido autor, além de analisar uma série de interações entre instituições feudais e o mundo pré-moderno,

²⁴³ “Do conceito de jurisdição não se pode dar uma definição absolutamente válida para todos os tempos e para todos os povos. Não só as formas externas, mediante as quais se desenvolve a administração da justiça, mas também os métodos lógicos de julgar têm um valor contingente que não pode ser determinado senão em relação a um determinado momento histórico. Hoje, nas principais legislações da Europa continental, o conteúdo da função jurisdicional somente pode ser entendido se relacionado com o sistema da *legalidade*; e o Código quer ser precisamente uma reafirmação da jurisdição *como complemento e como instrumento da legalidade*”. CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*, traduzido por Douglas Dias Ferreira, 2ª edição. Campinas: Bookseller, 2003, p.103.

²⁴⁴ “Na perspectiva de Hobbes, o soberano representa o povo não, enquanto recebe deste um poder ou mandato para tal, mas porque ele institui o ser mesmo do povo representado, isto é, ele é a identidade existente da soberania. Os indivíduos contraem o pacto entre eles, formando uma vontade no seio da comunidade. Na teoria hobbessiana, o representante (o soberano) cria o representado. O soberano é a identidade representativa que se autoconstitui. A corrente absolutista perde sua hegemonia durante o século XIX pela concepção de representação, sendo Sieyès um dos precursores ao lado de Thomas Paine, Hamilton e Madison. Ora, este conceito de soberania que se constitui um dos fundamentos do Estado moderno, está em crise face ao fenômeno da globalização e, segundo J. Habermas, os governos não têm mais poder, para tomar decisões internas, devido à força de outros atores externos, que deslocam o espaço público de decisão”. BAVARESCO, Agemir. *A crise do Estado-Nação e a teoria da soberania em Hegel*. Disponível em: <http://www.abavaresco.com.br/>. Acesso em: 11 abril, 2022, p. 8-9.

²⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p.74-95.

²⁴⁶ GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Novos paradigmas da jurisdição. Conceito. Princípios. Funções*. Tese apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual, 2019, p. 109.

também demonstra em que medida o Estado moderno não se furta à existência de outros ambientes jurisdicionais, que não necessariamente pertencem ao Estado.

Em tal contexto, enumera cinco espécies de jurisdição, quais sejam: paraestatal, extraestatal, arbitral, internacional e comunitária²⁴⁷.

Não se pode deixar de sinalizar a existência de diversas e variadas formas de manifestação jurisdicional, que podem ser aceitas pelo próprio Estado, como ocorre com as decisões proferidas no âmbito dos povos tradicionais (indígenas²⁴⁸ e quilombolas), ou não necessariamente autorizadas pelo Estado, como ocorria no Tribunal dos Camaradas Soviéticos²⁴⁹.

O cenário contemporâneo não se alinha com a ideia de que a jurisdição é unicamente manifestação do poder estatal. Tampouco se pode afirmar que a resolução de litígios fora do Poder Judiciário se dá ao arrepio das normas.

Ainda que não tenha o monopólio sobre a jurisdição e não decida cada um dos conflitos que surgem no território, o Estado não permanece passivo e indiferente perante as manifestações jurisdicionais²⁵⁰. Há diversos mecanismos de controle

²⁴⁷ “Assim, com o intuito de afastar qualquer reducionismo jurisdicionalista, serão analisadas cinco espécies de jurisdição – paraestatal, extraestatal, arbitral, internacional e comunitária – que se desenvolvem fora da organicidade estatal. Adiante-se que a investigação não tem o escopo de ser exaustiva em relação a cada espécie, senão comprovar o argumento do presente capítulo, qual seja, de que a função jurisdicional não é um monopólio do Estado”. GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Novos paradigmas da jurisdição. Conceito. Princípios. Funções*. Tese apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual, 2019, p. 112.

²⁴⁸ Especifica no que diz respeito aos povos indígenas, é de grande importância a compreensão do artigo 231 da CF, em que se declara expressamente que os índios, sua cultura, organização social, costumes e tradições são reconhecidos. Leia-se o dispositivo: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º”.

²⁴⁹ Sobre tal ponto, ver SANTOS, Boaventura de Sousa. *The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada Law*. *Law and Society Review* v. 12, n. 1, 1977, p. 98.

²⁵⁰ “Por fim, registre-se que admitir a resolução de conflitos fora do Poder Judiciário não significa que a jurisdição possa ser prestada à revelia das normas caras à positividade estatal. A despeito de não

e interação, o que apenas denota a necessidade de interpretação harmônica entre as diferentes manifestações.

Apesar de o ponto ser de grande relevância, sobretudo para demonstrar as múltiplas faces da jurisdição, não parece que seja suficiente para afastar-se da ideia de estatismo. Há diversos mecanismos, reconhecidos pelo ordenamento nacional, muito significativos para demonstração dos novos contornos da jurisdição²⁵¹, como, por exemplo, as manifestações do juízo arbitral, notadamente quando a arbitragem for considerada nacional²⁵².

Parece superada a ideia segundo a qual a jurisdição apenas seria a atuação da vontade concreta da lei voltada para a resolução de litígio, perspectiva que parte da vetusta premissa de que o processo estruturar-se-ia unicamente em torno de conflitos (lides) entre sujeitos com posições muito bem definidas (autor e réu).

Além de tal ideia ser marcada por deletério paternalismo exacerbado, ela desconsidera qualquer vontade das partes na autocomposição²⁵³, forma eficiente de resolução de litígios, antes mesmo de sua submissão à apreciação pelo Poder Judiciário.

A jurisdição não pode ser vista como atividade exclusivamente estatal, tampouco pode ser reduzida à ideia de substitutividade, uma vez que há processos, inclusive previstos na Constituição, em que sequer há partes na acepção tradicional do termo. Esse é o caso, por exemplo, da ação direta de constitucionalidade, que possui contornos objetivos, ou seja, conquanto seja inegável seu teor jurisdicional, não se trata de substituição da vontade de “partes” e/ou da resolução de lides concretas.

monopolizar a tutela jurisdicional, o Estado não é indiferente à forma como as demais instituições compõem as controvérsias. Diante disso, ao final do capítulo serão estudados os mecanismos de interação entre o Estado e os demais sistemas de administração de justiça”. GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Novos paradigmas da jurisdição. Conceito. Princípios. Funções*. Tese apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual, 2019, p. 112.

²⁵¹ A própria existência de procedimento para homologação de sentença estrangeira demonstra a necessidade de alguma deferência à jurisdição nacional, ainda que não se analise propriamente o mérito da decisão em referido procedimento.

²⁵² A Lei 9.307/1996 prevê, em seu artigo 34, as diferenças entre a arbitragem nacional e internacional. Veja-se: “Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

²⁵³ “Bisogna infine sottolineare ancora una chiara tendenza contemporanea: quella di fomentare l’autocomposizione e conferimento di poteri ai litiganti, visto che aumentano sempre più gli spazi in cui la loro volontà è sufficiente per produrre effetti giuridici. In questo senso è in crescita anche l’autonomia delle parti nel definire persino le regole del procedimento che il giudice deve applicare. Gli accordi o convenzioni processuali, che sempre più vengono popolarizzati e adottati nella prassi e nella legislazione comparata (p. es. l’art.190 del CPC brasiliano del 2015), sono la maggior espressione dell’accettazione dell’autoregolamento della volontà. Non solo nell’arbitrato, oppure attraverso la conciliazione o la mediazione extragiudiziali – dove l’autocomposizione sui diritti sostanziali era ormai riconosciuta – ma anche nel processo statale, le parti possono definire le regole processuali applicabili al caso. In questo contesto sarebbe corretto dire che il giudice applica la regola legale? O che la giurisdizione corrisponderebbe formalmente ad un’attività etero compositiva o sostitutiva?”. CABRAL, Antonio do Passo. *Per un nuovo concetto di giurisdizione. Scritti in onore di Nicola Picardi*, Tomo I. Pisa: Pacini Giuridica, 2016, p. 370.

Sequer poderia a definitividade ser de fato apontada como característica exclusiva e inerente à jurisdição. Além de já não ser marca de todos os processos judiciais, o CPC/2015 trouxe significativo avanço em tal ponto, ao prever a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (artigo 304²⁵⁴ do CPC)²⁵⁵ e até mesmo a novel ação de produção antecipada de prova prevista no artigo 381 do CPC/2015 e anteriormente mencionada.

Na quadra atual, a coisa julgada deixa de ocupar o lugar de inquestionável protagonismo²⁵⁶ e cede espaço para outras formas de estabilidade, que podem ser, inclusive, mais eficientes, a depender do tipo de conflito existente. É um equívoco, em outras palavras, pensar que a coisa julgada seria inerente a toda e qualquer manifestação jurisdicional, pois, a depender do conflito e da forma como a tutela é requerida, é possível que nunca venha a agregar-se à decisão judicial “final”²⁵⁷.

Enfim, o novel enquadramento da jurisdição harmoniza-se com a incessante busca pela promoção da eficiência da solução da lide e/ou do processo, de modo que seja adequada e tempestiva, protegendo os interesses das Partes em conformidade com o ordenamento jurídico nacional, ainda que isso signifique o emprego de método alternativo de resolução de conflitos.

²⁵⁴ “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. § 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto. § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput. § 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º. § 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. § 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º. § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.”

²⁵⁵ “A diferença da estabilização para coisa julgada é evidente e a lei não deixa nenhuma dúvida. De fato, a estabilização e a coisa julgada diferem em seu objeto e efeitos. Em relação ao objeto, a estabilização atinge apenas os efeitos da decisão, enquanto a coisa julgada reveste seu conteúdo declaratório. Por esse motivo, a coisa julgada tem o chamado efeito positivo, que determina a incorporação do conteúdo estável em outros processos; a estabilização da tutela provisória não possui este efeito”. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transcrição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 316.

²⁵⁶ “Come già affermato in un altro saggio, la cosa giudicata non è essenziale allo Stato di Diritto e nemmeno alla giurisdizione. Vi sono varie decisioni giurisdizionali che non acquisiscono una stabilità tanto forte come la cosa giudicata, ma non per questo perdono il loro carattere giurisdizionale. D'altra parte, bisogna ricordare che vi sono varie forme di stabilità processuale differenti dalla cosa giudicata: è un errore pensare alla cosa giudicata come l'unica stabilità degli atti processuali o anche delle sentenze, ed è anche sorpassato fondare il sistema delle stabilità su un manicheismo per il quale o abbiamo la cosa giudicata o l'atto processuale non ha alcuna stabilità. In molti ordinamenti, ed in altri campi, come il diritto costituzionale e amministrativo, già si percepisce che si può raggiungere la stabilità degli atti giuridici preteriti senza che la protezione del loro contenuto da alterazioni posteriori avvenga necessariamente mediante la cosa giudicata”. CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Tomo I. Pisa: Pacini Giuridica, 2016, p. 373.

²⁵⁷ Apenas a título exemplificativo, no Brasil, já se defendeu que não haveria coisa julgada em processos cautelares, em sentenças penais condenatórias etc. Não se pretende, aqui, encarar tais questões, mas deve ficar claro que em todos os procedimentos mencionados há manifestação jurisdicional.

CONCLUSÃO

Esse ensaio analisou os fundamentos teóricos da Análise Econômica do Direito, expondo, também, as razões pelas quais é recomendável a busca pela eficiência e pela análise pragmática de institutos jurídicos.

A incorporação do estudo da AED é tendência já verificada no mercado jurídico e surge como consequência da impossibilidade de isolamento da interpretação e da análise de institutos jurídicos, que, ao revés, devem ser examinados à luz de referências econômicas e sociais. Como visto de uma maneira geral, a Análise Econômica do Direito pode influenciar positivamente a interpretação e aplicação de institutos jurídicos, seja quando decorrentes de conceitos econômicos (*e.g.*, regulação de setores econômicos), seja diante de princípios e/ou normas que exigem previsão das prováveis consequências.

Nesse artigo, verificada a impossibilidade de o Poder Judiciário lidar com todas as demandas – muitas frívolas, outras repetitivas – que lhe são endereçadas todos os dias, ganham espaço instrumentos como a conciliação, a mediação, os precedentes obrigatórios, os recursos repetitivos, a Produção Antecipada de Prova *etc.* Nesse contexto, também foram estudados institutos relevantes do Código de Processo Civil de 2015 com evidente inspiração na *Common Law*, sempre na busca pela eficiência jurisdicional tão propagada pela Análise Econômica do Direito.

Por fim, foram expostas as mutações do conceito de jurisdição, o que promove contemporaneamente os fins almejados pela Análise Econômica do Direito, possibilitando tratamento adequado e eficiente das lides e/ou dos processos. Tal conceito e sua respectiva aplicação caminham de mãos dadas com as reflexões do homenageado, que, em lapidar voto, pontificou que o significado de economia processual conduz à noção de “máxima efetividade do direito material com mínimo emprego de atividades processuais”²⁵⁸ – exatamente o que pretende a Análise Econômica do Direito frente aos desafios postos pela atividade jurisdicional.

²⁵⁸ STJ, Ag. Rg. no Ag. No REsp 1.417.563/MG, Relator Ministro Felix Fischer, 5ª T., j. em 17/10/2017.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Thiago Cardoso. *Análise econômica do direito no Brasil: uma leitura à luz da teoria dos sistemas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- BAVARESCO, Agemir. *A crise do Estado-Nação e a teoria da soberania em Hegel*. Disponível em <http://www.abavaresco.com.br/>. Acesso em: 11 abr. 2022.
- BECKER, Gary. *The economic approach to human behavior*. The University of Chicago Press. Chicago and London: 1976.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla Funzione: Nuovi Studi di Teoria del Diritto*. Milão: Edizioni di Comunità, 1977.
- BODART, Bruno. *Tutela de Evidência – A Análise Econômica do Direito Processual de Riscos*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: UERJ, 2012.
- BONE, Robert G. Economics of Civil Procedure. *The Oxford Handbook of Law and Economics: Public and Legal Institutions*, Oxford: v. 3. 2017.
- BOVE, Luiz Antonio. Uma visão histórica do ensino jurídico no Brasil. *Revista do Curso de Direito*. São Paulo, v. 3, n. 3, 2006.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transcrição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Tomo I. Pisa: Pacini Giuridica, 2016.
- CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. New Haven, CT: Yale University, 1970.
- CALABRESI, Guido. The Pointless of Pareto: Carrying Coase Further. PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. (Eds.). *The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers*. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*, traduzido por Douglas Dias Ferreira, 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998
- DANTAS, San Tiago. A educação jurídica e a crise brasileira. *Encontros da UnB*. Ensino Jurídico, Brasília, UnB, 1979.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, v. 15, 2017.
- FERRARI, Isabela; et al. *Justiça Digital*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- FUX, Luiz. Processo e Constituição. FUX, Luiz (Coord.) *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- GICO JR., Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, 2010. Disponível em <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794>. Acesso em: 18 fev. 2022.
- GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Márcia Luisa. A importância da disciplina de Análise Econômica do Direito para o desenvolvimento da interdisciplinaridade indispensável aos cursos de direito no Brasil. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Curitiba: v. 2, n. 2, p. 107 – 128, jul.-dez., 2016.
- GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Novos paradigmas da jurisdição. Conceito. Princípios. Funções*. Tese apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Processual, 2019.
- GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo. *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *The Economic Journal*, v. 49, n. 195, set., 1939.
- KAPLOW, Louis. Private versus Social Costs in Bringing Suit. *The Journal of Legal Studies*, v. 15, n. 2, jun., 1986.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de Urgência e Efetividade do Direito. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, nº 23, 2003.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC – Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015. Inovações, Alterações, Supressões Comentadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R; THALES, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, 1997-1998.
- POSNER, Richard. *A economia da justiça*. Trad. de Evandro Ferreira e Silva, São Paulo: Martins Fontes, 2010.

- POSNER, Richard. *Frontiers of Legal Theory*. Harvard University Press, Cambridge, 2004.
- RICCI, Gian Franco. *La Reforma del Proceso Civil: legge 18 giugno 2009*. Torino: G. Giappichelli, 2009.
- SANDERS, Frank. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, St. Paul: West Pub., 1979.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada Law. *Law and Society Review* vol. 12, n. 1, 1977.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina (Orgs.). *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Saraiva, 2011.
- SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. *Journal of Legal Studies*, Chicago University Press: v. XXVI, jun., 1997.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge; London: Belknap, 2004, p. 39.
- SHAVELL, Steven. The Appeals Process and Adjudicator Incentives. *Journal of Legal Studies*, Chicago: Chicago University Press, v. 35, jan., 2006.
- SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. *Direito tributário e análise econômica do Direito: uma visão crítica*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019.

O PÓS-FUNDACIONALISMO COMO FUNDAMENTO DE UMA NOVA TÉCNICA DE DECISÃO JUDICIAL EM CASOS DE REPERCUSSÃO GLOBALIZADA: A FORÇA DOS PRECEDENTES ESTRANGEIROS NO JULGAMENTO INTERNO EM DEFESA DE UM PLURALISMO JURÍDICO DEMOCRÁTICO²⁵⁹

Daniel Tempski Ferreira da Costa²⁶⁰

INTRODUÇÃO

O estudo do pensamento político do pós-fundacionalismo é de inegável relevância ao desenvolvimento crítico da ciência jurídica, a qual, alicerçada noutros ensinamentos, como nos ideais pós-positivistas, contribuem para a construção de um novo modelo interpretativo e de aplicação do Direito, tendo em vista a influência da globalização, em destaque, o desenvolvimento da tecnologia de comunicação digital que interliga bilhões de usuários por todo o mundo em diversos aspectos (econômico, filosófico, social, político, jurídico, dentre outros).

Por conseguinte, geram-se conflitos, repercutindo no interesse de estudo da resposta jurídica dada por diversos países, em especial, no conflito de interesses antagônicos quanto à técnica de investigação criminal da interceptação telemática em comunicações digitais dotadas de criptografia ponta a ponta no combate aos crimes cibernéticos: de um lado, o da segurança pública, e, de outro, da privacidade e liberdade de expressão. Valores estes imprescindíveis à concretização de valores democráticos.

O ponto nodal que motivou o desenvolvimento do presente artigo científico foi a percepção de que há temas pendentes de julgamento, ou de regulamentação normativa, os quais possuem impacto global, e, ao se pensar sobre a interpretação da norma jurídica e a aplicação do Direito no caso concreto, deve-se se considerar, na motivação das decisões judiciais, o respeito aos precedentes judiciais oriundos de outros países (regidos por princípios basilares de um Estado Democrático de Direito), por coerência normativa e fática, resultando num sistema jurídico global dotado de maior credibilidade e de integração possível.

O pós-fundacionalismo, preconizando a defesa da ideia da ausência de um fundamento único ou último para todas as respostas, com ideias não pré-determinadas, sinaliza a tese defendida neste artigo científico: o Estado-juiz, através, principalmente, de sua Corte Constitucional, deve levar em conta, nas decisões judiciais de repercussão jurídica e conexão fática internacional, argumentos de Cortes Supremas de outras

²⁵⁹ Artigo científico submetido como trabalho final da disciplina Filosofia do Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, ministrada no primeiro semestre de 2021 pela Professora Dra. Angela Couto Machado Fonseca. Nota obtida: 10,0 (dez). Atualizado em 09 fev. 2022.

²⁶⁰ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (*Universidad del Museo Social Argentino*). Mestrando em Direito do Estado (Universidade Federal do Paraná - UFPR). Pós-graduado em Ciências Criminais (UNAMA-LFG). Magistrado (Juiz de Direito Substituto integrante da Força-Tarefa da Corregedoria-Geral da Justiça). Afiliação institucional: Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR (Curitiba, PR, Brasil). Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2151737791391273>; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2434-433X>; E-mail: dtfc@tjpr.jus.br

Nações em face de um sistema jurídico global, do pluralismo jurídico, redimensionando práticas democráticas.

Diante de tal tese inicial, o presente artigo pretende verificar a possibilidade de se buscar soluções a tais *hard cases* a partir da análise de precedentes das Supremas Cortes de Nações Democráticas, com fulcro nos ideais pós-fundacionais, ou seja, a partir de uma nova perspectiva investigativa de método interpretativo judicial, de outro lugar epistêmico; uma releitura para trazer argumentos advindos de Nações democráticas que já debateram de alguma forma o tema em julgamento, evitando-se leitura assistemática de matéria de repercussão internacional. Seja como análise preliminar ou de mérito no voto do julgador, investiga-se aqui método de debate democrático sobre a matéria julgada, e, assim, se é possível transpassar o pensamento limitado de que o julgamento da Suprema Corte pode ser dado como fundamento último por si só considerado.

Para tanto, a pesquisa se inicia com a demonstração geral do pensamento pós-fundacional no mundo globalizado e sua repercussão à interpretação e aplicação do Direito, na perspectiva das decisões judiciais de Cortes Constitucionais democráticas à luz do pluralismo jurídico pela força dos precedentes estrangeiros. Em seguida, explora-se caso prático em julgamento (efetivo ou iminente) em Cortes Supremas de diferentes países a fim de comprovar a tese ora proposta à luz do pós-fundacionalismo: a interceptação telemática de comunicações digitais dotadas de criptografia ponta a ponta para investigação criminal de delitos cometidos através dos meios digitais (STF, ADPF 403 e ADI 5527).

Por fim, através dos argumentos expostos, busca-se concluir se o pós-fundacionalismo, aliado à prática jurídica, é mais um instrumento apto à democratização das decisões judiciais em direção a um fundamento plural.

1 O PÓS-FUNDACIONALISMO E SUA RELEVÂNCIA À INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO

O pós-fundacionalismo é precursor de relevante papel na ciência política contemporânea, e, por certo, contribui ao desenvolvimento da tese ora proposta, quanto à construção de um novo modo de pensar a ciência jurídica nas decisões judiciais, valorizando o pluralismo jurídico em prol do debate mundial trazido por Cortes superiores de países democráticos. A ideia aqui defendida é, através da revisitação de uma decisão judicial estrangeira correlata ao caso julgado agora internamente, o uso de nova técnica de julgamento, a qual visa ao fortalecimento democrático à ideia que se tem de “Justiça”, ao se afastar do pensamento estreito do positivismo voltado ao direito interno de uma Nação.

Assim,

Dizer que o “pós-fundacionalismo” pode ser concebido como um significante vazio, que nos permitiria pensar uma forma de superar ou transvasar a relação sujeito-objeto do conhecimento da epistemologia moderna – isto é, um significante que nos habilita a significar a epistemologia das ciências sociais de maneira diferente e

alternativa à positivista ou estruturalista, atualmente predominantes –, pressupõe, a princípio, que grande parte do seu sentido está por vir ou retorna a nós daquilo que sobre ele podemos articular teoricamente. (...)

Por fim, podemos concluir reforçando esta ideia de que o pós-fundacionalismo que se apoia teoricamente no fundamento ausente é antitético à concepção do político como fundação definitiva e completa. (...). Para Laclau a política funda, e, por que não, inventa a sociedade, porém esse fundamento, essa ontologia política nunca é total nem tem garantias eternas. Não pode ter maior reassseguro que aquele que propicia a possibilidade de vencer na conjuntura o inimigo-adversário político, e de hegemonizar o poder político que sustenta a sociedade resultante de esta luta. Essa sociedade política será sempre, por tanto, uma sociedade dividida. É por isso que Laclau gosta de dizer que “a sociedade não existe”. E é saudável que assim seja. Saudável tutelar a dimensão de vazio significativo ou brecha ontológica entre os elementos do antagonismo que a torna possível porque isso zela a diferença democrática. O que permite, desta forma, que a sociedade resulte ser uma constante a-ser. Valendo-nos aqui dos dois sentidos misturados no nosso “jogo de linguagem”: a-ser como um ser carente de ser, não tendo entidade ontológica positiva; e a-ser no sentido processual da possibilidade aberta no futuro ainda não acontecido, não produzido, mas virtualmente produzível com a mudança do cenário político criado pela atual correlação das forças em disputa. (IPAR, 2016, p. 2 e 18).

Veja-se que a ideia de uma decisão judicial por nossa Suprema Corte, por coerência fática (caso *sub judice* análogo) e normativa (ainda que por princípios e garantias constitucionais similares nos países democráticos), escorada na de outras Nações, por sua pluralidade, deve, no mínimo, trazer maior crença em sua legitimação pela credibilidade popular, algo tão caro em nosso país nos tempos atuais de extrema polarização política²⁶¹.

Importante, por conseguinte, ressaltar os fundamentos que alicerçam a ideia de ruptura ao Fundacionalismo (observada a crítica de Oliver Marchart²⁶²,

²⁶¹ Segundo a doutrina, “Marchart nos lleva convincentemente a considerar el pensamiento posfundacional como una revalorización de la teoría política, puesto que la ausencia de verdades trascendentales lejos de implicar el nihilismo, conduce a identificar la necesidad de una agenda para tomar conocimiento de la imposibilidad de un fundamento último (que descansa en categorías como la Razón, la Sociedad, etc.) y nos estimula a pensar que el ser social y la manera en que se instituya el poder político están históricamente condicionadas por la contingencia necesaria. El libro resulta importante para todos aquellos interesados en el tema del poder e imprescindible en tanto que el debate contemporáneo de toda teoría política ya no puede desprenderse, tal como lo argumenta Marchart, de la diferencia política. (Rodríguez Castillo, 2016, p. 7).

²⁶² “Apesar de o pós-fundacionalismo ser a crítica a um fundamento em última instância que explicaria e fecharia todos os sentidos numa totalidade chamada de sociedade, conforme Marchart (2007, p. 2), ele [...] não deve ser confundido com antifundacionalismo [...], uma vez que a abordagem pós-fundacional não visa a apagar completamente as figuras do fundamento, mas enfraquecer o seu status ontológico. O enfraquecimento ontológico do fundamento não conduz ao pressuposto da completa ausência de todos os fundamentos, mas antes ao pressuposto da impossibilidade de um fundamento final, o que é algo completamente diferente, já que implica uma maior consciência de, por um lado, a contingência e, por outro lado, o político, como o

que não se deve confundir o pós-fundacionalismo com o antifundacionalismo), pois vêm ao encontro da tese ora defendida quanto à possibilidade-necessidade inerente de uma motivação nacional englobar a de precedente de outra Corte Suprema de Nação democrática²⁶³, como preliminar ou em matéria de mérito, diante do complexo fenômeno da globalização e sua influência ao sistema jurídico:

Vattimo acredita que essa passagem do F. [Fundacionalismo] ao antifundacionalismo se deve a algumas circunstâncias de fundo. Uma primeira razão reside na *maior complexidade do mundo do saber, que “torna cada vez mais inverossímil a existência de um saber que sustente todos os outros saberes de maneira unitária, fundamentadora”*; uma segunda razão, na especialização das esferas da existência, descrita por Max Weber, “o sociólogo da modernidade”, observando que ela impõe “lógicas específicas nos vários setores da vida”; uma terceira razão, na *presença de culturas outras, que “também se mostram como esferas de existência pouco comensuráveis”*. Em outros termos, seria exatamente a *experiência da multiplicidade que torna cada vez mais difícil a redução de tudo a um único fundamento*, de tal modo que, “se há metafísica, já não há sujeito em condições de praticá-la, porque *não há ninguém que possa saber tudo*” (Il pensiero secolarizzato, em “Il Polietro”, IV, 9-10, q987, pp. 75-6). (ABBAGNANO, 2015, p. 551) (destaquei).

momento do parcial e sempre, em última instância, fundamento sem sucesso. (...) Para Laclau, dessa forma, a instabilidade constante nas relações políticas reais não pode ser percebida como algo abstrato. O autor é absolutamente consciente de que o seu projeto teórico o é no sentido mais estrito do termo, ou seja, toda a estrutura do seu pensamento visa à aplicação, no mínimo, no plano da análise política. Dessa forma, entendemos que, para Laclau, qualquer proposta normativa, que não leve em consideração os elementos pós-fundacionalistas apresentados, tem valor teórico-científico restrito. (...) Esse é um ponto decisivo para a compreensão de Ernesto Laclau como um teórico político. Sua teoria, pelo fato de pressupor que a dinâmica do social percorre caminhos indecidíveis - não passíveis, portanto, de ser domesticados por fórmulas normativas que buscam congelar uma situação ideal, mas pouco provável ou improvável de ocorrer -, os mesmos não podem ser minimamente definidos a priori por qualquer fórmula política normativa. Diante desse quadro, o papel da teoria, primeiramente, é o de conhecer os elementos ontológicos do político, ou seja, promover uma reflexão do ser enquanto ser. Essa reflexão perpassa o conhecimento do discurso como categoria ontológica central. Entender como o discurso é articulado, como sua existência é precária e contingente, ajuda-nos compreender o porquê são inócuas as formulações normativas que visam congelar o fluxo inconstante da vida e das relações sociais.” (MENDONÇA, 2014, p. 2-4; 9-11).

²⁶³ Pós-democracia seria para este autor “(...) a democracia como ambiente, como cenário em que a vida se submete à lei” (conforme: LELO; MARQUES; 2014, p. 1). Já Rubens Casara, jurista brasileiro, transpõe tal ideia para nossa realidade, neste sentido: “[Rubens] Casara denomina ‘Estado pós-democrático’. Em sua análise, diversos acontecimentos contemporâneos caracterizam essa mudança de paradigmas – como a ascensão de partidos conservadores, a crise migratória na Europa, a acentuação da violência de Estado, a hostilidade a moradores de rua e operações contra a corrupção no Brasil. Outra face que esse processo assume, aponta, é a identificação do poder político e econômico, uma nova gestão política dos “indesejados” pelo capitalismo e a transformação do judiciário em mecanismo de ordenação da lógica de mercado.” (...) O Estado pós-democrático nasce em razão das necessidades do capitalismo em seu atual estágio. A pós-democracia, portanto, é um fenômeno global e uma consequência da elevação da razão neoliberal a nova razão do mundo, nos termos desenvolvido por Christian Laval e Pierre Dardot. Em todo o mundo, em nome do crescimento do lucro e da circulação do capital, *desaparecem limites éticos e jurídicos e a democracia torna-se dispensável. A desconsideração dos valores democráticos se tornou uma realidade nos países ricos e nos países pobres.*” (POMPERMAIER, 2017) (sem destaque no original).

De igual maneira Jean-Luc Nancy e de Roberto Espósito são destaques à defesa de que a democracia, na falta de um fundamento último, não deve ser um regime com características estanques, ou, um sistema jurídico organizado único (e bitolado) de julgamento de instituições, daí a justificativa da necessária construção de uma decisão judicial alicerçada em precedentes estrangeiros com análoga origem fática controvertida:

*La vinculación entre democracia y comunidad a través de la falta de un fundamento último es lo que define las afinidades entre la propuesta de Nancy y la de Espósito. Para éste, la democracia - para permanecer como tal - debe estar siempre incompleta; es decir, la democracia es el nombre de su propia imposibilidad de realización final. No es un régimen dado con determinadas características definibles; no es un sistema organizado de instituciones; no es una forma de gobierno; es, por el contrario, la imposibilidad de que se constituya y se entronice todo eso como la democracia. Es en ese sentido que la democracia es inoperante; debe serlo y ese es su mandato, su *inacabada y constante* – pero finalmente imposible – construcción:*

Sólo incompleta la democracia puede permanecer como tal. En este caso no la salva su potenciación sino su renuncia. O un límite, una ausencia de sustancia, de esencia, de valor. En otras palabras, justamente el ser esa forma de técnica que suprime de sí misma toda ambición por representar lo que no puede representar. Y, por tanto, que mantiene vacío el espacio imposible, irrealizable, inoperante - o, con la expresión que prefiero, impolítico - abierto a sus márgenes externos y en sus intersticios internos entre sus 'líneas' []. Democracia es la alteridad que salva la idea de democracia de su integral realización. (Espósito, 1996, p. 42; cursivas en original). (GROPPO, 2011, p. 12-13) (grifei).

Com isso, tendo em vista que o pós-fundacionalismo tem a perspectiva filosófica de constante interrogação crítica, os precedentes judiciais de Corte Constitucional estrangeira, decorrentes de conflitos globais de semelhante origem fática e normativa, devem seguir a interpretação lógica e sistemática nas decisões judiciais internas, no mínimo, como fundamento complementar a ser enfrentado (não obedecido cegamente, dada a soberania do Estado-juiz, mas dentro do livre convencimento motivado) pelo julgador constitucional nacional.

O exame sistemático doutrinário é a seguir apresentado, delineando-se o início da exposição do caso prático paradigma.

2 O USO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS ESTRANGEIROS NA RESOLUÇÃO DE CASOS NACIONAIS À LUZ DO PÓS-FUNDACIONALISMO

Para corroborar a teoria ora defendida, imperativo ilustrar através de um caso prático que, no presente artigo, desenvolvo em face do pós-fundacionalismo. A tese ora proposta é a necessária utilização do Direito interpretado em casos fáticos símiles por Cortes Constitucionais de outros países, pelos magistrados brasileiros,

para se obter um conceito de Justiça “razoável”, aliado à capacidade coercitiva do Estado, respeitado o *rule of law* (MACCORMICK, 2011).

O *hard case* em discussão mundial o qual, em tese, possibilita a inserção dos critérios hermenêuticos da universalidade e da coerência (normativa e fática) desenvolvidos por Neil MacCormick²⁶⁴ (que se limitou ao uso no território jurisdicional nacional de cada Estado), é a interceptação telemática de comunicações digitais dotadas de criptografia ponta a ponta para investigação criminal de delitos cometidos através dos meios digitais²⁶⁵.

É preciso enfatizar que não foram encontrados julgados nas Cortes Superiores brasileiras referências (ou citações) aos termos pós-fundacional(ismo), ou, aos seus autores de renome em temas relacionados a tal tema (v.g. Ernesto Laclau, Chantal Mouffe, Oliver Marchart). Diversamente de referências a Neil MacCormick, pois citado em diversos julgados e, portanto, o indicativo da relevância de manter sua citação em parte da defesa teórica do presente artigo, corroborada a doutrina pós-positivista pelo pensamento pós-fundacional; assim, ora se explora novas ferramentas teóricas para sustentar a tese defendida.

Com a nova técnica decisória aqui defendida, possibilita-se desestabilizar sistemas jurídicos sedimentados, por uma nova proposta de precedentes judiciais estrangeiros fazerem parte necessária das decisões judiciais nos casos difíceis globais faticamente idênticos (ou muito similares), porque a visão pós-fundacional pretende, justamente, propiciar a ideia de uma investigação apta ao desenvolvimento de raciocínio de um novo diagnóstico para o então existente, a partir de outro lugar epistêmico (lembrando a ideia da inexistência de um saber que sustente todos os demais como fundamento último), como nos ensina a doutrina pós-fundacional:

Becoming aware of the full philosophical and political implications of the political difference will help us theoretically and practically to cope with the peculiar fact that society is groundless and still the dimension of ground does not disappear without trace. *It is*

²⁶⁴ “MacCormick oferece um caminho pelo qual o magistrado possa optar, entre várias soluções possíveis, por uma que faça *sentido tanto para o jurisdicionado quanto para o sistema jurídico*. Assim, a justificação de segunda ordem deve passar por critérios de universalidade, consistência, coerência e consequência. A universalidade tem a ver com a possibilidade de um mesmo argumento ser aplicado a situações idênticas. Seu fundamento é a imparcialidade (generalidade). A consistência relaciona-se com o fato de que não deve haver contradição lógica entre as conclusões e outras normas válidas (não contradição). A coerência significa que a solução deve estar em harmonia com o sistema jurídico (regras, princípios e valores). Divide-se em coerência normativa e coerência narrativa. A primeira que significa que as normas somente poderão ser tidas como coerentes se puderem se subsumir a princípios gerais satisfatórios ou pertinentes. É neste diapasão que MacCormick reconhece o relevante papel dos princípios como normas gerais e explicativas do sistema jurídico. A segunda, que diz respeito aos fatos passados (caráter diacrônico). A decisão deve guardar coerência com os fatos narrados. A coerência fática é verificada pela experiência racional, juízos de probabilidade e causalidade. A consequência, ou argumento consequencialista, onde se devem avaliar cuidadosamente os efeitos (consequências) da solução argumentativa, uma vez que atendido o critério da universalidade (ou universabilidade), a solução deverá servir de modelo a casos futuros iguais ou similares. Enfim, a argumentação jurídica se mostra eficaz na medida em que permite ao julgador decidir, nos casos difíceis, com base nos critérios de universalidade, consistência, coerência e consequência. Desta forma, não há espaço para a discricionariedade judicial na teoria de Neil MacCormick.” (SILVA, 2017, p. 8-9) (grifou-se).

²⁶⁵ Tema de pesquisa que realizo no grupo de pesquisa do NEC (Núcleo de Estudos Criminais - UFPR) desde 2019.

true that the metaphysical figures of the past disintegrate, but it is also true that we are compelled to live and engage with their spectres. Postfoundational political thought does not abandon the metaphysical terrain of foundation but seeks to rework and re-define this very terrain politically. Perhaps we have eventually come to the point of reframing the famous Levinasian question as to the fundamental role of ethics, only this time from a political point of view. So, is the political fundamental? Given the insights of post-foundational political thought, as I have tried to present them throughout this investigation, the answer can only be the following: *yes, the political serves as ground as much as it serves as cause and condition of all social being.* Yet, this is a ground that can never be reached and still has the status of a foundation, a cause that does not determine anything and still produces effects of its absence, and a transcendental condition whose emergence is historically conditioned and still assumes supra-historical validity. (MARCHART, 2007, p. 175-176) (sem grifos no original).

A consequência que se pretende é evitar o descrédito da Justiça, atingindo um sentimento de segurança e efetividade, com a necessária motivação judicial acerca de tais precedentes advindos de Cortes de Justiça de países democráticos (MACCORMICK, 2011, p. 326). Aliado a tal base doutrinária, a qual vem sendo aceita como fundamento teórico em diversos julgados de nossa Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, vem como complemento o pensamento pós-fundacional, no sentido de forçar o debate democrático nas motivações judiciais, acrescentando-se eventual tese estanque ou limitada por ideias sequer antes dimensionadas pelos juristas nacionais, outra desenvolvida ou defendida por Cortes judiciais de distintos países, como matéria preliminar ou de mérito no voto de cada julgador.

Esta cultura dos precedentes, mesmo que de nações outras e, com certa perda de soberania absoluta dos Estados ao avanço de uma “cultura de Direitos” em nome de uma sociedade globalizada (MACCORMICK, 2011, p. 338), gera coerência normativa e, ainda, no caso ora defendido, fática, pois incompatível desenrolar do mesmo caso-problema (*hard case*) solução judicial diversa sem ao menos motivar o porquê, contribuindo ao debate por uma completa motivação das decisões judiciais do país julgador (obviamente, como aqui já dito, que pode ser afastada pelo magistrado, dentro de seu livre convencimento motivado) em casos de relevância global. Na mesma linha defende a doutrina:

Apesar da observação acima, de que o Brasil se aproxima em certo sentido da tradição da Common Law, esta afirmação não significa que as demais características do ordenamento jurídico brasileiro serão perdidas ou absorvidas por uma cultura de precedentes. Na verdade, o movimento empreendido pela legislação brasileira acaba por revelar o que muitos outros países da Civil Law já constataram: a ideia de um sistema civilista livre das algemas dos precedentes não passa de uma caricatura. Da mesma forma como os Estados Unidos da América viu-se tentado a aumentar sua produção legislativa – e essa mudança foi recepcionada pelo Direito – os sistemas da Civil

Law também necessitam confiar nos precedentes. Essa postura é imprescindível para qualquer sistema que pretenda aceitar o caráter interpretativo do Direito e, ao mesmo tempo, preservar sua coerência. (KOZICKI; PUGLIESE, 2015, p. 16) (grifou-se).

Fundada nas ideias de Laclau, Chantal Mouffe indica a relevância do pluralismo jurídico à construção democrática das decisões da forma mais ampla possível, contra “os perigos da complacência” e a favor da “multiplicidade de vozes” no debate em vários terrenos, como o jurídico e social:

This privileging of the ‘consensus’ with the different forms that it currently takes in the numerous versions of ‘deliberative democracy’ represents in my view a serious misconception of the nature of democracy. This is why an approach like deconstruction, which reveals the impossibility of establishing a consensus without exclusion is of fundamental importance for grasping what is at stake in democratic politics. Because it warns us against the illusion that Justice could ever be instantiated in the institutions of any society, deconstruction forces us to keep the democratic contestation alive. By pointing to the ineradicability of antagonism, *notions like undecidability and decision are not only fundamental for politics, as Laclau indicates, they also provide the very terrain in which a democratic pluralist politics can be formulated.*

(...)

When we accept that every consensus exists as a temporary result of a provisional hegemony, as a stabilization of power, and that it always entails some form of exclusion, we can begin to envisage democratic politics in a different way. A democratic approach which, thanks to the insights of deconstruction, is able to acknowledge the real nature of its frontiers and recognizes the forms of exclusion that they embody, instead of trying to disguise them under the veil of rationality or morality, *can help us to fight against the dangers of complacency.* Since it is aware of the fact that difference is the condition of possibility of constituting unity and totality at the same time that it provides its essential limits, such an approach can contribute to subverting the everpresent temptation that exists in democratic societies to naturalize their frontiers and essentialize their identities. For that reason, a project of ‘radical and plural democracy’ informed by deconstruction will be more receptive to the *multiplicity of voices* that a pluralist society encompasses and to the complexity of the power structure that this network of differences implies. Indeed, it will be able to understand that *the specificity of modern pluralist democracy resides not in the absence of oppression and violence but in the presence of the institutions that permit these aspects to be limited and contested.* And therefore it will be more likely to ask how those institutions could be multiplied and enhanced. (MOUFFE, 2005, p. 9 e 11) (destaquei).

A globalização, potencializada pelas novas tecnologias de comunicação digital, além de um mundo cada vez mais complexo e inter-relacionado nas diferentes

formas de conhecimento, superlativou o pensamento pós-fundacional: a descrença de um saber ou fundamento único, que sustente todos os outros. Logo, igualmente, corrobora a ideia de uma necessária releitura no campo jurídico quanto à indispensável análise dos precedentes estrangeiros em casos difíceis globalizados.

O pensamento pós-fundacional de ausência de um fundamento último corrobora a tese de que o sistema jurídico, em tais *hard cases* de semelhante origem fática global, pode ser um só, mundial, ainda que de forma relativa a alguns casos concretos ou pontuais, e isso decorre da função do Direito e não da arquitetura do sistema normativo, revisitado pelas premissas pós-fundacionais. As transformações sociais que a tecnologia vem realizando em todo o mundo, ademais, evidencia uma releitura de entendimentos jurisprudenciais de tempos em tempos, como a seguir delineado.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, recentemente (caso *United States v. Jones*²⁶⁶, 2012), inovou quanto ao entendimento que vigia há décadas (1967), diante do avanço da tecnologia na vida privada, acrescentando-se algo novo ao alcance da sua 4ª Emenda²⁶⁷ constitucional: a interpretação mais abrangente ao precedente doutrinário e jurisprudencial anterior do que se pode esperar por “expectativa razoável de privacidade” (o chamado teste de *Katz*)²⁶⁸, diante do acesso quase que integral à vida dos cidadãos americanos ao se ter acesso ao seu *smart phone*. Criou-se, após o caso Jones, a denominada “Teoria do Mosaico”, no intuito de se considerar a soma de informações pontuais privadas obtidas do cidadão como um todo, não de forma isolada, para se verificar, no caso em concreto, se cabível a aplicação dos ditames da 4ª Emenda (motivada decisão judicial para a busca e apreensão como cautelar investigativa criminal).²⁶⁹

Logo, há a demonstração de que a tecnologia aumentou o leque protetivo constitucional a situações antes não tuteladas como de exclusiva atribuição do magistrado; houve mudança emblemática, sem alteração de texto da secular

²⁶⁶ Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10-1259>. Acesso em: 07 jun. 2021.

²⁶⁷ A 4ª Emenda dos Estados Unidos da América (“*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*”) proíbe a busca e apreensão se não houver motivo razoável e mandado judicial baseado em causa provável. O termo “effects”, da redação original 4ª Emenda, significa bens pessoais, o que inclui telefones celulares, computadores, veículos (localização por GPS e leitura de placas, especialmente) e todos os outros artigos de propriedade móvel.

²⁶⁸ Em *Katz v. United States (1967)*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>. Acesso em 07 jun. 2021.

²⁶⁹ De parte da posição da juíza Sotomayor, em *Jones v. United States*, destaca-se: “pode ser necessário reconsiderar a premissa de que um indivíduo não tem nenhuma *expectativa razoável de privacidade* em informações voluntariamente divulgadas a terceiros”, uma abordagem que ela considerava “mal adequada à era digital, na qual as pessoas revelam uma grande quantidade de informações sobre si mesmas para terceiros durante a realização de tarefas mundanas”. Corroborado pela doutrina: “*As opiniões em Jones, assim, abrem a porta para uma Quarta Emenda mais expansiva.*” (SLOBOGIN, 2012, p. 4; tradução livre), dada a aplicação da *Teoria do Mosaico*: agregar dados pessoais de um mês permite que o governo crie um “mosaico” sobre a vida pessoal de um indivíduo que viole a expectativa razoável de privacidade deste; e como consequência, essas opiniões concorrentes podem ter implicações significativas para o escopo da 4ª Emenda em relação às tecnologias atuais e futuras.

Constituição dos Estados Unidos, evidenciando “somente um jogo de linguagem possível entre outros vários” (conforme MOUFFE, 2005, p. 4: “(...) *we have to acknowledge that our democratic and liberal principles define only one possible language game among others.*”).

Desse modo, com o maior alcance da proteção constitucional norte-americana em face do argumento de que uma violação aos arquivos digitais de um cidadão hoje é diferente comparado a alguns anos atrás, levantam-se entraves robustos à investigação criminal perante as novas tecnologias de informação, uma nova leitura de diretrizes constitucionais que merecem ponderação diferenciada do ponto de vista da privacidade e liberdade de expressão em razão do legítimo interesse na eficácia da justiça penal²⁷⁰ pelo Estado e vítima.

E esta revolução no que se entendia por décadas pela doutrina e jurisprudência norte-americana, do que seria uma “expectativa razoável de privacidade” diante das novas tecnologias digitais de comunicação, comprova a tese do pós-fundacionalismo quanto à constante transformação e releitura de conceitos e dogmas, aparentemente, perpétuos ou últimos²⁷¹. De igual forma, destarte, possível a aplicação da tese ora proposta sob o enfoque desse pensamento político, até porque

O progresso técnico é irreversível. A era da comunicação e da informática une todas as regiões do mundo quase instantaneamente. Neste contexto, é importante sublinhar que não se trata de colocar obstáculos às conquistas da ciência e da tecnologia e sim de criar mecanismos institucionais capazes de orientar a racional aplicação social desses avanços. Para que o Estado não se submeta inteiramente à lógica do mercado, os sistemas de controle político e jurídico devem ser reforçados. As contradições do mundo globalizado exigem que se estabeleçam mecanismos regulatórios, em nível internacional, sobre o comportamento do setor financeiro e das empresas cuja atuação precariza o trabalho e prejudica o meio ambiente, deteriorando a qualidade de vida na terra. (SANTOS, 2001, p. 25) (grifou-se).

²⁷⁰ “O limite a que a jurisprudência recorre com maior frequência no âmbito do processo penal é a chamada *capacidade de funcionamento da justiça penal* (Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege). A ideia é derivada do próprio princípio do Estado de Direito, que se extrai da Lei Fundamental por via de uma leitura conjunta dos arts. 1 III, 20 III, 28 I GG. Esse princípio imporia não apenas como uma barreira à persecução penal, como também um dever de realizar a justiça e, portanto, de cuidar para que o crime não permaneça impune. (...) Os métodos de investigação têm de ser concebidos a partir do direito fundamental ao sigilo das comunicações (Fernmeldegeheimnis) e da privacidade da pessoa humana; eles têm de ser limitados por instrumentos processuais de proteção ou por direitos de participação. No que diz respeito ao dever de suportar uma intercepção telefônica, chegou-se, ao que parece, a um resultado satisfatório.” (WOLTER, 2018, p. 49 e 202).

²⁷¹ “If I read poststructuralists such as Foucault, Derrida, and Laclau and Mouffe correctly, they are skeptical about the possibility of identifying these real interests in a substantive way. That is, either the real interests will be so universal and abstract that they will not be able to explain concrete historical cases, or they will be merely attributes of common sense, ones about which we should be historically suspicious insofar as the common sense of one age may not be the same as that of another. (...). Third, if the ideas of distortion and consciousness are abandoned, one can live with the recognition that there is no single way in which to perceive “society” globally and no utopia in which all would describe it univocally.” (HOY, 2004, p. 213).

Há algum tempo a doutrina vem preconizando, aliás, a necessária inovação de novos mecanismos jurídicos para dar conta de um novo sistema jurídico do mundo globalizado, conduta que deve fortalecer a democracia e os direitos fundamentais:

Niklas Luhmann (...) vê o sistema jurídico como, simultaneamente, aberto em termos cognitivo e fechado em termos operativos. Dito de modo singelo: *o direito moderno mantém elevada interdependência com os demais sistemas (p. ex., econômico, político, científico etc.) e é sensível às demandas que lhe são formuladas por esse ambiente (abertura cognitiva); entretanto, só consegue processá-las nos limites inerentes às estruturas, seleções e operações que diferenciam o direito dos demais sistemas (fechamento operativo). Dessa perspectiva, o sistema jurídico é um só, pouco importando se as cadeias normativas são múltiplas, não hierarquizadas, informais ou produzidas em diferentes contextos. Essa unicidade decorre da função do direito, e não da arquitetura do sistema normativo. A globalização demanda novas diferenciações no interior do sistema jurídico, mas não é capaz de corromper sua função.* (CAMPILONGO, 2013, posição 1879) (sem grifos no original).

Feitas essas considerações, parte-se agora para uma análise prática da teoria até aqui exposta.

3 CASO PARADIGMÁTICO PARA APLICAÇÃO NACIONAL DA TESE ORA PROPOSTA: A INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA DE COMUNICAÇÕES DIGITAIS DOTADAS DE CRIPTOGRAFIA PONTA A PONTA E A DEVIDA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL (STF, ADPF 403 E ADI 5527)

O desenvolvimento final específico da proposta teórica do presente artigo visa trazer elementos novos em busca de solução à discussão mundial, sem direção ainda definida, sobre a possibilidade ou não da interceptação telemática em investigação criminal por meio da quebra da criptografia ponta a ponta presente em vários tipos de comunicações digitais, como o *WhatsApp* e o *Telegram*, atingindo bilhões de pessoas por todo o planeta.

O Direito, em destaque Penal e Processual Penal, numa civilização globalizada e diante das novas tecnologias de informação, vem sofrendo mutação importante do ponto de vista da necessária reunião de bases legais e jurisprudenciais de diversos países. Isso porque há o fenômeno de redução da soberania de cada Estado, não somente por força de tratados internacionais, mas por razões práticas em face da crescente influência das grandes empresas de tecnologia na formação da prova apta à investigação criminal (em destaque: econômica, social e política).

As vítimas de crimes cometidos através de meios digitais necessitam cada vez mais não só do Estado para a investigação criminal, mas de empresas de tecnologia (as chamadas *Big Techs*), as quais, nitidamente, lutam de forma ferrenha para manutenção de seus negócios bilionários. Por outro lado, os direitos do investigado e da sociedade como um todo vêm à tona para estancar qualquer tentativa que afete a privacidade e a liberdade de expressão, vista de forma coletiva (social), conquistada através de certos

meios de comunicação e de elevada importância sob o ponto de vista dos direitos e garantias fundamentais.

Em resumo, nos Estados Unidos há um projeto de lei de 2020 – PL S3398 – para responsabilizar civil e criminalmente empresas de tecnologia²⁷² que, utilizando-se da criptografia ponta a ponta, deixam de prestar informações de exploração sexual infantil. Na Alemanha (2017), o Código de Processo Penal foi alterado para permitir a investigação policial de interceptação telemática, mediante prévia autorização judicial, a fim de se quebrar a proteção da criptografia independentemente²⁷³ de qualquer auxílio das empresas de tecnologia digital; ajuizada reclamação em sua Corte Constitucional²⁷⁴ por conta disso. E, no Brasil, a Suprema Corte iniciou o julgamento do

²⁷² “De fato, pressionar os provedores a conduzir tais buscas parece ser o propósito de levantar a proteção contra responsabilidade do provedor. Essa mudança, na verdade, daria aos fornecedores de CSAM um argumento convincente de que a busca do provedor por CSAM é uma busca inconstitucional sem justificativa conduzida por um agente do governo, cujos frutos devem ser suprimidos. Além disso, pelo menos duas leis estaduais impõem responsabilidade criminal aos provedores que não inspecionam o conteúdo compartilhado em suas plataformas em busca de materiais obscenos. O EARN IT Act removeria o escudo de responsabilidade que os provedores agora desfrutam e os coagiria a conduzir em nome do governo as buscas sem mandato que a Quarta Emenda proíbe. Em Illinois, “[uma] pessoa comete obscenidade quando, com conhecimento da natureza ou conteúdo da mesma, ou deixando de exercer uma inspeção razoável que teria revelado a natureza ou conteúdo da mesma”, ela “publica ou disponibiliza qualquer coisa obscena”. E na Carolina do Sul, “Isto é ilegal para qualquer pessoa conscientemente disseminar obscenidade.” Conscientemente é definido como “ter conhecimento geral do conteúdo do material ou desempenho em questão, ou falhar após uma oportunidade razoável de exercer uma inspeção razoável que teria revelado o caráter do material ou desempenho.” Esses estatutos obrigariam os provedores a inspecionar o conteúdo de seus usuários e violariam a Quarta Emenda.” (VALLEE, 2020, tradução livre).

²⁷³ Da seguinte notícia se tem importantes informações, como, a existência de reclamações, mas pendente de julgamento, na Suprema Corte da Alemanha, bem como a existência de tecnologia atual para a interceptação telemática pela polícia alemã, independentemente da cooperação ou obrigação às empresas de tecnologia do fornecimento de chaves ou quebra da criptografia: “O software de monitoramento apropriado, também conhecido como *trojans* de estado, deve ramificar os chats ou chamadas antes de serem criptografados ou depois de serem descriptografados novamente. (...) O BKA desenvolveu um software apropriado para o próprio Quellen-TKÜ. É chamado de software de interceptação de comunicação remota (RCIS). O desenvolvimento custou quase seis milhões de euros. A primeira versão só podia gravar chamadas do Skype e só funcionava em computadores Windows. A segunda versão pode fazer mais. Além disso, a autoridade comprou uma licença para o software FinFisher / FinSpy da empresa germano-britânica Elaman / Gamma em 2013. De acordo com »Welt«, no entanto, a sua utilização só foi permitida desde o início do ano. Para a busca online, o BKA ainda está trabalhando em um desenvolvimento interno. (...) Na emenda ao Ato de Proteção Constitucional, os grupos parlamentares também neutralizaram um pouco uma passagem que preocupou particularmente a indústria. Na verdade, o governo federal queria obrigar os provedores, operadores de aplicativos, serviços de e-mail e outros provedores de telecomunicações a ajudar os serviços de inteligência a distribuir cavalos de Troia do Estado. Apenas os fornecedores de Internet são afetados pela lei ora aprovada, em particular (mas não apenas) “através do apoio ao desvio das telecomunicações” às respectivas autoridades. De acordo com a exposição de motivos da lei, a abolição da criptografia não é explicitamente uma das obrigações da empresa. (...)” (BEUTH, 2021, tradução livre)

²⁷⁴ Denota-se que o avanço tecnológico vem modificando o anseio social alemão por novas respostas legislativas, tal como indica a Suprema Corte e a doutrina norte-americana. Tanto que, a respeito do artigo do Código de Processo Penal alemão que trata de interceptações telefônicas (§ 100a StPO), a doutrina indica 40 alterações legislativas desde 1968, com a mais recente a ora objeto deste artigo, diante da necessidade de medida legal excepcional de infiltração *on line* de métodos de telecomunicação dotados de criptografia. Sobre o tema: GLEIZER; MONTENEGRO; VIANA, 2021, p. 121.

tema quanto à possibilidade, ou não, por ordem judicial, determinar-se às empresas de tecnologia que forneçam chave para acesso a comunicações criptografadas de seus usuários, ou o impedimento do uso de tal tecnologia de informação a fim de se permitir o cumprimento de ordens judiciais de perseguição criminal²⁷⁵.

Para coroar a situação, o Brasil está prestes a introduzir a Convenção de Budapeste²⁷⁶, tratado internacional de cooperação penal e processual penal em tentativa de combate aos crimes cibernéticos, o que, certamente, é mais uma influência na ponderação de princípios constitucionais a fim de se obter efetividade na aplicação deste acordo internacional²⁷⁷. E da Convenção de Budapeste fazem parte, também, Alemanha e Estados Unidos, daí a dificuldade na conciliação de todo o arcabouço jurídico internacional para a efetivação da pretendida cooperação²⁷⁸, e, a relevância da coerência normativa lecionada por Neil MacCormick e da proposta do presente artigo científico quanto à ideia de um sistema jurídico universal com a necessária análise por nossa Suprema Corte do arcabouço jurídico de *hard cases* símiles de outras Nações.

Na esteira do pensamento pós-fundacional, a integração de fundamentos jurídicos expostos por Cortes de máxima instância de outros países democráticos e nos quais se revelam semelhança mínima de seus princípios e garantias constitucionais, sistematizam a idealização do fortalecimento da decisão judicial. A doutrina nacional vem preconizando, de fato, que

(...) a comunicação produzida pelo STF (e por qualquer outro tribunal) pode tanto gerar novo valor informativo dentro do sistema

²⁷⁵ Em síntese, há dois votos favoráveis (cada um em duas ações distintas, mas que estão sendo julgadas em conjunto: ADPF 403, rel. Min. Edson Fachin, e ADI 5527, de relatoria da Min. Rosa Weber) pela manutenção da criptografia ponta a ponta sem determinação obrigatória de fornecimento de senhas de *backdoor* ou chaves de segurança pelas empresas responsáveis, mesmo diante de ordem judicial para investigação de crimes, e ainda que nos termos da Lei 9.296/96. Atualmente, com vistas dos processos acima referidos o Min. Alexandre de Moraes.

²⁷⁶ A internalização para sistematizar o tema “crimes cibernéticos e o direito processual penal”, com normatização específica como a cooperação internacional entre Estados, *v.g.* a interceptação telefônica, telemática e a busca e apreensão, evidencia sua elevada importância, tanto é que, tratando disso, já existe a Convenção de Budapeste, tratado internacional de direito penal e processual penal firmado no Conselho da Europa para definir tais crimes e as formas de perseguição penal, inclusive de comunicações de fluxo de dados pela *internet*, do qual o Brasil está em vias de ser signatário.

²⁷⁷ A Convenção de Budapeste, atualmente, resta aderida por 62 Estados Partes, com 10 países observadores, incluindo os Estados Unidos, a Rússia e alguns países da América Latina; disciplina o direito penal e processual penal, relativamente aos crimes cometidos por meios digitais, nos seus arts. 2º a 11, sem prejuízo da lei interna de cada Estado Parte, além das regras para obtenção da prova digital, na forma de seu art. 14, item 2: “a) Às infrações penais em conformidade com o disposto nos artigos 2º a 11º da presente Convenção; b) A outras infrações penais cometidas por meio de um sistema informático; e c) À recolha de prova em suporte electrónico provas electrónicas de qualquer infracção penal.” Importante ressaltar especial disciplina no Título 5 da Convenção, quanto à “Recolha em tempo real de dados informáticos” (arts. 20 e 21).” (MPF, 2001).

²⁷⁸ “Veja-se que dentre as “tendências mais preocupantes deste debate é o caráter estritamente doméstico da implementação das regulações, quando formalizadas. Ainda que diversos países estejam debatendo concomitantemente as mesmas questões apresentadas, as soluções apresentadas tomam a forma de políticas nacionais de regulação, sem a preocupação de possíveis efeitos que podem gerar além das fronteiras jurisdicionais do Estado regulador, impactando em outras regulações nacionais e na integridade do sistema criptográfico em nível global.” (DONEDA; MACHADO, 2020, posições 2441 e 2451) (destaquei).

jurídico, como *também pode circular para além dele*. Portanto, o papel desempenhado pelo tribunal deve ser compreendido à luz da complexidade dos processos da sociedade mundial e a partir de uma constelação de outros tribunais que o circunda. (BARROS, 2018, p. 333) (destaquei).

Esta circulação do precedente de uma Corte Constitucional não pode se limitar ao território nacional. A hipótese do presente estudo, destarte, é um passo a mais e atualizador da doutrina de MacCormick, pois seus argumentos são delimitados à cogência normativa dentro do território nacional. As suas lições são importantes e nelas também se escora este artigo, no qual defende a necessidade de uma integração argumentativa nos entendimentos de diversas Cortes constitucionais. O pós-positivismo e a tese ora proposta compactuam com o pensamento político pós-fundacional, ou seja, o constante debate aberto, ausente o fundamento último como norte hermenêutico para se galgar escalada evolutiva na ciência jurídica, por conseguinte.

Como bem sintetiza a doutrina, há no pós-positivismo um processo evolutivo desde o século XIX, devendo o intérprete da lei exercer, no quanto possível for, uma leitura sistemática, plena, de acordo com os princípios constitucionais democráticos de um Estado de Direito, sem olvidar da sua repercussão prática. Daí a relevância dos precedentes jurisprudenciais, inclusive de repercussão internacional de decisões proferidas por Cortes de outros países sobre fatos de extensão globalizada, o que se defende neste artigo científico.

Extrai-se da doutrina:

Em tempos de democracia, a legislação construída na esfera pública deve receber a *aplicação plena* do intérprete. É desejável que, no Estado Democrático de Direito, a legalidade seja cumprida (...). Portanto, cumprir a lei, não quer dizer “positivismo”, necessariamente. Tampouco descumprir a lei quer dizer “pós-positivismo” ou “não-positivismo”. Obedecer aos limites e as dimensões textuais da legislação democraticamente construída (ou constitucionalmente recepcionada) de maneira alguma pode ser equivalente ao positivismo clássico-legalista. Também não significa automática adesão a uma forma de positivismo pós-hartiano. Há que se compreender que hoje estamos sob o império de uma legalidade constituída a partir dos princípios constitucionais que marcam a história institucional do Direito desde seu núcleo basilar. Isso significa que “cumprir a letra da lei” nos marcos de um regime democrático, na grande maioria dos casos passa a ser um avanço considerável. Até porque, de outro modo, *descolando completamente a interpretação do texto da atribuição de sentido normativo que o intérprete desenvolve, já sabemos quais serão as consequências práticas*.

[...]

Decidir é agir com responsabilidade política. Responsabilidade de meio (não de resultado), de construir a resposta correta a partir da melhor interpretação possível do material jurídico básico (leis, códigos, precedentes etc.) e dos princípios que conformam esse

empreendimento coletivo (que remetem, por sua vez, a dimensões da dignidade humana). É uma questão de postura, pois, de atitude, diante de um *problema jurídico (e não só moral e não só político e não só econômico)*. *Responsabilidade de aplicar o Direito corretamente*. Uma questão de princípios: garantir os direitos de quem efetivamente os possui. (STRECK, 2017, p. 221 e 268) (sem grifos no original).

Vê-se, portanto, que

a desconstrução da perspectiva fundacionalista e a abertura para uma contingência de fundamentos, precários e parciais, possibilita uma nova dimensão epistemológica capaz de propiciar a produção de conhecimento a partir de um espaço de dissolução das certezas, de múltiplas possibilidades, introduzindo uma nova percepção aos estudos das ciências sociais e humanas. (GRAEFF, 2019, p. 18).

O exemplo fático comum nos Estados Unidos, Alemanha e Brasil, quanto ao caso da interceptação telemática para a investigação criminal de crimes graves pela quebra, de alguma forma, da criptografia ponta a ponta entre usuários de comunicações digitais, não podem ser independentes, por ausência de coerência fática e normativa, pelo silêncio do julgador na análise de suas decisões quanto aos argumentos esposados nas Cortes desses países. Além da óbvia incoerência normativa por eventual omissão, sabendo-se da leitura da doutrina e jurisprudência semelhantes nestas Nações, na motivação judicial deve, ao menos, o julgador se debruçar sobre as consequências práticas de tais decisões, e, o universalismo desencadeador destas. Sem retirar a soberania do direito interno, ou, a autonomia do Poder Judiciário (não é isso que se defende), deve imperar um mínimo cuidado em tal linha argumentativa, sob pena de ser infiel à realidade. Como podemos ter uma decisão de uma forma, enquanto outros países de outra, sem qualquer motivação do porquê? Não podemos, e Antônio Manuel Hespanha segue a mesma linha de raciocínio ao aduzir que

(...) o direito é um fenômeno mutável nas suas fronteiras, plural nas suas fontes de criação e revelação, complexo na sua lógica interna, não consistente nem harmônico nos seus conteúdos, e, finalmente, nada afeito a um saber que retenda certezas e formulações seguras e não opináveis. Em suma, trabalhar com o direito exige que se assumam que ele é algo de 'local', de plural, de equívoco, sujeito às controvérsias ('opinável', 'argumentável') e ao convívio e a disputa de outras ordens normativas. (HESPANHA, 2013, p. 19) (destaquei).

Parece até mesmo irracional não seguir, motivar, debater, como fundamento adicional ao enriquecimento democrático e do pluralismo jurídico, eventual precedente judicial de outra Nação, dada a unidade fática da situação problema judicializada. E tal conduta do magistrado será, então, fiel ao princípio da persuasão racional²⁷⁹,

²⁷⁹ Importante mencionar que, no Brasil, já temos um norte para fundamentar essa conduta na motivação

e, ao mesmo tempo, aos pensamentos expostos relativos ao pós-positivismo e ao pós-fundacionalismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal deste artigo científico foi o de buscar respostas para legitimar a ideia do julgamento, pelo Judiciário nacional, de *hard cases* de igual ou semelhante origem fática-normativa global a partir da necessária análise de precedentes das Supremas Cortes de outras Nações. Para tanto, utilizou-se dos alicerces do pensamento político do pós-fundacionalismo, propondo a criação de uma nova técnica de julgamento, junto a dois critérios hermenêuticos do pós-positivismo: o universalismo e a coerência.

Como alicerce à tese defendida, houve a necessidade de ponderações que também circundam os temas da globalização, do pluralismo jurídico e da democracia, para se comprovar ser possível e permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro utilizar tal regra de julgamento como mais uma técnica de motivação necessária e útil à decisão de tais casos de repercussão universal, por interpretação lógica e sistemática que ultrapassam as fronteiras do país julgador.

Portanto, a partir de caso prático em discussão atual por todo o planeta, a interceptação telemática em comunicações digitais protegidas pela criptografia ponta a ponta em investigações criminais, concluiu-se ser possível transpassar o pensamento estanque de que o julgamento da Suprema Corte nacional pode ser dado como fundamento último por si só, sem considerar o arcabouço que se traz de outras Nações democráticas, em direção a um fundamento plural, logo, dentro da ideia principal do pós-fundacionalismo. Propôs-se sua análise não de forma vinculativa aos julgados, mas como complemento em matéria preliminar, ou, no próprio mérito do voto do julgador.

Tal construção de um novo modelo interpretativo e de aplicação do Direito, certamente, será mais imparcial (universal) e coerente em comparação ao modelo atual, resultando num sistema jurídico igualmente globalizado, e por conseguinte, dotado de mais ampla credibilidade e integração social, além de necessário à luz de um novo período tecnológico, que superlativou a integração mundial nas mais diversas ordens (social, política, econômica), incluindo a jurídica.

O pós-fundacionalismo, preconizando a defesa da ausência de um fundamento único ou último para todas as respostas, com ideias não pré-determinadas, trouxe robustez à tese defendida neste artigo científico quanto a um sistema jurídico global, de valorização do pluralismo jurídico, redimensionando práticas democráticas.

judicial. Nos termos do art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 12.376/10), as “leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”, respeitando-se, assim, nossa soberania judicial, sem esquecer de sua relevância como autoridade argumentativa a que o julgador deve se debruçar. Outrossim, nos termos do seu art. 20, tem-se que na esfera “judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, algo a se avaliar como decisão plural, de repercussão mundial, se incoerente aos demais sistemas e julgamentos correlatos ao caso em concreto.

Desse modo, é possível ultrapassar o pensamento bitolado de que o julgamento da Suprema Corte de um país pode ser dado como fundamento último por si só considerado, ao se concretizar a técnica de decisão judicial ora defendida, legitimando-a através de um olhar mais democrático, amplo e imparcial. Com isso, haverá efetividade prática na decisão final, e, conseqüentemente, uma maior credibilidade, um sentimento de Justiça, de segurança jurídica no julgamento (não só no âmbito nacional, mas também para relações com outros países), algo tão valioso em época de extrema polarização política e que está se perdendo, perigosamente, a cada dia.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Martins Fontes: São Paulo, 2015.
- ALEMANHA. Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens. Bundesgesetzblatt Teil I, Bonn, n. 58, ago. 2017. Disponível em: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27I_2017_58_inhaltsverz%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s3202.pdf%27%5D__1529934677611. Acesso em: 9 jun. 2021.
- BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Tribunais, complexidade e decisão: o argumento consequencialista no direito brasileiro. Tese de Doutorado (USP). 2018. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-30102020-152804/publico/6476260_Tese_Parcial.pdf. Acesso em: 18 ago. 2021.
- BEUTH, Patrick. Bundestag genehmigt Staatstrojaner für alle. 2021 Disponível em: <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/bundestag-genehmigt-staatstrojaner-fuer-alle-a-d01006d4-a530-41c9-ad69-21a3990acfa8>. Acesso em: 17 jun. 2021.
- BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 07 ago. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 403. Relator: Min. Edson Fachin. PROCESSO ELETRÔNICO. Brasília, 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5527. Relatora: Min. Rosa Weber. PROCESSO ELETRÔNICO. Brasília, 2020.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.
- DONEDA, Danilo; MACHADO, Diego (org.). *A criptografia no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, RB-3.1. E-book.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Congresso Nacional. Projeto de Lei: S.3398 – EARN IT Act of 2020. 2019-2020. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/3398/text>. Acesso em: 11 set. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. Katz v. United States (1967). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/>. Acesso em: 07 jun. 2021.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. United States v. Jones (2012). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/10-1259>. Acesso em: 30 ago. 2021.
- GLEIZER, Orlandino; Montenegro, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.
- GRAEFF, Caroline Bianca; NASCIMENTO, Kamila; MARQUES, Marcelo de Souza. *A Crítica Pós-fundacionalista: um debate em construção*. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/NORUS/article/view/17061>. Acesso em: 26 jul. 2021.
- GROPPO, Alejandro. Tres versiones contemporáneas de la comunidad. Hacia una teoría política post-fundacionalista. Disponível em: <http://www.rfytp.fahce.unlp.edu.ar/>. Acesso em: 12 ago. 2021.
- HESPANHA, Antônio Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático*. São Paulo: Annablume, 2013
- HOY, David Couzens. *Critical Resistance: From Poststructuralism to Post-Critique*. Disponível em: <https://voidnetwork.gr/wp-content/uploads/2016/09/Critical-Resistance-by-Hoy-D.C.-.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2021.
- IPAR, Maria Cecília. *Pensando em um horizonte epistemológico pósfundacional: a contribuição da teoria política de Ernesto Laclau*. Disponível em: <https://sdpscp.fflch.usp.br/sites/sdpscp.fflch.usp.br/files/inline-files/1632-2126-1-PB.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2021.
- KOZICKI, Katya; PUGLIESE, William Soares. *Uma era de common law para o Brasil?* In: Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política (2.: 2015: Belo Horizonte, MG). In: Precedentes judiciais, judicialização da política e ativismo judicial/organizadores: Thomas Bustamante, José Adércio Leite Sampaio, Marcelo Kokke, Igor de Carvalho Enríquez. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.
- LELO, Thales; MARQUES, Ângela Cristina Salgueiro. *Democracia e pós-democracia no pensamento político de Jacques Rancière a partir das noções de igualdade, ética e dissenso*. Rev. Bras. Ciênc. Polít. [online]. 2014, n.15, pp.349-374. ISSN 0103-3352. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-33522014000300349&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 28 abr. 2021.
- MACCORMICK, Neil. *Instituciones del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- MARCHART, Oliver. *Founding Post-foundationalism: A Political Ontology*. In: MARCHART, Oliver.

- Post-foundational Political Thought: political difference in Nancy, Lefort, Badiou and Laclau. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2007.
- MENDONÇA, Daniel de. O limite da normatividade na teoria política de Ernesto Laclau. Disponível em: <https://www.scielo.br/jj/ln/a/B36tLYVLnzjVNYCXq96w9J/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21 ago. 2021.
- MOUFFE, Chantal. Deconstruction, Pragmatism and the Politics of Democracy. In: MOUFFE, C. (Org.). Deconstruction and Pragmatism. Taylor & Francis e-Library, 2005.
- MPF. Convenção sobre o cibercrime. 2001. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs_legislacao/convencao_cibercrime.pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.
- POMPERMAIER, Paulo Henrique. Pós-democracia instalou-se ‘docilmente’ no Brasil, diz jurista. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/rubens-casara-estado-pos-democratico/>. Acesso em: 28 abr. 2021.
- RODRIGUEZ CASTILLO, Luis. RESEÑA. Marchart, Oliver, 2009, El pensamiento político posfundacional. La diferencia política, en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau, Marta Delfina Álvarez (tr.), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica de Argentina, 257 pp. ISBN: 978-950-557-781-1. Revista Pueblos y Fronteras Digital, v. 11, núm. 21, junio-noviembre, 2016, pp. 214-219. Universidad Nacional Autónoma de México. Distrito Federal, México. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/906/90645701010.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- SANTOS, Tania Steren dos. Globalização e exclusão: a dialética da mundialização do capital. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/soc/a/3ZxzcsL7YLskmzn8yLFyCDy/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 17 ago. 2021.
- SILVA, Neimar Roberto de Souza e. Direito e argumentação jurídica em Neil Maccormick. *Revista Saber Digital*. p. 171-180, 2017. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/download/198/163/+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 23 jul. 2021.
- SOBOGIN, Christopher. Making the Most of United States v. Jones in a Surveillance Society: A Statutory Implementation of Mosaic Theory. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/djclpp/vol8/iss1/>. Acesso em: 07 jun. 2021.
- STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017.
- VALLEE, Hannah Quay-de la; AZARMI, Mana. The New EARN IT Act Still Threatens Encryption and Child Exploitation Prosecutions. Disponível em: <https://cdt.org/insights/the-new-earn-it-act-still-threatens-encryption-and-child-exploitation-prosecutions/>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- WOLTER, Jürgen. O inviolável e o intocável no direito processual penal – Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Organização, introdução e tradução Luís Greco; tradução Alaor Leite, Eduardo Viana. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

UTILIZAÇÃO DE DADOS NOS INQUÉRITOS POLICIAIS: UMA ANÁLISE DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO MITIGADOS NA FASE DA INVESTIGAÇÃO

Eduardo Ressetti Pinheiro Marques Vianna²⁸⁰,

Regina Martinello Lins Pinheiro Vianna²⁸¹

1 O INQUÉRITO POLICIAL E A INTERCEPTAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS

Diante da ocorrência de um delito, o primeiro passo é a abertura de um inquérito policial afim de investigar o fato, identificar eventuais suspeitos e solucionar dúvidas que envolvam as circunstâncias do ocorrido. De acordo com Leonardo Marcondes Machado, trata-se de um:

“(...) procedimento cognitivo, iniciado e vinculado a certa notícia-crime, conduzido por órgão de polícia judiciária investigativa, sob a presidência do delegado de polícia, que se destina à apuração, em nível indiciário, de suposto fato (passado) aparentemente delitivo, com o objetivo de legitimar a deflagração (ou não) da ação processual penal.” (2020, p. 17)

O inquérito tem extrema importância para a decisão judicial final, pois é um filtro democrático da investigação preliminar, cujos elementos informativos serão fundamentais à conclusão do titular da ação processual penal. (MACHADO, 2020, p. 18)

Para Marta Saad, trata-se de um procedimento e não um processo, considerando que deve:

“(...) ostentar perfeição lógica e formal, visto que determinadas formalidades, em especial do autor de prisão em flagrante delito, devem ser obedecidas, a fim de salvaguardar os direitos e garantias individuais. (...) O procedimento do inquérito policial, por sua natureza, é e precisa ser flexível. Não obedece a uma ordem determinada, rígida, de esquema rígido ou flexível.” (2004, p. 246 e 247)

Assim, está-se diante de um procedimento informativo, pois busca informações para embasar teorias quanto ao fato supostamente delitivo:

“A produção de conhecimento no inquérito policial, por se tratar de um procedimento contraditório mitigado e defensivo limitado, destina-se ordinariamente à verificação da justa causa processual, por consequência à deflagração ou não da ação penal.” (MACHADO, 2020, p. 26)

²⁸⁰ Pós-graduado e especialista em Direito Tributário pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Graduado pela Universidade de Curitiba, Juiz de Direito da Comarca de Francisco Beltrão/PR, endereço, E-mail: erpm@tjpr.jus.br.

²⁸¹ Pós-graduada em Direito Previdenciário pelo CERS – Complexo de Ensino Renato Saraiva, Graduada pelo Instituto Federal do Paraná, Advogada, E-mail: reginamglins@outlook.com.

No decorrer das investigações, podem ser necessárias quebras de sigilos dos investigados, afim de elucidação quanto ao delito cometido. Assim, a interceptação de conversas telefônicas tem cada vez mais conquistado espaço como prova principal nos processos de cunho criminal.

A interceptação telefônica é um instrumento necessário e importante para o combate da criminalidade, previsto na Constituição Federal (art. 5º, inciso XII), sendo um caso típico de “reserva legal qualificada, na qual a autorização para intervenção legal está submetida à condição de destinar-se à investigação criminal ou à instrução processual-penal.” (MENDES e BRANCO, 2020, p. 798)

De acordo com Ada Pellegrini Grinover:

“Entende-se por *interceptação* a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Se o meio utilizado for o “grameamento” do telefone, tem-se a *interceptação telefônica*; se se tratar de captação de conversa por um gravador colocado por um terceiro, tem-se a *interceptação entre presentes*, também chamada de *interceptação ambiental*” (2011, p. 166)

O procedimento de interceptação telefônica normalmente ocorre no curso de um inquérito policial, ou no bojo de outros procedimentos de investigação criminal, antes, portanto, do início da ação penal.

Após a Lei 9.296/96 tratar especificamente das interceptações telefônicas, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar a prova obtida por tal meio como lícita, sendo ilícita em dois casos: a) quando deficiente a fundamentação da decisão judicial que a autorizou, pois a Lei 9.296/96 prescreve que a decisão judicial que defere o pedido de interceptação telefônica deve ser fundamentada e indicar a forma de execução da diligência (art. 5º); b) e quando a gravação for executada por terceiro sem conhecimento de um dos interlocutores. (MENDES MENDES e BRANCO, 2020, p. 798-799)

A Lei 9.296/96 discorre que a interceptação telefônica e o fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática dependerão de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça, e não serão admitidas quando ocorrerem as seguintes hipóteses: I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Sobre esse tema, o Ministro Gilmar Mendes expõe que:

“(…) não se pode negar que o art. 2º da Lei n. 9.296/96 traduz a necessidade de que a admissibilidade da interceptação telefônica seja precedida do exame de proporcionalidade da medida, que deverá ser (1) adequada para os fins a que se propõe, devendo haver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (inciso I); (2) necessária, de forma que a prova não possa ser realizada por outros meios disponíveis menos gravosos (inciso II); (3) sendo que o fato investigado deve constituir crime de especial

gravidade, de modo que justifique, na devida proporção, a utilização da medida constritiva de direitos fundamentais do investigado, em prol da realização de outros valores constitucionais (inciso III).” (2020, p. 800)

Portanto, a decisão judicial que defere a interceptação telefônica, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, deve ser devidamente fundamentada, indicando a forma de execução da atividade, que não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, podendo ser prorrogada por igual período se comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Importante destacar que a interceptação telefônica como prova criminal pode ser obtida de duas formas. A primeira, quando a autoridade policial grava as conversas entre os suspeitos. Posteriormente, é feita a degravação dos áudios que a autoridade policial entende serem os mais importantes para o caso e esse documento é anexado ao inquérito policial.

A segunda forma, no caso de a autoridade policial não possuir meios de gravar a conversa, consiste em os agentes policiais ouvirem a interceptação e a transcrição do que entendido como mais relevante para o caso. Os agentes policiais têm fé pública, sendo posteriormente ouvidos como testemunhas de acusação do caso perante o juízo competente.

De acordo com a Lei n. 9.296/96, todo este procedimento deve ocorrer durante a investigação, não podendo ser nos mesmos autos do inquérito policial; deve ocorrer em autos apartados para garantir o sigilo e sucesso da interceptação. Quando finalizada a interceptação, a autoridade policial anexa ao inquérito a degravação das conversas obtidas, para que a defesa do acusado possa exercer o direito a defesa.

Sobre a privacidade e o sigilo de dados, a Constituição Federal traz em seu artigo 5º, inciso XII, a inviolabilidade das correspondências e das comunicações telegráficas e de dados. Foi objeto do STF a seguinte discussão: este sigilo mencionado na letra da Carta Magna diz respeito à inviolabilidade dos dados eventualmente depositados em um repositório qualquer ou apenas à comunicação de danos?

Sobre o assunto, o Ministro Gilmar Mendes afirma que:

“O tema foi suscitado novamente no RE 418.416/SC, quando, então, o Tribunal acabou por consagrar, em sua jurisprudência, a orientação no sentido de que a utilização de dados armazenados em computador não configura violação ao disposto no art. 5º, XII, no que concerne à proteção de comunicação de dados, desde que a apreensão da base física na qual os dados se encontram decorra de prévia ordem judicial. Considerou a Corte que a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da “comunicação de dados” e não dos dados em si mesmos considerados. (...) Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve ‘quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial’. A proteção

a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição é da comunicação ‘de dados’ e não dos ‘dados em si mesmos’, ainda quando armazenados em computador (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Min. Néri da Silveira – RTJ 179/225, 270).” (2020, p. 809)

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal asseverou que não se pode interpretar a cláusula do art. 5º, inciso XII, da CF, no sentido da proteção aos dados enquanto registro, considerando que a proteção constitucional é da comunicação de dados e não os dados em si. Entretanto, a proteção aos dados decorre da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X). É possível extrair-se da Constituição Federal um verdadeiro direito fundamental à proteção de dados pessoais, mesmo sem a previsão expressa na Constituição. (MENDES MENDES e BRANCO, 2020, p. 809 e 810)

2 O CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LV, explana que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

O princípio do contraditório é “o direito a ciência (ou conhecimento) do procedimento em curso, seus atos e elementos informativos, bem como o direito a participação no seu desenvolvimento e interferência (ou influência) na conclusão.” (MACHADO, 2020, p. 28)

Já a ampla defesa pode ser definida em duas dimensões, quais sejam:

“(…) pessoal (autodefesa) e técnica (advogado), sendo que a primeira, ainda, compõe-se dos direitos de entrevista e oitiva pessoal, além de postulação própria (sem assistência de advogado) à autoridade responsável (ou competente).” (MACHADO, 2020, p. 29)

De acordo com a doutrina, o contraditório e a ampla defesa são direitos limitados nessa fase de investigação. Neste sentido:

“Entende-se a interceptação telefônica como prova de natureza cautelar, diante do risco de se perderem os elementos probatórios em decorrência do transcurso do tempo, e nesse caso, o contraditório é diferido, pelo fato de ser o exercício desta garantia realizado após a colheita da prova.” (JOAQUIM e SEGALLA, 2012, p. 314)

Sobre o tema em questão, a Corte Maior em 2015 decidiu no seguinte sentido: “O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório.” (STF – Segunda Turma – Inq 3387 AgR/CE – Rel. Min. Dias Toffoli – j. em 15.12.2015 – Dje 036 de 25.02.2016)

Todavia, em 2019 o Ministro Gilmar Mendes deliberou afirmando que cabe contraditório e ampla defesa no inquérito policial, sem comprometer, de modo algum, o caráter inquisitório da fase investigativa preliminar, sendo “em conformidade com

as funções e limitações cognitivas de cada fase da persecução penal.” (STF – Segunda Turma – PET 7612/DF – Voto Min. Gilmar Mendes – j. em 12.03.2019 – Dje 037 de 19.02.2020.)

Sobre o acesso do advogado de defesa às provas obtidas no inquérito, aquela mesma Corte definiu a Súmula Vinculante nº 14:

“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Em 2019, ao apreciar a Reclamação nº 32.722, tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes, proclamou-se a procedência para “assegurar à defesa o acesso aos arquivos originais das interceptações telemáticas, consoante fornecido pela operadora BlackBerry”, por violação à Súmula Vinculante 14. Segundo o relator, o caso estabelecia uma situação de dúvida, embasada em elementos concretos (depoimentos de policiais responsáveis pelos atos), sobre a confiabilidade dos dados apresentados pela autoridade investigatória em relação às comunicações interceptadas, “a incerteza sobre a fidedignidade das investigações impõe a adoção de medidas para proteção da cadeia de custódia das informações.” (MENDES e BRANCO, 2020, p. 807)

A aquisição de fontes de prova deve consistir em preservar a idoneidade de todo o trabalho, pois este deve ser realizado sigilosamente, em um ambiente de reserva que, se não for respeitado, compromete o conjunto de informações que eventualmente venham a ser obtidas dessa forma. Assim,

“(…) a preservação de cada uma das etapas da operação que realizou a interceptação das comunicações de um cidadão (cadeia de custódia) é a única maneira de assegurar a integridade do procedimento probatório, permitindo que a defesa rastreie e conheça as fontes de prova.” (MENDES e BRANCO, 2020, p. 808)

Nesse sentido, o acesso irrestrito aos processos judiciais aplica-se também aos inquéritos policiais e outras formas de investigação, considerando o direito de qualquer advogado de verificar os autos e o direito de qualquer cidadão de saber da existência de investigação contra si. Todavia, a doutrina afirma que existem procedimentos cautelares de quebra de sigilo, como a interceptação telefônica, que não podem ser comunicados a parte ou a ela demonstrados enquanto durem as investigações, sob pena de perda de sentido da própria investigação.

O Ministro Gilmar Mendes destaca que:

“Quando se tratar de acesso aos autos de escutas telefônicas legalmente autorizadas, concluída a interceptação, os autos em que se formalizar o respectivo procedimento serão colocados à disposição do investigado para o regular exercício de defesa. Este acesso irrestrito aos autos, quando já finalizadas as diligências, significa não apenas o acesso a tudo aquilo que fora degradado pela

Autoridade Policial, mas também a tudo o que fora gravado durante o prazo de escuta telefônica.” (2020, p. 625)

Não se discute o sigilo das interceptações telefônicas no curso das investigações, por uma questão lógica de sucesso da operação. Todavia, “após a atuação, não pode haver sigilo para as partes, e muito menos para a defesa. Não há lugar para prova secreta no processo acusatório e todo cuidado é pouco quando se trata de interpretar as novas normas sobre sigilo cunhadas recentemente pelo legislador brasileiro.” (GRINOVER, 2011, p. 182)

Quanto à transcrição integral das conversas interceptadas, o Supremo Tribunal Federal em 2014 decidiu que não há necessidade de tal diligência, desde que possibilitado ao investigado o pleno acesso a todas as conversas captadas, assim como disponibilizada a totalidade do material que, direta e indiretamente, àquele se refira, sem prejuízo do poder do magistrado em determinar a transcrição da integralidade ou de partes do áudio (Inq 3693/PA, rel. Min. Cármen Lúcia, 10.4.2014. (Inq-3693)).

Assim, para que o contraditório diferido seja plenamente exercido pelas partes, no caso de quebra de sigilo telefônico na investigação, as conversas telefônicas interceptadas e gravadas devem ser integralmente transcritas, cumprindo-se o disposto no art. 6º, § 1º, da Lei 9.296/96. Desta forma, a prova cautelarmente obtida poderá servir de base para a formação da convicção do juiz ao prolatar a sentença.

3 UM NOVO OLHAR SOBRE O INQUÉRITO POLICIAL

O caráter inquisitorial absoluto do inquérito policial, pelo qual autoridade policial e titular da ação penal monopolizavam os atos e passos do procedimento, sem qualquer possibilidade de influência pela defesa acerca, no mínimo, da verificação de legalidade, não mais prospera.

Em que pese aceitar-se o aspecto inquisitorial, sua mitigação quanto à inacessibilidade é uma realidade, positiva e necessária para a proteção dos direitos do acusado, prestigiando-se contraditório e ampla defesa.

Em regra, assim que realizada a diligência sob o manto do sigilo, exclusivamente para garantir o sucesso da obtenção de determinada prova que, se tornada acessível em momento anterior, poderia ser comprometida (tal aspecto devidamente demonstrado e fundamentado), o acesso à defesa deve ser garantido de forma ampla e irrestrita, para que seja possível a plenitude de sua atuação. A referida conclusão está estampada na Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal.

Dois pontos devem ser ressaltados neste momento para justificar este novo vértice do procedimento inquisitorial.

O primeiro deles, dá-se no sentido de que após a obtenção do meio de objeto da prova, a sua extração, isto é, o acesso à prova em si, deve obrigatoriamente ser acompanhada e franqueada à defesa. A Corte Cidadã, seguindo o firme posicionamento já demonstrado do Supremo Tribunal Federal, no RHC n. 114683, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, reconheceu a necessidade de, em sede de obtenção de dados, franquear-se à defesa de forma irrestrita o seu conteúdo e modo de obtenção dos dados:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO APAGÃO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. FRAUDE À LICITAÇÃO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DILIGÊNCIAS DE BUSCA E APREENSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NEGATIVA DE ACESSO À TOTALIDADE DOS MATERIAIS LOCALIZADOS. NULIDADE CONFIGURADA. RECURSO PROVIDO.

1. Nos casos em que é autorizada a realização de busca e apreensão, apesar de o relatório confeccionado sobre o resultado da diligência ficar adstrito aos elementos relacionados com os fatos sob apuração, deve ser assegurado à defesa acesso à íntegra dos dados obtidos no cumprimento do mandado judicial. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior.

2. Na espécie, vê-se que, embora a diligência de busca e apreensão haja sido autorizada e cumprida antes do recebimento da denúncia, com apresentação de relatório pela autoridade policial, foi confeccionado outro relatório pelo Ministério Público, juntado aos autos depois do início da colheita da prova, com conteúdo diverso daquele formalizado pela polícia.

3. Boa parte do conteúdo que foi analisado em razão da busca e apreensão autorizada antes do recebimento da denúncia só foi levado a conhecimento do Juízo natural da causa e da defesa dos acusados muito depois de iniciada a instrução processual, visto que a primeira audiência ocorreu quase nove meses antes da juntada aos autos do laudo pericial confeccionado pela área técnica do Ministério Público estadual.

4. Conquanto as decisões proferidas pelas instâncias ordinárias tenham considerado que a totalidade dos elementos constantes das mídias eletrônicas apreendidas, que interessavam à persecução criminal, fora inserida nos relatórios confeccionados pela autoridade policial e pelo Ministério Público e juntadas aos autos da ação penal objeto deste recurso, a própria manifestação ministerial indubitavelmente denota que não se concedeu aos advogados do recorrente a possibilidade de analisarem a totalidade (e integridade) dos conteúdos obtidos nos materiais apreendidos para verificar a existência de outros eventuais dados que fossem relevantes à tese de defesa do acusado.

5. Iniciada a ação penal, com o oferecimento da denúncia, cumpria ao Ministério Público “abrir” para a defesa todo o material objeto dos diversos mandados de busca e apreensão judicialmente autorizados (computadores, tablets, cartões de memória, pen-drives, telefones celulares, mídias diversas, documentos, etc.), aos quais a defesa não tivera acesso até então.

6. O comportamento do titular da ação penal, com o respaldo judicial, de privar a defesa do acesso à integralidade dos elementos probatórios relativos à imputação, compromete a idoneidade do processo –como espaço civilizado, ético e paritário de solução de uma controvérsia penal –e afeta, significativamente, a capacidade defensiva de, no momento oportuno, refutar a acusação e produzir contraprova.

7. Não se pode deferir ao órgão que acusa a escolha do material a ser disponibilizado ao réu e a dar lastro à imputação, como se a ele pertencesse a prova. Na verdade, as fontes e o resultado da prova

são de interesse comum de ambas as partes e do juiz (princípio da comunhão da prova). A prova não se forma para a satisfação dos interesses de uma das partes, sobretudo daquela que acusa. Se esta obtém, via mandado judicial, uma diversidade de documentos e materiais supostamente contrários ao interesse do acusado, não lhe é lícito o comportamento de privar este último do acesso a todo esse material, até para que se certifique de que nada há nele que possa auxiliar sua defesa.

8. Pode o Ministério Público, por certo, escolher o que irá supedanear a acusação, mas o material restante, supostamente não utilizado, deve permanecer à livre consulta do acusado, para o exercício de suas faculdades defensivas. Essa é a ratio essendi da Súmula Vinculante n. 14 do STF.

9. A fim de resguardar a intimidade dos demais investigados em relação aos quais foi cumprida diligência de busca e apreensão, basta que se colhidos advogados o compromisso de não dar publicidade ao material examinado e que não interesse, direta ou indiretamente, à defesa de seu cliente.

10. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, em homenagem ao art. 563 do Código de Processo Penal, não se declara a nulidade do ato processual se a irregularidade: a) não foi suscitada em prazo oportuno e b) não vier acompanhada da prova do efetivo prejuízo para a parte.

11. No que toca ao primeiro requisito, o recorrente demonstrou haver, desde o início da ação penal, postulado o acesso a todo o material apreendido em razão do cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão.

12. O prejuízo suportado pelo ora recorrente é ínsito ao próprio vício constatado, ao não lhe ter sido franqueado o exame, antes do início da instrução criminal, dos dados colhidos em cumprimento ao mandado de busca e apreensão, diante da possibilidade de existência de elementos que pudessem interessar à sua defesa.

13. Recurso provido para anular o processo desde o ato de recebimento da denúncia, de sorte a permitir à defesa a prévia consulta à totalidade dos documentos e objetos apreendidos em decorrência do cumprimento dos mandados de busca e apreensão expedidos na ação penal objeto deste recurso, abrindo-se, a seguir, prazo para apresentação de resposta à acusação.

Ao lado e ao passo do aspecto de acesso aos dados de forma irrestrita à defesa no procedimento inquisitorial, sem possibilidade de “seleção” pela autoridade policial ou pelo titular da ação penal dos elementos a serem franqueados à defesa, há a reconhecida legalidade da investigação defensiva.

A investigação defensiva traduz uma “garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa.” (MACHADO, 2008, p. 58)

Normatizada em seus aspectos básicos pelo Provimento nº 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil, o texto normativo prevê possibilidades deveras oportunas na produção de provas para a defesa, no intuito de aproximar a paridade de

armas na fase pré-processual e processual, com a regulamentação mínima e necessária para a garantia da idoneidade de tal procedimento, em seu aspecto material e formal.

Ao reconhecer-se que a defesa deve ter acesso irrestrito aos dados e forma de extração destes após a diligência de obtenção do meio de prova, em um segundo momento, como consectário lógico da conclusão anterior, franqueia-se à defesa a possibilidade de produção das provas que entender pertinentes e necessárias.

No pedido de extensão da Reclamação nº 36.542, o Relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, decidiu pelo trancamento dos procedimentos criminais contra o advogado Antônio dos Santos Junior, pois o advogado atua em análise de dados jurídicos em casos de advocacia defensiva, vejamos:

“No caso concreto, o Advogado Antônio dos Santos Junior atua em uma área de análise de dados jurídicos que hoje resta regulamentada pelo Provimento 188/2018 do CFOAB como investigação defensiva. Trata-se de uma prática mediante a qual, muitas vezes, uma empresa jurídica presta serviços para outros advogados – este foi o caso do investigado com relação ao departamento jurídico da empresa Odebrecht e advogados que atuavam em favor da empresa na Operação Lava Jato.”

Assim, percebe-se que a investigação defensiva tem que se tornado cada vez mais aceita no meio jurídico brasileiro, afim de tornar possível a paridade entre acusação e defesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todo o exposto, pode-se concluir que a mitigação do caráter absoluto do aspecto inquisitorial do inquérito policial é origem e causa da normatização da investigação defensiva: origem vez que permite que a defesa, ao conhecer os termos em que se deu o caminho da obtenção da prova pela autoridade policial ou titular da ação penal, trace uma linha de raciocínio para sua proatividade investigatória; e causa, pois ao tomar conhecimento cediço dos termos dos dados e forma de extração, na colheita da prova, seguindo os parâmetros do Provimento do órgão de classe competente, poderá utilizar-se dos meios investigatórios adequados para influenciar na busca de seus interesses legítimos em todas as fases do processo (conforme artigo 3º do referido Provimento).

É importante destacar que os resultados da investigação defensiva, desde que dentro dos parâmetros do Provimento mencionado acima, pode e deve ser considerado em todas as fases da persecução criminal, pois a sua retidão e valoração encontram respaldo, inclusive, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08/02/2022.
- BRASIL, Lei nº 9.296. Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 08/02/2022.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 742. Brasília, 07 a 18 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo742.htm>. Acesso em: 07 fev. 2022.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14. Brasília, Sessão de Plenário de 02/02/2009. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>. Acesso em: 07 fev. 2022.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental Inquérito nº 3.387 Ceará. Inaplicabilidade do princípio do contraditório na fase da investigação preliminar. Impossibilidade de a defesa controlar, ex ante a investigação, restringindo os poderes instrutórios do relator do feito. Agravante Maria José Pereira. Agravo Ministério Público Federal. Relator Ministro Dias Toffoli, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10350303>. Acesso em: 07 fev. 2022.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental Inquérito nº 7.612 Distrito Federal. Participação da defesa do investigado da produção de prova testemunhal. Agravante Luiz Sérgio Nóbrega de Oliveira. Agravo Ministério Público Federal. Relator Ministro Edson Fachin, 12 de março de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752042346>. Acesso em: 07 fev. 2022.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Décima Primeira Extensão na Reclamação nº 36.542 Paraná. Reconhecimento da atuação do advogado na investigação defensiva. Recorrente Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator Ministro Gilmar Mendes, 19 de agosto de 2021. Disponível em <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2021/08/protocolo.pdf.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2022.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental no Inquérito nº 3.387 Ceará. Inaplicabilidade do princípio do contraditório na fase de investigação. Agravante Maria Gorete Pereira. Agravo Ministério Público Federal. Relator Ministro Dias Toffoli, 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10350303>. Acesso em: 08 fev. 2022.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Agravo Regimental na Petição nº 7.612 Distrito Federal. Participação da defesa do investigado na produção de prova testemunha. Agravante Luiz Sérgio da Nóbrega de Oliveira. Agravo Ministério Público Federal. Relator Ministro Edson Fachin, 12 de março de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752042346>. Acesso em: 08 fev. 2022.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Plenário). Inquérito nº 3.693 Pará. Carência da transcrição integral das interceptações telefônicas. Autor Ministério Público Federal. Investigado Cláudio Alberto Castelo Branco Puty. Relatora Ministra Cármen Lúcia, 10 de abril de 2014. Disponível em <https://apublica.org/wp-content/uploads/2016/10/Decis%C3%A3oCarmenLucia.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2022.
- BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Recurso em habeas corpus nº 114.683 – RJ (2019/084747-7). Nulidade quanto a negativa de acesso à totalidade dos materiais localizados em busca e apreensão. Recorrente Neilton Mulim da Costa. Recorrido Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 13 de abril de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901847477&dt_publicacao=27/04/2021. Acesso em: 08 fev. 2022.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As nulidades no processo penal. 12. ed. revisada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- JOAQUIM, Evandro Dias; SEGALLA, José Roberto Martins. As interceptações telefônicas como prova cautelares e os princípios do contraditório e da ampla defesa. Revista JurisFIB, ISSN 2236-4498, Bauru/SP, Volume III, Ano III, p.313 a 319, dezembro 2012.
- MACHADO, André Augusto Mendes. A investigação criminal defensiva. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Doi:10.11606/D.2.2009.tde-27082009-114835. Acesso em: 07 fev.2022.
- MACHADO, Leonardo Marcondes. Manual de Inquérito Policial. 1. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL: A IRRETROATIVIDADE DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Luís Mauro Lindenmeyer Eche²⁸²

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo Sancionador (DAS) não encontra no ordenamento jurídico uma regulamentação precisa. No âmbito nacional, há doutrina esparsa sobre o tema, boa parte dela fundada no direito comparado, onde a matéria é tratada com grande profundidade há décadas.

Ocorre que, com o advento da Lei n. 14.230/21, que incorporou, sem regulamentar, o DAS às ações de improbidade administrativa, mister que o tema seja analisado de forma científica e com a correta atenção aos preceitos inerentes à tutela da moralidade administrativa²⁸³, enquanto direito fundamental metaindividual.

É impositivo que fique clara a inexistência de simetria integral entre Direito Penal e o DAS o que impede, em sentido contrário ao que a doutrina nacional majoritária tem apregoadado, a simples incorporação dos princípios do Direito Penal para o âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

Como se tentará evidenciar no presente estudo, atento aos limites próprios dessa espécie de análise, embora o Direito Penal possa subsidiar o desenvolvimento do DAS enquanto disciplina autônoma, a incorporação dos princípios daquele ramo reclama o emprego de um juízo de proporcionalidade e finalidade. Não de ser adaptados os princípios do Direito Penal, quando pertinentes ao DAS, à própria finalidade e essência dessa disciplina integrante do Direito Administrativo, sob pena de subversão da sua finalidade.

1 UM CONCEITO INICIAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O Direito Administrativo Sancionador pode ser tradicionalmente definido como a *expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado*²⁸⁴.

²⁸² Graduado pelo PUCRS, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, União da Vitória, Brasil, (ID Lattes: 9033517005345025), lmle@tjpr@jus.br, ORCID n. 0000-0002-2040-1050

²⁸³ Para fins do presente estudo, moralidade e probidade serão tidos como expressões equivalentes, na linha do defendido pelos professores José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.088-1089) e Maria Zanella Di Pietro (Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014 p. 901).

²⁸⁴ GONÇALVES, Benedito; GRILLO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, mai./ago. 2021, p. 468. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>, acessado no dia 03 dez. 2021.

Esse conceito se revelava suficiente em certa medida, porque se prestava a diferenciar o DAS do Direito Penal: enquanto aquele se ocupava do direito de punir estatal na órbita administrativa, este materializava o *ius puniendi* na seara judicial, mais precisamente perante o juízo criminal.

Porém, essa definição não mais compreende a exata extensão do que se entende por Direito Administrativo Sancionador. A “administrativização” do Direito Penal verificada nos últimos anos – reflexo da hipertrofia do Direito Penal – tornou necessário que condutas socialmente relevantes, mas que não mereciam a tutela da *ultima ratio*, passassem a serem tratadas pelo Poder Judiciário em seara distinta da penal. Daí porque o DAS extrapolou os limites internos da Administração Pública passando a irradiar efeitos junto a processos judiciais que tenham por escopo a apuração de infrações cíveis-administrativas que reclamavam uma punição por parte do Estado por meio do Estado-juiz.

É dessa evolução e do entendimento de que, por decorrer do *ius puniendi*, há de ser garantido ao réu um plexo mínimo de direitos e garantias, que o estudo do DAS passa por uma nova fase. Fase essa acelerada por ter sido a disciplina expressamente incorporada pelo legislador pátrio no âmbito das ações que versam sobre improbidade administrativa (§ 4º do art. 1º da Lei n. 8.429/92).

Dessa feita, num primeiro momento, no desiderato de se diferenciar o DAS e o Direito Penal, considerando a inexistência de diferença qualitativa e quantitativa de penas, e levando-se em conta esse novo momento legislativo, podemos, de forma preliminar, conceituar o DAS como a *expressão do efetivo poder punitivo do Estado, direcionada à responsabilização do servidor público em sentido amplo e/ou do particular, em órbita não penal.*

2 O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SUA AUTONOMIA FRENTE AO DIREITO PENAL: DA CORRETA ALOCAÇÃO DO DAS NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Fixado um conceito inicial, é de ser reforçada a dissociação do Direito Administrativo Sancionador do Direito Penal modo a evitar equívocos corriqueiros no estudo do tema.

De fato, no seu nascedouro, o DAS sofreu forte influência da evolução do Direito Penal. Isso porque se partiu de uma ideia equivocada de que o DAS seria um fragmento do Direito Penal, uma vez que ambos decorrem do *ius puniendi* estatal, que é uno. Tanto assim o é que, inicialmente, o DAS era denominado como Direito Penal Administrativo.

Todavia, essa premissa errônea se deveu ao próprio ineditismo da matéria e a falsa apreensão de que, por ambos decorrerem do *ius puniendi*, não seria outra a natureza se não a penal da disciplina que estava sendo desenvolvida.

Contudo, a evolução do tema relevou a impropriedade da nomenclatura, ensejando a adoção da expressão Direito Administrativo Sancionador. E essa alteração, antes de mera adequação semântica, representou verdadeira ruptura com a doutrina até então vigente, que identificava uma similitude entre o Direito Penal e o DAS. *La utilización de esta denominación [DAS] implica, pues, una ruptura deliberada con concepciones del pasado: se abandonan los campos de la Policia y del Derecho Penal*

*para asentarse en el Derecho Administrativo. La expresión adquiere así el valor de un emblema y de una confesión doctrinal.*²⁸⁵

Veja-se que, ainda que vigore, com predominância, a teoria do *ius puniendi* unitário, isso não leva à conclusão de uma suposta subordinação ou vinculação do DAS ao Direito Penal e seus predicados. Isso porque percebeu-se que *esses sistemas sancionatórios não guardam similitude de lógica operativa e, embora os ordenamentos sancionatórios possam constituir manifestações de ius puniendi, seus perfis singulares exigem um esforço para caracterizar o campo em que eles podem ser utilizados*²⁸⁶. Logo, não há falar em simetria integral entre o Direito Penal e o DAS. E aqui jaz o ponto nodal do presente estudo: os perfis das disciplinas são únicos e se encontram alicerçados em searas distintas do Direito.

Com efeito, *o ius puniendi* se presta como raiz comum para ambas as disciplinas, mas cada qual se ocupa de uma faceta desse poder diante de suas singularidades, o que, antes de confundi-los, reforça a autonomia entre eles. Como brilhantemente destacam José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti

A identidade do DAS em face do Direito Penal não depende apenas da concepção que se tenha do primeiro. Ela é reflexo também do que se perfilha cientificamente sobre a identidade do Direito Penal. Não há como fugir desta constatação. Para quem admite e aceita que o Direito Penal possa expandir seu terreno normativo para proteção de bens jurídicos metaindividuais e mesmo acolhe a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, a conclusão poderia se voltar para uma diferenciação fraca entre

DP e DAS, totalmente dependente da liberdade de confirmação do Poder Legislativo. Esta conclusão deve ser afastada, porque os dois ramos – DP e DAS – não se confundem, sendo que cada um ostenta uma teleologia própria no direito positivo. É complexo estabelecê-las, mas no Estado de Direito Constitucional a necessidade de contenção de arbitrariedades é sempre o ponto de partida, inclusive na configuração do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador.²⁸⁷

O DAS é Direito Público Administrativo. Tem por escopo primordial a tutela do coletivo, a qual se sobrepõe ao interesse singular ou, ao menos, deve com ele ser cotejado e ponderado no exame da aplicação da legislação e dos princípios inerentes a esse sistema. Como leciona Alejandro Nieto:

²⁸⁵ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. 172.

²⁸⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 90. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/5%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/Artigos/3.pdf>. Acesso em 03 dez. 2021.

²⁸⁷ Ob. cit., p. 106.

Em suma, contra todas as probabilidades, deve-se afirmar que o Direito Penal Administrativo é, como o próprio nome indica, um Direito Administrativo embutido diretamente no direito público estatal e não um Direito Penal vergonhoso; da mesma forma que o poder sancionatório administrativo é o poder anexado a qualquer poder atribuído à Administração para a gestão do interesse público. Não é por acaso, claro, que até o nome do antigo Direito Penal Administrativo foi substituído há muitos anos pelo mais próprio Direito Administrativo Sancionador (tradução livre).²⁸⁸

Alice Voronoff, que também aponta a natureza administrativa do DAS, além de tecer fortes críticas ao aspecto unitário do *ius puniendi*, deixa clara as peculiaridades que permeiam o DAS e que devem conduzir sua interpretação. Segundo a doutrinadora,

este ramo é dotado de singularidades que buscam um “equilíbrio fino” (“legitimação híbrida”), destacando: (1) as particularidades finalísticas e operacionais do DAS, atinentes à realização de objetivos de interesse público, sob enfoque prospectivo e conformativo, dissociado, como regra, de juízo de reprovação ético-social; (2) a instrumentalidade da sanção administrativa, que é compreendida como meio de gestão, e não fim em si mesmo. Instrumento de gestão e ferramenta institucional, governado por lógica de incentivos de conformidade, visando a efetividade dos objetivos de interesse público; (3) o componente funcional, que, segundo Voronoff, se desdobra no elemento funcional estático (órgão ou ente da Administração) e elemento funcional dinâmico (exigências impostas ao modus operandi da Administração)²⁸⁹.

Além disso, não se pode esquecer que, a partir da Constituição Federal de 1988, o Direito Administrativo ganhou novos contornos. Abandonou-se a ideia de que a disciplina se prestava a regular a relação Administrador-Administração, passando a compreender que ela se destinava a tutelar, acima de tudo, o interesse público enquanto direito fundamental metaindividual. Pimenta Oliveira e Musetti Grotti bem apreenderam essa questão, ao afirmarem que

A Constituição reconhece o valor jurídico diferenciado do interesse público como categoria própria e não assimilável aos meros interesses pronunciados por administradores públicos ou meramente associados aos órgãos e entes públicos e governamentais, por lei ou atos infralegais. Não se trata de mero conceito jurídico indeterminado que a teoria da linguagem possa esgotar como operacionalizá-lo. O interesse público é um conceito recepcionado na Constituição. Isto se faz no capítulo próprio dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 19, inciso I), no capítulo dedicado à Administração Pública, em seu significado funcional (art. 37, inciso IX), na disciplina das leis

²⁸⁸ Ob. cit., p. 27.

²⁸⁹ *Apud* OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ob. cit., p. 116.

(art. 66, parágrafo 1º), na atividade de gestão da função pública na Magistratura (art. 93, inciso VIII e art. 95, inciso II) e no Ministério Público (art. 128, parágrafo 5º, inciso I, alínea b), e na distinção do campo da legalidade (tal como cristalizado na própria Constituição) do preceituado como próprio ao interesse público, em seu ADCT (art. 51 ADCT). Esta presença constitucional significa que aos intérpretes não é dado ignorar ou reduzir sua relevância no sistema jurídico, devendo cumprir a função de demonstrar as suas projeções normativas no processo de concretização constitucional.²⁹⁰

Logo, não há dúvidas que o DAS se cuida de uma disciplina própria, com predicados particulares e inserido no âmbito do Direito Administrativo. E, ainda que o Direito Penal possa fornecer instrumentos para o desenvolvimento da disciplina, é absolutamente incongruente defender a tese de uma transposição pura e simples do arcabouço principiológico do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador. Tal agir engendraria uma verdadeira subversão dos valores e dos princípios próprios desse ramo do Direito. Isso porque, na órbita administrativa propriamente dita, o DAS visa a preservação do interesse coletivo e dos princípios da administração pública; já, na órbita judicial, a essas finalidades se agrega principalmente a tutela da moralidade administrativa enquanto direito fundamental, finalidades essas não tuteladas pelo Direito Penal com a mesma profundidade.

Assim sendo, pode-se densificar o conceito do DAS proposto inicialmente, agregando esses elementos que lhe particularizam ainda mais frente ao Direito Penal. Dessarte, o Direito Administrativo Sancionador pode ser compreendido como *a expressão do efetivo poder punitivo do Estado, direcionada à responsabilização do servidor público em sentido amplo e/ou do particular, em órbita não penal, que tenha atentando contra o interesse coletivo, os princípios da administração pública e/ou a moralidade administrativa.*

Com o conceito ora proposto, o DAS estará corretamente alocado no ramo do Direito Administrativo, o que destaca as prerrogativas próprias dessa disciplina em detrimento do Direito Penal.

3 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Não é objeto do presente artigo elencar e esgotar a análise de todos os princípios aplicáveis ao DAS. Porém, alguns apontamentos se fazem necessários, até mesmo para se superar a doutrina tradicional que, sem cientificidade adequada, conclama pela aplicação dos princípios do Direito Penal ao DAS como se houvesse uma integral simetria entre essas disciplinas, o que inexistente.

Inicialmente, não há dúvidas de que, em um regime democrático, deve ser assegurado ao destinatário do *ius puniendi* um plexo de direitos e garantias fundamentais garantindo-lhe um devido processo legal substantivo. Logo, princípios elementares do Direito Penal como o da legalidade (tipicidade), da culpabilidade

²⁹⁰ Ob. cit., p. 87.

(no sentido de se evitar a responsabilidade objetiva) e da pessoalidade da pena podem – e devem – ser incorporados como princípios próprios do DAS.

Em sentido semelhante, Gustavo Binenbojm²⁹¹ e Denise Luz²⁹² sustentam que, além das cláusulas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, compõem o núcleo comum do direito administrativo sancionador: o princípio da legalidade, sob o viés da tipicidade; os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade; os princípios da culpabilidade e da pessoalidade da pena; o princípio da individualização da sanção; e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Porém, enquanto alguns desses princípios podem ser simplesmente transplantados da órbita penal para o DAS, outros deverão suportar ajustes modo a acomodar a própria teleologia do DAS, sob pena de desvirtuar o instituto. Como já assentado, o interesse público possui envergadura constitucional, de modo que à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – na feliz expressão cunhada por Peter Häberle²⁹³ – não é dado ignorar ou reduzir sua relevância no sistema jurídico, devendo cumprir a função de demonstrar as suas projeções normativas no processo de concretização constitucional.

Reafirmamos: ainda que o Direito Penal possa contribuir, por meio de seus princípios, na elaboração de instrumentos a fomentar o DAS, é inviável que não seja sopesado que o DAS possui finalidades outras e que está alicerçado em uma gama principiológica própria que, muitas vezes, não converge com aquela que fomenta o Direito Penal. É da natureza do Direito Administrativo Sancionador o *predicado de ser uma ordem jurídica parcial da atividade do Estado e, logo, está irremissivelmente engatilhado a instrumentalizar a ótima realização de interesses públicos*²⁹⁴. *A diretriz é contribuir para integrar; e não desnaturar a índole administrativista dos sistemas sancionadores administrativos*²⁹⁵. O DAS deve avaliar com o devido rigor científico as contribuições desses ramos do Direito Público, sem jamais abandonar a sua índole de regime jurídico-administrativo instrumental de tutela de interesses públicos²⁹⁶.

Na nossa ótica, mostra-se absolutamente simplista e equivocada a tese apresentada por parte da doutrina²⁹⁷ que aponta para uma pura transposição dos

²⁹¹ O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, p. 470, disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI3Mg%2C%2C>, acessado no dia 30/11/2021.

²⁹² Direito Administrativo Sancionador Judicializado: improbidade administrativa e o devido processo - aproximações e distanciamentos do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2014, p. 195.

²⁹³ Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição, tradução Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.

²⁹⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ob. cit., p. 103.

²⁹⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ob. cit., p. 116.

²⁹⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ob. cit., p. 108.

²⁹⁷ Cita-se, por exemplo, OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; CERESO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 1, n.2, abr./jun. 1993.

princípios do Direito Penal para o DAS. Primeiro, porque parte de uma premissa equivocada, no sentido da existência de uma suposta simetria integral entre o Direito Penal e o DAS – o que já foi afastado nos capítulos antecedentes; segundo, essa teoria deixa de lado todas as prerrogativas e peculiaridades que impregnam a tutela do coletivo, objeto último do DAS.

O DAS e o Direito Penal possuem diferentes caracteres institucionais e constitucionais não se encontrando na mesma posição ante o Direito. Não há como sustentar que, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, haja uma prevalência dos direitos do réu tal qual ocorre no âmbito do Direito Penal. Os valores e interesses em litígio possuem notas distintivas que, inclusive, ensejaram a ruptura do DAS e do Direito Penal como disciplinas de um mesmo ramo jurídico.

Na seara do Direito Administrativo, a prevalência é do coletivo. E isso, de forma alguma, importa em reconhecer hipótese de juízo de exceção, ditatorial ou, ainda, que ao réu não serão conferidos os direitos e garantias que lhes são próprias. Serão! Todavia, os direitos e as garantias que lhes são devidas dentro de um contexto de devido processo judicial que envolve matéria de Direito Administrativo e cujas penas não envolvem privação da liberdade.

Hão de ser devidamente ponderados os valores que guiam a razão de ser do DAS e, a partir dele, e não do Direito Penal, avaliar com o devido rigor científico a pertinência ou não da incorporação dos princípios do Direito Penal, sem jamais abandonar a sua índole de regime jurídico-administrativo instrumental de tutela de interesses públicos, os quais possuem *status* de direito fundamental metaindividual. O Direito Penal não é a matriz do Direito Administrativo Sancionador, mas sim o Direito Público, o que explica a aproximação desse ramo jurídico com o direito criminal, porém sem a completa transposição dos princípios garantistas²⁹⁸.

Aduza-se que esse debate sobre a incorporação dos princípios do Direito Penal para o DAS é absolutamente atual no plano internacional, havendo intensa divergência sobre a matéria.

No Tribunal Constitucional Espanhol, como aponta Vicenç Aguado Cudolà, há uma tendência jurisprudencial de flexibilizar a aplicação dos princípios do Direito Penal no âmbito do DAS, tornando tais princípios muito mais restritivos e, até mesmo, excluindo alguns desses princípios diante da sua incompatibilidade com a natureza do processo administrativo sancionador. Como anota o doutor Vicenç Aguado Cudolà

Agora, passada essa fase eminentemente garantista, como consequência lógica da lógica da reação à situação jurídica existente no regime anterior, pode-se observar uma tendência jurisprudencial do Tribunal Constitucional [da Espanha] de natureza mais restritiva na medida em que redireciona a plena aplicação das garantias do artigo 24.2 ao seu ambiente natural - o processo -, enquanto exclui a validade

²⁹⁸ KRUSSEWSKI, Cristina. Direito Administrativo Sancionador: apontamentos gerais sobre as infrações administrativas e alguns aspectos de sua relação com o Direito Penal, p. 115. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24039/Versao%20Digital%20Dirce%20Posbanca.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acessado em 26 nov. 2021.

de alguns deles no procedimento de sanção administrativa com base em sua incompatibilidade com sua natureza (tradução livre).²⁹⁹

Na França³⁰⁰ e na Itália³⁰¹, o entendimento prevalente é pela independência do DAS frente ao Direito Penal, inclusive sendo admitida a dupla penalização pelos mesmos fatos, uma vez que, para esses ordenamentos, a disparidade da natureza das esferas (Penal e Administrativa) legitima essa penalização dúplice. Ou seja, se nega a aplicação do princípio do *ne bis in idem* (próprio do Direito Penal).

No âmbito supranacional europeu, embora haja precedente concluindo pela aplicação dos princípios penais ao âmbito do DAS³⁰², também é possível encontrar precedente indicando a impertinência dessa providência. É o que se afere, por exemplo, do precedente do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Aklagaren vs Hans Akerberg Fransson*, que versava sobre condenação nas esferas tributária e criminal por declarações falsas em relação a impostos devidos. Na ocasião, manifestou-se o Tribunal pela inoportunidade de violação ao princípio do *non bis in idem* pois as sanções não possuíam a mesma natureza³⁰³.

Ainda, há de ser levado em consideração que, no Brasil, o Direito Administrativo Sancionador possui um campo de incidência absolutamente particular. Trata-se da Improbidade Administrativa. Não há, no direito europeu, o qual é usualmente utilizado como referência para o estudo do DAS pela doutrina nacional, situação equivalente à do Brasil, que trata o combate à corrupção administrativa por meio de um processo judicial autônomo, em seara diversa do Direito Penal, processo esse que tem por escopo, antes de penalizar o réu, promover a tutela da moralidade administrativa enquanto direito fundamental metaindividual. Aliás, o constituinte originário impôs, no âmbito interno, verdadeiro mandado de penalização do agente ímprobo em seara não penal (§ 4º do art. 37 da Constituição Federal - CF).

²⁹⁹ *Apud* KRUSSEWSKI, Cristina. Ob. cit., p. 123.

³⁰⁰ Em decisão envolvendo a legislação de mercado de capitais e a autoridade administrativa encarregada de sua aplicação (COB), o tribunal constitucional francês afirmou a total independência entre as instâncias considerando a diferente natureza dos procedimentos (*Conseil Constitutionnel*, de 28/07/89, déc. nº 89-260 DC).

³⁰¹ Também envolvendo infração da legislação de mercado de capitais (manipulação de mercado), no conhecido como “Grande Stevens”, o Tribunal de Apelação de Turim e a *Cortedi Cassazione* italiana mantiveram a condenação dos investigados tanto em sede administrativa como em sede criminal por entender inaplicável o princípio do *non bis in idem*, considerando a inexistência de identidade entre as searas.

³⁰² Conforme refere Paulo Burnier da Silveira em O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência (Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/139/84>, acessado no dia 05/12/21), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em 2014, entendeu, no caso “Grande Stevens”, pela aplicação do princípio *non bis in idem* obstaculizando a investigação criminal contra o investigado uma vez que já havia sido condenado pelos mesmos fatos no âmbito administrativo.

³⁰³ SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência, p. 12. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/139/84>, acessado no dia 05 dez. 2021.

Nessa perspectiva, considerando as peculiaridades que permeiam o DAS, há de ser realizada uma verificação de pertiência dos princípios do Direito Penal em etapas argumentativas, tendo as duas primeiras etapas como objetos a validade de fins (finalidade constitucional da medida) e a adequação de meios (meios adequados para realizar os fins constitucionais). No tocante à última etapa, a atenção volta-se à intensidade e à proporcionalidade em sentido estrito³⁰⁴.

Assim, se propõe que a aplicação dos princípios do Direito Penal no DAS passe, obrigatoriamente, por um juízo de proporcionalidade para se averiguar se (i) dado princípio penal tem sua incidência adequada ao âmbito do DAS considerando a finalidade constitucional da disciplina e do ramo do Direito a que vinculada; se (ii) a aplicação de dado princípio penal se mostra necessária para a tutela dos direitos e garantias constitucionais do réu que responde por uma infração civil-administrativa; e, vencidos os juízos de adequação e necessidade, se (iii) o princípio penal não demanda remodelação do seu alcance e/ou da sua essência, modo a compatibilizá-lo com os preceitos do DAS enquanto instrumento da defesa do interesse público, mediante juízo de proporcionalidade em sentido estrito.

Evidente que a proposta ora apresentada reclamará um trabalho muito mais aprofundado dos operadores do direito. Porém, parece-nos a forma correta de entender e interpretar o DAS como uma disciplina autônoma vinculada ao Direito Público Administrativo, com viés constitucional de promoção da tutela do coletivo e que não guarda simetria integral com o Direito Penal. A própria evolução dos estudos envolvendo o Direito Administrativo Sancionador enquanto disciplina autônoma alocada em ramo diverso do Direito Penal exige um passo adiante em prol da sua “maioridade” dogmática, devendo ser descartado o Direito Penal como uma “muleta” a que se recorre diante de uma carência de regulamentação legislativa sobre a matéria. A própria ordem constitucional e o profundo desenvolvimento do Direito Administrativo no âmbito interno se revelam mais do que suficientes a nutrir o desenvolvimento dessa dogmática carente de posituação mais minuciosa.

4 O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO TOCANTE À PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Fixados os parâmetros, resta analisar, para a finalidade desse artigo, se se apresenta constitucionalmente legítima a aplicação retroativa das alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21 nas ações de improbidade administrativa, em particular, a aplicação da prescrição da pretensão punitiva. E, parece-nos, que a resposta é negativa. Eis os argumentos:

a) A moralidade administrativa é direito fundamental e, como tal, merece proteção e promoção pelo Estado.

³⁰⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 116-118 e 588-594.

O Direito Administrativo Sancionador tem por desiderato principal, em se tratando de ação de improbidade, a tutela da moralidade administrativa.

Com efeito, a partir da Constituição de 1988, a moralidade administrativa foi incorporada como (i) princípio norteador da atuação da Administração Pública e também como (ii) direito fundamental.

No aspecto principiológico, Mariano Pazzaglini Filho sustenta que moralidade administrativa

...significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nesta pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito.³⁰⁵

Tal definição é compartilhada pelos doutrinadores Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰⁶ e José Afonso da Silva³⁰⁷ entre outros tantos³⁰⁸.

Já, no tocante à natureza de direito fundamental, ainda que haja resistência de parte da doutrina em reconhecer a moralidade como tal, cuida-se de dificuldade aparente e de fácil superação.

Primeiro, porque a moralidade administrativa, já em 1789, foi incorporada como direito natural do homem pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Como assentaram, à época, os representantes do povo Francês

tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo

³⁰⁵ Lei de improbidade administrativa comentada. 3. ed. Jurídico Atlas, 2000, p. 28.

³⁰⁶ Curso de direito administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 123.

³⁰⁷ Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999, p. 648.

³⁰⁸ Porém, merece destaque o fato de que a separação entre moralidade comum e jurídica não é pacífica na doutrina. Maria Sílvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo, 26ª ed. p.79), Juarez Freitas (O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, 4ª ed. p. 89-90), José Guilherme Giacomuzzi (A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa, p. 167-169) dentre outros advogam que a moralidade administrativa envolve tanto a moralidade comum como a jurídica. Segundo Giacomuzzi "Daí que não vejo razão em continuar-se invocando a lição de que a 'moralidade administrativa não se confunde com a moral comum', ou mesmo de que a moralidade administrativa se substancia 'no conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração'. Dizer isso é dizer pouco, em palavras, e nada, em significado. Invocar tais 'máximas' é esvaziar, em conteúdo, o discurso jurídico racional, lembrando-se de que num tal discurso se apoia a legitimidade do Direito" (p. 173).

social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral (Preâmbulo).

Nos artigos 12^o³⁰⁹ e 15^o³¹⁰ da Declaração, restou previsto o direito natural do homem de exigir dos agentes públicos a prestação de contas de suas atividades e que o exercício do *munus publico* se desse no interesse da coletividade, desprezando a atuação em proveito pessoal. Isto é, o direito à moralidade pública foi alçado a direito ancestral, emanado da própria natureza humana, independentemente da instituição do poder civil.

Segundo, a moralidade pública ascendeu à condição de direito fundamental com o próprio desenvolvimento daquilo que se denominou direitos de terceira dimensão. A partir de 1960, com a superação do olhar individualista do homem, valores humanistas como a fraternidade e solidariedade ganharam protagonismo, fazendo com que se reconhecesse a existência de direitos voltados à proteção ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano³¹¹.

Terceiro, o direito fundamental à probidade administrativa decorre, na Constituição Federal de 1988, como bem destaca Roberto Lima Santos³¹², (i) do princípio republicano (art. 1^o, *caput*); (ii) do princípio democrático (art. 1^o, par. único); (iii) de seus fundamentos (art. 1^o, incisos I a V: soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político); (iv) dos objetivos fundamentais da República (art. 3^o, incisos I a IV: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação); (v) da prevalência dos direitos humanos e da defesa da paz nas suas relações internacionais (art. 4^o, I e VI); e (vi) dos demais princípios constitucionais administrativos, previstos no *caput* do art. 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Ora, a probidade administrativa visa, dentre outras questões, evitar aquilo que se denomina corrupção administrativa: o ato do administrador público praticado

³⁰⁹ Art. 12^o. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

³¹⁰ Art. 15^o. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

³¹¹ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 363-364.

³¹² Direito Fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção”, publicado em 30/10/2012, acessado no endereço eletrônico [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html), no dia 30/10/21, às 10h33min.

em desvio de finalidade ou de poder, em favor próprio ou de terceiro, com prejuízo à coisa pública, seja este material (perda patrimonial) ou imaterial (violação dos princípios e deveres morais). Como oportunamente ponderam Pazzagliani Filho, Rosa e Fazzo Júnior:

A improbidade administrativa, designativo técnico para a denominada corrupção administrativa, promove o desvirtuamento da Administração Pública em vista de promover a afronta aos princípios vetores da ordem jurídica e revelar-se por meio da aquisição de vantagens patrimoniais obtidas com prejuízo do dinheiro público, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, também pelo tráfico de influência no âmbito da atividade administrativa e pelo favorecimento particular de poucos que agem na contramão dos interesses pretendidos pela sociedade, através de favorecimentos ilícitos³¹³.

Ao praticar um ato corrupto, o agente público e o particular que com ele eventualmente concorra estão contribuindo sensivelmente com a redução do capital ao alcance do Estado, o qual é necessário para a promoção de direitos essenciais do cidadão como a proteção à saúde, o meio ambiente saudável e todos os demais direitos sociais de terceira dimensão previstos na Constituição Federal de 1988. No mesmo sentido, pondera Rogério Pacheco Alves *que a corrupção e a improbidade administrativa são fatores impeditivos à implementação plena dos direitos sociais fundamentais, sobretudo nos países subdesenvolvidos, colocando em risco o próprio Estado Democrático de Direito*³¹⁴.

Ou seja, uma das principais facetas da moralidade administrativa, como já advertiam os revolucionários franceses em 1789, é garantir que o Estado mantenha em seu poder os meios e os recursos necessários para a satisfação de direitos fundamentais e, sobretudo, dos direitos sociais do cidadão, evitando que agentes em desvio de poder e finalidade se apropriem desses ativos para benefício próprio. Nesse mesmo sentido se manifesta André de Carvalho Ramos, ao referir que

esse agir em prol dos direitos humanos é erodido pelas práticas de corrupção, ou seja, para que o homem possa viver uma vida digna com a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais básicas, devem atuar os agentes públicos com probidade, devendo o ordenamento jurídico possuir instrumento para zelar por tal conduta e reprimir, sancionando, os faltosos.³¹⁵

³¹³ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da defesa do patrimônio Público. São Paulo: Atlas, 1999, p. 39.

³¹⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.077.

³¹⁵ O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (org.). Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte:

A violação à moralidade por parte dos administradores públicos constitui impeditivo à aquisição dos direitos da cidadania e não deve ser analisada sob uma acepção restrita, mas deve ser compreendida como consectário fundamental de observância obrigatória para à aquisição dos direitos constitucionais previstos, a fim de se verificar a ampliação do conceito de cidadania de modo que esta acepção seja retratada na vida prática de todos como “direito a ter direitos”, como precisamente lembra Renata Cristina Macedônio de Souza³¹⁶.

Não é por menos que há anos a doutrina faz referência à existência de um verdadeiro direito fundamental à boa administração pública. Como assevera Juarez Freitas:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.³¹⁷

Em sentido semelhante, Figueiredo Moreira Neto aduz que do princípio da boa administração emana um direito implícito de cidadania, irradiando daí sua feição de direito fundamental:

*A boa administração, portanto, não é uma finalidade disponível, que possa ser eventualmente atingida pelo Poder Público: é um dever constitucional de quem quer que se proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, interesses públicos. Por isso mesmo, em contrapartida, a boa administração corresponde a um direito cívico do administrado – implícito na cidadania (grifos no original).*³¹⁸

Ainda, apresenta-se oportuno trazer à lume as ponderações realizadas por Ingo Wolfgang Sarlet. Segundo o autor, a Constituição Federal de 1988 consagrou um direito fundamental à boa administração, o qual está amparado principalmente, mas não exclusivamente, no art. 1º, inciso III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Para o doutrinador,

Del Rey, 2002. p. 06-07.

³¹⁶ Moralidade administrativa como direito fundamental e consectário da cidadania no direito constitucional contemporâneo, disponível no endereço eletrônico <http://www.unilago.edu.br/publicacao/edicaoatual/sumario/2018/01.pdf>, acessado no dia 30 out. 2021, às 15h41min.

³¹⁷ Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

³¹⁸ Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 119.

uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, ser uma administração pautada pela probidade e moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade. A nossa Constituição, como se percebe, foi mais adiante. Além de implicitamente consagrar o direito fundamental à boa administração, ela já previu expressamente os critérios, diretrizes, princípios que norteiam e permitem a concretização dessa ideia de boa administração.³¹⁹

Como bem observado pelo jurista, o só fato de inexistir na legislação uma previsão textual e expressa acerca do direito à boa administração não engendra a conclusão de que ele não possui acento constitucional. São remansosas a doutrina e a jurisprudência no sentido de se admitir a existência de direitos fundamentais implícitos. O fato de se tratar de um direito implícito apenas faz com que se exija do intérprete a exegese de um ou mais dispositivos para que, desse processo cognitivo, se extraia a efetiva essência da norma. E norma não é, nem nunca foi sinônimo de enunciado normativo. Norma decorre dos sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Norma resulta do esforço hermenêutico empregado pelo intérprete.³²⁰ Ainda, como leciona Canotilho:

O programa normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao 'texto' da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o 'bloco da constitucionalidade' a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.³²¹

Por fim, calha o registro que a União Europeia, em dezembro de 2000, quando da publicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, acabou por internalizar e positivar o direito fundamental à boa administração, no seu artigo 41º³²².

³¹⁹ A Administração pública e os direitos fundamentais. Palestra proferida na Escola da Magistratura do TRF-4ª Região. Curso Permanente: Módulo II, Direito Administrativo. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangarslet.pdf.

³²⁰ Nesse sentido, ÁVILA, Humberto Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005, p. 23-26.

³²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003, p. 921.

³²² Artigo 41º - Direito a uma boa administração 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas

Nessa ordem de ideias, resulta tranquila a conclusão de que a moralidade administrativa, antes de se tratar de mero princípio orientador-interpretativo, cuida-se de um direito fundamental de todo o cidadão, imanente do direito à dignidade da pessoa humana e, portanto, serve de controle e paradigma para a interpretação constitucional.

É justamente por servir de norte interpretativo e paralisante que obstaculiza, nas ações de improbidade administrativa, a aplicação retroativa da alteração legislativa que passou a prever prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva.

Sob o viés do direito sancionador, a prescrição está, inicialmente, atrelada à limitação do poder punitivo do Estado. Exige-se que a busca pela responsabilização do culpado se dê dentro de um prazo razoável sob pena de restar impossibilitada a aplicação da sanção. Há, portanto, um compromisso do Estado para a deflagração do processo dentro de um prazo condizente com os enunciados constitucionais.

No tocante à prescrição intercorrente, o compromisso passa a ser com o “tempo de vida do processo”. Porque, a partir da EC n. 45/04, o legislador derivado inseriu na Constituição Federal o direito fundamental a *duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVII, da CF). Ou seja, passou a se exigir que a prestação jurisdicional deva ocorrer dentro de um prazo adequado, de forma a se garantir Justiça, no seu sentido substantivo, evitando-se a perpetuação indevida de processos, o que acaba por desestabilizar a segurança jurídica das relações sociais. É o direito fundamental à razoável duração do processo, portanto, que fundamenta, em essência, aquilo que se denomina prescrição intercorrente.

Ocorre que, ainda que se atribua à prescrição do *ius puniendi status* de direito fundamental, sua aplicação não autoriza que outros direitos de igual envergadura sejam simplesmente suplantados. É inerente à função do legislador realizar verdadeira ponderação de direitos e valores e buscar uma via que garanta a convivência harmônica entre eles. Entretanto, não foi o que fez o legislador no caso em comento, que previu (ainda que implicitamente) a aplicação retroativa do instituto da prescrição. Admitir tal importará na própria negação à tutela da moralidade administrativa porque, de uma ora para outra, algo que estava regularmente sendo tutelado por um legítimo e constitucional processo judicial restará interrompido pela liberalidade do Poder Legislativo.

Logo, tendo o Legislativo se esquivado do seu mister, cumprirá ao Poder Judiciário o papel de ponderar e solucionar o aparente conflito entre a tutela da moralidade administrativa e o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Contudo, ao fazê-lo, nos termos propostos no presente artigo, afere-se que a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benigna não pode se dar nos exatos termos em que ocorre no Direito Penal. Isso porque o princípio não se revela adequado à finalidade constitucional do Direito Administrativo Sancionador no tocante à tutela do direito fundamental à moralidade administrativa; a aplicação retroativa aos processos em tramitação não se mostra necessária para a proteção do sistema de direitos e garantias constitucionais conferidas ao réu no bojo da ação

suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

de improbidade; logo, negativas a duas primeiras etapas argumentativas, conclui-se para a necessária remodelação do alcance do princípio, modo a compatibilizá-lo com os preceitos do DAS enquanto instrumento da defesa do interesse público, mediante juízo de proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, como a aplicação retroativa da prescrição ensejará a própria violação do direito fundamental à moralidade administrativa nas ações de improbidade, impõe-se que essa retroação se dê com temperamentos.

b) O princípio da proibição da proteção deficiente impede que alterações legislativas enfraqueçam a tutela dos direitos fundamentais.

Se nos primórdios do Estado de Direito bastava ao Estado, para a tutela de direitos e liberdades individuais, a adoção de uma postura negativa (garantismo negativo), a complexidade da dinâmica social, agravada pela disparidade socioeconômica e pela existência de poderes sociais que atuam no plano da realidade de forma desequilibrada³²³, fez despertar a necessidade de uma mudança de postura. A realidade passou a exigir uma atuação proativa do Estado, seja para garantir o próprio exercício dos direitos e liberdades individuais, seja para albergar os “novos direitos” reconhecidos (de terceira dimensão). Assim, ao papel clássico do Estado (respeito às garantias individuais por abstenção) agregou-se uma atuação destinada a proteger e concretizar esses direitos, tendo por objetivo a promoção da igualdade social e a dignidade da pessoa humana em sentido amplo (garantismo positivo).

É aqui que reside o núcleo do princípio da proibição da proteção deficiente (*üntermassverbot*³²⁴): prevendo a Constituição Federal direitos fundamentais, é atribuição do Estado a adoção de postura tendente a concretizar esses direitos e colocá-los a salvo de investidas ilegítimas, seja de parte dos particulares ou do próprio Estado.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a regra da proporcionalidade, para além de assumir uma dimensão negativa (proibição do excesso), detém um viés positivo, denominado *proibição da insuficiência*, que tem por finalidade exigir do Estado uma postura dirigida à promoção e proteção dos direitos fundamentais. Nas suas palavras:

Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermaßverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo

³²³ Sobre os fatores reais de poder, ver LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1988, p. 11 e seguintes.

³²⁴ A análise do direito de proteção sob o prisma da proibição da proteção deficiente tem origem na Alemanha, em 1975, quando foi editada lei descriminalizando o aborto. A Corte Constitucional Alemã se debruçou sobre o tema concluindo pela inconstitucionalidade da lei por não proteger adequadamente a vida intrauterina utilizando-se, pela primeira vez, o termo *üntermassverbot*.

fala-se também em *Untermaßverbot*, que poderia ser traduzido por proibição de insuficiência.³²⁵

Logo, quando o Estado opta por uma proteção insuficiente de um bem jurídico constitucionalmente tutelado, incorre em inconstitucionalidade por não resguardar, de forma eficaz, os direitos programaticamente previstos. Isso porque os direitos fundamentais, *na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais*³²⁶.

Reforçamos que há direitos que exigem uma postura ativa por parte do Estado no escopo de lhes garantir sua própria sobrevivência. Prestigiar os direitos fundamentais é dar concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, é defeso ao Estado omitir-se desse mister. Assim, o princípio da proibição da proteção deficiente também alcança as condutas omissivas ou insuficientes do Estado à tutela desses direitos. Como acentua Ingo Wolfgang Sarlet:

O Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). Neste sentido, o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção.³²⁷

Em sentido muito semelhante, Alexandre Moreira Van Der Broocke conclui que

(...) o dever de proteção, já consagrado pela jurisprudência e pela doutrina em relação aos direitos fundamentais, deve ser

³²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 27. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso dia 05/12/21.

³²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: Revista Opinião Jurídica, n. 7, 2006.1, p. 174, acessado no sítio eletrônico <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>, no dia 30/10/21, às 21h56min.

³²⁷ Ob. cit., p. 178.

levado em consideração, também, em relação aos demais direitos constitucionais, posto que não há espaço de discricionariedade para a atuação do legislador em relação à efetivação do direito previsto na Lei Maior. Ou seja, se existe previsão constitucional que respalde um direito qualquer, fundamental ou não, é imperativo que o Estado-Legislador desempenhe seu mister, conferindo-lhe o regramento normativo infraconstitucional que possibilite sua plena efetivação. Agindo de forma diversa, seja pela sua postura omissiva (*untermassverbot*) ou comissiva (*übermassverbot*), o legislador incide em antinomia inconstitucional.

Ao que parece, a corrente garantista se mostra mais condizente com os desafios que se colocam diante do Estado Democrático de Direito, uma vez que nela a Constituição da República se reveste de maior coercibilidade em relação não só ao Estado-Legislador, como também em face dos demais poderes. Sendo assim, partindo-se da premissa de que o dever de proteção (*schutzpflicht*) é condição de possibilidade da incidência da proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*), e que, segundo o viés garantista, pode-se afirmar que o dever de proteção se estende para além dos direitos fundamentais, a proibição da proteção deficiente abrange os direitos constitucionais em geral.³²⁸

Logo, a proibição de proteção deficiente pode ser definida, segundo Carlos Bernal Pulido, como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, a partir do qual poderá ser constatado se um ato estatal viola ou não um direito fundamental de proteção. Trata-se de compreender, assim, o duplo viés do princípio da proporcionalidade: de proteção positiva ou de proteção de omissões estatais. Em outras palavras, tem-se que a inconstitucionalidade pode advir de um ato excessivo do Estado, ou pode advir de uma proteção insuficiente de um direito fundamental por parte deste (e. g., quando o Estado abre mão de determinadas sanções cujo objetivo é a proteção de direitos fundamentais). Esta dupla face do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos do poder público à Constituição, e tem como consequência a redução do espaço de conformação do legislador³²⁹.

Dos conceitos e definições fixadas, pode-se concluir pela existência de uma relação simbiótica entre o princípio da proibição da proteção deficiente e o ato de legislar. Ainda que caiba ao legislador, por excelência, o dever constitucional de estabelecer a forma como a proteção e promoção dos direitos fundamentais irá

³²⁸ A proibição de proteção deficiente e a inconstitucionalidade do artigo 20, da lei nº 8.429/1991 in Revista da AJURIS, v. 40, n. 129, março 2013, p. 22, acessado no endereço <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/306/241>, no dia 30/10/21, às 22h32min.

³²⁹ *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002, p. 798-799 *apud* GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas, in A Proibição de proteção deficiente. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 61, maio/2008 a outubro/2008, p. 101-102, acessado no endereço http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf, no dia 30/10/21, às 22h48min.

ocorrer (o que se dá, via de regra, por meio de leis), esse exercício terá que ser realizado dentro das balizas constitucionais, funcionando o princípio da proibição de proteção deficiente como um limite mínimo a ser atentado por aquele. Juarez Freitas equaciona bem a questão: *Guardando parcial simetria com o princípio da proibição de excesso (Übermassverbotes), a medida implementada pelo Poder Público precisa se evidenciar não apenas conforme os fins almejados (Ziekonformität), mas, também, apta a realizá-los (Zwecktauglichkeit). Iguamente se mostra inadequada a insuficiência ou a omissão antijurídica causadora de danos.*³³⁰

Aduza-se que sequer há cogitar de interferência indevida na atividade legislativa. O legislador, embora investido pelo povo, não goza de liberdade absoluta para o exercício do seu mister. Deve irrestrita atenção aos preceitos constitucionais no desenvolvimento de sua atividade, a qual, como já exaustivamente exarado, consiste na busca pela promoção e proteção dos direitos fundamentais.

Outrossim, é assente que a democracia não se expressa somente por meio do princípio majoritário, esse considerado a maioria necessária no Congresso Nacional para a aprovação de atos legislativos. A mesma Constituição Federal que garante o direito das maiorias põe a salvo, e em igualdade de relevância e importância, os direitos das minorais. E, havendo sobreposição indevida e/ou ilegítima de um sobre outro, é inerente à função do Poder Judiciário reequilibrar a balança, dando voz àqueles que a tiveram subtraída de forma irregular. Nesse sentido, é a ponderação realizada pelo Ministro Luís Roberto Barroso ao assentar que é da competência do Poder Judiciário promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Nas suas palavras:

O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa nas campanhas, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação.

O papel do Judiciário, e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes

³³⁰ A Responsabilidade Extracontratual do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Omissão. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 241. Jul/set de 2005, p. 27, acessado no endereço eletrônico <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43326>, em 30/10/21, às 23h24min.

papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.³³¹

Por fim, calha o registro que a utilização do princípio da proibição da proteção deficiente não se trata de novidade no âmbito nacional. O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, já fez uso expresso dessa ferramenta de controle de constitucionalidade para afastar/invalidar normas em descompasso com os preceitos da Carta Maior. Exemplificativamente, citamos o RE 418.376, as ADI's 3.510, 6.031 e 5.874, e o HC 104.410.

Nessa vereda, impõe-se a realização de um verdadeiro juízo de proporcionalidade para se averiguar se a produção de efeitos retroativos em dada relação jurídico-processual não importará na própria negação do DAS enquanto instrumento de tutela do direito fundamental à moralidade administrativa. E é justamente isso que ocorre quando se admite a aplicação retroativa da regra de prescrição, que culminará na absolvição sumária de acusados que, até então, tinham, contra si, um devido processo legal instaurado de forma legítima e em conformidade com os preceitos constitucionais.

Dessarte, considerando que a aplicação retroativa da prescrição encerrará uma proteção ineficiente do direito fundamental à moralidade administrativa, mostra-se necessário a adoção de uma interpretação conforme à Constituição para negar-lhe esse efeito.

c) O devido processo legal substantivo é uma via de mão dupla, não sendo direito apenas do réu, mas de ambas as partes do processo sua observância irrestrita.

Até o ingresso da nova lei no sistema jurídico, era indubitado que a todos os réus que estavam respondendo por atos de improbidade era garantido um devido processo judicial substancial mediante a atenção das normas previstas na Lei n. 8.429/91, e, supletivamente, as disposições contidas no Código de Processo Civil, as quais previam, em resumo, uma fase preliminar antecedente ao recebimento da inicial e, após o recebimento, um procedimento comum ordinário, no qual era conferido ao réu amplo direito à defesa e ao contraditório.

Destacamos que, até a promulgação da Lei n. 14.230/21, não havia qualquer norma no ordenamento jurídico prevendo determinado prazo para o processamento da ação judicial que versava sobre improbidade administrativa. Ao contrário: a jurisprudência uniforme do Superior Tribunal de Justiça (STJ) era no sentido de inadmitir a aplicação do instituto da prescrição intercorrente nessas ações³³². Portanto, sequer há cogitar de paralisações ou mora processual indevida até o advento da Lei n. 14.230/21.

³³¹ Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 390-391.

³³² Nesse sentido: AgInt no REsp 1872310/PR, REsp 1.721.025/SE, AgInt no AREsp 962.059/PI, e EDcl no AREsp 156.071/ES.

Por conta disso, não há como se admitir que, por meio de uma simples alteração legislativa, sem *status* constitucional, seja conferido aos réus que respondem por atos de improbidade um indulto legislativo amplo e geral, do qual resultará na imediata e abrupta absolvição deles, em absoluto desrespeito ao devido processo legal substantivo.

Aduza-se que a irrestrita observância do processo substancial é direito de todos os atores do processo e não apenas daquele que se encontra no polo passivo. A ambos, autor e réu, há de ser conferido o devido processo legal substantivo, viabilizando que atuem de forma ampla na defesa de suas pretensões e no exercício do contraditório, o que oportunizará a contribuição concreta na formação do convencimento motivado do juiz. É nisso que consiste a substantivação do direito fundamental ao devido processo legal.

Por essas razões, é que concluímos que as alterações impostas pelo legislador, ao permitir (ainda que implicitamente) a retroatividade da prescrição, antes de promoverem o devido processo legal substantivo, encerram uma violação dele, considerando que a aplicação retroativa da prescrição importará na destruição da própria coerência do processo enquanto instrumento de responsabilização do agente ímprobo.

Como adverte Francisco Clementino de San Tiago Dantas³³³, a desconformidade constitucional com o devido processo legal substantivo se verifica quando, ao adentrar no ordenamento, uma lei engendra alterações tais que criam o próprio colapso em termos de coerência do sistema jurídico. É imperativo, portanto, que o

Legislativo produza leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo esta tarefa no princípio da razoabilidade das leis.

Assim, toda lei que não for razoável, que não seja a *law of the land*, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário. Em apertada síntese, o devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza o julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade.³³⁴

A aplicação retroativa do instituto, sem sequer existirem normas de transição (como geralmente ocorre em outras legislações), acabará por suplantar a tutela da moralidade administrativa em dimensão absolutamente desproporcional e em descompasso com aquilo que se entende por devido processo legal substantivo.

Assim, é impositivo que seja dada uma interpretação conforme à Constituição no tocante à incidência da prescrição a fatos anteriores à sua vigência, no desiderato de se preservar a coerência do sistema jurídico e do próprio processo em que se apura

³³³ Problemas do Direito Positivo: estudos e pareceres. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 34-35.

³³⁴ DAMACÊNO, Régina Mágnia Barreto. O devido processo legal e sua realização no processo administrativo, p. 72. Dissertação de mestrado. disponível em: http://www.unifio.br/pdfs/diss_regina_magna.pdf, acessado no dia 02 dez. 2021.

condutas ímprobas sem que sua aplicação engendre verdadeiro colapso estrutural do sistema protetivo da probidade administrativa.

d) A incorporação dos princípios do Direito Penal ao DAS reclama os devidos ajustes para se manter a coerência do sistema sancionador administrativo.

Como já exaustivamente assentado, não há qualquer impedimento para que a importação de um princípio da seara penal (da retroatividade, no exemplo do estudo) passe por um exame de interpretação, remodelação e adequação antes de ser totalmente incorporado ao Direito Administrativo Sancionador. Aliás, esse juízo interpretativo é inerente à ciência jurídica. Somente por meio dele se viabiliza que haja o devido calibramento dos princípios oriundos de outros ramos aos bens jurídicos que passarão a tutelar no âmbito do DAS, respeitando, sobretudo, a própria finalidade dessa disciplina.

Apenas a título de exemplo, modo a comprovar que a proposta ora apresentada nada de inovadora possui, na Espanha, há a denominada *Teoría de las matizaciones o flexibilizaciones*. Essa teoria prega, de forma muito resumida, a adoção de um processo jurídico-cognitivo visando adequar os princípios penais às características próprias do DAS quando da sua incorporação, resguardando-se e ponderando-se a natureza peculiar de tutela a que se destina o DAS. Essa teoria, aliás, vem sendo usualmente aplicada pelo Tribunal Constitucional espanhol, como aponta Alejandro Nieto:

O próprio Tribunal Constitucional – que, na sua condição de intérprete supremo da Constituição, declarou-se, às vezes, o mais fanático defensor das formas – acabou reconhecendo a inviabilidade do sistema e conseqüentemente tem admitido sua flexibilização mediante aplicação de certos matizes ou modulações dos princípios do Direito Penal quando aplicados ao Direito Administrativo Sancionador (tradução livre).³³⁵

Contudo, como ressalva Alejandro Nieto³³⁶, desse processo muitas vezes surge um novo princípio que muito pouco carregada da sua formulação original do âmbito penal. A extração do adequado sentido da norma não revela qualquer violação ao ordenamento jurídico constitucional. Ao contrário, reafirma a higidez e coerência do sistema jurídico porque garante a autonomia e a finalidade do DAS como disciplina vocacionada para a tutela do coletivo.

Portanto, se propõe uma interpretação constitucional das alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21 no tocante à retroatividade do instituto da prescrição. Porque, ainda que entendamos legítima a incorporação do instituto da prescrição no âmbito da ação de improbidade administrativa, não ressoa constitucionalmente legítimo que tal previsão venha a atingir processos em curso

³³⁵ Ob. cit., p. 370.

³³⁶ Ob. cit., p. 47.

de modo a brechar imediatamente a tutela da moralidade administrativa. Admitir tal aplicação importará em negar a própria natureza do DAS, além de violar a tutela da moralidade administrativa enquanto direito fundamental, a qual reclama proteção ativa por parte do Estado.

E a interpretação constitucional do instituto da prescrição e do princípio da retroatividade da lei mais benigna, harmonizando-os ao direito fundamental à moralidade administrativa e o direito ao devido processo substantivo, se traduz na admissão da incidência do instituto a fatos ímprobos praticados anteriormente à sua previsão legal; porém, a contagem do prazo prescricional terá como marco inicial a publicação da lei que o inseriu no âmbito das ações de improbidade administrativa. Tal providência mantém hígida a tutela eficiente da moralidade administrativa enquanto direito fundamental, afora garantir ao réu a duração razoável do processo, mediante a limitação do *ius puniendi* estatal, sem que haja um colapso estrutural do sistema jurídico.

5 ÚLTIMOS APONTAMENTOS

Admitimos que, na seara penal, não existe a discussão ora proposta no tocante à ponderação de direitos/princípios na aplicação da lei mais benéfica ao réu. Todavia, como assentado ao longo desse artigo, não há identidade entre Direito Penal e DAS.

O Direito Administrativo Sancionador está fundado em direitos fundamentais que prestigiam a coletividade, visando a promoção da dignidade da pessoa humana. No Direito Penal não há, em tese, conflito entre direitos fundamentais, de modo que a aplicação retroativa da lei não inaugura essa espécie de debate. Além disso, o constituinte originário conferiu à retroatividade da lei penal mais benigna *status* de cláusula pétrea ao inseri-la no art. 5º, XL, CF.

Entretanto, tal dispositivo não irradia automaticamente efeitos na seara da improbidade administrativa. Isso porque, quando da previsão da retroatividade da lei mais benéfica, o constituinte limitou esse efeito às leis de natureza penal. E, como já se viu exaustivamente nos capítulos anteriores, o DAS não versa sobre Direito Penal, mas, sim, sobre Direito Administrativo, assim como possuem natureza de direito civil-administrativo as normas que tratam da improbidade administrativa.

No tocante ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, é de se esclarecer que inexistente qualquer precedente formado a respeito da matéria. O que há, há exceção de um julgado do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal – no qual o DAS não era objeto central da discussão –, são alguns julgados das turmas dos tribunais superiores que, como se verificará, em nada infirmam as conclusões delineadas no presente estudo.

Com efeito, no âmbito do STJ há poucos julgados reconhecendo a retroatividade da norma mais benéfica na seara do Direito Administrativo Sancionador. Porém, é de se destacar que, pelo menos no tocante aos julgados a que tivemos acesso³³⁷, a matéria controvertida jazia no Direito Administrativo Disciplinar ou no âmbito do Direito Tributário. Logo, nos casos em que o STJ aplicou o princípio da retroatividade não existia conflito entre direitos fundamentais a ensejar relativização do princípio.

³³⁷ RMS 37.031, MS 20.776, RMS 33.484, REsp 1.153.083 e REsp 1.402.893.

Isto é, a aplicação do princípio da retroatividade ultrapassou o juízo de proporcionalidade delineado nos capítulos anteriores, o que legitimou sua incidência de forma plena.

Em sede de STF, por seu turno, os julgados que trataram objetivamente do Direito Administrativo Sancionador em momento algum enfrentaram a matéria sobre a ótica do conflito entre direitos fundamentais.

Nas ACO's n. 3.191 e 2.829 e na ADI 6.032, fixou-se a tese de que os princípios da legalidade e da tipicidade integram o arcabouço principiológico do DAS, sem nada referir, novamente, sobre a retroatividade da lei.

Na Reclamação n. 41.557, o debate centrou-se no fato de o Direito Administrativo Sancionador incorporar ou não o princípio do *ne bis in idem*, concluindo a Segunda Turma do STF pela incorporação do princípio no âmbito do DAS. Em momento algum, como se vê, se tratou da retroatividade de lei mais benigna no regime do Direito Administrativo Sancionador.

Por outro lado, o mesmo STF, agora por meio do Tribunal Pleno, quando do julgamento da Pet 3.240, que tratou da possibilidade de dupla responsabilização (civil e político-administrativa) dos Ministros de Estado, afastou a incidência do princípio do *ne bis in idem* ainda que em *obiter dictum*.

Dentre diversas questões que foram postas em análise e em debate, prevaleceu o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso que se utilizou, como um dos fundamentos do seu voto, a não aplicação do princípio do *ne bis in idem* entre as searas da improbidade administrativa e dos crimes de responsabilidade. Assentou que *não há superposição entre os regimes de responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa e de responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade*.

Ou seja, a posição do STF sobre a incorporação dos princípios do Direito Penal ao DAS e a extensão dessa apropriação é, até o presente momento, no mínimo, nebulosa considerando os casos ora apresentados.

Como registramos, a proposta apresentada no presente artigo não consiste em simplesmente negar a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica em sede de Direito Administrativo Sancionador. Apenas se defende que a aplicação desse princípio deva sofrer o devido cotejo com todo o arcabouço normativo e principiológico que alimenta essa disciplina autônoma do Direito Administrativo, passando por um juízo constitucional de proporcionalidade. *Os princípios seguem sendo sagrados e intocáveis, mas na hora de sua aplicação no âmbito do Direito Administrativo Sancionador deve, ser devidamente adaptados às exigências da realidade administrativa (tradução livre)*³³⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Administrativo Sancionador cuida-se de uma disciplina vinculada ao ramo do Direito Público Administrativo. Embora possa se valer do Direito Penal para fomentar o desenvolvimento da disciplina, é absolutamente incongruente defender a

³³⁸ NIETO, Alejandro. Ob. cit., p. 47.

tese de uma transposição pura e simples do arcabouço principiológico do Direito Penal para o DAS. Tal agir engendraria uma verdadeira subversão dos valores e dos princípios próprios desse ramo do Direito.

Por essas razões, a incorporação de princípios da esfera penal para o âmbito do DAS exige um juízo prévio de admissibilidade e adequação. A partir dos preceitos que lhe são próprios, deve-se avaliar com o devido rigor científico as contribuições do Direito Penal, sem jamais abandonar a sua índole de regime jurídico-administrativo instrumental de tutela de interesses públicos, e, somente então, decidir pela pertinência dessa apropriação.

No âmbito das ações de improbidade administrativa, o DAS assume, ainda, um caráter constitucional peculiar porque serve de instrumento para tutela moralidade administrativa enquanto direito fundamental metaindividual. Por ser obrigação do Estado a adoção de postura proativa no desiderato de proteger e promover esse direito que serve como fundamento da república, impõe-se que análise dos princípios do Direito Penal eventualmente incidências na seara do DAS tenham em conta essas características peculiares.

Revela-se absolutamente antidemocrático e, portanto, inconstitucional, eventual alteração legislativa que tenha o escopo reduzir a esfera de proteção de um direito fundamental, tal qual ocorre na interpretação que viabiliza a aplicação retroativa da prescrição para os processos já em trâmite. O princípio da proibição da proteção deficiente inibe do Poder Legislativo de praticar condutas dessa natureza.

Embora se entenda legítima a inclusão do instituto da prescrição intercorrente no âmbito das ações de improbidade, a mesma conclusão não se apresenta possível no tocante ao entendimento de que, por se tratar de norma mais benéfica, ela teria incidência retroativa nos casos de improbidade administrativa. É que, ainda que seja passível de incidência o princípio penal da retroatividade da lei mais benéfica no âmbito do DAS, essa aplicação demanda um juízo preliminar de proporcionalidade, modo a averiguar se essa aplicação não ensejará na própria violação de outros princípios e de direitos de ordem constitucional. E, em ocorrendo, caberá ao intérprete harmonizar os direitos em aparente conflito, garantindo-lhes a manutenção simultânea.

No caso, como a aplicação retroativa da prescrição da pretensão punitiva importará no completo desprezo do direito fundamental à moralidade administrativa, resta inviável concluir pela legitimidade constitucional de interpretação dessa natureza, por absoluta falta de proporcionalidade.

Logo, partindo-se de um juízo de proporcionalidade, no intuito de garantir a proteção adequada da moralidade administrativa enquanto direito fundamental, substantivar o direito do réu à razoável duração do processo, incorporando, ainda, o instituto da prescrição intercorrente, sem que haja total desrespeito ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, a interpretação que mais harmoniza esses preceitos jaz na aplicação do instituto da prescrição a qualquer ato de improbidade administrativa praticado (quer no passado ou no presente), sendo que o lapso temporal fixado pelo legislador passará a fluir da entrada em vigor da Lei n. 14.230/21, que inseriu o instituto da prescrição intercorrente no campo das ações de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ÁVILA, Humberto Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, disponível em <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=Mzi3Mg%2C%2C>. Acessado no dia 30/11/2021.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 1, n.2, abr./jun. 1993.
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. Problemas do Direito Positivo: estudos e pareceres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DAMACÊNO, Régina Mágná Barreto. O devido processo legal e sua realização no processo administrativo. Dissertação de mestrado. Disponível em http://www.unifioe.br/pdfs/diss_regina_magna.pdf. Acessado no dia 02/12/21.
- FREITAS, Juarez. O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FREITAS. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FREITAS. A Responsabilidade Extracontratual do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Omissão. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 241. Jul/set de 2005. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43326>. Acessado no dia 30/10/21.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A Proibição de proteção deficiente. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, n. 61, mai./out. 2008. Disponível em http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246460827.pdf. Acessado no dia 30/10/21.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, mai./ago. 2021. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>. Acesso em: 03/12/21.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.
- KRUSSEWSKI, Cristina. Direito Administrativo Sancionador: apontamentos gerais sobre as infrações administrativas e alguns aspectos de sua relação com o Direito Penal. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24039/Versao%20Digital%20Dirce%20Posbanca.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em 26/11/21.
- LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.
- LUZ, Denise. Direito Administrativo Sancionador Judicializado: improbidade administrativa e o devido processo - aproximações e distanciamentos do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MOREIRA NETO, Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008.
- NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador

- brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020. Disponível em <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/5%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/Artigos/3.pdf>. Acesso em: 03/12/21.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. 3. ed. Jurídico Atlas, 2000.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da defesa do patrimônio Público. São Paulo: Atlas, 1999.
- PIETRO, Maria Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- RAMOS, André de Carvalho. O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (org.). Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. Revista Doutrina do TRF4. Disponível em https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html. Acessado no dia 30/10/21.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Administração pública e os direitos fundamentais. Palestra proferida na Escola da Magistratura do TRF- 4ª Região. Curso Permanente: Módulo II, Direito Administrativo. Disponível em http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgang-sarlet.pdf.
- SARLET. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Revista Opinião Jurídica, n. 7, 2006.1. disponível no endereço <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>. Acessado em 30/10/21.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 23-50. Disponível em <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acessado no dia 05/12/21.
- SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência Disponível em <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/139/84>. Acessado no dia 05/12/21.
- SOUZA, Renata Cristina Macedônio de. Moralidade administrativa como direito fundamental e consectário da cidadania no direito constitucional contemporâneo. Disponível em <http://www.unilago.edu.br/publicacao/edicaoatual/sumario/2018/01.pdf>. Acessado em 30/10/21.
- VAN DER BROOCKE, Alexandre Moreira. A proibição de proteção deficiente e a inconstitucionalidade do artigo 20, da lei nº 8.429/1991. Revista da AJURIS, v. 40, n. 129, março 2013. Disponível em <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/306/24>. Acessado em 30 out 2021.

POR QUE A DECISÃO NA MEDIDA CAUTELAR NA ADPF N° 779 NÃO IMPEDE A ABSOLUÇÃO POR LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

Thiago Flôres Carvalho³³⁹

INTRODUÇÃO

A Lei n° 13104/2015 trouxe ao Código Penal a figura do feminicídio. Não criou tipo autônomo, mas qualificou a morte dolosa “*contra a mulher por razões da condição de sexo feminino*” (art. 121, § 2º, VI). Apesar de categoria específica, é informação que não consta no assento de óbito. A Lei de Registros Públicos não a exige (art. 80, 8º). Se a previsse, reclamaria análise de dados que, não raramente, só são explicitados mediante investigação criminal. Seja como for, isso não impede a constatação de que há número significativo. Ilustrativamente, o Atlas da Violência 2021, elaborado pelo Ipea, anotou que, em 2019, no Brasil, 1.246 mulheres foram mortas dentro de casa, o que soma 33,3% do total de mortes violentas de mulheres. Isso sugere que se cuida de feminicídio, uma vez que “*a literatura internacional reconhece que a maior parte dos homicídios cometidos dentro de casa são de autoria de pessoas conhecidas da vítima*”³⁴⁰.

As mortes, mais do que o local do fato, têm ponto em comum. São marcadas pela dinâmica das relações, fruto de cultura que inferioriza a mulher e, para o agressor, não só explica, mas justifica o crime.

Na outra ponta, o art. 5º, XVIII, da Constituição Federal reconhece a instituição do júri, a quem compete, com caracteres próprios, o julgamento de crimes dolosos contra a vida. Cabe ao jurado, pessoa leiga e convocada entre membros da sociedade, decidir se o fato ocorreu e se o acusado o praticou, bem como se deve ser absolvido, com ou sem eventuais circunstâncias capazes de influenciar na dosimetria da pena, caso condenado. Tudo isso é feito em decisão que ostenta a nota da soberania e em votação sigilosa, garantindo-se plenitude à defesa.

É nesse contexto que ganham espaço discussões sobre os limites da atuação dos envolvidos e do desfecho dado pelo jurado. Tais temáticas, ademais, em vista das particularidades de que se revestem o feminicídio, têm merecido atenção maior. Não por outro motivo o pleno do Supremo Tribunal Federal se ocupa de uma ação de descumprimento de preceito fundamental a tratar da “*legítima defesa da honra*”, a ADPF n° 779, e do agravo em recurso extraordinário com repercussão geral n° 1.225.185, em que se definirá se o júri pode absolver “*por clemência*” ou, melhor dizendo, por razões arbitrárias, entre elas a fundada na suposta superioridade masculina. É esse o tema a ser tratado neste trabalho.

³³⁹ Juiz de Direito Substituto do TJPR. Professor de prática processual penal na Escola da Magistratura do Estado do Paraná – Emap. Mestrando em Direito e Poder Judiciário na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7435586204307516>. Registro Orcid: 0000-0001-7113-9710.

³⁴⁰ Atlas da Violência 2021 / Daniel Cerqueira et al., — São Paulo: FBSP, 2021, p. 41.

1 O TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

1.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Na atual conformação, o júri, além de contar com previsão expressa, é direito fundamental (art. 5º, XXXVIII, “c”). É a oportunidade em que a sociedade julga a causa, em substituição ao magistrado. Apesar das críticas³⁴¹, é nota de soberania popular, a concretizar o princípio democrático.

Assegura a Constituição da República a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A plenitude é mais abrangente do que a ampla defesa (art. 5º, LV). Viabiliza argumentos não passíveis de acolhimento pelo togado, a exemplo de questões morais, religiosas, políticas e congêneres.

O sigilo das votações, por sua vez, é exceção ao art. 93, IX, da Constituição Federal, porque não se revela o voto do jurado. Não se exige tampouco motivação, já que a íntima convicção é o sistema de avaliação de prova.

Já a soberania dos veredictos blinda a decisão, impedindo que togados a revisem. Evita que a sessão plenária seja apenas figurativa, haja vista que, do contrário, seria sempre substituída pelo órgão *ad quem*.

Por fim, estipulou-se competência mínima. Os crimes dolosos contra a vida, tipificados pelo legislador ordinário, serão sempre objeto de apreciação pelo tribunal popular. Impediu-se, com isso, que fosse esvaziado, sem prejuízo de que outras infrações lhe sejam atribuídas.

1.2 QUESITAÇÃO

O jurado não fundamenta sua decisão. Limita-se a votar “sim” ou “não”. O questionário e a votação a que se referem os arts. 485 e 491 do Código de Processo Penal são formulados como quesitos, em forma de perguntas, a comportar apenas uma resposta.

Há, ao menos, 2 (dois) modelos de quesitação. No inglês, existe só uma indagação, se o acusado é culpado ou não culpado (“*guilty or not guilty?*”). Já o sistema francês submete ao júri séries distintas. Enquanto o sistema inglês é dada a simplicidade, mais objetivo e, logo, menos sujeito a questionamentos, o francês propicia maior precisão e meio de controle, facilitando às partes a impugnação.

No regime anterior a 2008, as teses de defesa eram votadas em separado, o que também valia para agravantes e atenuantes e causas de aumento e de diminuição de pena. Não se discute que vigia o modelo francês. Com a Lei nº 11.689/2008, ora não se indaga apenas sobre a culpa. O jurado delibera acerca da materialidade e da autoria ou participação, bem como de causas de aumento e de diminuição e, também, sobre qualificadoras. Em relação à absolvição, o legislador a condensou num só quesito:

³⁴¹ Lopes Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1060.

“O jurado absolve o acusado?” (art. 483, § 2º), algo próximo do “*guilty or not guilty?*”. Não abandonou a inspiração francesa, mas impôs traço do mecanismo inglês. É o que expõe a doutrina³⁴²:

“Com a entrada em vigor da Lei nº 11.689/08, pode-se dizer que ambos os sistemas passaram a ser utilizados. Isso porque, dentre as várias indagações formuladas ao Conselho de Sentença, passa a existir um quesito específico perguntando se o jurado absolve o acusado (CPP, art. 483, § 2º). Por isso, grande parte da doutrina tem se manifestado no sentido de que o sistema adotado pelo CPP a partir da reforma processual de 2008 passa a ser misto, combinando os quesitos diversos do sistema francês com o quesito específico acerca da absolvição do acusado, próprio do sistema anglo-americano”.

Hoje, assim, é possível sustentar sistema de quesitação misto, com caracteres dos mecanismos francês e inglês.

1.3 A ANULAÇÃO POR DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, “D”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)

No júri, as hipóteses recursais são restritas. Não há devolução integral da matéria à instância revisora. As alíneas do inciso III do art. 593 do Código revelam que o órgão *ad quem* pode anular o julgamento, se houver nulidade posterior à pronúncia, adequar a sentença à decisão do conselho de sentença ou modificar a pena – esta aplicada pelo togado. A última possibilidade – e que gera maior debate – diz com a anulação por decisão “*manifestamente contrária à prova dos autos*” (art. 593, III, “d”).

A previsão sobreveio com a Lei nº 263/48. Reserva-se à hipótese em que o jurado decide de forma totalmente incompatível com as vertentes probatórias, em postura que, a partir das teses expostas, desafia qualquer racionalidade. Não é autorização para que o órgão *ad quem* reanalise em toda amplitude a prova e, se entender de maneira diversa, reforme a decisão. A abordagem é verificar, por exemplo, se, havendo 2 caminhos factíveis, a conclusão enveredou por terceira via, inimaginável a partir do contexto fático.

A literatura especializada aduz, nesse norte, que³⁴³:

“A arguição desse dispositivo como forma de afastar o que decidido pelo juiz natural (tribunal popular) deve ser aplicado de forma excepcional. É dizer, naquelas situações absolutamente incontestáveis nas quais a decisão dos jurados desbordou de toda prova existente nos autos”.

³⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 1519.

³⁴³ Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência / Eugênio Pacelli, Douglas Fischer, - 5. ed. rev. e atual. até fevereiro de 2013 – São Paulo: Atlas, 2013, p. 1182.

Reconhecida a decisão manifestamente contrária à prova, o provimento devolverá o feito à origem, para novo julgamento, com outro conselho de sentença (art. 449, I, do Código de Processo Penal). No novo júri, se a conclusão for a mesma, não haverá o que questionar. O art. 593, § 3º, do Código permite apelação sob esse fundamento apenas uma vez.

Críticas não faltam. Nelson Hungria, antigo detrator da instituição, dizia, com ironia, ao questionar absurdos do conselho de sentença, que *“Uma primeira e única vez, o seu veredito pode ser cancelado pelo Tribunal da justiça togada; mas, quando do novo julgamento, pode decidir que gato é lebre e que ôvo é espeto³⁴⁴”* (sic).

A par disso, é consenso que a restrição à segunda apelação serve a evitar infundável discussão e, por extensão, a proteger a soberania. Se idêntica deliberação foi tomada pela segunda vez, encerrou não descuido, mas legítima opção chancelada por quem, ali, representa aquela sociedade³⁴⁵.

1.4 A DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS E A ABSOLVIÇÃO POR “CLEMÊNCIA”

Corrente advoga que a plenitude de defesa e a soberania dos veredictos, associadas ao sigilo das votações, tornam intangível a decisão absolutória. É que se a defesa pode lançar argumentos quaisquer, inclusive extrajurídicos, permitir-se-ia ao jurado, também, por fundamento aleatório, alegado ou não, promover a absolvição, já que dele não se exige fundamentação. Em sequência, não seria sindicável, o que torna o art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal não recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Em acréscimo, por ser o júri direito fundamental, garantia do indivíduo contra o Estado, a absolvição não comportaria relativização, independentemente da justiça da decisão.

O posicionamento ganhou reforço com a citada Lei nº 11.689/2008, que alterou a quesitação. Ao estipular quesito genérico para a absolvição (art. 483, III, § 2º), a legislação, adequada à Constituição Federal, teria a permitido por qualquer motivo.

Esclareça-se, por oportuno, que a *“absolvição por clemência”* aponta para o perdão. Entretanto, na prática, autoriza-a por, realmente, qualquer fundamento, inclusive em valores nem tão nobres ou até repudiados pelo ordenamento.

Talvez pela amplitude, a tese encontrou resistência na jurisprudência. Há décadas, o Supremo já proclamava, antes da atual Constituição, que a apelação por decisão manifestamente contrária à prova dos autos não padecia de vício de

³⁴⁴ HUNGRIA, Nelson. *A justiça dos jurados*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, pp. 7-12.

³⁴⁵ A vedação legal contida no § 3º do artigo 593 do Código de Processo Penal se refere ao segundo apelo pelo mesmo motivo, assim entendido como o de ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos porque o que se quer evitar é o duplo julgamento meritório com vistas a eternizar a lide por mera insatisfação das partes (...) (AgRg no REsp 1720277/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018).

constitucionalidade³⁴⁶. Essa é orientação dominante no Superior Tribunal de Justiça³⁴⁷. É que, num estado democrático de direito, não se admitem arbitrariedades nem se reconhecem poderes ilimitados, quanto mais quando em jogo o bem jurídico mais importante, a vida.

Não obstante, recentemente, sobrevieram julgamentos dissonantes nas Turmas do Supremo. À vista disso e da importância para as políticas criminais e de segurança pública, reconheceu-se a repercussão geral do tema. Pende julgamento, no pleno, do agravo em recurso extraordinário nº 1.225.185³⁴⁸, em que se definirá se viável ao júri absolver por “*clemência*”, com consequência ao recurso do art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal.

2 A LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

2.1 A TEORIA FEMINISTA DO DIREITO

Frances Olsen escreveu, na obra “*El sexo del derecho*” (1990), que o “*direito tem sexo*”. Expôs que, na concepção ocidental, há dualismo de pensamento: racional e irracional; ativo e passivo; concreto e abstrato. Para a autora, o homem é racional, ativo e capaz de abstrair no processo de pensar, enquanto a mulher, de maneira inferior, é irracional, passiva e sentimental. Como o direito é racional, ativo e abstrato, identifica-se com o masculino e reflete e é valorizado como ciência masculina.

A abordagem desperta discussão de como as normas são editadas³⁴⁹ e, sobretudo, interpretadas. Indica que se inclinam a valores masculinos, que fundamentam as relações de poder e são legitimadas pelo direito.

A Constituição Federal tem dispositivos inúmeros sobre igualdade de gênero (arts. 1º, III, 3º, IV, 4º, II e VIII, 5º, caput e I, e 226, § 8º). Rejeita leituras discriminatórias. Também, existem tratados internacionais ratificados pelo Brasil (Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e Convenção

³⁴⁶ NÃO E INCONSTITUCIONAL A LEI 263 DE 1948, QUE PERMITE AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ANULAR A DECISÃO DO JÚRI, QUANDO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS. SE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AO JULGAR A APELAÇÃO, COM O CONHECIMENTO INTEGRAL DA PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU SER CONTRÁRIA A EVIDENCIA DESTA A DECISÃO DO JÚRI, NÃO É POSSÍVEL, EM HABEAS-CORPUS, DECIDIR EM SENTIDO OPOSTO (HC 32271, Relator(a): LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/1952, DJ 24-09-1953 PP-11610 EMENT VOL-00144-03 PP-00890 ADJ 08-02-1954 PP-00396).

³⁴⁷ (...) a Terceira Seção do STJ firmou o entendimento de que a anulação da decisão absolutória do Conselho de Sentença (ainda que por clemência), manifestamente contrária à prova dos autos, segundo o Tribunal de Justiça, por ocasião do exame do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público (art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal), não viola a soberania dos veredictos (HC 560.668/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 24/08/2020).

³⁴⁸ RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI E SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ART. 5º, XXXVIII, C, CF). IMPUGNABILIDADE DE ABSOLVIÇÃO A PARTIR DE QUESITO GENÉRICO (ART. 483, III, C/C §2º, CPP) POR HIPÓTESE DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, D, CPP). ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA E SOBERANIA DOS VEREDICTOS. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (ARE 1225185 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 19-06-2020 PUBLIC 22-06-2020).

³⁴⁹ No Código Civil de 1916 havia referência ao homem como “chefe” da família (art. 233), enquanto que o Código Penal já tutelou aquilo que designou como “mulher honesta” (art. 219).

interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher - Convenção de Belém do Pará). Na prática, porém, são necessários estudos, inclusive voltados ao Judiciário³⁵⁰, para alterar concepção de que há hierarquia entre homens e mulheres.

É disso que se ocupa a denominada teoria feminista do direito, a fim de atalhar, conforme, ilustrativamente, ensina Adriana Ramos de Mello³⁵¹, a invisibilidade da violência e a negação de direitos no que se refere às mulheres.

2.2 A DESCRIMINANTE DO ART. 25 DO CÓDIGO PENAL E A DEFESA DA HONRA

O Código Penal não criminaliza reações necessárias e moderadas a agressões injustas, atuais ou iminentes, contra direito próprio ou alheio (art. 25). O fato é típico, mas não ilícito, e, assim, não constitui infração penal.

Ninguém é obrigado a suportar, passivamente, ataque a direito. Entretanto, atenta ao monopólio da força conferido ao Estado, a norma tem, mesmo dentro da abstração que lhe é inerente, limites bem desenhados, sob pena de viabilizar *“justiça pelas próprias mãos”*. Apesar disso, a discriminante é distorcida para justificar a morte de mulheres dentro de um relacionamento. É o que se chama de legítima defesa da honra.

A tese é fruto do desrespeito à isonomia pregada pela Constituição Federal e por tratados internacionais e considera que a traição, o rompimento por iniciativa da mulher ou qualquer fato que, dentro de um relacionamento, desagrade ao homem lhe ultraja a dignidade e a boa reputação. É pensamento de que a rejeição pela mulher, dada suposta inferioridade, acarretaria ilícito, porque caberia ao homem decidir sobre a continuidade daquela união e em que termos. Assim, atrairia o conceito de agressão injusta a direito próprio, atual ou iminente, e, por consequência, escusa, até sob perspectiva penal, para investida violenta, incluída a morte da pretensa agressora.

A despeito da impropriedade, a alegação já encontrou aplausos em diversos júris, ganhando notoriedade em casos rumorosos³⁵².

2.3 A ADPF N° 779 E A PROIBIÇÃO DE ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

O Partido Democrático Trabalhista - PDT, em janeiro de 2021, ajuizou ação de descumprimento de preceito fundamental, autuada sob nº 779. Questionou a legítima defesa da honra.

Monocraticamente, o relator, Ministro Dias Toffoli, decidiu que a tese é inconstitucional. Apontou que ofende os princípios da dignidade da pessoa humana

³⁵⁰ Para ilustrar, o Conselho Nacional de Justiça elaborou o “Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero”.

³⁵¹ *“É uma dimensão que deve ter como objetivo ensinar ao mundo o que e quem são realmente as mulheres, e formar as novas gerações e as novas sociedades”*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 140 - 167, jan. - mar. 2016. MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: Uma Análise Socio-jurídica do Fenômeno no Brasil*, p. 5-6.

³⁵² A ilustrar, cita-se o conhecido julgamento de Doca Street, réu confesso da morte de Ângela Diniz, na década de 70, quando o então defensor Lins e Silva, depois de fala em que sustentou legítima defesa da honra, foi ovacionado. Vide vídeo disponível, entre outros, no endereço https://www.youtube.com/watch?v=chd_bciOnmc. Consulta em 25.12.2021, às 19:05 horas.

e da igualdade de gênero, bem como o direito à vida. Vedou a alegação em plenário do júri, sob pena de nulidade, caso o defensor dela se valha, competindo ao juiz coibir o excesso, sem prejuízo da anulação do julgamento com base no art. 593, III, “a”, do Código de Processo Penal – nulidade posterior à pronúncia.

Em 12.03.2021, a questão foi ao pleno. Os 11 Ministros destacaram o número de feminicídios, fruto de cultura ainda patriarcal. Por unanimidade, referendaram a decisão do relator, com pequeno ajuste, a fim de que a tese de legítima defesa da honra, de forma expressa ou de modo que a tangencie, alcance não apenas a defesa, mas, também, a autoridade policial, o Ministério Público e o juiz³⁵³.

3 A INSUFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO CONFERIDA PELA DECISÃO PROFERIDA NA MEDIDA CAUTELAR NA ADPF N° 779

3.1 A ORIGEM DA ADPF N° 779

Embora discorra sobre a violência de gênero, a legítima defesa da honra e os dispositivos que impugna, a inicial tem por norte a conclusão da 1ª Turma do Supremo no habeas corpus n° 178777. Tanto é verdade que a cita, no curso de sua exposição, 14 (quatorze) vezes, abordando expressamente os votos proferidos.

De fato, em setembro de 2020 - menos de 4 (quatro) meses antes do ajuizamento da ADPF -, a 1ª Turma julgou a impetração. Por maioria, concedeu a ordem para reformar acórdão do TJMG, que anulava julgamento proferido pelo conselho de sentença.

Na origem, na Comarca de Nova Era, interior de Minas Gerais, o acusado, que mantinha relacionamento com a vítima e recentemente dela separara, inconformado e desconfiado de que já se relacionava com outrem, procurou-a para tomar satisfação. Assim o fez, porém, de posse de uma faca, mais tarde utilizada para lhe desferir golpes na cabeça e no pulmão. A morte não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade, porque terceiros a socorreram.

Diante desse enredo, típico de feminicídio³⁵⁴, aqui na modalidade tentada, tão comum no cotidiano de varas do júri, o acusado foi denunciado, pronunciado e submetido a julgamento popular. Nessa última fase, aponta a ata do referido julgamento, a defesa alegou ausência de culpabilidade, em virtude de forte emoção, e, alternativamente, desclassificação para lesão corporal. Na votação, embora

³⁵³ Medida cautelar parcialmente concedida para (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa; e (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento. (ADPF 779 MC-Ref, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 19-05-2021 PUBLIC 20-05-2021).

³⁵⁴ Naqueles autos, além da qualificadora do feminicídio, havia as dos incisos II e IV do art. 121, § 2º, do Código Penal.

os jurados tenham reconhecido a materialidade, a autoria e o dolo de matar, absolveram o acusado no quesito genérico.

O Ministério Público interpôs apelação, sob o fundamento de que a decisão, manifestamente, afrontou a prova dos autos (art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal), tese acolhida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Minas Gerais³⁵⁵. A defesa opôs embargos de declaração, que foram rejeitados. Interpôs, então, recurso especial, que teve seguimento negado e motivou o manejo de agravo. Já no Superior Tribunal de Justiça, o relator o admitiu e lhe negou provimento monocraticamente. Sobreveio agravo regimental, rejeitado pela 5ª Turma³⁵⁶. O acórdão transitou em julgado no dia 05.09.2019, mas a Defensoria Pública, responsável pelos interesses do acusado, impetrou, no dia 21.11.2019, habeas corpus perante o Supremo Tribunal Federal. Não houve análise de pleito liminar, tendo o feito sido pautado, na 1ª Turma, no dia 29.09.2020, ocasião em que, por maioria, prolatou-se aresto assim ementado:

JÚRI – ABSOLVIÇÃO. A absolvição do réu, ante resposta a quesito específico, independe de elementos probatórios ou de tese veiculada pela defesa, considerada a livre convicção dos jurados – artigo 483, § 2º, do Código de Processo Penal.

(HC 178777, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 29/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-291 DIVULG 11-12-2020 PUBLIC 14-12-2020).

Opostos embargos de declaração pela Procuradoria-Geral da República, a Turma os rejeitou. O acórdão transitou em julgado no dia 06.05.2021.

De acordo com o voto vencedor, de lavra do relator Ministro Marco Aurélio, acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli e Rosa Weber, a soberania autoriza o jurado

³⁵⁵ PENAL E PROCESSUAL PENAL - HOMICÍDIO DOLOSO QUALIFICADO - JÚRI - RECURSO MINISTERIAL - ABSOLVIÇÃO - ANULAÇÃO DO JULGAMENTO SOB A ALEGAÇÃO DE NÃO ESTAR BASEADA NAS PROVAS DOS AUTOS - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO.

- Não obstante serem os veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri soberanos, suas decisões devem encontrar na prova carreada respaldo mínimo que as ampare. De forma contrária, comportam anulação com fulcro no art.593, §3º, do Código de Processo Penal, como no caso dos autos. - Recurso provido.

(TJMG - Apelação Criminal 1.0447.16.001025-5/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 07/02/2018, publicação da súmula em 21/02/2018).

³⁵⁶ PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ART. 121, § 2º, II, IV e VI, NA FORMA DO ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL - CP. 1) VIOLAÇÃO AO ART. 593, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE RECONHECE DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DA ABSOLVIÇÃO. DESCABIDO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS QUE AMPARAM A RESPOSTA POSITIVA AO QUESITO GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO. 2) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conforme disposto no artigo 593, III, “d”, e § 3º, do CPP, cabível novo julgamento pelo Tribunal do Júri se a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos.

1.1. No caso em tela, o Tribunal de origem constatou que a absolvição pelos jurados após reconhecida a autoria e a materialidade não encontrava respaldo no acervo probatório, sendo certo que não se admite absolvição por clemência ou outro título análogo, conforme precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1369974/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 21/10/2019).

decidir com base em íntima convicção. Pode lançar fundamento extrajurídico e dissociado de prova ou de racionalidade qualquer. Confira-se trecho do voto (destacou-se):

Os jurados reconheceram a materialidade e a autoria do crime. Na sequência, questionados se absolviam o acusado – a teor do artigo 483, § 2º, do Código de Processo Penal –, responderam afirmativamente.

O quesito versado no dispositivo tem natureza genérica, **não estando vinculado à prova**. Decorre da essência do Júri, segundo a qual o jurado pode absolver o réu com base na livre convicção e independentemente das teses veiculadas, **considerados elementos não jurídicos e extraprocessuais**. A pergunta, conforme se depreende do preceito legal, há de ser formulada obrigatoriamente, no que a resposta afirmativa não implica nulidade da decisão, **independentemente dos argumentos suscitados, em Plenário, pela defesa**.

Na prática, se o jurado, no caso de Nova Era, entendeu que o contexto da tentativa de feminicídio – inconformismo com o fim do relacionamento e desconfiança de traição – não comportava censura penal, a solução, à vista da Constituição e do Código, há que ser respeitada.

A divergência, inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes, apontou que, a par da plenitude de defesa e da soberania, o decidido não é *“inatacável, incontestável ou ilimitado”*. A deliberação do júri deve obedecer, falou, a um mínimo de racionalidade, sob pena de anulação porque manifestamente contrária à prova dos autos.

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao acompanhar o dissenso, argumentou que, no caso concreto:

O próprio paciente confessou a prática do fato e o Tribunal do Júri reconheceu que o fato ocorreu - a materialidade do delito - e reconheceu que o paciente foi o autor. Portanto, não há dúvida de que o paciente, efetivamente, tentou matar a mulher a facadas. O júri concluiu isso. Depois, em contradição que parece evidente - a menos que se ache natural e admissível pelo Direito uma pessoa esfaquear a outra em tentativa de homicídio por ciúme -, o júri - vá se entender lá por quê - votou pela absolvição.

Alertou de que, a vingar o entendimento de que a soberania é absoluta, haveria espaço, por exemplo, à adoção de teses como a da legítima defesa da honra:

(...) se chancelarmos a absolvição de um feminicídio grave como esse, pode parecer que estamos passando a mensagem de que um homem, se se sentir traído, pode esfaquear sua mulher, tentando matá-la em legítima defesa da honra ou seja lá que tese se possa defender.

Conquanto a Turma tenha debatido o tema, a maioria entendeu que o caso concreto não tinha relevância. A Ministra Rosa Weber mencionou que, *“Sobretudo pelo tema de fundo, a questão fica mais dramática”*, mas que a discussão era de direito e não de fato.

Não obstante o voto vencedor tenha versado, no fim, acerca de uma questão de direito, o pano de fundo, destacado pela divergência, recebeu espaço no noticiário. Em que pese não se tenha debatido, no júri, a tese de legítima defesa - a ata, instrumento adequado a tanto, não registrou essa alegação (art. 495, XIV, do Código de Processo Penal) -, a argumentação do Ministro Luís Roberto Barroso suscitou críticas ao Supremo. Alguns veículos citaram que haveria endossado a legítima defesa da honra³⁵⁷, enquanto outros enxergaram o acórdão como permissão para a morte de mulheres³⁵⁸.

A repercussão e a redação da inicial, com foco nos fundamentos desse acórdão, sugerem, pois, que a ADPF foi impulsionada pela permissão à absolvição por clemência.

3.2 O PEDIDO DA INICIAL DA ADPF N° 779 E A DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO

A inicial da ADPF n° 779 propôs, afora enunciados secundários, a seguinte tese:

A ‘soberania dos veredictos’ atribuída ao Tribunal do Júri pelo artigo 5º, XVIII, ‘c’, da Constituição Federal não lhe permite tomar decisões condenatórias ou absolutórias manifestamente contrárias à prova dos autos, no sentido de uma decisão que se divorcia completamente dos elementos fático-probatórios do processo e do Direito em vigor no país, à luz de argumentos racionais, de razão pública, condizentes com as normas constitucionais, convencionais e legais vigentes no país.

A despeito de ter focado na impossibilidade de absolvição por legítima defesa da honra, pediu que se reconhecesse a higidez constitucional do art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal.

O Supremo, por sua vez, apesar de acolher o argumento de que a discriminante não permite interpretação em descompasso com a igualdade de gênero, proferiu decisão que não se correlaciona estritamente ao pleito. Embora tenha dito que a legítima defesa da honra é capaz de gerar a nulidade do julgamento, não o fez sob a perspectiva da decisão do júri, mas, sim, a partir da alegação. Deslocou o fundamento legal da nulidade da alínea “d” do art. 593, III, do Código de Processo Penal para a alínea “a” – nulidade posterior à pronúncia.

A esse respeito, depois da monocrática pela relatoria e antes do referendo pelo pleno, a parte autora aditou a inicial para concordar com a liminar e, ao mesmo tempo, requerer o julgamento em conjunto com o agravo em recurso extraordinário

³⁵⁷ <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/09/30/stf-acata-absolvicao-por-defesa-da-honra.htm>, acesso em 14.12.2021, às 15:57 horas.

³⁵⁸ <https://istoe.com.br/vai-ter-mais-feminicidio/>, acesso em 14.12.2021, às 16:03 horas.

nº 1.225.185. O pleito de conexão foi rejeitado, conquanto tenha havido ressalva pelos Ministros Edson Luiz Fachin, Luís Roberto Barroso e Luiz Fux.

3.3 A INSUFICIÊNCIA DA DECISÃO PROFERIDA NA MEDIDA CAUTELAR NA ADPF Nº 779

A proibição da tese de legítima defesa da honra, numa perspectiva política, teve o inegável mérito de afirmar direitos e tirá-los da invisibilidade. Sob o aspecto jurídico ou do cotidiano do júri, porém, é grande a chance de que não surta resultado. Ao menos, 3 (três) são os motivos para essa conclusão.

Cabe ao juiz, conforme arts. 251 e 497, I e III, do Código de Processo Penal, velar pela regularidade do feito, precavendo nulidades. Reconhecido vício procedimental insanável, compete-lhe, de ofício, declará-lo e anular os atos por ele contaminados (art. 573, § 1º e § 2º, do Código de Processo Penal). Eis o primeiro problema.

Exemplificativamente, se verificar que a alegação tem potencial concreto de influenciar o jurado, a solução é a dissolução do conselho de sentença. Nesse caso, apesar de atender ao comando do julgado, haveria engorda de indesejável realidade. No Brasil, conforme atestou o Diagnóstico de Ações Penais de Competência do Júri, editado em 2019 pelo Conselho Nacional de Justiça, quase 60% dos júris não são solucionados na primeira sessão, em virtude de adiamentos e anulações diversas. Ainda, na média, indica o mesmo estudo, a prolação de sentença, em 1º grau – cálculo no qual, portanto, não se inclui a infinidade de recursos -, demora quase 5 anos. Tais dados, ademais, como é intuitivo, em especial se o feminicida estiver solto, tornam factível a prescrição, o que também foi constatado pelo Conselho Nacional, que anotou que cerca de 32% dos processos lá analisados tiveram por desfecho a extinção da punibilidade, universo do qual 42% por prescrição.

Em outros termos, a pretexto de proteger a vítima e de responsabilizar o agressor - o que pressupõe julgamento -, a nulidade vai, em verdade, beneficiá-lo, sem falar no prejuízo financeiro ao erário e na desmoralização da jurisdição.

É certo, não se desconsidera, que o entrave trata de caso extremo, que pode ser remediado com o prosseguimento da sessão e a intervenção firme do juiz. Ademais, se houver condenação, a pretensa nulidade perde objeto. A dificuldade surge, todavia, em hipótese contrária, a de absolvição.

Realmente, à acusação cabe o manejo de apelação, mas não há garantia de provimento. É que o entendimento jurisprudencial dominante reclama, na forma do art. 571, VIII, do Código de Processo Penal, arguição imediata, sob pena de preclusão³⁵⁹, e comprovação de prejuízo³⁶⁰, independentemente da natureza da nulidade, se relativa

³⁵⁹ “O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que eventuais nulidades ocorridas no plenário de julgamento do Tribunal do Júri devem ser arguidas durante a sessão plenária, sob pena de serem fulminadas pela preclusão, nos termos da previsão contida no art. 571, VIII, do Código de Processo Penal” (HC 628.708/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021).

³⁶⁰ A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção (HC 206145 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 06/12/2021,

ou absoluta. São requisitos a quaisquer tipos de nulidade e que, na prática, podem representar obstáculos, às vezes insuperáveis, ao sucesso da investida recursal, com consequente chancela da indevida absolvição.

Por fim, há um terceiro fator a fragilizar o combate ao feminicídio - e este é o que, de fato, desperta preocupação.

A experiência aponta que as sessões alcançam dinâmicas imponderáveis. A argumentação, num julgamento em que a oralidade e a dialética são destaques, torna difícil ou até inviável frear a alegação que se quer vedar.

Num universo de centenas de júris presididos por este autor, dezenas dos quais versando exclusivamente sobre feminicídio, nunca sobreveio argumento de legítima defesa da honra. As linhas mais recorrentes buscam desclassificações, reconhecimento de privilégio e afastamento de qualificadoras. Mesmo quando se discorre sobre o comportamento da vítima e o relacionamento do casal, a tônica não costuma ser o ataque e a desmoralização da mulher, mas discursos implícitos ou que sequer os margeiam, conquanto com potencial para levar à absolvição por motivos avessos aos valores previstos na Constituição da República e em tratados internacionais.

Para realizar defesa calcada em questões culturais preconceituosas, não há necessidade de invocar legítima defesa da honra e nem mesmo atacar explicitamente a vítima. O mero relato de uma relação na qual o homem passou, em tese, por episódios desagradáveis, sem qualquer juízo de valor por parte do defensor, pode inclinar o jurado à absolvição. Acrescenta-se, porque importante, que a proibição imposta na cautelar da ADPF alcança autoridade policial, Ministério Público, defesa e juiz. Não impede - até porque seria transmutar o direito ao silêncio em dever - que o próprio acusado, ao descrever sua versão, traga, expressamente ou não, a justificativa de que matou para lavar a honra. Ainda, o cotidiano das varas de violência doméstica mostra que não são poucos casos em que a própria ofendida reduz ou isenta a responsabilidade do agressor. Ao revés da posição que ocupa dentro dos fatos e do processo, chega a assumir culpa pelo episódio. No júri, quando sobrevivente, não é diferente. Em razão da concepção que tem de mundo, não assimilou a gravidade da situação, quer porque depende emocional e/ou financeiramente do homem ou, por qualquer motivo, entende não ser conveniente vê-lo condenado.

Não bastasse, é crescente o número de júris em que a defesa, sem tese absolutória concreta, mas motivada pela corrente de que a soberania seria absoluta, suscita absolvição por qualquer razão que entenda coerente o jurado ou alegação genérica de insuficiência de prova³⁶¹, tudo respaldado pela íntima convicção.

As variáveis são palpáveis. Aliás, a comprovar a densidade, basta ver que isso aconteceu no júri que deu ensejo à impetração do habeas corpus nº 178777

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 14-12-2021 PUBLIC 15-12-2021)

³⁶¹ Acerca do tema, cita-se tese institucional da Defensoria Pública do Estado do Paraná, aprovada em encontro promovido pela Escola da Instituição. Trata-se de proposta que versa sobre caso de negativa de autoria, mas que, por identidade de fundamento, pode bem ser aplicada para substituir a alegação de legítima defesa da honra: *“Na Sessão Plenária do Tribunal do Júri, caso o assistido negue a autoria, o Defensor Público, dentro de sua independência funcional, caso sustente a absolvição, deve constar na ata de julgamento a ‘tese de insuficiência de provas aptas a sustentar um decreto condenatório’”*.

e impulsionou a inicial da ADPF nº 779. O defensor e o réu não argumentaram legítima defesa da honra. No interrogatório, consta que *“bateu um trem doido”* e, ao ver mensagem no celular da vítima, *“deu três facadas”*, enquanto a ata registra que o advogado aduziu que violenta emoção - sem menção à provocação da vítima ou à honra do agressor - excluiria a culpabilidade, apesar do comando do art. 28, I, do Código Penal.

Os dados mostram incongruência difícil de explicar. Demonstram que o acórdão proferido na medida cautelar da ADPF, se existente por ocasião daquele julgamento, não seria obstáculo à regularidade da sessão e, em consequência, à absolvição do acusado. Não haveria nulidade passível de enquadramento no art. 593, III, “a”, do Código de Processo Penal e, uma vez reconhecido o caráter absoluto da soberania, o Judiciário, vez mais, chancelaria – como de fato ocorreu – sentença pautada em desigualdade de gênero.

Tudo revela que a proibição da alegação de legítima defesa da honra, apesar de instrumento importante, não é eficaz, por completo, para afastar a absolvição por preconceitos repudiados pelo ordenamento. Há a necessidade, em complemento e para reduzir essa possibilidade, de que se rejeite a absolvição por clemência e de que se admita a recepção do art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legítima defesa da honra é só uma vertente que, apesar de não ter respaldo na Constituição Federal e em Convenções Internacionais, inferioriza a figura feminina.

O conselho de sentença, por sua vez, é formado por membros que fazem parte dessa sociedade e que assimilou culturalmente esses valores. Na atividade de julgar, até porque não avaliam tecnicamente os fatos e decidem por íntima convicção, podem, de maneira inconsciente e natural, aplicar esse pensamento no veredicto.

Além da proibição de que se argumente legítima defesa da honra, impõe-se ir além. Cabe ao Judiciário não só proibir a tese, mas anular julgamento em que a decisão se divorcie do acervo probatório e/ou racionalidade aceita pelo ordenamento, firmando essa orientação no agravo em recurso extraordinário nº 1.225.185, sob pena de avalizar absolvições que, longe de reconhecer o júri como garantia do indivíduo, significarão verdadeiro retrocesso a direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- CERQUEIRA, Daniel et al. Atlas da Violência 2021 / São Paulo: FBSP, 2021, p. 41.
- LOPES JR, Aury. Direito processual penal – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1060.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 1519.
- PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 5. ed. rev. e atual. até fevereiro de 2013 – São Paulo: Atlas, 2013, p. 1182.
- HUNGRIA, Nelson. A justiça dos jurados. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, pp. 7-12.
- MELLO, Adriana Ramos de. Femicídio: Uma Análise Socio-jurídica do Fenômeno no Brasil, p. 5-6 R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 140 - 167, jan. - mar. 2016.
- <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/09/30/stf-acata-absolvicao-por-defesa-da-honra.htm>, Acesso em: 14.12.2021, às 15:57 horas.
- <https://istoe.com.br/vai-ter-mais-feminicidio/>, acesso em: 14.12.2021, às 16:03 horas.

A GESTÃO DE MENSURAÇÃO DA EFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Lidiane Rafaela Araújo Martins³⁶²

INTRODUÇÃO

A atividade jurisdicional – eminentemente intelectual – é uma das mais difíceis de serem mensuradas, não obstante as inúmeras tentativas de quantificá-la para que expresse em números exatos o grau da eficiência obtido pelo Poder Judiciário. Na presente pesquisa parte-se da análise do princípio constitucional da eficiência, tardiamente introduzido na Constituição Federal de 1988 no *caput* do art. 37, diante das inúmeras reclamações da qualidade dos serviços públicos em geral, e em especial do Poder Judiciário. A discussão, nesse cenário, perpassa pela concepção de princípios, hiperprincípios e metanormas, com o intuito de se perquirir qual espaço ocupam no ordenamento jurídico e, de consequência, qual sua aplicabilidade. Para tanto, não se olvida a generalidade e abstratividade que o termo eficiência carrega em sua semântica, notadamente quando contraposto à eficácia e à efetividade.

No segundo momento, apresentam-se os meios postos à disposição pelo Conselho Nacional de Justiça para concretizar e mensurar a eficiência dos membros e serviços do Poder Judiciário por intermédio de coleta permanente de dados e estatísticas avançadas de diversos segmentos da justiça. Referidas informações propiciam retrato de cada setor para que se detectem os principais gargalos e soluções sejam tomadas com mais segurança e rapidez. Diante da complexidade do sistema e do gigantismo da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, entretantes, nem sempre tais soluções são facilmente encontradas em razão, também, da enorme litigiosidade que caracteriza o país, marcada por fatores sociais e culturais. Assim, o controle da produtividade da instituição ocorre por meio de critérios, índices, fatores e fórmulas, todas com um escopo em comum: diminuir o acervo e prestar a atividade jurisdicional com celeridade e qualidade, tudo simultaneamente.

Ainda, por um bom tempo acreditou-se que quanto maior a disponibilidade orçamentário-financeira, maior a chance de se obter êxito nos serviços prestados. Mas a questão não é simples e só se agrava pelo fato de muitas vezes não existirem parâmetros seguros para se aquilatar se o montante gasto corresponde exatamente ao resultado apresentado. Enfim, o princípio da eficiência possui várias facetas e, aqui, o estudo cinge-se aos meios de se aferir a produtividade pelos meios institucionais, critérios e instrumentos colocados à disposição.

No tocante à mensuração da eficiência sob o vértice qualitativo, o Conselho Nacional de Justiça e as Corregedorias-Gerais locais desempenham papel fundamental nessa tarefa por intermédio das atividades fiscalizatórias, as quais vêm passando por

³⁶² Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Juíza Auxiliar Supervisora da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Paraná (2017/2018). Graduada em Letras Português-Inglês, Jornalismo, Pedagogia e Direito. Autora do livro Regime Jurídico-disciplinar da Magistratura, Editora Juspodivm. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0914858825175670>. E-mail: lidyarj@uol.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2659-018X>.

constante aprimoramento no mister de avaliar a qualidade das decisões judiciais proferidas. E no momento da movimentação da carreira, nos termos da Resolução nº 106/2010 do Conselho Nacional de Justiça, há mais uma oportunidade de se examinar os provimentos jurisdicionais. Na votação dos inscritos à promoção ou remoção deve-se mencionar individualizadamente o critério do desempenho, que diz respeito ao aspecto qualitativo da prestação jurisdicional, além da produtividade (aspecto quantitativo), presteza no exercício das funções (dedicação, celeridade na prestação jurisdicional) e aperfeiçoamento técnico.

1 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO HIPERPRINCÍPIO OU METANORMA

A eficiência é o princípio da Administração Pública que somente foi acrescentado ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal - ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade-, dez (10) anos após sua vigência pela Emenda Constitucional nº 19/98 (Reforma Administrativa), decorrente do manifesto descontentamento da população com a deficiência dos serviços públicos em geral prestados, e também, ao que tudo indica, “por inspiração do Poder Judiciário e da lentidão da justiça como motivo determinante da sua inserção aos demais princípios.”³⁶³

Com isso, pretendeu-se conceder direitos aos usuários de diversos serviços prestados pela Administração Pública ou por seus delegados e, ao mesmo passo, instituíram-se efetivas obrigações aos respectivos prestadores.³⁶⁴ Isso porque, conforme bem observa Celso Antonio Bandeira de Mello, tal princípio não pode ser concebido senão na intimidade de outro, o da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência.³⁶⁵

Isso não quer dizer que antes da mencionada emenda a almejada eficiência não era exigida, mas, sim, que houve necessidade de o princípio alçar índole constitucional para que as discussões se aprofundassem e que as medidas de sua efetivação fossem mesmo aplicadas. Nesse contexto, a primeira reflexão que emerge é o fato de a eficiência ter sido encaixada no texto constitucional como um princípio e não como regra.

Na visão de Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Ou seja, são mandamentos de otimização caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Lado outro, as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras

³⁶³ NALINI, José Renato. *Ética da Magistratura: comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.221.

³⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo, Atlas, 2016, p. 31.

³⁶⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 112.

contêm, assim, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Daí que a diferença entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e, não, uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.³⁶⁶

Hodiernamente a invocação de princípios, *per se*, tem sido muito criticada. Para alguns, pode-se levar a arbitrariedades e ser utilizada como uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos.³⁶⁷ Para outros, os hiperprincípios com frequência são muito vagos e para utilizá-los é preciso construir critérios e mais critérios, levando-se em conta uma infinidade de elementos. Sundfeld alerta, nessa toada:

Ofuscado e fascinado pela luz forte do princípio, que o encanta, o sujeito não dá muita atenção ao resto, se sente forte e bom, capaz de resolver tudo sozinho. Na emoção dos hiperprincípios livrescos, descritos tão bonito e fácil nos manuais, os profissionais do direito administrativo brasileiro estão ignorando o direito positivo, desprezando o direito positivo, substituindo-se a ele. O fato é que, para respeitar valores nas situações específicas, não precisamos dar proeminência às hipergeneralizações, começar tudo sempre delas. As hipergeneralizações, as grandes declarações de princípios, são frequentemente vazias, perigosas, inúteis. Os valores não precisam delas, pois estão espalhados nas normas mais concretas, nas soluções pontuais da Administração e do Judiciário e também na experiência.³⁶⁸

O Ministro Luís Roberto Barroso também avança na discussão sobre o tema e elabora uma distinção qualitativa entre regras e princípios: “(...) a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”.³⁶⁹

Novelino, a seu turno, assevera que os meios empregados para justificar e legitimar o resultado da fundamentação das decisões - permitindo o controle subjetivo de sua conformidade com as regras de raciocínio geralmente aceitas -, são realizados por intermédio das metanormas, que na verdade são normas de segundo grau utilizadas na interpretação e aplicação de outras normas, e que “concorrem para a formação da pré-compreensão jurídica do intérprete assim como fornecem razões contributivas (princípios) ou definitivas (regras) para a atribuição de sentido a enunciados normativos e para a aplicação de outras normas”.³⁷⁰

³⁶⁶ ALEXY, Robert; SILVA, Luis Virgilio Afonso da (trad). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

³⁶⁷ STRECK. Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo, Saraiva, 2014, p. 60.

³⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p.180-181

³⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 353.

³⁷⁰ NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 162.

Enfim, seja pela concepção de hiperprincípios ou de metanormas, a eficiência talvez seja o princípio que mais necessite de mecanismos sólidos para sair do papel, a fim de que sua previsão não passe de utopia do poder constituinte reformador. Atente-se que a própria definição de eficiência é ambígua e pode gerar controvérsias, já que eficiência está relacionada ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa (conduta dos agentes); a eficácia tem ligação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres (instrumento) e a efetividade é voltada para os resultados obtidos. Assim, diz Carvalho Filho: “o desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade”.³⁷¹

Nesse contexto aflora a segunda questão a ser enfrentada, uma vez que os conceitos acima se mesclam e a eficiência pressupõe, de consequência, as inseparáveis eficácia e efetividade, não obstante as diferenças técnicas apontadas acima. Por conta disso, a generalidade, a abstratividade e até mesmo o tom idealizador do princípio faz com que a mensuração da eficácia se revele o principal desafio moderno de gestão no âmbito do Poder Judiciário, ante os novos contornos da administração judiciária e do *accountability*. Guido Falzone, mencionado por Bandeira de Mello, arremata: “este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente citado, há muito, no Direito Italiano: o da boa administração”.³⁷² O princípio da eficiência, para cumprir tal mister, necessita transpor o campo da abstratividade para justificar qualquer ação ou omissão.³⁷³

Marinela afirma que juridicamente o princípio da eficiência é tão fluido, tão difícil o seu controle, que mais parece um “simples adereço, um enfeite agregado ao art. 37”.³⁷⁴ Mais complexo que compreender a semântica propriamente dita do princípio é implementar instrumentos de concretização e os meios de controle da mensuração da eficiência num universo de 14.853 unidades judiciárias e uma força de trabalho de 433.575 pessoas, entre 17.988 magistrados, 267.613 servidores e 147.974 auxiliares. Sem esquecer dos 75,4 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva, isso no final de 2020.³⁷⁵ Como reverbera Nalini: “Sinal de uma sociedade doente, pois só pode ser patologia necessitar-se tanto do Judiciário para a resolução de conflitos. Ou sintoma que poderia levar à conclusão de que o Brasil tem a sociedade mais beligerante de todo o planeta Terra”.³⁷⁶

³⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo, Atlas, 2016, p. 33.

³⁷² MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 112, *apud* FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milão: Giuffrè, 1953.

³⁷³ Nesse sentido: “Princípio é preguiça”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 205.

³⁷⁴ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p. 45

³⁷⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021*. p.102. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 28 fev 2022.

³⁷⁶ NALINI, José Renato. *Ética da Magistratura: comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019., p. 206.

Rememore-se que a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o inc. LXXVIII ao art. 5º: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, o que reforçou o apelo de melhorias urgentes do Poder Judiciário, como se simplesmente não já existisse o princípio da eficiência. De qualquer modo, há que se envidar todos os esforços para que a eficácia e a duração razoável do processo não sejam apenas hiperprincípios longínquos da realidade.

Entre as inúmeras facetas do princípio da eficiência, a pesquisa cinge-se ao controle quantitativo da eficiência na esfera institucional e ao controle qualitativo individual. A eles, então.

2 CRITÉRIOS E INSTRUMENTOS DE MENSURAÇÃO DA EFICIÊNCIA NO ÂMBITO INSTITUCIONAL

Aferir produtividade é tarefa árdua. Há várias fórmulas, critérios e avaliações objetivando transformar em números uma atividade jurídico-intelectual. O Conselho Nacional de Justiça avança no sistema de coleta de dados e estatísticas já que possui a competência de promover, constituir e manter bancos de dados atualizados, integrados a banco de dados central, sobre os serviços judiciais e extrajudiciais, com o acompanhamento da respectiva produtividade e geração de relatórios visando ao diagnóstico e à adoção de providências para a efetividade fiscalizatória e correcional, disponibilizando seus resultados aos órgãos judiciais ou administrativos a quem couber o seu conhecimento, *ex vi* do inc. XXI do art. 8º do Regimento Interno do CNJ (Resolução nº 67/2009).

O “Justiça em números”, sem dúvida, é a principal fonte oficial do Poder Judiciário desde 2004 e divulga a realidade dos tribunais com detalhamento da estrutura e litigiosidade. Já o antigo módulo judicial “Justiça Aberta” agora é chamado de “Módulo de Produtividade Mensal do Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ)” e permite maior integração das informações com os conceitos e dados já trabalhados no Justiça em Números, além de simplificar e ampliar a qualidade dos dados recebidos pelo CNJ dos tribunais. Entre os sistemas: Painel de Estatísticas, Mapa de Implantação do Juízo 100% Digital e o Núcleo de Justiça 4.0, Banco Nacional de Medidas Protetivas de Urgência (BNMPU), Execução Civil, Cadastro Nacional de Ações Coletivas (Cacol), Política de Atenção Integral à Saúde de Magistrados e Servidores do Poder Judiciário, Sistema Nacional de Controle de Interceptações de Comunicações (SNCI), Demandas Repetitivas, Violência Doméstica, Socioambiental, Produtividade Semanal – COVID 19, apenas para citar alguns.³⁷⁷

O Conselho Nacional de Justiça apresenta igualmente vários índices de avaliação do desempenho do Poder Judiciário. A produtividade, por exemplo, pode ser aferida pelo IPM (índice de produtividade dos magistrados), que é o indicador que computa a média de processos baixados por magistrado em atuação, e o IPS-Jud

³⁷⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Painéis CNJ*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis-cnj/>. Acesso em: 28 fev. 2022.

(índice de produtividade dos servidores da área judiciária), que calcula a média de processos baixados por servidor. O Relatório Justiça em Números 2021 elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça apresenta série histórica do indicador de produtividade por magistrado. Consta que o indicador tem crescido desde 2014, atingindo o maior valor no ano de 2019, com 2.106 casos baixados por magistrado, e em 2020 retornando ao patamar de 2011-2012, número também afetado pela pandemia de covid-19. Alcançou-se ainda a média de 1.643 processos baixados por magistrado em 2020, ou seja, uma média de 6,5 casos solucionados por dia útil do ano, sem descontar períodos de férias e recessos.³⁷⁸

Gráfico 1: Série histórica do índice de produtividade dos magistrados

Figura 67 - Série histórica do índice de produtividade dos(as) magistrados(as)



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

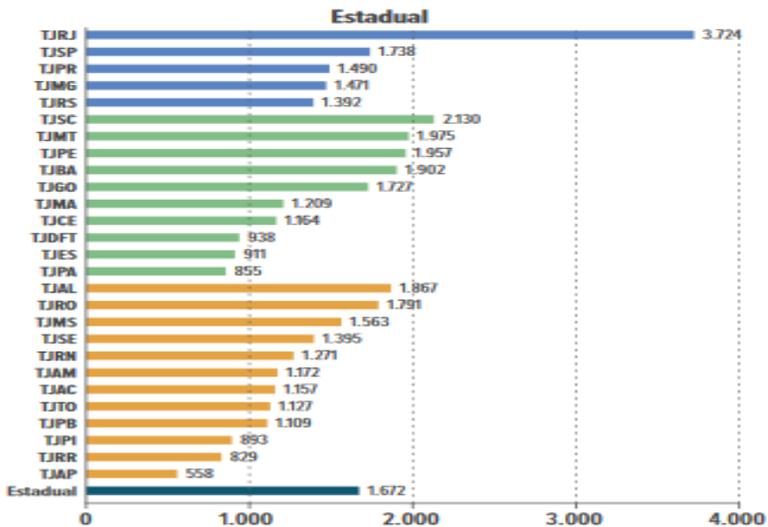
Registre-se que 2020 e 2021 foram anos atípicos diante da pandemia decorrente do novo Coronavírus, todavia a digitalização de processos e a propositura de ações por meio dos sistemas de processos eletrônicos tiveram recordes de adesão, ainda que várias audiências não pudessem ser realizadas por meio virtual. Nessa realidade, o Poder Judiciário desenvolveu medidas reativas para o cenário pandêmico como o Juízo 100% Digital e o Balcão Virtual. Ainda, em pesquisa realizada pela *International Association for Court Administration*, citada pelo próprio CNJ, o Brasil apresentou alto índice de adequação ao contexto da pandemia, considerando o comparativo de 38 países, figurando no primeiro quartil amostral, em 9ª posição. Por fim, de acordo com o Painel de Módulo de Produtividade Mensal, durante o período da Covid-19 o Judiciário proferiu 40,5 milhões de sentenças e acórdãos, e 59,5 milhões de decisões judiciais.³⁷⁹

³⁷⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021*, fls. 117. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2022.

³⁷⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021*, p.11-15. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2022.

Outro indicador de produtividade é aquilatado por Tribunal, que é dividido de acordo com a classificação por ramos da Justiça e portes (três: grande, médio e pequeno). Segundo o CNJ, na Justiça Estadual, a maior produtividade está no TJRJ, com 3.724, enquanto a menor, no TJAP, com 558. Os maiores índices de produtividade por magistrado encontram-se nos tribunais Superiores, com média de 8.144, com destaque para o STJ, que alcança o índice de 10.805 por magistrado.³⁸⁰

Gráfico 2: Índice de produtividade por Tribunal



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021

Outro índice adotado de produtividade comparada da justiça é o IPC-Jus, o qual resume a produtividade e a eficiência relativa dos tribunais em um escore único, ao comparar a eficiência otimizada com a aferida em cada unidade judiciária, a partir da técnica de Análise Envolvória de Dados (*Data Envelopment Analysis - DEA*). Esse método permite comparações entre tribunais do mesmo ramo de justiça, independentemente do porte.³⁸¹

Tratando dessa problemática, Fabrício Ricardo de Limas Tomio e Rodrigo Luís Kanayama, no artigo “Eficiência e Poder Judiciário: resolução de casos e recursos financeiros no Brasil e nos Estados Unidos”, pautaram a pesquisa entre os países nas seguintes balizas: (a) autonomia orçamentário-financeira do Poder Judiciário; (b)

³⁸⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021*, p.118-121. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 28 fev 2022.

³⁸¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021*, p. 243. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2022.

quantidade de recursos geridos; (c) resultados (Taxa de Resolução ou *Clearance Rate*); (d) tempo despendido (*Disposition Time*) e (e) Congestionamento (*Backlog Rate*). O recorte contemplou os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal do Brasil e as 52 (cinquenta e duas) *State Courts* norte-americanas, ante a complexidade e diversidade das estruturas em estudo. A investigação apresenta pesquisa comparativa entre dois sistemas jurídicos com diferenças significativas mas com o mesmo objetivo: promover a concretização da justiça e da paz social. Um dado que chama atenção é o *Incoming Caseloads*, que são os casos novos, isto é, o volume de litigiosidade que cada sistema enfrenta em um ano. Verificou-se que nas 42 (quarenta e duas) *State Courts* americanas ingressaram mais de 80 milhões de casos em 2013, enquanto no Brasil em 2014, cerca de 20 milhões na Justiça Estadual, o que representa quatro vezes menos o volume, sopesando a diferença do número da população.³⁸²

E, conforme a Justiça em Números 2021, em ano de pandemia a sociedade brasileira ingressou com um número menor de ações na Justiça, mas mesmo assim representando um número absoluto significativo de 25,8 milhões de casos novos e 27,9 milhões de casos finalizados. Foram proferidas 25 milhões de sentenças e decisões terminativas, representando redução em relação a 2019.³⁸³ Para Nalini, o Brasil herdou a burocracia lusa, importou a burocracia italiana e inspirou-se mais recentemente nos Estados Unidos, onde litigar é rotina. Ao contrário do Japão, que possui a estrutura judiciária bem reduzida; a Suprema Corte Japonesa decide de portas fechadas; não há votos vencidos; a justiça convencional é reservada para questões mais intrincadas, sérias, aparentemente insolúveis; preserva-se a autonomia do cidadão para resolver seus problemas.³⁸⁴

Enfim, diante da realidade histórico-cultural posta, prossegue-se na busca de mecanismos que tornem a justiça mais célere, mesmo com o número de processos exacerbado e as estruturas insuficientes. Um dos critérios para se extrair a eficiência é a averiguação da Taxa de Resolução (*Clearance Rate*), isto é, a conclusão do processo, a finalização das ações judiciais de toda natureza, não importando se extinto sem ou com resolução do mérito. Esse é o critério mais utilizado, pois significa o término da prestação jurisdicional e a diminuição do acervo conseqüentemente.

Para fins de aferição de produtividade na seara correccional, contudo, a sentença de mérito contestada representa a efetiva resposta estatal para o conflito de interesses apresentado e possui valor quantitativo superior aos demais atos processuais na avaliação disciplinar. Já quando se trata de movimentação da carreira pelo critério do merecimento, a Resolução nº 106/2010 (alterada pela Resolução nº 426/2021) do Conselho Nacional de Justiça contempla outros requisitos como desempenho (aspecto qualitativo da prestação jurisdicional), produtividade (aspecto quantitativo da prestação jurisdicional), presteza no exercício das funções e aperfeiçoamento técnico.

³⁸² KANAYAMA, R. L.; TOMIO, F. R. L. Eficiência e Poder Judiciário: resolução de casos e recursos financeiros no Brasil e nos Estados Unidos. In: José Mauricio Conti. (Org.). Poder Judiciário Orçamento, Gestão e Políticas Públicas. 1ed. São Paulo: Almedina, 2017, v. 1, p. 257-277.

³⁸³ CNJ. Justiça em números 2021, p. 308. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

³⁸⁴ NALINI, José Renato. Ética da Magistratura: comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 205-206.

Observe-se que na avaliação da produtividade deverá ser considerada a média do número de sentenças e audiências em comparação com a produtividade média de juízes de unidades similares, utilizando-se, para tanto, dos institutos da mediana e do desvio padrão oriundos da ciência da estatística, privilegiando-se, em todos os casos, os magistrados cujo índice de conciliação seja proporcionalmente superior ao índice de sentenças proferidas dentro da mesma média.³⁸⁵

A eficiência do Poder Judiciário também é cotejada por outro fator que é a taxa de congestionamento, índice utilizado pelo Conselho Nacional de Justiça que mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano (que consiste na soma dos pendentes e dos baixados). Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos. Também é considerado para se examinar o desempenho do Poder Judiciário o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que mede a relação entre o que se baixou e o que ingressou e, por fim, o percentual de processos eletrônicos nos tribunais. O nível de informatização é calculado considerando-se o total de casos novos ingressados eletronicamente em relação ao total de casos novos físicos e eletrônicos, desconsideradas as execuções judiciais iniciadas.³⁸⁶

Existe, nesse ponto, outro indicador denominado como “Tempo de Giro do Acervo”, ou seja, mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários, em 2018, aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para zerar o estoque. O tempo de giro do acervo na Justiça Estadual é de 3 anos, na Justiça Federal é de 2 anos e 9 meses, na Justiça do trabalho é de 1 ano e 6 meses, na Justiça Militar Estadual é de 1 ano e 4 meses e nos Tribunais Superiores é de 1 ano e 4 meses.³⁸⁷

Pela Resolução nº 331/2020 o Conselho Nacional de Justiça instituiu outra Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DataJud), um novo sistema de gerenciamento de informação e de produção de estatística para o Judiciário. O sistema reunirá todos os dados relevantes sobre processos judiciais numa base única, permitindo que os dados sejam utilizados como subsídios centrais na definição das políticas judiciárias.³⁸⁸ Segundo o Corregedor Nacional à época, Ministro Humberto Martins,: “A implantação dessa base nacional simplificará e eliminará vários cadastros e sistemas atualmente existentes, que exigem enorme tempo e esforço para serem alimentados, o que otimizará as rotinas de trabalho de magistrados e de servidores. Por isso, a colaboração dos tribunais é imprescindível para identificar eventuais erros no banco de dados, etapa essencial para alcançarmos os resultados esperados”.

Outro fato a ser considerado, agora sob à luz da duração razoável do processo, é o tempo despendido (*Disposition Time*). Ou seja, além da pacificação social, do menor

³⁸⁵ CNJ. Resolução nº 106/2010. Brasília-DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=168>. Acesso em: 24 fev 2022.

³⁸⁶ CNJ. Justiça em Números 2021, p. 126-127. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 24 fev. 2022.

³⁸⁷ CNJ. Justiça em Números 2021, p. 105. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 24 fev. 2022.

³⁸⁸ CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/reuniao-preparatoria-justica-mantem-productividade-apesar-da-pandemia/>. Acesso em 27 mai.2020.

custo financeiro, da boa produtividade, busca-se a celeridade com a razoável duração do processo (*Fair Trial*)³⁸⁹, que é uma preocupação não só do Brasil. Nas palavras de Rui Stoco: “(...) impõe-se reiterar até a exaustão que a Justiça, quando se faz tarde, não é Justiça, é arremedo”.³⁹⁰

Segundo Nelson Nery Júnior, a razoabilidade da duração do processo deve ser aferida mediante critérios objetivos: (a) natureza do processo e complexidade da causa; (b) comportamento das partes e de seus procuradores; (c) a atividade e o comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes; (d) fixação legal de prazos para a prática de atos processuais que assegure o contraditório e a ampla defesa. Ressalte-se que os três primeiros critérios (a, b e c) foram fixados no âmbito da União Europeia em várias decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.³⁹¹

O Plenário do Conselho Nacional de Justiça também já se manifestou no mesmo sentido: “Para se entender configurada morosidade no tramitar de qualquer processo se faz necessário, à luz do princípio da razoabilidade, aferir o volume de trabalho a que está submetido o magistrado, a sua produtividade, as condições cartorárias (equipamentos e pessoal), a complexidade da causa e a indispensabilidade do atendimento à legislação processual”.³⁹²

Paralelamente a isso, existem as Metas Nacionais e Específicas formuladas anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça³⁹³ tanto para otimizar a taxa de congestionamento como para controlar o tempo de tramitação. Os Tribunais Estaduais, por sua vez, têm autonomia para propor medidas de gerenciamento interno do acervo, como a realização de força-tarefa tanto de magistrados quanto de servidores. Para exemplificar cita-se o “PROGRAM II RS”, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que tem por finalidade realizar o julgamento de ações de massa que versem, especificamente, sobre negócios jurídicos bancários, envolvendo a revisão de contratos celebrados exclusivamente com instituições financeiras, a capitalização de juros, cédula de crédito bancário, compensação de valores, comissão de permanência, disposições de ofício, exibição incidental, IOF, juros moratórios e remuneratórios, mora, repetição de indébito, repetição em dobro, tarifas e taxas, ajuizadas até 2015 e aptas a sentença, em todo o Estado do Rio Grande do Sul.³⁹⁴ Existem também mecanismos

³⁸⁹ KANAYAMA, R. L.; TOMIO, F. R. L. Eficiência e Poder Judiciário: resolução de casos e recursos financeiros no Brasil e nos Estados Unidos. In: José Mauricio Conti. (Org.). Poder Judiciário Orçamento, Gestão e Políticas Públicas. 1ed. São Paulo: Almedina, 2017, v. 1, p. 257-277.

³⁹⁰ STOCO, Rui. *Processo Administrativo Disciplinar: processo disciplinar na administração pública, no Conselho Nacional de Justiça e nos tribunais*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 16.

³⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. Coordenadores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 260.

³⁹² CNJ. Recurso Administrativo em REP nº 20070000000785, Rel. Cons. Cesar Asfor Rocha, 65ª Sessão, 26.6.2008.

³⁹³ CNJ. *Metas Nacionais*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/>. Acesso em: 25 fev. 2022.

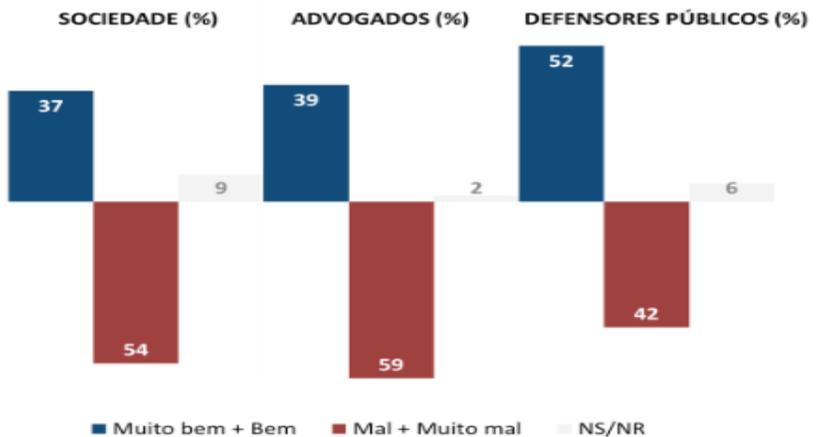
³⁹⁴ TJRS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. PROGRAM II, RS. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/index.html?idNoticia=433281>. Acesso em: 25 fev 2022.

como o Núcleo de Monitoramento de Perfis de Demandas (Numopede), que centraliza informações sobre distribuição de ações, perfis de demandas e práticas fraudulentas, que sobrecarregam o judiciário.³⁹⁵

Em “Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro”, encomendado pela AMB à FGV/IBESPE em 2019, não obstante o Judiciário não saia incólume do cenário de desconfiança, entre os três Poderes, no patamar Federal figura como a instituição em que os brasileiros mais confiam (STJ, 44%; e STF 41%), à frente da confiança na Presidência da República (34% confiam) e do Congresso Nacional (19% confiam). Acrescente-se que a confiança no Poder Judiciário ou Justiça, de forma mais ampla, é de 52%, contra 44% que não confiam. A confiança no Judiciário cresce conforme diminui a faixa etária e à proporção que se reduz a escolaridade. Quanto à distribuição espacial, há um padrão semelhante de confiança no Norte e Sul (62% e 65%, respectivamente) e outro no Nordeste (49%), Sudeste (48%) e Centro Oeste (47%). Tais níveis de confiança são similares à França, a qual tem 53% de confiança no Judiciário, todavia, inferiores à Grã-Bretanha 62% (2018) e Estados Unidos 69% (2019). Quanto ao funcionamento do Poder Judiciário, observa-se que 54% da população consideram que funciona mal ou muito mal, contra 37% que avaliam bem ou muito bem.³⁹⁶

Gráfico 3: Avaliação do funcionamento do Judiciário

**AVALIAÇÃO DO FUNCIONAMENTO DO JUDICIÁRIO - 2019 (%)
(TODOS OS PÚBLICOS)**



Fonte: Estudo da Imagem do Poder Judiciário. FGV, AMB e IPESPE

Como bem conclui Przeworski, pelo fato de a burocracia estatal prestar serviços aos cidadãos, são eles que têm a melhor informação sobre o seu desempenho e podem

³⁹⁵ TJSP. Tribunal de Justiça de São Paulo. NUMOPEDE NACIONAL. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=49652>. Acesso em: 27 fev 2022.

³⁹⁶ FGV, AMB e IPESPE. Estudo da Imagem do Poder Judiciário. 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Acesso em: 27 fev 2022.

cooperar na atuação do controle social das políticas públicas.³⁹⁷ Os motivos que levam ao arrefecimento da eficiência nos sistemas judiciais são múltiplos, dependendo de cada realidade destacada. Como ponto de partida extraem-se as hipóteses mais recorrentes, sem que isso implique uma interpretação heurística. Se o critério quantitativo de se contabilizar a produtividade do Poder Judiciário para se chegar a um resultado eficiente ou não é complexo, consoante se viu acima, o critério qualitativo também segue caminhos tortuosos. O Conselho Nacional de Justiça e as Corregedorias-Gerais locais desempenham papel fundamental nessa tarefa por intermédio das atividades fiscalizatórias.

Ao Conselho Nacional de Justiça, de acordo com o respectivo Regimento Interno,³⁹⁸ cabe a realização de inspeção (apuração de fatos relacionados ao conhecimento e à verificação do funcionamento dos serviços judiciais e auxiliares, das serventias e dos órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, havendo ou não evidências de irregularidades) e correição (apuração de fatos determinados relacionados com deficiências graves dos serviços judiciais e auxiliares, das serventias e dos órgãos prestadores de serviços notariais e de registro). Nessa atividade, disporá de livre acesso aos documentos, livros e processos que repute relevante para o propósito da inspeção, ou seja, terá contato com inúmeras decisões, despachos e sentenças. A fiscalização pode se dar por amostragem de processos e, ao final, elabora-se relatório que pode conter os “achados de inspeção”, os quais ensejam recomendações ou determinações e, em casos específicos, providências disciplinares.

Já às Corregedorias-Gerais competem as correições ordinárias (fiscalização normal, periódica e previamente anunciada) e extraordinárias (fiscalização excepcional, a qualquer momento). A lista de processos a ser analisada pode ser fornecida pelo próprio magistrado em razão da determinação de indicar procedimentos e ações específicas, ou por amostragem. Hodiernamente, com a utilização de recursos informatizados, é mais fácil a localização de processos da mais variada natureza, com filtros para processos paralisados, atrasados ou com qualquer anormalidade na tramitação. Ademais, a verificação por amostragem é mais aconselhável, tendo em vista que propicia um universo maior de exemplos na condução diária dos processos.

Nessa fiscalização, além do aspecto quantitativo, é realizado diagnóstico qualitativo com extensos formulários a serem preenchidos pela equipe correicional ao analisar os processos. Tais questionários devem estar em permanente atualização de acordo com as alterações legislativas e, mais que isso, devem conter requisitos que permitam uma avaliação minuciosa do trabalho que está sendo desempenhado. Após, elabora-se o Relatório Reservado (RR) com todas as informações localizadas no formulário, bem como formalizam-se as recomendações e determinações. Nessa fase, também há a importante comparação com o último RR para verificar se as observações foram cumpridas ou se ainda permanecem as falhas.

³⁹⁷ PRZEWORSKI, Adam. *Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agente x principal*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (orgs). *Reformado Estado e administração pública gerencial*. 7ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 70.

³⁹⁸ CNJ. *Regimento Interno. Resolução nº 67/2009*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>. Acesso em: 26 fev 2022.

Outro meio de se mensurar a qualidade das decisões judiciais é no momento da movimentação da carreira por merecimento, nos termos da Resolução nº 106/2010 do Conselho

Nacional de Justiça. Na votação, os Desembargadores deverão declarar os fundamentos de sua convicção, com menção individualizada aos seguintes critérios: desempenho (aspecto qualitativo da prestação jurisdicional), produtividade (aspecto quantitativo), presteza no exercício das funções (dedicação, celeridade na prestação jurisdicional) e aperfeiçoamento técnico. Havia também a previsão da adequação da conduta ao Código de Ética da Magistratura Nacional, a qual foi revogada pela Resolução nº 426/2021.

Ainda, o art. 5º da Resolução nº 106/2010 reza que na avaliação da qualidade das decisões proferidas serão levados em consideração: (a) redação; (b) clareza; (c) objetividade; (d) pertinência da doutrina e jurisprudência, quando citadas; (e) respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores. Ressalte-se que na avaliação do merecimento não serão utilizados critérios que venham atentar contra a independência funcional e a liberdade de convencimento do magistrado, tais como índices de reforma de decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mensurar a atividade jurisdicional muitas vezes equivale a tentar transformar o quadrado em redondo, nos termos do famoso dístico de Scassia. No entanto, conforme se alinhavou acima, as pesquisas estatísticas modernas e as buscas incessantes pelo melhor critério para se quantificar a eficiência das atividades jurisdicionais estão em constante evolução, e muito se tem avançado nos últimos anos na hercúlea missão de concretizar o princípio da eficiência em serviços prestados com qualidade e que atendam aos níveis de satisfação da sociedade.

Não só o número de casos novos, mas o estoque de processos elevado ainda impede avanço maior na diminuição do acervo no Brasil. Isso não decorre somente da morosidade, antes provém de problemas como ausência correta de cadastramento e apuração de dados, além de questões eminentemente processuais que, por si mesmas, procrastinam o processo, como as remessas e retornos de autos entre tribunais em razão de questões relativas à competência ou de devolução dos processos à instância inferior para aguardar julgamento em matéria de recursos repetitivos ou de repercussão geral, apenas para citar alguns exemplos.

Não se olvida, ainda, que a complexidade de algumas demandas com alto grau de litigiosidade também pode levar à acumulação e ao atraso processual. Além disso, as demandas repetitivas, de igual forma, exigem providências dos tribunais para se evitar o alastramento de ações predatórias e fraudulentas, que muito prejudicam o andamento dos demais processos e a credibilidade da própria justiça.

Acrescente-se, ainda, que os sistemas de *accountabilities* necessitam de aperfeiçoamento e maior aplicabilidade como instrumentos de eficiência, de organização e de bom gerenciamento dos recursos públicos e humanos.

Cabe ao Poder Judiciário - ante as prerrogativas conquistadas e a autonomia orçamentário-financeira concedida -, a apresentação de resultados com retidão e comprometimento com a *res pública*³⁹⁹, mesmo numa realidade dinâmica, plural e com grande quantidade de processos que se avolumam a cada dia em virtude do aumento de conflitos das relações sociais e políticas.

E isso não é tudo. Somem-se outras questões e problemas - não menos importantes - que aqui não foram analisados, mas que por certo são fatores determinantes para o avanço da eficiência no Poder Judiciário, como o insuficiente controle de produtividade dos servidores, a ausência de uniformização de sistemas eletrônicos do país, a falta de planejamento e metas de cada setor, a escassa harmonia entre os órgãos de direção, a ausência de apresentação de planos de políticas públicas e administrativas e a respectiva prestação de contas, entre tantos outros, que devem ser objeto de aprofundamento constante.

O desafio do Judiciário Brasileiro é continuar avançando em busca da eficiência para que se diminua o gasto com o novo processo, sem que isso implique a diminuição do acesso à Justiça. Talvez muitos anos ainda sejam necessários para que a efetividade do princípio da eficiência seja garantida e que realmente se melhore a situação na prática e o grau de satisfação da população com o Poder Judiciário.

O aperfeiçoamento científico do tema é a pedra de toque para qualquer mudança e evolução dos serviços judiciais ofertados. Ao se analisar os dados estatísticos, métodos aplicados, índices, projetos e iniciativas tanto do Direito Comparado quanto dos Tribunais Estaduais, ressaem os acertos e erros necessários para que a eficiência, tal como teme Sundfeld, não seja mais um princípio vago, recitado de forma meio poética.

³⁹⁹ O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, nº 44, 1998, p. 30.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert; SILVA, Luis Virgílio Afonso da (trad). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo, Atlas, 2016.
- CNJ. *Justiça em Números*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 28 fev 2022.
- CNJ. *Painéis CNJ*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/paineis-cnj/>. Acesso em: 28 fev. 2022.
- CNJ. *Metas Nacionais*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/>. Acesso em: 25 fev 2022.
- CNJ. Recurso Administrativo em REP nº 20070000000785, Rel. Cons. Cesar Asfor Rocha, 65ª Sessão, 26.6.2008.
- CNJ. *Regimento Interno. Resolução nº 67/2009*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>. Acesso em: 26 fev 2022.
- CNJ. *Resolução nº 106/2010*. Brasília-DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=168>. Acesso em: 24 fev 2022.
- CNJ. 25 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/reuniao-preparatoria-justica-mantem-productividade-apesar-da-pandemia/>. Acesso em: 27.5.2020.
- FGV, AMB e IPESPE. *Estudo da Imagem do Poder Judiciário*. 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Acesso em: 27 fev 2022.
- KANAYAMA, R. L.; TOMIO, F. R. L. *Eficiência e Poder Judiciário: resolução de casos e recursos financeiros no Brasil e nos Estados Unidos*. In: José Mauricio Conti. (Org.). *Poder Judiciário Orçamento, Gestão e Políticas Públicas*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2017, v. 1, p. 257-277.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2007.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- NALINI, José Renato. *Ética da Magistratura: comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. Coordenadores Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NOVELINO, Marcelo. *Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, nº 44, 1998.
- PRZEWORSKI, Adam. *Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agente x principal*. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (orgs). *Reformado Estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.
- STOCO, Rui. *Processo Administrativo Disciplinar: processo disciplinar na administração pública, no Conselho Nacional de Justiça e nos tribunais*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.
- STRECK. Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo, Saraiva, 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- TJRS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *PROGRAM II, RS*. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/index.html?idNoticia=433281>. Acesso em: 25 fev 2022.
- TJSP. Tribunal de Justiça de São Paulo. *NUMOPEDE NACIONAL*. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=49652>. Acesso em: 27 fev 2022.

LISTA DE GRÁFICOS

- Gráfico 1** - Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 28 fev 2022.
- Gráfico 2** - Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 28 fev 2022.
- Gráfico 2** – Fonte: FGV, AMB e IPESPE. *Estudo da Imagem do Poder Judiciário*. 2019. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_.pdf. Acesso em: 27 fev 2022.

A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL: UMA REVISÃO DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS MATERIAIS E PROCESSUAIS

Fabio Caldas de Araújo⁴⁰⁰,
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira⁴⁰¹

INTRODUÇÃO

O tema relacionado aos direitos fundamentais e o acesso à justiça ocupam o cenário jurídico há muito tempo, contudo, nem sempre estão correlacionados, seja no tratamento do direito processual ou material.

Na esfera processual, o final do século XX foi marcado no direito brasileiro pelo enaltecimento dos mecanismos processuais renovatórios. Sem dúvida, no último quartel deste período observou-se uma profusão de minirreformas que procuraram promover e facilitar o acesso do jurisdicionado.

O ano de 1994 pode ser considerado um marco introdutório para a abertura do caminho de construção do CPC/2015 com a inserção da tutela antecipada no procedimento ordinário por meio da Lei 8952/94. Até então, a urgência exigiria que os advogados formulassem pedidos por meio de cautelares nominadas ou inominadas, ou mediante a utilização de procedimentos especiais.⁴⁰²

Em pleno século XX, o jurisdicionado brasileiro ainda não contava com instrumento adequado para a efetividade emergencial de seus direitos materiais e processuais no sistema jurídico brasileiro. E mais, pode-se afirmar que o sistema legal trabalhava em sentido contrário. Um simples exemplo desta afirmação pode ser visualizado no conjunto das leis: 4348/64, 8437/92 e 9494/97 que tolheram a natureza constitucional do mandado de segurança e das ações coletivas impedindo sua eficácia na proteção do jurisdicionado contra os desmandos da autoridade pública coatora.

Estes três diplomas impediram, progressivamente, a concessão de qualquer tipo de medida liminar de natureza pecuniária contra o poder público. A Lei 9494/97 ainda conta com a imunização conferida pela ADC nº 04 para impedir a concessão de tutela antecipada de natureza ressarcitória contra o Poder Público.

Por este motivo, o início destas reformas processuais na década de 1990 demonstrou a preocupação dos operadores do sistema em atualizar a legislação ordinária para tentar nivelar o compasso entre o direito material e processual. Ultrapassada a fase de isolamento do direito processual, que foi compreensível pela

⁴⁰⁰ Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: gesetzgeber@uol.com.br Lattes: 8389006383308238 Orcid: 0000-0001-6496-5926

⁴⁰¹ Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Professora Titular do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR e do PPGD da Universidade de Marília – UNIMAR. Advogada. E-mail: jussara@borgesferreiraadv.com.br Lattes: 4193332125844267 Orcid: 0000-0002-4919-6935

⁴⁰² ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de Processo Civil* – Parte Geral. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 211.

necessidade de fundação de suas bases, a virada do século XXI impunha novos desafios. A ampliação do acesso à justiça e a desmaterialização da informação, especialmente pela adoção progressiva do processo eletrônico, demonstrou que as reformas pontuais foram importantes, mas insuficientes. Um novo desenho se mostrava necessário com a formulação de um novo Código Processual.

Na esfera material, o direito brasileiro passou por importante transformação no ano de 2002 com a promulgação do Código Civil atual. Este projeto foi fruto de lenta maturação, mas representou um sensível avanço ainda que mantendo a estrutura de uma Parte Geral que hoje é polêmica e discutível.⁴⁰³ A dinamicidade, a transformação e a especificação dos institutos jurídicos desaconselham atualmente a adoção de institutos jurídicos genéricos, justamente pela impossibilidade de aplicação equânime de conceitos para partes distintas.⁴⁰⁴

Este é o grande problema de ordenamentos jurídicos que optam pelo sistema que prevê a existência de uma parte geral dotada de institutos genéricos e metajurídicos, cuja missão é iluminar as demais partes do sistema de direito privado ou público. No Brasil, ambas as codificações (Civil e Processual Civil) sofreram a influência do direito alemão quanto à construção do um modelo em cruz (*Kreuzeinleitung*) que sedimenta a parte geral como repositório das disposições metajurídicas que devem iluminar as demais partes da Codificação.⁴⁰⁵ O que se percebe na fase atual é que tanto o ordenamento herdado pelo CCB de 2002, bem como aquele recentemente reformado pelo CPC de 2015 são insuficientes para acomodar as necessidades de intensa transformação social. E mais, a simples previsão de conceitos indeterminados não solucionará a necessidade desta constante adaptação, ainda que este mecanismo tenha sido preconizado por Karl Larenz⁴⁰⁶ como uma solução necessária para a situação derivada da mora legislativa.

Estas considerações revelam a importância da Constitucionalização dos direitos materiais e processuais no sistema jurídico. Não há dúvida que esta afirmação deve ser corretamente interpretada. Não se trata de postular que a Carta Magna regulamente de modo minucioso o ordenamento jurídico, uma vez que esta não é a sua vocação. É indubitável que a mera existência de conceitos genéricos ou indeterminados na legislação infraconstitucional é insuficiente para permitir a aplicação corrente e imediata das normas, especialmente pelo poder judiciário.

Desde o período pós II Guerra Mundial, procuram-se novos rumos para a paz social, com o reconhecimento de que as normas processuais e materiais também

⁴⁰³ ALVES, Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 23.

⁴⁰⁴ CORDEIRO, António Menezes de. *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 85.

⁴⁰⁵ ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de Processo Civil – Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 95.

⁴⁰⁶ Como já advertia Karl Larenz, a tendência dos sistemas se utilizarem de cláusulas gerais e conceitos indeterminados corresponde a um avanço que permite justamente o papel fundamental dos Tribunais que é conferir atualidade ao texto legislativo quando sua aplicação exigir o reconhecimento da evolução social e adaptação à realidade. Isto retira o sistema jurídico do imobilismo da fonte legislativa, mas obviamente deve ser utilizado com a prudência, sob pena de o juiz substituir o legislador. Vide Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 401.

são normas fundamentais, na medida em que estabilizam a garantia da segurança jurídica (*Grundrechte als Verfahrensgarantie*).⁴⁰⁷ De modo inovador, o legislador processual previu no CPC que as leis processuais são orientadas pelos valores constitucionais, o que está sedimentado pelo Art. 1º do CPC: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. Percebe-se a matriz constitucional dos direitos processuais e sua irradiação natural para a legislação ordinária. Esta aplicação demonstra a importância dos princípios como meio de eficácia imediata, direta ou indireta.

A Constituição passou a assumir o seu papel de primazia como fonte de interpretação e integração, inclusive reconhecendo-se a eficácia imediata e mediata das normas constitucionais, nos termos do que preconiza o Art. 1º do CPC. Esta nova postura provoca reflexões importantes, na medida em que coloca em destaque o papel do STF como guardião e guia da integração e interpretação constitucional. Acontece que o modelo brasileiro é dotado de maior complexidade, na medida em que vigora no sistema, modelo híbrido, no qual convivem o controle concentrado e difuso de constitucionalidade. Isto torna ainda mais importante a dicção do Art. 927 do CPC quanto a necessidade de respeito e formação adequada dos precedentes qualificados com fim de propiciar: estabilidade, integridade e coerência ao sistema jurídico, nos termos preconizados pelo Art. 926 do CPC. A hermenêutica como adotada pela codificação, naturalmente, se orienta a partir das transformações mundializadas do direito, da própria hermenêutica contemporânea, dirigida e interpretar o fenômeno jurídico, princípios e regras, conjugados na sistematização do novo Diploma, trazendo para o núcleo fundante da interpretação os direitos fundamentais, e agregando a essa categoria de direitos o próprio processo.⁴⁰⁸

Mesmo no campo do direito privado, a *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais não pode mais ser ignorada. A questão ganhou grande rendimento com o polêmico julgamento do caso Lüth.⁴⁰⁹

Pela primeira vez, a Corte Constitucional Alemã admitiu a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com discussão sobre a possibilidade de sua irradiação em relação aos terceiros, nas relações privadas (*Drittwirkung*).

⁴⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 30.

⁴⁰⁸ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara S. A. B. N. Hermenêutica e Uniformização da Jurisprudência: Critérios da Coerência e Integridade da Decisão e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. nº 86. Set-Out/2018. p. 39-55.

⁴⁰⁹ O caso Lüth narra *leading case* na década de cinquenta (1958), que inaugurou a aplicação das normas de direito fundamental sobre o direito privado. Erich Lüth realizou protesto contra a exibição do filme *Unsterbliche Geliebte (Amada Imortal)*, de Veit Harlan, por sua suposta vinculação ao nazismo. Este cineasta teria produzido, na década de 1940, filme antissemita denominado *Jud Süß (O Judeu Süß)*, que o levou a ser processado por crime de guerra. Todavia, Veit Harlan foi absolvido por ficar caracterizada a impossibilidade de conduta diversa, sob risco de morte, uma vez que seguiu ordens de Goebbels, famoso Ministro da Propaganda Nazista. Lüth foi alvo de ação judicial inibitória e foi condenado a uma obrigação de abstenção. Em seu recurso ao Tribunal Constitucional, a decisão do Landgericht foi reformada e garantiu o direito fundamental à opinião e a possibilidade de influenciar terceiros. A ponderação levou em consideração a primazia do direito de manifestação em face dos bens jurídicos expostos na manifestação de Lüth.

Merece leitura, a excelente crítica de Canaris⁴¹⁰ sobre a utilização da eficácia da irradiação na decisão histórica. O ilustre civilista diferencia com propriedade a distinção entre a *eficácia imediata* e a *vigência imediata dos direitos fundamentais*, que provocam consequências absolutamente distintas e que não são observadas na nomenclatura jurídica. Isso é comum no Direito Brasileiro em que a expressão *Drittwirkung* é tomada como sinônima para ambas as situações em grande parte dos manuais e cursos de direito constitucional.

Até então, a construção da proteção dos direitos fundamentais estava sedimentada na relação Estado-cidadão (*Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat*), que marcava a eficácia vertical dos direitos fundamentais.⁴¹¹ Por meio desta noção, a relação de superioridade do Estado em relação ao cidadão (princípio da supremacia do interesse público sobre o particular) seria resguardada pela proteção vertical e imediata dos direitos fundamentais.

1 A RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL E PROCESSUAL E SUA CRISE NO SISTEMA

A necessidade de projeção da constituição de modo imediato ou mediato perante o ordenamento jurídico infraconstitucional encontra respaldo na crise da relação jurídica. A doutrina de vanguarda do direito civil percebeu os problemas inerentes à adoção irrestrita da teoria da relação jurídica como fonte de sistematização e exercício de direitos subjetivos.⁴¹² A visão formal e conceptualista torna inexplicável a equação linear que a relação jurídica propõe como solução, especialmente sob a ótica do regime das invalidades.

A teoria da relação jurídica nasceu de uma brilhante construção de Savigny e que foi essencial para que o direito pudesse ser estruturado no século XIX como Ciência e com o reconhecimento de suas divisões. A noção de elo e obrigatoriedade da norma jurídica dependeria deste vínculo jurídico representado pelo: sujeito, objeto e forma. Os três elementos representariam a trama jurídica que identificaria o sujeito de direito, o objeto de direito e a forma prescrita em lei para que a validade da declaração jurídica pudesse ser reconhecida.

Esta criação fantástica de Savigny, agregada à formatação sistêmica sugerida por Heise⁴¹³, influenciou abertamente o modelo alemão e o direito brasileiro. A legislação adotou expressamente o tratamento sistemático de divisão dos livros do direito civil, com base na diferenciação da relação jurídica (parte geral, obrigacional, real, familiar e sucessões).

⁴¹⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 20.

⁴¹¹ ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTERBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht* (Direito Constitucional Alemão). München: Verlag C. H. Beck, 2008, p. 177.

⁴¹² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português – Parte Geral*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 283.

⁴¹³ Arnold Heise, *Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts*, p. 12 e ss. A divisão proposta na parte inicial de sua obra (*Allgemeine Lehren*) demonstra a exposição sistemática em que propõe a classificação do direito positivo (*Vom positiven Rechte*), com interessante divisão que seria o embrião da sistemática moderna.

Como explica o Dr. Heyers, o modelo de codificação germânica deriva da construção do Pandectismo apregoadado por Heise. Por meio de sua sistematização se construiu o sistema em cruz (*Kreuzenteilung*), na qual a parte geral se situa no centro e realiza a ligação dos demais ramos em pontas díspares: o direito das obrigações e reais (*Schuld und Sachenrecht*) em uma; e em outra, os direitos de família e sucessões (*Familien und Erbrecht*).⁴¹⁴

Esse modelo não seguiu a influência francesa ou austríaca que foram fiéis à separação proposta por Gaio em 160 a.C., ao estabelecer a divisão sistêmica do direito em três livros, em suas Instituições (*Institutiones*): a) pessoas (*personae*); b) coisas (*res*); e c) ações (*actiones*).

O período atual é marcado por um esgotamento do modelo clássico que informa a divisão tradicional das matérias perante a legislação civil e processual civil brasileira. Note-se que a relação jurídica não é uma criação elaborada apenas para o direito material, mas igualmente para o processual. Não seria necessário retornar ao histórico de desenvolvimento do processo civil no século XIX para lembrar a criação de Bülow.⁴¹⁵ Com sua genial formulação, Bülow sistematizou e identificou os *pressupostos processuais*. Os pressupostos diferenciam a relação processual da relação de direito material e constituíram importante dado para delimitar a autonomia da Ciência Processual. Logo, a relação jurídica material e processual, embora distintas e cientificamente autônomas, padecem do mesmo problema referente ao engessamento formal e positivista oriunda do conceptualismo do século XIX.

Aliás, basta um exame na profusão de leis esparsas e de novos ramos do direito que não guardam posição simétrica com os livros previstos do Código Civil Brasileiro. Não há dúvida de que a divisão ainda é extremamente relevante e útil, mas a interpenetração entre os ramos, aliada à falência da Parte Geral, demonstram a necessidade do diálogo entre as fontes (*Der Dialog der Quellen*), uma vez que o modelo atual exige a adequada compreensão quanto à interpenetração das leis especiais.⁴¹⁶

O modelo jurídico atual não se contenta mais com construções dogmáticas puras e formais para a solução e enfrentamento dos problemas do dia a dia. O modelo cartesiano oferecido pela lógica formal e que procura construir a teoria da decisão judicial apoiada em um silogismo jurídico não responde mais aos anseios do século XXI. O ato decisório e a formação dos precedentes, com força vinculante, não se resume mais à aplicação da norma positiva ao caso concreto.

Destaca-se, neste ponto específico, a criação do art. 927 do novo Código de Processo Civil Brasileiro que procura eliminar o caos interpretativo da lei federal pela força vinculante das decisões judiciais dos tribunais. Opera-se a transposição de instituto novo para o Direito Brasileiro que, a princípio, não muda a configuração atual. Afinal, no sistema brasileiro, a força vinculante das decisões judiciais somente se opera

⁴¹⁴ Disponível em: http://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Handelsrecht1/AG/Einfuehrung.pd. Acesso em: 27 jan. 2022.

⁴¹⁵ Oskar von Bülow, *Die Lehre von den Prozessierenden und die Prozessvoraussetzungen (A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais)*, Giesses, 1868, reimpr., Aalen: Scientia Verlag, 1969, p. 61.

⁴¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova Teoria Geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: *Diálogo das Fontes: do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 17-66.

no controle concentrado (art. 28, parágrafo único, Lei nº 9.868/99), ou com a emissão de Súmula Vinculante (art. 2º, Lei nº 11.417/06).

A multiplicidade normativa é insuficiente para reger todas as novas situações fáticas que são descortinadas diariamente. A densidade dos problemas jurídicos, mesmo no âmbito privado, informa que o conflito intersubjetivo é capaz de irradiar ondas que propiciam a necessidade de nova perspectiva sobre questões que aparentemente estavam sedimentadas por princípios seculares. É o que se verifica de modo muito claro na seara dos direitos reais cujo campo sempre foi considerado o de maior estabilidade pela necessidade de regras claras e rígidas para a proteção da propriedade, bem como dos direitos reais desmembrados (direitos reais de gozo e garantia). Outro ponto a ser considerado é que a ótica da legislação civil tradicional exige adaptação para dois pontos cruciais: a) coletivização dos conflitos; e b) a desmaterialização da relação jurídica pela influência das novas realidades e do direito digital.

A sociedade hodierna é marcada pela globalização e multiplicidade das relações jurídicas que desconhecem os conceitos de fronteira impostos pelo direito internacional clássico. A legislação civil atual é pensada para o ambiente coletivo, em vista da necessidade de disciplina das relações negociais que atingem um número indeterminado de pessoas. Na formação deste vínculo jurídico não está mais em jogo a igualdade na formação, pois sabe-se de antemão que a relação contratual, na maioria das vezes, é fruto de mera adesão, o que exige a criação de mecanismos específicos de proteção no direito material e processual. A Europa inicia a encampação do direito processual coletivo e a acomodação de conceitos bem desenvolvidos no direito anglo-saxão, como a defesa de interesses difusos.

Como exemplo, cita-se a Lei Hamon⁴¹⁷ que disciplina uma série de disposições de direito material e processual e cria a ação coletiva para o consumidor no processo civil francês.

O comércio eletrônico representa uma fonte de desafios para o direito privado interno e internacional. As relações negociais passaram a depender como nunca da lealdade e confiança. O denominado *e-commerce* somente se sustentará na medida em que exista o respeito ao direito à informação e transparência no comércio virtual que respeitem a boa-fé do adquirente.

Por esse motivo, é de fácil percepção que no âmbito do direito material e processual o conceptualismo e formalismo jurídico herdados de Puchta não refletem a noção de um sistema jurídico que possa propiciar a unidade da ordem jurídica.⁴¹⁸

O século XX foi marcado por certa letargia quando comparado com as grandes transformações que marcaram o século XIX.⁴¹⁹ O século XXI traz como desafios o rompimento de conceitos e a adequação da ordem jurídica para a realização efetiva dos direitos emergentes de uma nova ordem social.

⁴¹⁷ Lei nº 2014-344 de 17 de março de 2014. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028738036&categorieLien=id>. Acesso em: jan. 2022.

⁴¹⁸ LARENS, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 83.

⁴¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 9.

1.1 O NECESSÁRIO DESNIVELAMENTO DOS ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA

As considerações prévias sobre o tratamento da relação jurídica permitem reconhecer a necessidade de desnivelamento entre os elementos da relação jurídica, uma vez que o engessamento da legislação ordinária pode, e deve, ser iluminada pela orientação principiológica do texto constitucional.

Os elementos: *sujeito*, *objeto* e *forma* constituem o núcleo essencial da relação jurídica. Quando se analisa o regime das invalidades fica claro que o regime das invalidades do Art. 166 do CCB gravita em torno da incapacidade do sujeito (inciso I), da ilicitude e impossibilidade do seu objeto (inciso II e III, VI e VII) ou quando a forma por proscria em lei (inciso IV).

Não há dúvida que com o afloramento dos direitos fundamentais materiais e processuais esta equação formal, inodora e insípida ainda seja utilizada como critério de uniformidade da invalidade da relação jurídica. O ser humano é o centro de irradiação dos direitos e deveres. A sua proteção deve ser irrestrita, o que justifica a eficácia vertical dos direitos fundamentais como modelo de proteção do indivíduo em face do Estado.

Sem a compreensão desta dimensão axiológica, que revela uma opção dos sistemas democráticos modernos, de nada adiantaria qualquer reforma operada no direito material ou processual. A posição de supremacia do sujeito é indiscutível na relação material ou processual. No tratamento processual esta abordagem é ainda mais recente, mas possui exemplos interessantes e já firmados por meio de precedentes qualificados. Nesta toada deve ser lembrada a interessante questão analisada pelo STJ, em sede de Recurso Repetitivo (REsp.1681690), no qual o Tribunal definiu que assiste a legitimidade ao Ministério Público para ingressar com ação civil pública, ainda que para a proteção da saúde de uma única pessoa.

Quando se analisa o tema pela doutrina clássica não existe solução adequada para reconhecer a possibilidade jurídica ou legitimidade de agir para promover uma ação coletiva para a tutela de um interesse individual. Qual seria o fundamento dogmático e baseada na legislação ordinária para justificar o emprego de uma ação coletiva para a proteção de uma única pessoa? A resposta não é encontrada no sistema infraconstitucional, mas apenas por meio da leitura da Constituição.

A necessidade de proteção do direito fundamental da saúde e da vida exige que dogmas processuais sejam ultrapassados. E não seria correto falar que a legislação superada, pela eficácia imediata vertical da Constituição, refere-se a texto antigo. O CPC de 2015 não traz solução adequada para o tema analisado no REsp.1681690. Percebe-se que é impossível, por melhor e mais atualizada que seja a legislação, prever todas as hipóteses que exijam a proteção dos direitos fundamentais da Carta Magna.

Não está a se discutir neste trabalho quais serão os mecanismos que permitem esta aplicação, bem como questões inerentes à sua utilização (ativismo judicial, consequencialismo). A possibilidade de formação de precedentes qualificados para o respeito aos direitos fundamentais essenciais revela um dado simples. Trata-se de uma compreensão rasa marcada pela simples conclusão de que o direito é focado em benefício do ser humano e não o contrário. A importância de modelar e adaptar

o sistema processual e material para a proteção integral do sujeito de direito revela o comprometimento moderno do sistema jurídico com a tutela dos direitos fundamentais.

2 A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO E DA FORMA: A EFETIVIDADE DOS DIREITOS

Como já visto, a relação jurídica estabeleceu um termo de igualdade formal entre o *sujeito*, o *objeto* e a *forma*. Estes três elementos foram essenciais para a compreensão do sistema de direito privado e público, mas na atualidade não permitem mais uma posição igualitária.

A existência dos direitos fundamentais processuais e materiais representam o destacamento do sujeito de direito desta equação linear (sujeito-objeto-forma). O ser humano é o centro de irradiação dos direitos e deveres. A sua proteção deve ser irrestrita, o que justifica a eficácia vertical dos direitos fundamentais como modelo de proteção do indivíduo em face do Estado.

O objeto de indagação deste trabalho centra-se exatamente no terceiro elemento da relação jurídica: a forma. A forma determina aspecto essencial na relação jurídica e deve ser instrumentalizada para a efetividade dos direitos fundamentais. Ela representa aspecto material essencial para fim de comprovação e validação dos atos jurídicos que são praticados pelos sujeitos de direito.

Na fase do direito romano convivia-se com uma situação interessante. Ao mesmo tempo que a forma era da essência do ato (*forma dat esse rei*), o procedimento era marcado pela oralidade. A utilização de palavras equivocadas poderia ser suficiente para nulificar o procedimento. O rito sempre foi dado marcante no processo romano, seja por meio da oralidade absoluta na fase das *legis actiones* (*litigare per concepta verba*) ou mesmo no período clássico e no pós-clássico, nos quais se utilizou o apoio do processo escrito (*Schriftformelverfahren*).⁴²⁰

Na fase atual, a compreensão da forma deve ser instrumental. Ela deve auxiliar na construção material do ato/negócio jurídico, e na segurança e contraditório do ato processual. A forma não pode ser um obstáculo, mas um instrumento que solidifica a relação jurídica de direito material e formal.

2.1 A FLEXIBILIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICO-MATERIAL

Sob a ótica do direito material visualiza-se uma evolução legislativa e jurisprudencial que procura simplificar o rigor das relações jurídicas negociais, especialmente no âmbito dos direitos reais.

A tradição herdada do direito romano absorveu uma antiga distinção relacionada à solenidade de tratamento da transmissão da propriedade móvel e imóvel. No direito romano havia uma distinção entre a *res mancipi* e *nec mancipi*. Os bens de maior repercussão econômica eram dotados de mecanismos de proteção para a sua alienação, sendo representados pelos terrenos itálicos, escravos, animais de tiro e carga e as servidões rústicas, cuja transmissão solene era representada pela

⁴²⁰ MALY, Theo Mayer. *Römisches Recht*. Wien: Springer, 1999, p. 209.

mancipatio. Os demais bens eram considerados *res nec mancipi* e poderiam ser transmitidos pela mera *traditio*.⁴²¹

Esta distinção equivaleria, atualmente, à exigência do Art. 108 do CCB para a transmissão dos bens imóveis acima de 30 (trinta) salários mínimos, para os quais se exige a escritura pública, documento hábil a legitimar a transferência da propriedade imóvel. Percebe-se que o sistema jurídico moderno absorveu a noção de superioridade da propriedade imóvel sobre a móvel, contudo, esta perspectiva necessita de atualização.

Desde o século XV, com o incremento e desenvolvimento das pessoas jurídicas, a noção de propriedade assumiu uma nova dimensão. Este marco é conhecido por meio do fenômeno da atomização do direito de propriedade que iniciará uma mudança quanto ao enfoque de proteção irrestrita da propriedade imobiliária oriunda da tradição romano-canônica. O banco de São Jorge, em Génova, criado em 1407, o qual operou até o ano de 1805, representou o marco moderno das sociedades por ações.

Na fase atual em que as grandes corporações nacionais e mundiais são marcadas por sociedades anônimas, que dominam os diversos ramos econômicos do mercado em que estão inseridas (Large caps), conclui-se que a visão romana estampada na parte geral do Código Civil necessita de nova leitura. A transmissão de um lote de ações, ou mesmo do controle acionário pode representar valor que ultrapassa qualquer propriedade imobiliária. Isto demonstra que os bens móveis assumem, nesta nova fase, um papel de influência econômica igual ou até superior àquele representado pelos bens imóveis.

A sociedade moderna, especialmente após a revolução industrial, passou a conhecer o consumo em larga escala. Esta nova sociedade consumerista haveria de impactar o sistema jurídico e obrigar a sua adaptação. Além do aperfeiçoamento quanto ao surgimento dos valores mobiliários, percebe-se o desenvolvimento dos meios de circulação da riqueza, notadamente, os títulos de crédito. A necessidade de circulação dos títulos reflete a perda da formalidade, pois as relações comerciais são dinâmicas e exigem uma nova forma de sedimentação das transações. Isto explica a necessidade de princípios auxiliares como o da cartularidade, autonomia e abstração.

A flexibilização da relação jurídico-comercial é antiga e corresponde a uma necessidade para o florescimento da sociedade industrial. Atualmente, avança-se para um novo patamar representado pela moeda digital e pela proliferação de criptoativos que utilizam plataformas *blockchain* como meio de validar as suas operações.⁴²² Observa-se que o futuro da tecnologia *blockchain* é a interoperabilidade, ou seja, a existência de várias redes funcionando simultaneamente. Governos e instituições públicas e privadas estão investindo em grande escala em projetos que buscam a interoperabilidade entre as redes à medida que buscam estimular inovações e aplicações.⁴²³

⁴²¹ DERNBURG, Heinrich. *Pandekten*. Berlin: H. Mueller, 1902, p. 158.

⁴²² UHDRE, Dayana de Carvalho. *Blockchain, Tokens e Criptoformas*. Lisboa: Almedina, 2021, p. 64.

⁴²³ OLIVEIRA, Maria Macena de; FERREIRA, Jussara Borges. *Smart Contracts: Modelo Econômico do Contrato*

As sociedades comerciais passaram a adotar modelos complexos que obrigam à regulação em leis extravagantes, alterando a topologia codificada que marcou a sedimentação do direito positivo no século XIX. Neste panorama deve ser agregada a recepção da boa-fé objetiva como elemento essencial para a segurança das relações jurídicas, cujo desenvolvimento se deve ao gênio alemão.⁴²⁴ A boa-fé representa instrumento poderoso para flexibilizar a forma e para realizar a sua integração na hipótese de lacuna.

Um dos exemplos mais simples de grande utilidade quanto à flexibilização da forma na fase atual refere-se a rigidez do instrumento público na transmissão da propriedade. Em virtude do já citado Art. 108 do CCB, inexistente dúvida de que a escritura pública representa um modelo de *mancipatio* moderna. Afinal, a transmissão da propriedade em valor econômico expressivo não pode ser realizada sem a sua confecção.

A escritura pública representa um dos elementos do suporte fático, previsto pelo Art. 1242, *caput* do CCB, que exige o justo título para adequação típica da usucapião ordinária. O Art. 1242, parágrafo único, estabelece um sensível encurtamento (*abkürzung*) do lapso temporal, cuja previsão é uma benesse concedida ao terceiro de boa-fé como meio de valorizar a função social da posse exercida por aquele que recebeu uma transmissão *a non domino*.

Embora a escritura seja elemento essencial do suporte fático do Art. 1242 do CCB, o STJ flexibilizou há mais de uma década o conceito de justo título para fins de usucapião ordinária. Isto significa que a comprovação dos rígidos requisitos que justificam a perda do direito de propriedade sofreu uma amenização. O compromisso particular de compra e venda, ainda que não esteja registrado, pode ser utilizado como “justo título” para fins de consumação da prescrição aquisitiva:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. IMÓVEL RURAL. USUCAPIÃO ORDINÁRIO. JUSTO TÍTULO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. REGISTRO. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. INTERRUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE. TERCEIRO. CITAÇÃO. FRUSTRADA. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A falta de registro de compromisso de compra e venda não é suficiente para descaracterizar o justo título como requisito necessário ao reconhecimento da usucapião ordinária.3. A interrupção do prazo da prescrição aquisitiva somente é possível na hipótese em que o proprietário do imóvel usucapiendo consegue reaver a posse para si. Precedentes.4. A mera lavratura de boletim de ocorrência, por iniciativa de quem se declara proprietário de imóvel litigioso, não é capaz de, por si só, interromper a prescrição aquisitiva.5. Recurso especial provido.⁴²⁵

e Lei da Liberdade Econômica. Uberlândia: LAECC, 2021, p. 55.

⁴²⁴ MAYER, Rudolf. *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*. Göttingen: Walstein Verlag, 1994, p. 64.

⁴²⁵ REsp 1584447/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em

2.2 A FLEXIBILIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL

A flexibilização corresponde a fenômeno que atinge de modo especial a relação processual como reflexo da necessidade de sua otimização para a efetividade dos direitos afirmados por meio da ação processual. A passagem do CPC de 1973 para o de 2015 representou um grande passo neste caminho, em vista da postura assumida pelo novo diploma processual.

O CPC trouxe importantes modificações, as quais serão objeto de progressiva adaptação por parte de todos os operadores. Há um equívoco quando se afirma que as mudanças foram poucas e que não justificariam a redação do Código de 2015.

A tendência de resistir às modificações é natural dentro do processo social, especialmente no campo jurídico, ainda mais quando existe legislação estabilizada pela jurisprudência. Não é tarefa simples assimilar as novas ondas de transformação do processo civil e do sistema jurídico como um todo. Na fase atual pontua-se dois aspectos que devem ser considerados cruciais: a) leitura constitucional e; b) interação entre o direito processual e material.

A técnica procedimental, desde o século XX demonstrava sinais de claro esgotamento em um modelo que não correspondia as necessidades básicas para a profusão dos “novos direitos”. O século XXI também foi marcado pelo rompimento entre a dicotomia público-privado e pelo fenômeno da constitucionalização como suporte de eficácia aos direitos fundamentais materiais e processuais.⁴²⁶

Se até a metade do século XX ainda se compreendia o sistema normativo com a noção de superioridade do Estado pela proteção ao bem comum (supremacia do interesse público sobre o interesse particular), a Segunda Guerra Mundial acabou com o sonho estéril do positivismo jurídico. Havia a necessidade de encontrar um novo fundamento ou postulado que pudesse acomodar a ordem jurídica herdada do período pós-guerra.

O sistema jurídico, como já apontado, especialmente após 1950, procurou novos rumos para a paz e a segurança jurídica, com o reconhecimento de que as normas processuais também são normas fundamentais, na medida em que estabilizam a garantia propiciada pelo direito material.

Nesta toada surge a compreensão quanto à insuficiência do discurso positivo como solução para a crise de justiça. A compreensão quanto à necessidade de um patamar de proteção mínima do *sujeito de direito* rompe com a tecnicidade da relação jurídica. Relembre-se que a teoria da relação jurídica foi essencial para permitir o nascimento dos Códigos Modernos com a estruturação dos diversos ramos do direito privado: direito das obrigações, reais, família e sucessões e do próprio direito processual após a genial sistematização de Bülow.

A existência dos direitos fundamentais processuais e materiais representam o destacamento do sujeito de direito desta equação linear (sujeito-objeto-forma). O ser humano é o centro de irradiação dos direitos e deveres. A sua proteção deve ser irrestrita, o que justifica a eficácia vertical dos direitos fundamentais como modelo

09/03/2021, DJe 12/03/2021.

⁴²⁶ ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de Processo Civil* – Parte Geral. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 32.

de proteção do indivíduo em face do Estado. Cabe examinar os mecanismos presentes no CPC para permitir atenuar a rigidez formal do processo para a realização do objetivo preconizado pelo Art. 4º do CPC representado pela primazia do mérito e sua satisfação na esfera executiva.

2.3 ADEQUAÇÃO DO PROCESSO À REALIDADE

A compreensão de que o processo deve servir a um fim prático e voltado para a realização dos direitos fundamentais exigiu uma nova postura por parte do legislador, cuja comprovação está refletida na postura principiológica do novo CPC.

A previsão de normas fundamentais na parte geral revela a interação natural entre os princípios constitucionais e infraconstitucionais reconhecendo-se a necessidade do grande preparo dos juízes para enfrentar este novo desafio. Este é o grande dilema do Art. 489 do CPC e que deve ser corretamente compreendido pelos magistrados e demais operadores do sistema. A crítica ao dispositivo não é correta. Na medida em que o sistema confere maior poder ao juiz, isto acaba permitindo que o julgador possa preencher conceitos indeterminados. Nada mais natural do que exigir ampla fundamentação para estas hipóteses, o que atende ao Estado de Direito Democrático. Qualquer outra solução levaria ao arbítrio da decisão com consequências funestas para o próprio equilíbrio entre os três poderes.

O enfrentamento ativo dos problemas colacionados ao processo exige postura diferenciada do magistrado. Neste novo papel o magistrado não mais conduzirá sozinho a relação processual, por meio de movimentos mecânicos e coordenados, mas com a participação ativa de todos os demais sujeitos processuais formando uma autêntica comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*).

A necessidade de cooperação (Art. 6º CPC) revela palavra-chave do processo civilizado e que deverá ser almejado a todo custo. A preferência pela via consensual (ADR) é clara e revela a mudança de perspectiva do procedimento comum. Optou-se pela tentativa de solução amistosa, ainda que em algumas situações residuais ela não seja viável (*konsensuale Konfliktlösung*). A cooperação é uma necessidade, em vista da realidade do processo civil global correspondendo a um dado extremamente relevante no Direito Europeu, em função do processo de integração econômica da Comunidade Europeia. A posição de supremacia do Tribunal Internacional exige uma atenuação do princípio da soberania e a necessidade de cooperação entre os Países-membros para que as decisões possam ser obedecidas e cumpridas de modo eficaz.⁴²⁷

Esta visão propõe uma reflexão interessante sobre a mudança de paradigma quanto à possibilidade de flexibilização procedimental. A visão moderna do processo civil, inspirada pela sua leitura constitucional, influenciou dois pontos essenciais no que tange à estrutura do procedimento: a) papel ativo das partes na colaboração e construção do procedimento adequado e b) possibilidade do juiz flexibilizar o procedimento em seu papel de gestão processual. O papel do advogado assume realce destacado no primeiro ponto, especialmente pela construção do negócio processual

⁴²⁷ MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 539-540.

que poderá impactar consideravelmente na solução eficaz e célere do processo. Será abordado brevemente esses dois itens com uma pequena retrospectiva sobre a evolução dos procedimentos especiais e com ênfase na atividade processual das partes na flexibilização procedimental.

2.4 OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS NO CPC DE 2015

É importante ressaltar que o binômio processo/procedimento é indissociável. O procedimento revela a espinha dorsal da relação processual sendo marcado tradicionalmente pela *tipicidade, publicidade e dialeticidade*.

Não existe a possibilidade de decisão instantânea no processo. Somente a perfeição angélica, dotada da ciência infusa, tornaria possível uma sentença imediata, sem a necessidade de oitiva das partes. Mesmo Adão antes de ser expulso do Paraíso teve direito ao contraditório (*Ubi est?* - Gênesis 3:8:10).

O direito de ser ouvido (*in ius vocatio*) reclama a existência de um procedimento que permita a exposição da tese e da antítese para que o julgamento possa ser proferido. O procedimento é antes de mais nada, uma garantia das partes para que não sofram qualquer sanção sem a possibilidade de explanação sobre os fatos que geram o desenvolvimento da relação processual e o consequente julgamento da demanda.

No processo romano, o procedimento era pautado pela rigidez e formalidade. A Lei das XII tábuas consigna a clássica narrativa de Gaio marcada pelo princípio do nominalismo. O erro procedimental quanto a utilizar a palavra árvore (*arbore*), ao invés de videira (*vides*), geraria ao indeferimento do pedido feito ao pretor pelo erro quanto ao procedimento oral.⁴²⁸

A evolução do sistema jurídico propiciou o surgimento de diversos tipos de procedimentos especiais que seriam paralelos ao procedimento comum. Esta criação aconteceu já no direito romano e com grande aproveitamento por meio da criação dos interditos possessórios. A propriedade romana não poderia ser adquirida pelos estrangeiros ou conquistados e sua tutela era apenas admitida pela proteção da posse (*possessio*). O desenvolvimento do processo civil no período medieval e moderno levou à multiplicação dos procedimentos especiais como natural desenvolvimento das relações jurídicas civis e comerciais.

No Brasil, a importância dos procedimentos especiais pode ser visualizada pela grandiosa criação da teoria da posse de direitos pessoais por Ruy Barbosa.⁴²⁹ O jurista foi contratado por 4 (quatro) professores da Escola Politécnica de São Paulo porque tinham sido demitidos, *ad nutum*, pelo então Presidente Prudente de Moraes pelo apoio manifestado ao regime monárquico. A solução pela ótica atual seria simples. Bastaria a impetração do mandado de segurança para a correção do ato coator. Acontece que a figura do *mandamus* somente surgiria com a Constituição de 1934.⁴³⁰

⁴²⁸ MANTHE, Ulrich. *Geschichte des Römischen Rechts*. München: Beck, 2015, p. 58.

⁴²⁹ BARBOSA, Ruy. Posse de Direitos Pessoais. In: *Clássicos do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 20-60.

⁴³⁰ ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de Processo Civil – Procedimentos Especiais*. Tomo III. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 35.

Este descompasso entre o direito material e processual no início do século XX permite duas conclusões simples: 1) É impossível a lei processual prever todos os procedimentos especiais em vista das necessidades do direito material; 2) o procedimento comum é insuficiente para preencher todas as necessidades do jurisdicionado.

O déficit procedimental tornou-se acentuado especialmente após a segunda metade do século XX. O descobrimento da tutela coletiva representa um primeiro exemplo desta afirmação. Até a década de 80, o único instrumento para a tutela de interesses difusos era representado pela Lei de Ação Popular (Lei 4717/65). A estruturação do sistema coletivo somente teve seu início a partir da Lei da Ação Civil Pública em 1985. Os conflitos de menor potencial econômico (*small claims*) somente tiveram sua descoberta com a estruturação nacional dos juizados especiais que ainda exige grande esforço de investimento para a efetiva universalização do acesso à justiça. Nestes dois exemplos citados: ações coletivas e juizados especiais, a flexibilização do procedimento operou importante contribuição para o aprimoramento da concessão de *tutela jurisdicional adequada* pelo Art. 5º, XXXV da CF/88 para as situações de ameaça ou lesão. Nas ações coletivas, a possibilidade de *mala gesti processus* por parte do representante adequado, pela subutilização do procedimento probatório não permitirá a formação de coisa julgada em prejuízo da coletividade (*secundum eventum probationis*). Nos juizados especiais, rompe-se a técnica processual de conflito e justaposição imediata das partes para a solução da controvérsia. O procedimento inaugurado pela Lei 9099/95 estabelece a abertura do procedimento com a tentativa conciliação entre as partes.

A conciliação é o reflexo de uma nova postura que também consiste na base do novo CPC e dependerá essencialmente da postura das partes, com especial relevo para o papel do advogado na advertência de seu cliente sobre o cenário do processo (Art. 334 do CPC). Embora infeliz, mas real, é notória a expressão “a justiça é morosa”. Todavia, o leigo não compreende a extensão deste prolongamento. O funcionamento do procedimento judicial é de conhecimento apenas dos operadores. As partes não conhecem as etapas, as fases recursais, os meios de impugnação autônomos e muito menos a existência de um processo duplicado para a execução do julgado.

2.5 O NEGÓCIO PROCESSUAL NA CONSTRUÇÃO DO PROCEDIMENTO

O Código de Processo Civil de 2015 corrige distorção do déficit procedimental chamando as partes para participar ativamente da construção do *procedimento adequado*. A elaboração dos negócios processuais assume importância fundamental como meio de racionalizar a utilização do procedimento judicial. Não se trata de atividade processual do juiz, mas das partes. Assume o advogado a responsabilidade essencial na sua construção, na medida em que o negócio processual exige a capacidade postulatória para sua validade. O conteúdo do negócio processual é riquíssimo e caberá as partes descobrirem paulatinamente a melhor forma de sua utilização em juízo.

Grande parte das demandas existentes são relativas a interesses patrimoniais e disponíveis. Nesta gama de litígios, a procura por vias alternativas à tutela jurisdicional contenciosa é permitida. A parte poderá se valer da mediação extrajudicial

e da arbitragem. Com maior razão poderá construir e modelar o procedimento por meio de negócio processual para ajustá-lo às necessidades concretas da demanda, nos termos do Art. 190 do CPC:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

O CPC/2015 assume o compromisso de materializar aquilo que o direito alemão considera como o pilar do princípio da cooperação (Art. 6 do CPC), ou seja, uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*).

As partes, o juiz e os terceiros em colaboração formam esta comunidade. Os poderes do juiz são limitados e apenas exercem o papel de sindicância para o respeito da isonomia das partes quanto ao negócio processual (Art. 190, parágrafo único). As partes podem ajustar o encurtamento do procedimento comum, abrir mão da esfera recursal, apresentar calendário processual (Art. 191). As partes podem ajustar que em caso de uma desavença a demanda será proposta no foro do autor, do réu ou em outro local. Basta que a competência para a análise da questão não seja de caráter absoluto (Art. 63 do CPC). No afã de uma composição amigável e quando seja necessária a paralisação da demanda, para que as partes possam analisar a celebração de uma composição amigável, o processo poderá ficar suspenso por até seis meses (Art. 313, § 4º). A suspensão facultativa do processo revela norma de natureza *dispositiva* (Art. 313, II, do CPC). Existe até a possibilidade das partes abrirem mão da utilização do direito de ação (*pacto de non petendo*).⁴³¹ Algumas destas hipóteses serão examinadas na sequência.

O negócio processual representa a vitória democrática do processo e a orientação de que o procedimento pode ser construído com a colaboração das partes para otimizar o funcionamento da atividade jurisdicional. Em matéria de negócio processual prevalecerá sempre o princípio *in dubio pro libertatis*. A restrição ao negócio processual deverá ser expressa e excepcional. A utilidade do negócio processual como instrumento de racionalização da atividade processual somente atingirá a eficácia desejada se observada a cooperação e a boa-fé processual.

2.6 O CALENDÁRIO PROCESSUAL

Este mecanismo ainda provoca certo ceticismo quanto a esta modalidade de negócio processual que é representado pelo calendário processual, nos moldes do Art. 191 do CPC: “De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”.

A redação não deixa dúvida, trata-se de negócio processual complexo ou multilateral com a participação das partes e do juiz. O calendário processual

⁴³¹ ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de Processo Civil* – Parte Geral. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 762.

é fruto da projeção do diálogo entre as partes. Por meio do calendário (*calendrier*) busca-se a otimização do tempo na relação processual, mas com um diferencial. Ela não nasce por iniciativa exclusiva do juiz, mas, sim, da combinação dos diversos sujeitos processuais.⁴³²

Por meio do calendário processual fixam-se prazos que assumem natureza cogente por meio de negócio processual. O calendário acaba por criar autêntico prazo peremptório por livre manifestação das partes e com a vinculação do juiz e dos demais auxiliares da Justiça. A desobediência ao prazo há de ser excepcional e devidamente justificada.

De forma similar ao previsto no Direito Francês, conforme o Decreto 2005-1.678, de 28.12.2005: “Le délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu’en cas de cause grave et dûment justifié” (“O prazo fixado de acordo com o calendário processual firmado entre as partes não pode ser prorrogado senão por meio de causa grave e devidamente justificada” – tradução livre).⁴³³

A principal sanção a ser estabelecida é a preclusão consumativa. Nada impede que as partes convençionem a imposição de *astreintes* para o caso de descumprimento, por meio da incidência de multa. As *astreintes* têm natureza eminentemente processual, e sua inclusão apenas reforça a seriedade do compromisso firmado entre as partes.

O calendário tem como fim fixar o prazo de instrução processual, e poderá incluir prazo máximo para a atividade das partes. Em determinadas situações o calendário representará autêntico *negócio processual complexo*, na medida em que o prazo será acompanhado de outros ajustes de vontade, como a inversão do ônus da prova ou da prática dos atos processuais de instrução (perícia após a oitiva ou cumprimento da deprecata para oitiva, sem a necessidade de observar a ordem regular de instrução). Além da maior celeridade, com a previsão de prazos e datas-limites para a realização dos atos processuais, o calendário dispensa a intimação prévia das partes quanto aos atos que serão produzidos. O acordo processual vincula as partes e as sujeita à observância de todos os prazos nele previstos.

Mesmo em processos em que sua adoção parece inusitada, os efeitos podem ser extremamente benéficos com economia processual. Um exemplo pode ser apontado em relação aos processos de inventário e arrolamento. Um dos maiores pontos de estrangulamento nestas lides refere-se ao descontentamento quanto aos atos praticados pelo inventariante e sua prestação de contas. Nada impede que as partes, de comum acordo, fixem prazo fatal para a apresentação das contas e do plano de partilha sob pena de remoção da função. O descumprimento do prazo torna desnecessário, inclusive a formalização do incidente de remoção representando economia ainda maior para a solução do litígio.

⁴³² DENIEUL, Jean-Marie. *Petit Traité de l'Écrit Judiciaire*. 12ª ed. Paris: Dalloz, 2014, p. 174.

⁴³³ GUINCHARD, Serge; FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile – Droit Interne et Droit Communautaire*. 31. ed. Paris: Dalloz, 2012, p. 806.

2.7 SUSPENSÃO DO PROCESSO

A marcha processual tende ao seu deslinde inevitável por meio de decisão processual (*Prozessurteil* – Art. 485 CPC) ou de mérito (*Sacheurteil* - Art. 487). Em determinadas situações a relação processual pode sofrer paralisação momentânea. Isto acontece por eventos ordinários ou extraordinários. A morte de uma das partes, do seu advogado representante, ou mesmo de seu advogado provocará a suspensão inevitável da relação processual (Art. 313, I). No entanto, as partes também podem convencionar a suspensão do processo com o intuito de obter solução ajustada para o conflito (Art. 313, II).

A suspensão denominada de convencional revela um autêntico negócio processual. A possibilidade de paralisação não é ilimitada, aliás, como nenhuma das hipóteses albergadas pelo Art. 313, pois o limite máximo será de 1 ano (Art. 313, § 4º). O negócio processual de suspensão poderá ser operado tanto na fase de cognição como na fase de execução (Art. 921, I).

O negócio processual de suspensão merece algumas advertências. O papel do advogado é muito importante nesta modalidade para que o instrumento não seja utilizado como meio indevido de paralisação da relação processual (Art. 5 do CPC). O primeiro aspecto a ser observado é a necessidade de fiscalização quanto ao prazo. É comum observar pedidos reiterados de suspensão. O prazo máximo será de 6 meses. Isto não significa que eventualmente o lapso não possa ser prolongado, mas nesta hipótese, além da necessidade de motivação, o alargamento do prazo terá que contar com o deferimento do juiz, pois não se trata mais de negócio processual, mas de dilação *ope iudicis*.

A hipótese de suspensão para fins de cumprimento de acordo não se encaixa na situação descrita no Art. 313, II do CPC, mas no Art. 922 do CPC e representa hipótese diferenciada de negócio processual para fins de cumprimento da execução. O prazo não ficará limitado ao Art. 313 do CPC, uma vez que o parcelamento ou o tempo de cumprimento da obrigação de fazer ou dar coisa certa ou incerta poderá ultrapassar o termo de 1 ano.

2.8 CONVENÇÃO SOBRE PRAZOS PROCESSUAIS

Outro importante vetor de participação das partes na melhoria da relação processual é representado pela possibilidade de convenção sobre os prazos processuais. Uma interessante inovação do novo CPC representa a definição de que os atos praticados antes do prazo não podem mais ser considerados intempestivos, inclusive o oferecimento da contestação ou mesmo da peça recursal antes do início da fluência do *termo a quo* (Arts. 218, § 4º e 225 do CPC). A questão merece aprofundamento quanto ao poder das partes de alterar os prazos de manifestação *endoprocessual*.

Os prazos podem ser *dilatatórios* ou *peremptórios*. Afora a polêmica que reina sobre a classificação apontada, há entendimento homogêneo quanto à *fatalidade do prazo peremptório* e à *prorrogabilidade do prazo dilatatório*. Os prazos *peremptórios* são legais e fixados no interesse da administração da justiça. Seu escoamento sem a prática do ato processual provoca consequências importantes para a relação

processual (ausência de apresentação da contestação no prazo: revelia; ausência de interposição do recurso no prazo legal: trânsito em julgado). A natureza cogente decorre da necessidade de impulso e da inevitabilidade da marcha processual.⁴³⁴ Os prazos dilatatórios são prazos *legais* ou *convencionais*. A lei poderá fixar determinados prazos, mas sem considerá-los fatais, em vista do ônus ou do dever que está vinculado à prática do ato. O prazo de 15 dias sucessivos para a apresentação de memoriais consiste em prazo dilatatório, sendo uma faculdade sua apresentação. Admite-se, inclusive, que possam ser apresentados em conjunto, por meio de negócio processual.

Pelo Código de Processo Civil/1973 as partes poderiam livremente convencionar os prazos dilatatórios (Art. 181), e um dos exemplos seria a própria convenção sobre a suspensão (Art. 265, II, do CPC/1973 – Art. 313, II, do CPC/2015). Qualquer disposição sobre prazos peremptórios sempre foi vedada pelo ordenamento, justamente pela função ordenadora e progressiva da relação processual, que é vocacionada à ultimação do processo – o que impede a convenção sobre prazos peremptórios.

O novo Código trouxe uma norma inovadora no Art. 222, § 1º, que pode ser comparada com a do ordenamento alemão, especificamente quanto ao conteúdo do § 224 da *ZPO*.⁴³⁵ No Direito Alemão permite-se o encurtamento do prazo (*Abkürzung*), mas desde que o prazo não seja peremptório, ou seja, obrigatório (*Notfristen*). No sistema alemão apenas os prazos dilatatórios podem ser encurtados.

No sistema pátrio, o Art. 222, § 1º, do CPC permite a convenção sobre o prazo peremptório, mas apenas para sua diminuição, como meio de acelerar a marcha processual, desde que exista *negócio processual entre as partes*. Por via de consequência, as partes não podem aumentar o prazo peremptório por convenção. O poder conferido pelo Art. 139, VI, do CPC não se confunde com o negócio processual formulado pelas partes. O juiz poderá aumentar os prazos peremptórios, mas em situações excepcionais e devidamente justificadas, sob pena de quebrar a isonomia e retardar indevidamente a marcha processual.

2.9 O PACTO DE NON PETENDO

Para encerrar os exemplos de algumas modalidades de negócios processuais deve-se apresentar uma modalidade atípica. Os exemplos anteriores representam formas típicas. Aqui enfrenta-se um tema polêmico no sistema interno, assim como no direito alienígena. Trata-se da possibilidade de negócio processual que exclua o exercício do direito de ação, ou seja, a formulação de um *pacto de non petendo*.⁴³⁶ Até que ponto seria lícito ambas as partes, por meio de acordo, eliminarem o direito de discussão judicial sobre determinada questão?

⁴³⁴ PONTES DE MIRANDA, F. C. Comentários ao Código de Processo Civil de 1973. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 124-125.

⁴³⁵ “Durch Vereinbarung der Parteien können Fristen, mit Ausnahme der Notfristen, abgekürzt werden. Notfristen sind nur diejenigen Fristen, die in diesem Gesetz als solche bezeichnet sind” (“Por meio de acordo entre as partes os prazos podem ser diminuídos, com exceção dos prazos peremptórios” – tradução livre).

⁴³⁶ WAGNER, Gerhard. *Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mor Siebeck, 1998, p. 413-414.

A resposta, em nosso sentir, deve ser positiva. Pode-se pensar, *a priori*, que existe autêntica formulação de um pacto de não litigar quando se estabelece, por exemplo, uma convenção de arbitragem. O exercício do direito de ação em desconformidade com o modelo convencionado que prevê a instituição da arbitragem autoriza o nascimento da *exceptio pacti*. A questão, todavia, vai além. Seria possível impedir o acesso ao Estado-Juiz mesmo sem a previsão de um modelo alternativo de disputa (ADR)? Pensamos que a resposta deva ser afirmativa, desde que a questão se encaixe na previsão normativa do Art. 190 do CPC. O exercício do direito de ação não deixa de representar direito subjetivo público. A renúncia ao exercício da pretensão processual para acionar ou recorrer não configura atentado à ordem pública ou restrição indevida ao exercício de direito fundamental.

O pacto *de non petendo* não elimina propriamente o direito de ação, mas apenas impede a judicialização de determinada pretensão. Com o pacto não há morte do direito material, apenas de sua acionabilidade.⁴³⁷

Não há dúvida de que o direito de ação assume natureza constitucional, como fonte de exercício de petição genérica, ao Estado, de tutela jurisdicional (Art. 5º, XXXV, da CF/1988). Por outro lado, nada impede que a parte possa acordar sobre o não exercício do direito de ação em relação a pretensões disponíveis. O assunto é polêmico, e deverá ser estabilizado com cautela, uma vez que a discussão teórica se depara com a prática. O controle sobre o pacto *de non petendo* deve ser rígido, para impedir sua inclusão como cláusula de estilo, especialmente em contratos de adesão.

Não se pode esquecer que as alterações propiciadas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/91) por meio do acordo de não persecução cível (Art. 17-B) revelam a introdução do pacto *de non petendo* em pretensão de natureza indisponível. Logo, as críticas em relação ao instituto restam superadas ante a previsão legal e perante procedimento especial que revela a proteção ao patrimônio público.

2.10 O DIÁLOGO ENTRE O PROCEDIMENTO COMUM E ESPECIAL

O procedimento comum ganhou grande desenvolvimento desde as reformas operadas pela introdução da tutela antecipada no ano de 1994. O exemplo mencionado sobre o famoso caso de Ruy Barbosa revelava a hipertrofia do procedimento comum que necessitava se socorrer dos procedimentos especiais como meio de alcançar a tutela jurisdicional diferenciada.

Passados mais de 100 (cem) anos, o panorama atual permite uma visualização diferente. Os mecanismos processuais sofreram grande evolução. A legislação atual conta com uma parte geral que fornece institutos com aplicação genérica e com dispositivos integradores.

O procedimento comum conta atualmente com grande desenvolvimento e permite a concessão de eficiente tutela específica para o cumprimento das decisões mandamentais e executivas. Ao contrário de outrora, são os procedimentos especiais

⁴³⁷ WAGNER, Gerhard. *Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mor Siebeck, 1998, p. 413.

que irão se utilizar do procedimento comum e da parte geral do CPC. Neste sentido vale a advertência do Art. 318, parágrafo único do CPC: “O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução”.

A tipicidade dos procedimentos especiais sofre um abalo, especialmente pela atipicidade crescente do procedimento e das medidas executivas como forma de solução eficiente para o litígio entre as partes.

O papel das partes e a técnica processual a ser utilizada pelos advogados contribuirá enormemente para o enfrentamento de questões que até então não eram possíveis. Um exemplo muito interessante sobre hipótese inovadora alocada no Art. 327, § 2º do CPC:

Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

Esta interessante regra deve ser estendida para o processo de execução o que permitirá a cumulação de execuções, ainda que sujeitas a procedimentos diferenciados. Um exemplo é o da cumulação de alimentos marcados pela diferença quanto ao lapso temporal do débito. As dívidas protegidas pela Súmula 309 do STJ terão direito ao regime especial do Art. 528 do CPC. As dívidas pretéritas não poderão se beneficiar deste regime e estarão sujeitas ao regime do cumprimento por quantia certa (Art. 523 do CPC). A diferença entre os procedimentos não impede que o procedimento de cobrança possa ser compatibilizado nos termos do Art. 327, § 2º do CPC, como meio de facilitar a execução, inclusive, a conciliação.

A interação procedimental permitirá que os advogados possam realmente se utilizar do processo civil como instrumento que vise à efetividade, contudo, torna-se essencial que o juiz acompanhe esta evolução e rompa com modelos até então desenhados. Um exemplo desta afirmação refere-se à engenhosa substituição da ação de exibição de documentos pela produção antecipada de provas. Aqui visualiza-se um erro de interpretação e de aplicação do novo CPC.

Muitos tribunais, equivocadamente, passaram a considerar que a ação de exibição de documentos desapareceu com o novo CPC, na sua forma cautelar, o que levaria à impossibilidade de seu ajuizamento. E mais, apesar de admitirem a fungibilidade com a medida de produção antecipada de provas, utilizam a jurisprudência anterior do STJ para negar a fixação de sucumbência quando a medida é utilizada para fins de exibição do documento.

Neste sentido vide julgado do TJPR:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. 1. NATUREZA AUTÔNOMA. RITO PREVISTO NOS ARTIGOS 381 E SEQUINTE. INAPLICABILIDADE DO ART. 400, I DO CPC/15. NÃO DISCUSSÃO DE FATOS E DIREITO. SENTENÇA

MERAMENTE HOMOLOGATÓRIA DAS PROVASPRODUZIDAS. 2. RECURSO DO AUTOR. NÃO CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 382, § 4º DO CPC/15. 3. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. FIXAÇÃO INCABÍVEL. 1. Há jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça entendendo que a presunção de veracidade ficta se aplica aos incidentes de exibição de documentos, não às ações cautelares autônomas (CPC/73) ou de produção antecipada de provas (CPC/15). 2. No procedimento de produção antecipada de prova não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário (art. 382, § 4º do CPC/15). 3. Para arbitramento dos Apelação Cível nº 0009991-23.2016.8.16.0194 fls. 2 honorários recursais, a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso. RECURSO NÃO CONHECIDO.⁴³⁸

Não há dúvida de que a produção antecipada de prova quando utilizada como medida de jurisdição voluntária não permite tratamento de ação contenciosa. No entanto, mesmo perante o regime anterior, as ações cautelares de exibição eram ajuizadas com caráter satisfativo.

O CPC de 2015 não mudou essa natureza. Embora tenha sido eliminado o livro III, nada impede o processamento de medidas de exibição por meio do procedimento comum, ou em situação de urgência, por meio de cautelar genérica. A flexibilização procedimental permite realmente a fungibilidade entre as medidas, mas quando existir resistência quanto ao fornecimento do documento não há dúvida de que a fixação da verba honorária é imperiosa.

Outro ponto importante refere-se à eliminação de alguns procedimentos especiais como a ação de usucapião. Esta ação revela um exemplo interessante de amadurecimento do sistema processual brasileiro. A única especialidade do procedimento era revelada pela formação de um litisconsórcio complexo, o que não justificaria a especialidade da ação. Por outro lado, a ação de usucapião demonstra exemplo sensível do processo de desjudicialização pela possibilidade de utilização da via extrajudicial (Art. 1071 do CPC e Art. 218-A da LRP).

2.11 O REDIMENSIONAMENTO DO PAPEL DO JUIZ

O juiz sempre assumiu papel de destaque na relação processual. Perante a nova legislação há uma clara mudança no seu enfoque de atuação (*management case*). Existe uma grande tensão quanto ao papel ativo do juiz, seus limites e os problemas gerados pela sua intervenção.

O Art. 139 do CPC demonstra claramente a necessidade do papel ativo do juiz na contribuição para o desenvolvimento da relação processual. Pode-se enaltecer dois pontos considerados essenciais. O primeiro relativo ao Art. 139, IV que revela o *poder geral de tutela do juiz* no cumprimento das decisões, independentemente de sua natureza: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva.

⁴³⁸ TJPR - 9ª C. Cível - 0009991-23.2016.8.16.0194 - Curitiba - Rel.: Coimbra de Moura - J. 12.07.2018.

Não importa se a decisão seja provisória ou definitiva. O sistema clama por medidas executivas atípicas que permitam o cumprimento do Art. 5º, XXXV da CF/88. Aqueles que reclamam do ativismo judicial esquecem que o papel do juiz não está em substituir as partes, mas apenas garantir a tutela e o cumprimento das pretensões processuais que são materializadas em juízo. Os limites serão sempre testados pela via recursal. Aos poucos a jurisprudência formará contornos quanto aos limites e à extensão dos poderes do Art. 139, IV do CPC. Por óbvio, sabe-se que esta tarefa é muito delicada, pois a discussão não paira propriamente sobre a existência do poder, mas sobre as formas de sua manifestação, o que sempre dependerá da apreciação do caso concreto.

O segundo ponto reside na possibilidade do juiz auxiliar na construção do procedimento adequado, em vista do Art. 139, VI do CPC. Não houve uma autorização ampla como aquela conferida no sistema português. Todavia, na medida em que o juiz inverte fases processuais, toma a iniciativa para a formação de calendário processual para a prática de atos processuais, ou flexibiliza prazos há uma clara modulação no procedimento.

A atividade de gestão processual tem como fim, contribuir para o modelamento do procedimento comum ou especial. O Art. 327, § 2º do CPC revela um exemplo importante desta aplicação e das dificuldades que serão enfrentadas pelo juiz e pelas partes na tarefa de compatibilizar pedidos aparentemente incompatíveis, mas que poderão sobreviver na mesma relação processual evitando a duplicação de autos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito material e o processual devem realmente refletir a efetivação dos direitos fundamentais. A necessidade de proteção ao sujeito de direito é indiscutível e revela sua superioridade na equação da relação jurídica, seja ela material ou processual. A forma acaba revelando importante elemento para esta efetividade e sua flexibilização é essencial para a adaptação as novas realidades. O procedimento representa uma garantia de publicidade e contraditório, mas o rigor formal pode e deve ser atenuado quando prejudicial para o desenvolvimento da relação processual e material. Em face do novo sistema processual existem mecanismos para permitir a criação, adaptação e interação do procedimento civil (Arts. 189, 190, 136, VI CPC). A cooperação e o diálogo processual serão peças-chaves para que o novo modelo processual possa surtir os efeitos almejados destacando-se o papel dos advogados na elaboração dos modelos que serão apreciados pela via judicial. A construção do negócio processual em suas possíveis facetas contribuirá imensamente para a flexibilização do procedimento e para que o direito material possa ser corretamente aplicado. A atividade judicial também poderá contribuir desde que observada a participação das partes na construção alternativa para a solução do objeto litigioso e para o cumprimento do desiderato do Art. 4º do CPC.

REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed., 4ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ALVES, Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de Processo Civil – Parte Geral*. Tomo I. São Paulo, Malheiros Editores, 2016.
- ARAÚJO. *Curso de Processo Civil – Procedimentos Especiais*. Tomo III. São Paulo, 2018.
- BARBOSA, Ruy. Posse de direitos pessoais. In: *Clássicos do Direito Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1986.
- BRASIL. Código de Processo Civil (2015). *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2015.
- BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: jan. 2022.
- BRASIL. *REsp 1584447/MS*, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021.
- BRASIL. *TJPR - 9ª C. Cível - 0009991-23.2016.8.16.0194 - Curitiba - Rel.: Coimbra de Moura - J. 12.07.2018*.
- BÜLOW, Oskar von. *Die Lehre von den Prozessieheren und die Prozessvoraussetzungen*. 1868, reimpr. Aalen: Scientia Verlag, 1969.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANARIS. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CORDEIRO, António Menezes. *Direito das Sociedades*. Tomo I. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2020.
- CORDEIRO. *Tratado de Direito Civil Português*. vol. I, ts. I e II. Coimbra: Livraria Almedina, 2000; vol. I, ts. III e V. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.
- DENIEUL, Jean-Marie. *Petit Traité de l'Écrit Judiciaire*, 12. ed. Paris: Dalloz, 2014.
- DERNBURG, Heinrich, Pandekten. Berlin: H. Mueller, 1902.
- FRANÇA. *Lei nº 2014-344 de 17 de março de 2014*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028738036&categorieLien=id>. Acesso em: jan. 2022.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FERREIRA, Jussara S. A. B. N. Hermenêutica e Uniformização da Jurisprudência: Critérios da Coerência e Integridade da Decisão e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. nº 86. Set-Out/2018. p. 39-55.
- GUINCHARD, Serge, e FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile – Droit Interne et Droit Communautaire*. 31. ed. Paris, Dalloz, 2012.
- HEISE, Arnold. *Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts*. Heidelberg: Mohr u. Winter, 1819.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5. ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- MALY, Theo Mayer. *Römisches Recht*. Wien: Springer, 1999.
- MANTHE, Ulrich. *Geschichte des römischen Rechts (História do Direito Romano)*. München: Verlag C.H. Beck, 2015.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de Direito da União Europeia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2014.
- MARQUES, Cláudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova Teoria Geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: *Diálogo das Fontes: do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- MAYER, Rudolf. *Bona fides und lex mercatória in der europäischen Rechtstradition*. Göttingen: Walstein Verlag, 1994.
- OLIVEIRA, Maria Macena de; FERREIRA, Jussara Borges. *Smart Contracts: Modelo Econômico do Contrato e Lei da Liberdade Econômica*. Uberlândia: LAECC, 2021.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil (1973)*. ts. I, e XV. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts (Sistema Atual do Direito Romano)*. t. II. Reedição Scientia Verlag Aalen. 1981.
- WAGNER, Gerhard. *Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mor Siebeck, 1998.
- UHDRE, Dayana de Carvalho. *Blockchain, Tokens e Criptoedas*, Lisboa: Almedina, 2021.
- ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTERBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht (Direito Constitucional Alemão)*. München: Verlag C. H. Beck, 2008.

A LGPD PENAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS NA COOPERAÇÃO POLICIAL INTERNACIONAL

Domingos Sávio Pinzon Rodrigues⁴³⁹, Valmir César Pozzetti⁴⁴⁰,
Leonardo Naves dos Reis⁴⁴¹, Maryângela Aguiar Bittencourt⁴⁴²

INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709/2018, regula o tratamento de dados pessoais dos cidadãos brasileiros com a finalidade de proteger seus direitos fundamentais de liberdade e privacidade. Referido diploma legal foi inspirado no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), aprovado em 2016, mas que veio substituir norma mais antiga, a diretiva europeia de proteção de dados de 1995, que por sua vez regulamentara dispositivos da Convenção do Conselho da Europa, de 1981, sobre o tratamento automatizado de dados pessoais. Observa-se, pois, que a normatização do assunto na Europa é mais antiga que no Brasil. Na LGPD o tratamento de dados relativamente à segurança pública e à persecução penal não foram regulamentados, tendo sido remetidos a uma legislação específica a ser elaborada, conforme reza o art. 4º §1º do referido diploma legal. Já em sede de União Europeia, existe a Diretiva n. 2016/680, conhecida como Diretiva Policial, que regula a troca de informações de segurança pública e persecução penal (ARAS, pg. 15, 2020). Atualmente há, no Brasil, um anteprojeto de LGPD Penal que na Câmara dos Deputados.

⁴³⁹ Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos (UEA). Possui graduação em BACHAREL EM DIREITO pelo Centro Universitário de Brasília(2001), mestrado em MESTRE EM DIREITO - SEGURANÇA INTERIOR pela Université Jean Moulin Lyon 3(2017), aperfeiçoamento em CURSO DE FORMAÇÃO DE COMISSÁRIO DE POLÍCIA - AUDITOR ESTRANGEIRO pela ECOLE NATIONALE SUPERIEURE DE LA POLICE - FRA(2017), aperfeiçoamento em CURSO DE ATUALIZAÇÃO PARA CARREIRAS JURÍDICAS pela ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL(2003), aperfeiçoamento em CURSO DE FORMAÇÃO DE DELEGADO DE POLÍCIA FEDERAL pela ACADEMIA NACIONAL DE POLÍCIA - POLÍCIA FEDERAL(2005) e aperfeiçoamento em CURSO DE FORMAÇÃO DE ESCRIVÃO DE POLÍCIA FEDERAL pela ACADEMIA NACIONAL DE POLÍCIA -E-mail: saviopinzon@hotmail.com;

⁴⁴⁰ Pós Doutor em Direito realizado na Universidade de Salerno/Itália; Pós Doutor em Direito realizado na Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito e Direito Ambiental pela Université de Limoges/França; Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente, pela Université de Limoges, França; Bacharel em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia/AM (CIESA), Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade São Luis Gonzaga/SP. Membro da APRODAB - Assoc. de Professores de Direito Ambiental do Brasil) e da ACCA (Academia de Ciências Contábeis do Amazonas) - E-mail: v_pozzetti@hotmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2339-0430>

⁴⁴¹ Doutor e mestre pelo Programa de pós-graduação do Departamento de Enfermagem Psiquiátrica e Ciências Humanas da EERP-USP. Docente da Escola Superior de Ciências da Saúde (ESA) da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) atuando no ensino de graduação, nos cursos de Enfermagem, Odontologia e Medicina, ministrando disciplinas em saúde coletiva, epidemiologia e bioestatística. E-mail: Leonardo Naves dos Reis Inreis@uea.edu.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6846-7967>

⁴⁴² Doutora em Administração pela Universidade Nacional de Rosário (UNR/Argentina -2016), com reconhecimento do Diploma pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (EBAPE/FGV/RJ -2008). Especialista em Gestão pela Qualidade Total pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM -2002). Bacharel em Administração pelo Instituto Cultural de Ensino Superior (ICESAM - 2000). Professora da Universidade do Estado do Amazonas (UEA), E-mail: mbittencourt@uea.edu.br;

O objetivo da presente pesquisa é de analisar os riscos à garantia de direitos fundamentais que representa a troca de informações policiais em sede de cooperação policial internacional sem que existam regras de proteção de dados pessoais para regular essa atividade estatal, assim como os prejuízos que o Brasil pode ter pela não adequação normativa com as legislações da União Europeia e de outros países e organismos internacionais. Para tanto, será apresentado um panorama das normas regulatórias da cooperação policial no Brasil e em outros países a fim de se realizar um estudo comparado.

A problemática que envolve essa pesquisa é: de que forma a ausência de regulamentação e controle auditável da troca de dados pessoais no âmbito da cooperação policial internacional, pode afrontar direitos e garantias fundamentais de cidadãos brasileiros?

A pesquisa se justifica tendo em vista que há aspectos importantes à compreensão do trabalho policial internacional e do tratamento de dados, os quais não são, ou ainda não foram considerados para direcionar os debates necessários ao desenvolvimento do trabalho policial e da proposta de legislação. A atualidade e importância do tema são evidenciados mais ainda com a recente promulgação da Emenda Constitucional nº 115, de 10/02/2022, que incluiu o Inciso LXXIX no Art. 5º da Constituição Federal, que define os direitos e garantias individuais, a proteção e tratamento dos dados pessoais: “Art. 5º, LXXIX – é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

A metodologia que será utilizada na pesquisa é a do método dedutivo; quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica, com uso da doutrina, legislação e jurisprudência.; quanto aos fins a pesquisa será bibliográfica.

1 A PROTEÇÃO DE DADOS

A humanidade passou por vários estágios em sua evolução, desde os primórdios quando era organizada em grupos e tribos, passando para uma sociedade agrícola, experimentando posteriormente a revolução industrial e, mais recentemente, a formação de uma economia mundial interconectada e interdependente nos dias atuais. Entretanto, a mudança socioeconômica mais significativa dos últimos anos diz respeito ao valor que a informação adquiriu em razão do progresso tecnológico na velocidade e quantidade de informações transmitidas, bem como a mudança nos hábitos e costumes das pessoas com introdução de novos meios de comunicação com o advento das chamadas redes sociais e dos aplicativos de troca de mensagens. Prova disso são as empresas bilionárias que surgiram, resultado dessa nova revolução, detentoras de redes sociais, fabricantes de computadores ou telefones celulares (utilizados para transmissão de informações), criadoras de *softwares*, dentre outras atividades, como, a título de exemplo, a Amazon, a Google, a Apple e a Microsoft. Nesse sentido, Bioni (2021, p. 40) esclarece que:

Por isso, a informação avoca um papel central e adjetivante da sociedade: sociedade da informação. A informação é o (novo)

elemento estruturante que (re)organiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente, nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial.

Entretanto, para falarmos em proteção de dados, e mais especificamente a proteção de dados relativamente à cooperação policial internacional, convém seja realizada uma análise quanto à origem e história do direito à privacidade, que antecede a noção de proteção de dados. Segundo Moshell (2005), citado por Doneda (2021, p. 29), “a Organização *Privacy International* destaca que ‘O Alcorão, a Bíblia, e as Leis Judaicas, todas fazem referências à privacidade individual, e descobertas demonstram que nas civilizações antigas, da Grécia e da China, existem sinais de utilização desse conceito’”. A privacidade está ligada a outros direitos relacionados à personalidade e, em que pese existirem referências antigas ao termo, foi no final do século XIX que o mesmo passou a ser abordado pelo ordenamento jurídico. Conforme esclarece Doneda (2021, p. 29):

A noção de privacidade, em si, não é recente – com os diversos sentidos que apresenta, pode ser identificada nas mais variadas épocas e sociedades. Porém, a privacidade começou a ser concretamente abordada pelo ordenamento jurídico somente no final do século XIX para, enfim, assumir as suas feições atuais apenas muito recentemente.

Com efeito, a doutrina sobre o assunto defende que o marco teórico para tratamento da privacidade como um direito é o artigo intitulado “The Right to Privacy”, dos autores Warren and Brandeis, escrito no ano de 1890 e que fez uma consolidação da jurisprudência americana sobre o tema à época. Nesse sentido, DONEDA (2021, p. 24) esclarece que:

A moderna doutrina do direito à privacidade, cujo início podemos considerar como sendo o célebre artigo de Brandeis e Warren, *The right to privacy*, apresenta uma clara linha evolutiva. Em seus primórdios, marcada por um individualismo exacerbado e até mesmo egoísta, portava a feição do direito a ser deixado só. A esse período remonta o paradigma da privacidade como uma *zero-relationship*, pelo qual representaria, no limite, a ausência de comunicação entre uma pessoa e as demais. Essa concepção foi o marco inicial posteriormente temperado por uma crescente consciência de que a privacidade seria um aspecto fundamental da realização da pessoa e do desenvolvimento da sua personalidade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê, em seu art. 12 que: “Ninguém sofrerá intromissões na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei”. De maneira similar, o Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678, de 5/11/1992) prevê em seu

art. 11, inciso 2 que: “Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”. O Brasil, país membro das Nações Unidas, e signatário da referida Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já incorporada no ordenamento jurídico pátrio, se obriga, pois, a cumprir as disposições nela constantes.

O direito à privacidade é uma conquista dos povos que possuem regimes democráticos e buscam proteger os direitos humanos. E no tocante à proteção dos Direitos Humanos, Pozzetti e Zambrano (2020, p. 227) esclarecem que:

A ONU – Organização das Nações Unidas - produziu um documento, denominado de DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovado pela Assembleia Geral, em 1.948, contendo 30 artigos, os quais contém preceitos éticos morais, com conceitos definidores de “Direitos Humanos”, para ser um norte a ser alcançado pela humanidade, em todos os países, no tocante às melhorias e valorização do ser humano, como sujeito de direitos (...).

Mas mesmo antes de promulgar a Declaração Universal dos direitos do Homem, o Brasil já garantia o direito à privacidade por meio de dispositivos constantes da Constituição Federal de 1988, a dita Constituição Cidadã. É o que se depreende do seu art. 5º, X, o qual prevê serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Já o inciso XII do mesmo artigo protege a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Ainda no art. 5º o constituinte originário fez constar de seu inciso LXXII o remédio constitucional do habeas data, ação destinada à obtenção de informações pessoais que estejam em posse do Estado.

No que diz respeito especificamente à proteção de dados, a Constituição Federal brasileira originariamente não fez menção expressa a esse direito. Foi o constituinte reformador, por meio da já mencionada Emenda Constitucional nº 115, de 10/02/2022, que incorporou ao texto constitucional a proteção de dados, acrescentando o inciso LXXIX ao seu art. 5º. Já no âmbito infraconstitucional, na seara criminal, que interessa especificamente a este estudo, há diversos dispositivos legais que abordam a proteção de dados relativamente a temas específicos, em que pese, conforme já mencionado, não existir ainda no Brasil uma LGPD Penal. Podemos citar a Lei de Interceptação Telefônica (Lei n. 9.296/1996), a Lei da Identificação Criminal (Lei n. 12.037/2009), a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998), nos arts. 17-B e 17-E, a Lei do Crime Organizado (Lei n. 12.850/2013), nos arts. 15 a 17, e o Código de Processo Penal, em seus arts. 13-A e 13-B.

No âmbito internacional, na década de 1970, os Estados Unidos da América adotaram as chamadas Fair Information Practices (FIPs), ou Práticas de Informação Justas, para atender a proteção legal da sociedade de informação incipiente naquela época. Em 1980, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou o documento “Diretrizes da OCDE para a proteção da privacidade e dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais” com base no relatório citado, criando oito

princípios que incorporam as práticas de informações justas (OCDE, 1980), servindo de referência para os acordos internacionais, principalmente dos países membros.

Dentre os países europeus, no ano de 1970 a Alemanha Ocidental criou a Lei de Proteção de Dados de Hesse, que versava sobre processamento de dados informatizados. A Suécia foi o primeiro país a ter uma lei nacional sobre proteção de dados, no ano de 1973, apresentando conceitos importantes, como do registro central de informação de processamento de dados pessoais e do procedimento de licenciamento, que serviram como meio para que as agências de proteção de dados cumprissem a lei. A lei sueca serviu como inspiração para outros países escandinavos, tendo a Dinamarca e Noruega criado, em 1978, leis para os setores público e privado e a Finlândia, em 1988, criou sua legislação referente a este tema. Já a França, desde 1978 possui a chamada Lei sobre Informática e Liberdades Individuais (*Loi Informatique et Libertés*), a qual cria uma autoridade administrativa nacional para fiscalização das regras de controle de dados pessoais implementadas.

Quanto ao bloco europeu como um todo, inicialmente, em 1995, a União Europeia publicou uma Diretiva de Proteção de Dados, a Diretiva 95/46/CE, para, em um segundo momento, somente em 2019, chegou-se a um consenso entre os países para a aprovação do Regulamento Geral de Proteção de Dados, o GDPR. Ainda no âmbito da União Europeia, importante destacar que a GDPR não se aplica a informações relacionadas à segurança pública, havendo, entretanto a Diretiva nº 2016/680, conhecida como Diretiva Policial, que trata do assunto mas não tem mesmo poder de um regulamento para os países de bloco, já que as diretivas têm o condão de regular o direito comunitário a fim de criar um regime de responsabilidade entre os países membros para que o conteúdo das diretivas seja incorporado aos respectivos ordenamentos jurídicos internos.

Dentro desse contexto, não se pode perder de vista a necessidade de se manter o controle social que deve, ao mesmo tempo que garante o direito à privacidade, manter um controle social por parte do Estado, sem perder de vista os Direitos Humanos, como asseveram Barros, Morais e Pozzetti (2020, p. 455):

O controle social pode ser considerado como sendo o conjunto de mecanismos utilizados como forma de garantir o adequado comportamento dos indivíduos em uma sociedade ou grupo social, bem como, serve como forma de intervenção frente a possíveis mudanças que possam vir a ocorrer no meio social. Assim sendo, tais ferramentas levam à conformidade do sujeito com a sua nova realidade, tanto positiva, como negativamente.

2 A COOPERAÇÃO POLICIAL INTERNACIONAL

As iniciativas de cooperação policial internacional remontam ao início do século XIX e inicialmente tinham um escopo político, conforme explica Souza (2019, ps. 59-60):

As unidades de segurança de diversos países, já há muito tempo, vêm conjugando esforços e desenvolvendo estratégias de cooperação

unificadas, com a finalidade de manter a ordem interna. As primeiras disposições atinentes à cooperação internacional entre forças de segurança de Estados distintos remetem ao século XIX, tanto na Europa quanto nos EUA. Essas estratégias de cooperação foram estabelecidas, inicialmente para repressão de atividades e crimes de cunho político, mas é possível observar, ainda no início do século XIX, uma ampliação paulatina do escopo dessas atuações unificadas transnacionais, passando a compreender, por exemplo, a proteção de fronteiras, a captura de fugitivos e a fiscalização fluvial e marítima.

Com a especialização das polícias nos planos internos dos países, auxiliado e acompanhado por um processo de burocratização das atividades policiais, o que foi incorporado também nas práticas de cooperação internacional, assim como pelos organismos internacionais de cooperação policial, a influência política, ou a motivação política, nos atos de cooperação foram cada vez mais diminuindo. Com efeito, a burocratização defendida pela sociologia de Weber foi fundamental no processo de cooperação internacional, os intercâmbios de informações e as ações policiais conjuntas demandam uma confiança mútua, que é fortalecida com órgãos públicos internos de Estado, independentes, assim como, com relação aos organismos internacionais, os quais necessitam de isenção política. Nesse sentido é o magistério de Deflem (2002, p. 228):

A implicação paradoxal de meu modelo teórico, então, pode ser resumida da seguinte forma: certas pré-condições sociais favoreceram uma tendência a um processo de burocratização que implicou em uma crescente independência com base em habilidades e conhecimentos especializados. Como tal, este livro fundamentou empiricamente uma perspectiva Weberiana de policiamento internacional que não é reducionista em termos de desenvolvimentos da política estatal e do direito formal. Pelo que minha análise mostrou as organizações policiais internacionais não refletiam os desenvolvimentos políticos e legais e não visava criminosos internacionais com base em acordos políticos (intergovernamentais), nem como sujeitos de sistemas formais de direito. Ao contrário, a ascensão transnacional e a internacionalização do crime como motivador central do policiamento internacional foram construídas além, até mesmo contra, da política e do direito. Somente depois que os funcionários da polícia estabeleceram estruturas profissionais e serviços de policiamento internacional é que apelaram aos órgãos governamentais nacionais e internacionais para sancionar formalmente o que já havia sido criado em condições de autonomia da burocracia.⁴⁴³

⁴⁴³ *The paradoxical implication of my theoretical model, then, can be summarized as follows: certain social preconditions favoured a trend toward a bureaucratization process which itself implied increasing independence on the basis of specialized skills and expertise. As such, this book has empirically grounded a Weberian perspective of international policing that is not reductionist in terms of developments of state politics and formal law, for what my analysis has shown is that international police organizations were not reflective of policital and legal developments and did not target international criminals on the basis*

A evolução da cooperação policial, e com isso o anseio pela criação de um organismo internacional voltado para assunto, culminou com a criação, em 1923, da Comissão Internacional de Polícia Criminal, em Viena, Austria. O estabelecimento dessa Comissão é o marco inicial da Interpol, já que após a Segunda Guerra Mundial, em 1956, a mesma mudou de nome passando a se chamar Organização Internacional de Polícia Criminal, abreviada como ICPO-Interpol, que hoje reúne 190 países.

A Interpol não é um corpo policial com poder sobre jurisdição internacional. Na realidade, trata-se de uma organização de cooperação policial em que os países membros trocam informações entre si a fim de facilitar a persecução criminal dos crimes transnacionais. Um importante instrumento utilizado pela Interpol são as difusões relacionadas, por exemplo, a fatos criminosos específicos, pessoas desaparecidas, modus operandi, e a famosa difusão vermelha, que diz respeito a mandados de prisão expedidos pelos países membros e que podem ser cumpridos em outros países conforme a respectiva legislação local, dentre outras. A Interpol é mantida com a contribuição dos países filiados e sua sede é em Lyon, na França. Cada país membro da Interpol deve eleger um órgão interno para funcionar como Escritório Central Nacional (ECN), que no Brasil é a Polícia Federal, com sede em Brasília e 27 representações regionais que funcionam nas Superintendências da Polícia Federal de cada unidade da Federação.

Mas a Interpol não é o único instrumento de cooperação policial internacional existente. Acordos bilaterais entre países permite que sejam levadas a efeito ações de cooperação policial diretamente entre os Estados signatários. Trata-se do chamado auxílio direto, em que medidas de natureza processual ou pré-processual (inquérito policial) podem ser levadas a efeito no território de outro país nos termos de acordo específico firmado, o qual prevê a existência de uma Autoridade Central em cada país a fim de centralizar as demandas e repassá-las aos respectivos órgãos competentes para cumprimento. No Brasil, a Autoridade Central é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, do Ministério da Justiça e Segurança Pública (DRCI-MJSP). Com relação ao assunto, Pereira e Fornazari Junior (2020, p. 129):

O auxílio direto em matéria penal, de acordo com seu regime jurídico no Brasil, constitui um instituto de direito público internacional e de direito processual penal previsto em tratado internacional devidamente incorporado ao ordenamento jurídico interno, com status de lei ordinária, por meio do qual se estabelece o intercâmbio entre países acerca de documentos, provas, atos e medidas processuais constitutivas patrimoniais, por intermédio de uma autoridade central, incumbida da promoção da pretensão de um país, no interesse de uma investigação criminal ou de um processo penal no exterior (ativo) ou no Brasil (passivo).

of political (intergovernmental) agreements, nor as subjects of formal systems of law. On the contrary, the cross-national rise and internationalization of crime as the central motivator of international policing was constructed beyond, even against, politics and law. Only after police officials had established professional structures and facilities of international policing did they appeal to national and international bodies of government to formally sanction what had already been created under conditions of bureaucracy autonomy.

No auxílio direto ativo, em resumo, na fase de investigação policial o delegado de polícia, federal ou civil, deverá encaminhar o pedido de cooperação ao DRCI, que por sua vez fará uma análise de conformidade e adequação para posterior encaminhamento ao país demandado. No auxílio direto passivo os pedidos de cooperação policial, que não constituírem atos de cooperação jurídica internacional de atribuição exclusiva do Ministério Público Federal, deverão ser encaminhados à Polícia Federal para cumprimento, regra essa que está prevista na Portaria nº 503, de 02/05/2019, alterada pela Portaria nº 514, de 06/05/2019, do MJSP. Ou seja, quando do cumprimento de pedidos passivos, nos termos das aludidas normas, cabe somente à Polícia Federal, e não a nenhum outro órgão policial estadual, o cumprimento de pedidos de cooperação através do DRCI, ao contrário do pedido ativo que pode ser realizado por um Delegado de Polícia Civil, também através do DRCI, ao vislumbrar a necessidade de algum ato de cooperação policial internacional.

Outro meio de cooperação policial internacional levado a efeito pelo Brasil são os adidos policiais, que cumprem missões em embaixadas do Brasil no exterior, e os oficiais de ligação que cumprem missões em organismos internacionais e postos diplomáticos do Brasil no exterior. Cumpre à Polícia Federal realizar essas missões no exterior, logo, esses agentes públicos são selecionados dentro do quadro de policiais federais. No que diz respeito à cooperação policial cabe a esses policiais a missão de facilitar a interlocução entre os órgãos policiais do exterior com os órgãos de persecução penal no Brasil, sendo certo que os atos formais de cooperação bilateral deverão sempre respeitar as previsões constantes dos respectivos acordos e, geralmente, serem direcionadas, no Brasil, ao DRCI.

Como se observa, no Brasil cabe à Polícia Federal o desempenho das atribuições internacionais relacionadas à atividade policial, o que não poderia ser diferente em razão de nosso país ser organizado em uma federação, em que a representação internacional do país se dá por intermédio do governo central, a União. Um exemplo clássico é a atribuição da União para representar o país no exterior, que é levado a efeito pelo Ministério das Relações Exteriores (Itamaraty) em missões diplomáticas fora do país. Um outro exemplo de limitação aos Estados quanto à atuação internacional é a necessidade de autorização pelo Senado Federal aos Estados para realização de operações financeiras externas Art. 52, V, da Constituição Federal. Por fim, mas não menos relevante para o presente estudo, são as modalidades informais de intercâmbio de informações policiais com outros países. Isso se dá, por exemplo, em cidades de fronteira, em que policiais do Brasil mantêm contato direto com policiais do país vizinho ou também quando policiais estabelecem um contato específico ou integram grupos de troca de mensagens com policiais de outros países, passando a compartilhar informações de persecução criminal. A bem da verdade, a troca de informações de maneira informal entre autoridades de diferentes países é uma forma antiga de cooperação, antecedeu até mesmo os meios formalmente regulamentados e é até preferida por muitos policiais, que têm a visão de que as trocas formais demandam atos burocráticos e são muito demoradas. Nesse sentido, nos explica Hunfnagel (2017, p. 234):

Métodos investigativos como trocas informais de informações com contrapartes já conhecidas de investigações ou de encontros anteriores são priorizados. A previsibilidade é desejável, pois os investigadores não querem que pistas investigativas sejam descobertas ou vazadas para os alvos. O contato direto é preferido porque, na opinião deles, aumenta a previsibilidade e agiliza o processo. Essa prática pode evitar a perda de rastros relativos a um suspeito porque os procedimentos formais (e tarefas burocráticas) não foram concluídos (ou estavam atrasados). Tais meios informais não são valorizados pelos estados e são frequentemente considerados indesejáveis.⁴⁴⁴

Em que pese a informalidade representar uma agilidade na troca de informações, notadamente em razão das tecnologias modernas de troca de mensagens por aplicativos de telefone celular, tal prática pode representar um risco à proteção de dados pessoais, principalmente quando não há um regramento específico para tanto. Daí a importância em se discutir o anteprojeto da LGPD Penal e a urgência de se criar promulgar essa lei.

3 A PROPOSTA DE LGPD PENAL E OS DIREITOS PROTEGIDOS

Atendendo à nova dinâmica social de fluxo de informações, foi criada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a Lei nº 13.709/2018 cujo objetivo, conforme consta de seu Art. 1º é: “[...] de proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (BRASIL, 2018). Caminhou bem o Brasil ao atualizar a legislação pátria com uma lei específica para a proteção de dados pessoais, ombreando-se, dessa forma, a países da União Europeia, Estados Unidos, dentre outros, o que, aliás, é imprescindível no contexto global econômico, já que países que não oferecem garantias à proteção de dados pessoais enfrentam dificuldades não apenas no âmbito do comércio internacional, mas também no que diz respeito à troca de informações relacionadas à persecução penal. Quanto a este último aspecto, Aras (2020, p. 22) cita o exemplo do Acordo do Brasil com a EUROPOL (Serviço Europeu de Polícia), Decreto 10.364/2020, que excetuou do âmbito de troca de informações, em seu Art. 1º, o intercâmbio de informações pessoais, muito provavelmente porque no Brasil ainda não há uma LGPD Penal:

Porém, atualmente, o Estado brasileiro enfrenta dificuldades para obter acesso a dados de cidadãos europeus ou de estrangeiros residentes na União Europeia, quando tais dados são necessários à segurança pública, ao controle migratório ou à persecução criminal no Brasil.

⁴⁴⁴ *Investigative methods such as informal information exchanges with counterparts already known from previous investigations or meetings are prioritized. Predictability is desirable since investigators do not want investigatory leads being discovered or leaked to targets. Direct contact is preferred because, in their view, it enhances predictability and speeds up the process. It may prevent the loss of traces relating to a suspect because formal procedures (and bureaucratic tasks) were not completed (or were late). Such informal means are not valued by states and are often considered undesirable.*

Por exemplo, a necessária articulação da Polícia Federal com a Europol exigiu a formalização de um acordo específico – promulgado pelo Decreto n. 10.364/2020 – entre o Brasil e o Serviço Europeu de Polícia, para atividades de inteligência estratégica, mas sem a possibilidade de transferência de dados pessoais, conforme seu art. 10.

Assim, a LGPD remeteu a uma legislação específica a ser editada futuramente a regulamentação do tratamento de dados pessoais que tenham por finalidade exclusiva a segurança pública, defesa nacional, segurança de Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais. A ausência de uma regulação específica para as informações relacionadas à perseguição criminal não só coloca em risco os direitos e garantias dos cidadãos brasileiros no que diz respeito a seus dados pessoais, mas também dificulta a cooperação policial internacional com aqueles países que já possuem uma regulação sobre o tema. O envio de dados pessoais dos cidadãos de um país para outro implica em abrir mão de uma pequena parte de sua soberania, logo é necessário que haja confiança entre os países e garantias legais. Neste sentido, no que tange à soberania, Souza (2019, p.158) esclarece que os acordos internacionais não implicam em sua derrogação pelos países pactuantes:

A liberdade de pactuação na ordem internacional decorre, portanto, justamente do exercício da soberania externa (para alguns independência), sendo contraditório supor que o legítimo exercício da soberania externa (soberania externa ou independência) implicaria sua derrogação. Desse modo, como já afirmado em mais de uma oportunidade pelas Cortes internacionais, os Estados soberanos, no exercício de sua independência, podem estabelecer pactuações que conformem o exercício de sua própria soberania.

A ausência de uma legislação definida neste sentido traz implicações insatisfatórias ao Brasil, pois há um padrão de proteção de dados seguido por países, como os da União Europeia, que é exigido dos demais países com os quais há intercâmbio de informações de perseguição criminal. O Brasil poderia, destarte, ir mais adiante em matéria de cooperação policial internacional se tivesse melhor definição do uso legal dos dados pessoais para essa atividade, o que repercutiria em maior benefício para a sociedade em razão da maior eficácia no combate aos crimes transnacionais. Ainda que o Brasil possua legislação interna que proteja os dados pessoais de investigados, que haja instituições de Estado bem estabelecidas, a ausência de uma LGPD Penal gera uma insegurança com países que pretendem cooperar em matéria criminal com o Brasil. Pelo menos é o que demonstrou a União Europeia.

Como resposta à demanda deixada pela LGPD, caminhando-se ainda a passos lentos, foi preparado em 2019 o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e perseguição penal – LGPD Penal (BRASIL, 2019), que possibilita duas percepções importantes. Primeiro, há a necessidade de adequação do ordenamento jurídico brasileiro a uma tendência mundial de proteção de dados em todas as áreas, de modo a facilitar aos órgãos de segurança pública e perseguição

criminal enfrentar uma criminalidade redimensionada contemporaneamente e que ganhou características transnacionais, já que a falta de regramento quanto à proteção de dados de persecução criminal é uma barreira ao intercâmbio de informações que já adotaram legislação protetiva. Em seguida observa-se a necessidade de salvaguarda dos direitos dos cidadãos que eventualmente tenham seus dados pessoais intercambiados com outro país em razão de algum ato estatal de cooperação policial internacional. Ada Pellegrini Grinover, citada por Souza (2019, p. 44-45), destaca que a cooperação jurídica internacional, se aplica também para a seara policial:

Há mais de duas décadas, Ada Pellegrini Grinover já apontava dois valores, dialeticamente opostos, que emergiam em sede de cooperação jurídica internacional. Se, por um lado, observa-se a necessidade de intensificação da assistência jurídica internacional no enfrentamento do crime, por outro, identifica-se uma crescente consciência de que os direitos fundamentais devam constituir os limites dessas atividades. Além disso, após descrever a incidência de diversos limites ao auxílio mútuo internacional, Ada Pellegrini Grinover indicava a ocorrência de uma transformação no enfoque das atividades cooperacionais. Da clássica concepção bidimensional, em que a cooperação jurídica internacional se desenvolvia apenas no interesse dos Estados envolvidos, surge a concepção trilateral que reconhece o indivíduo também como sujeito de direitos, tutelado tanto pelas normas internacionais quanto pelas garantias constitucionais e legais do seu próprio país.

Antes de se adentrar em aspectos da LGPD Penal no que diz respeito a trocas internacionais de dados pessoais, importante destacar que a própria Lei 13.709/2018 (a LGPD) já traz prescrições sobre transferências de dados pessoais para o exterior. O Capítulo V dessa Lei trata “Da Transferência Internacional de Dados”, constando dos arts. 33 e 34 dispositivos que exigem do país estrangeiro uma proteção adequada dos dados pessoais a fim de que seja permitido ao Brasil efetuar eventual compartilhamento de dados pessoais de cidadãos brasileiros. Tal dispositivo seguiu a o Regulamento Europeu (GDPR) que possui dispositivo similar. Nas trocas de informações internacionais os países levam em consideração o nível de proteção daqueles países com os quais o intercâmbio de dados será efetuado, logo, a LGPD ou a futura LGPD Penal são fundamentais para que o Brasil seja considerado um país “seguro” para recepção e tratamento de dados pessoais. Nesse sentido, Maldonado (2020, p. 326), ao comentar a LGPD, explica que:

Querendo o Brasil vir a ser reconhecido como um território seguro para receber dados da União Europeia, a intenção do legislador parece acertada, pois, nos termos do artigo 45, 2, do GDPR, a Comissão Europeia, ao decidir sobre a chancela, deverá considerar, especificamente, as “regras para a transferência ulterior de dados pessoais para outro país terceiro ou organização internacional, que são cumpridas nesse país”. A razão por trás de tal requisito positivado pelo Regulamento Europeu está no fato de que, no âmbito da proteção de dados, a localização física do dado não

deve diminuir as garantias pensadas pelo legislador original para tutelar os respectivos titulares. Em outras palavras, a proteção deve acompanhar o dado independentemente do local de armazenamento, restando justificável, portanto, a preocupação do legislador europeu com as transferências ulteriores.

Adentrando o anteprojeto da LGPD Penal, no que tange à troca internacional de dados pessoais para atividades de segurança pública e persecução penal, na exposição de motivos é apresentada a importância dessa regulamentação para a cooperação internacional:

Nesse contexto, a elaboração de uma legislação específica fundamenta-se na necessidade prática de que os órgãos responsáveis por atividades de segurança pública e de investigação/repressão criminais detenham segurança jurídica para exercer suas funções com maior eficiência e eficácia como pela participação em mecanismos de cooperação internacional, porém sempre de forma compatível com as garantias processuais e os direitos fundamentais dos titulares de dados envolvidos. Trata-se, portanto, de projeto que oferece balizas e parâmetros para operações de tratamento de dados pessoais no âmbito de atividades de segurança pública e de persecução criminal, equilibrando tanto a proteção do titular contra mau uso e abusos como acesso de autoridades a todo potencial de ferramentas e plataformas modernas para segurança pública e investigações. (BRASIL, 2018)

Além do aspecto relacionado à credibilidade perante outros países, o que possibilita a expansão e fortalecimento da cooperação policial internacional, a LGPD Penal será um instrumento de proteção dos direitos fundamentais dos brasileiros relacionados à proteção de dados quando do intercâmbio de dados de persecução penal com outros países. A troca de dados pessoais em atividade de cooperação policial com outros países sem regramento de proteção de dados específico, realizado por autoridade sem atribuição legal estabelecida ou, ainda, de maneira informal, representa grande risco aos direitos dos cidadãos brasileiros e até mesmo ao Estado brasileiro.

Imaginemos uma situação hipotética em que um policial estrangeiro que viva em uma cidade de fronteira com o Brasil por um motivo de vingança pessoal ou para obter vantagem indevida queira utilizar dados de um cidadão brasileiro e, para tanto, convence um policial brasileiro, com o qual possui contato, de lhe repassar dados pessoais dessa pessoa sob o pretexto de se tratar de informações necessárias para uma investigação. Confiando nas palavras desse policial estrangeiro, o agente público brasileiro fornece informações ao policial do outro país de maneira informal. Caso os dados venham a ser utilizados de maneira indevida, dificilmente será possível identificar o responsável pelo fornecimento desses dados pessoais.

Um outro exemplo, de igual gravidade, seria uma possível espionagem internacional. Ora, agentes de espionagem de um país estrangeiro, ao perceberem que no Brasil não há regras estritas de controle de dados pessoais na cooperação policial, realizam pedidos de informações sobre pessoas e empresas brasileiras sob

o pretexto de combater atividade ilícita transnacional. Caso essas informações sejam utilizadas de maneira indevida, dificilmente seria possível identificar o responsável pelo fornecimento das mesmas, já que no Brasil não há regras específicas para o tratamento de dados pessoais relacionados à persecução penal e tampouco sistemas informatizados auditáveis relativamente à cooperação internacional.

Logo, a fim de se evitar prejuízos aos interesses nacionais e aos cidadãos brasileiros é imprescindível que se regulamente o tratamento de dados pessoais na atividade cooperação policial internacional. No anteprojeto da LGPD Penal, o Capítulo IX trata da “TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL”, regulamentando nos arts. 53 a 58: as hipóteses em que essas transferências podem ocorrer; as transferências com base em decisão de adequação; as transferências sujeitas a garantias adequadas, assim como situações específicas e exceções. Não será realizada aqui uma análise desses dispositivos constantes do anteprojeto de lei em estudo em razão de não ser o escopo do presente artigo. Entretanto, observa-se que o anteprojeto não previu as autoridades responsáveis pelos tratamentos de dados na cooperação internacional, o que seria importante para evitar dúvidas futuras ou o desempenho dessa atividade por agentes públicos sem atribuição ou preparo necessário para tanto.

Conforme acima exposto, o órgão policial brasileiro com atribuição para atividades de polícia internacional e de cooperação policial internacional é a Polícia Federal. A exemplo do que fez ao indicar o Conselho Nacional de Justiça como autoridade responsável pela supervisão e monitoramento da aplicação da LGPD Penal, deveria o anteprojeto também prever os órgãos que atuariam como “agentes de tratamento” das informações, que, no caso de informações relacionadas à cooperação policial internacional (na fase de investigação policial), a Polícia Federal deveria ser a responsável pelo tratamento desses dados.

A cooperação policial internacional, a fim de ser levada a efeito com eficiência e confiança (aspecto imprescindível nas relações internacionais), deve ser realizada com profissionalismo e com regras explícitas designando os respectivos órgãos e autoridades responsáveis, possibilidade de auditoria, regras de proteção de dados pessoais, dentre outras. Essas características são importantes no sentido de demonstrar a imparcialidade da atividade de cooperação policial internacional, afastando-se de interesses políticos, que mudam de tempos em tempos, e aproximando-se de uma atividade de Estado, perene e com objetivos e regras rígidas. Dentro desse contexto, Deflem (2002, p. 149) defende o modelo de burocratização de Max Weber na atividade de cooperação policial internacional, senão vejamos:

Entre as implicações relacionadas ao fato de que as instituições policiais estão em condições de cooperar internacionalmente, uma vez que tenham conquistado autonomia burocrática formal, está o fato de que a cooperação pode ocorrer entre polícias de estados nacionais que podem ser muito diferentes em termos de condições políticas, legais e outras.⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ *Among the implications of the fact that the police institutions are in a position to cooperate internationally*

CONCLUSÃO

A problemática que instigou essa pesquisa foi a de se verificar de que forma a ausência de regulamentação e controle auditável da troca de dados pessoais no âmbito da cooperação policial internacional, pode afrontar direitos e garantias fundamentais de cidadãos brasileiros. Os objetivos da pesquisa foram cumpridos à medida em que se analisou as posições doutrinárias e a legislação pertinente.

Buscou-se verificar as implicações que a ausência de uma Lei Geral de Proteção de Dados Penal poderia acarretar na proteção dos direitos humanos dos cidadãos brasileiros, assim como nos interesses do Estado Brasileiro no âmbito da cooperação policial internacional. Buscou-se mostrar um breve histórico da proteção de dados e da cooperação policial internacional para, em seguida, ser realizada uma análise de aspectos da LGPD, da LGPD Penal e, por fim, dos riscos aos direitos humanos e interesses do Brasil relacionados à ausência de uma LGPD Penal, podendo-se afirmar, pois, que os objetivos propostos foram alcançados.

Logrou-se êxito em demonstrar que a ausência de uma regulamentação da proteção de dados relacionados à persecução penal e segurança pública representa um risco às garantias dos direitos fundamentais do cidadão ligados à proteção de dados. De igual forma, foi verificado que tal ausência é prejudicial aos interesses do Brasil no que diz respeito à cooperação policial internacional na medida em que países que não possuem regramento específico e suficientemente abrangente quanto à proteção de dados não conseguem celebrar acordos com previsão de ampla troca de informações policiais com países que já possuem esse tipo de legislação, a exemplo dos países da União Europeia. Por fim, foi mencionado também o possível risco de espionagem a que o Brasil está exposto enquanto não houver uma regulamentação da troca de dados pessoais em matéria penal internacionalmente.

Quanto aos órgãos integrantes da cooperação policial internacional, a Polícia Federal foi apresentada como protagonista dessa atividade, juntamente com o DRCI-MJSP, no que diz respeito à fase pré-processual, de investigação policial em si. Por isso, sugeriu-se a inclusão da Polícia Federal no anteprojeto de LGPD Penal como órgão responsável pelo tratamento e armazenamento de dados pessoais relacionados à cooperação policial internacional. Como estudos futuros relacionados à LGPD Penal, na cooperação policial internacional, sugerimos o estudo de legislações comparadas relacionadas ao assunto, a fim de enriquecer o debate e se chegar, ao final, a um projeto de lei que atenda da melhor forma aos interesses dos cidadãos e do Estado brasileiros.

once they have gained formal bureaucratic autonomy is that cooperation can take place between police of national states that may be very different in terms of political, legal, and other conditions.

REFERÊNCIAS

- ARAS, Vladimir. A Título de Introdução: Segurança Pública e investigações criminais na era da proteção de dados. In: ARAS, Vladimir Barros et. al (orgs). Proteção de Dados Pessoais e Investigação Criminal. Brasília: ANPR, 2020. pg. 14-31.
- BARROS, Ana Claudia Martins; MORAIS, Rafael Normando Miranda e POZZETTI, Valmir César. CIDADANIA E SEGURANÇA PÚBLICA: APONTAMENTOS SOBRE A POLÍCIA QUE QUEREMOS. Revista Percurso - ANAIS DO X CONBRADEC vol.06, n°.37, Curitiba, 2020. pp. 449-469. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/download/5341/371373261>, consultada em 02 mai. 2022.
- BEDDIN, Bárbara; EMMANUEL, Daniel Daltoé. Os limites da soberania dos Estados na ordem internacional contemporânea. XXVII Salão de Iniciação Científica. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2015. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/136830/Poster_41912.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 05 dez 2021.
- BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Forense. Edição do Kindle, 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20 nov 2021.
- BRASIL. Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e perseguição penal. 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/comissao-de-juristas-dados-pessoais-seguranca-publica/documentos/outros-documentos/DADOSAnteprojetoComissaoProtecaoDadosSegurancaPersecucaoFINAL.pdf>. Acesso em: 22 nov 2021.
- CASTRO, Bruno Ribeiro. Cooperação policial internacional e o combate ao crime organizado transnacional: uma perspectiva subordinada aos direitos e garantias individuais dos seres humanos. 90f. Dissertação (Mestrado em Ciências Policiais). Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. 2019. Disponível em: <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/30389/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20-%20INSTITUTO%20SUPERIOR%20DE%20CI%C3%84NCIAS%20POLICIAIS%20E%20SEGURAN%C3%87A%20INTERNA%20-%20final.pdf>. Acesso em: 25 nov 2021.
- DELFLEM, Mathieu. Policy World Society: historical foundations of International Police Cooperation. USA: Oxford, university Press, 2004.
- DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais (pp. 29-30). 3. ed. Edição do Kindle.
- FERNANDES, João Renda. HABEAS DATA: origem histórica e trajetória no direito brasileiro. Jus.com.br. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23105/habeas-data-origem-historica-e-trajetoria-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 22 nov 2021.
- GUARAGNI, Fábio André; MORAES, Felipe Américo. CRIMES INFORMÁTICOS DE LAVAGEM DE DINHEIRO: lei penal no espaço e o problema das litispêndências internacionais. In: ARAS, Vladimir Barros et. al (orgs). Proteção de Dados Pessoais e Investigação Criminal. Brasília: ANPR, 2020. pg 523-558.
- HUFNAGEL, Saskia e McCARTNEY, Carole. Trust in international Police and Justice Cooperation. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2017.
- LODDER, George Neves. Autoridade Nacional e Proteção de Dados: questões penais. In: ARAS, Vladimir Barros et. al (orgs). Proteção de Dados Pessoais e Investigação Criminal. Brasília: ANPR, 2020. p.116-139.
- MANGETH, Ana Lara; CARNEIRO, Giovana. Caminhos para a proteção de dados pessoais na segurança pública e investigação criminal: lições do Seminário Internacional da Comissão de Juristas. 2020. Disponível em: <https://feed.itsrio.org/caminhos-para-a-prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-pessoais-na-seguran%C3%A7a-p%C3%BAblica-e-investiga%C3%A7%C3%A3o-criminal-li%C3%A7%C3%B5es-do-595027052636>. Acesso em: 20 nov 2021.
- MORAES, José Fernando. O SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO BRASILEIRO, A “LGPD PENAL” E A EFETIVA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. ANDPF. 2021. Disponível em: https://web.adpf.org.br/wp-content/uploads/2021/03/2-Artigo_JOSE-FERNANDO-MORAES-CHUY.pdf. Acesso em: 09 dez 2021.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 28 nov 2021.
- NASCIMENTO-E-SILVA, D. (2020). O método científico-tecnológico: versão sintética. Florianópolis: DNS Editor.
- MOSHELL, Ryan. And Then There Was One: The Outlook for a Self-Regulatory United States Amidst a Global Trend toward Comprehensive Data Protection, 37 TEX. TECH L. REV. 357 (2005).

- PRODANOV, C.C. e FREITAS, E.C. (2013). Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2 ed. Novo Hamburgo: Editora Feevale.
- POZZETTI, Valmir César e ZAMBRANO, Virginia. O DIREITO À ALIMENTAÇÃO E MEIO AMBIENTE SAUDÁVEIS COMO INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA SOCIAL. Revista de Direito Brasileira | Florianópolis, SC | v. 26 | n. 10 | p. 207-229 | mai./ago. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/download/6327/5108>, consultada em 01 mai. 2022.
- ROMCY FILHO, Jorge. HABEAS DATA: instrumento constitucional em defesa da cidadania. Jus.com.br. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14810/habeas-data-instrumento-constitucional-em-defesa-da-cidadania>. Acesso em: 02 mai. 2022.
- SINDPFSP. Policiais Federais, Civis E Militares Veem Prejuízos A Investigações E Pressionam Câmara A Engavetar 'Lgpd Penal'. 2020. Disponível em: <https://sindpfsp.org.br/2020/12/14/policiais-federais-civis-e-militares-veem-prejuizos-a-investigacoes-e-pressionam-camara-a-engavetar-lgpd-penal/>. Acesso em: 09 mai. 2022.
- ZAMPRONHA, Luís Flávio. ANTEPROJETO DE LGPD CRIMINAL DESAFIOS CONCEITUAIS DE UMA NOVA ESTRUTURA LEGAL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. ANDPF. 2021. Disponível em: https://web.adpf.org.br/wp-content/uploads/2021/03/1-Artigo_Luis-Flavio-Zampronha.pdf. Acesso em: 09 mai. 2022.
- UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE. 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/LSU/?uri=celex:31995L0046>. Acesso em: 02 mai. 2022.
- UNIÃO EUROPEIA. Regulamento n. 2016/679. 2016. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em: 05 mai. 2022.
- UNIÃO EUROPEIA. Diretiva EU 2016/680. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&rid=1>. Acesso em: 05 dez 2021.
- WARREN, Samuel et BRANDEIS, Louis. The Right to Privacy. Harvard Law Review. 1890. Disponível em: https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html. Acesso em: 03 mai. 2022.

A RECOMENDAÇÃO Nº 123/22 DO CNJ: A CONSTRUÇÃO DO DEVIDO PROCESSO CONVENCIONAL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO

Anderson Ricardo Fogaça⁴⁴⁶, Eduardo Cambi⁴⁴⁷, José Laurindo de Souza Netto⁴⁴⁸
Letícia de Andrade Porto⁴⁴⁹, Melina Girardi Fachin⁴⁵⁰

INTRODUÇÃO

A defesa dos direitos humanos é basilar para a promoção da democracia, da justiça e do desenvolvimento social brasileiro. Ressalta-se que, ao se submeter à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, o Brasil se comprometeu a observar os ditames previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como, a interpretação autorizada pela Corte IDH.

A perspectiva da convencionalização não pode ser ignorada no ordenamento jurídico interno brasileiro. Tal fenômeno ocorre em função da ratificação dos Tratados internacionais em direitos humanos e do dever de obrigação e cumprimento desses diplomas, consoante as “obrigações previstas no art. 31, § 3º, da Convenção de Viena, a qual evita que os Estados-parte adotem legislação que importe em retrocesso à proteção dos direitos humanos”.^{451 452}

⁴⁴⁶ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Juiz de Direito em 2º grau e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor licenciado da Escola da Magistratura do Paraná.

⁴⁴⁷ Pós-Doutor pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Pós-Graduação (Doutorado e Mestrado) da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Promotor de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Presidente do Colégio de Diretores de Escolas do Ministério Público brasileiro (CDEMP). Presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídica. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6446292329035065> E-mail: eduardocambi@hotmail.com. Orcid: 000-0003-4944-1256.

⁴⁴⁸ Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: professorlaurindo@jln@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.

⁴⁴⁹ Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Ministério Público e Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR) e em Direito Constitucional (ABDCONST). Bacharel em Direito e em Relações Internacionais. Assessora Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

⁴⁵⁰ Estágio de pós-doutoramento pela Universidade de Coimbra no Instituto de Direitos Humanos e Democracia (2019-2020). Doutora em Direito Constitucional, com ênfase em Direitos Humanos, pela PUC-SP. Professora associada dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1368334568714375> E-mail: melinafachin@gmail.com Orcid: 0000-0002-6250-1295

⁴⁵¹ “Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes”.

⁴⁵² CAMBI, Eduardo. PORTO, Letícia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. *Constitucionalismo multinível e controle de convencionalidade*. No prelo.

O exercício do controle judicial de convencionalidade promove diferentes respostas no ordenamento pátrio, com impactos e transformações na realidade jurídica por meio de novas interpretações e adequações legislativas. O presente texto pretende estudar o papel do juiz na realização do controle de convencionalidade.

Desse modo, a pergunta de pesquisa cinge-se em saber: Qual o reflexo da Recomendação nº 123/22 do CNJ para a realização do controle de convencionalidade no âmbito do Poder Judiciário brasileiro?

Como metodologia, será utilizado o método exploratório, amparado na melhor doutrina combinada com a análise jurisprudencial e de normativas que permitam estabelecer um ponto de equilíbrio para a harmonização da ordem jurídica brasileira em relação aos tratados internacionais em direitos humanos nos quais o Brasil é signatário.

1 A RECOMENDAÇÃO Nº 123/22 DO CNJ E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA E CONSECUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são pautados pela universalidade e integralidade. Não comportam limites ou barreiras entre Estados, razão pela qual o rol exposto na Constituição Federal de 1988 é meramente exemplificativo e precisa articular-se com o direito internacional dos direitos humanos. Admite-se hermenêutica alargada a fim de atingir a maior proteção *pro persona*, a promoção da dignidade humana, a efetivação da cidadania e a melhor inclusão social.

O valor da dignidade da pessoa humana consubstancia-se como basilar para a construção de um conceito material de direitos humanos. É fundamental para ampliar o *bloco de constitucionalidade* previsto no art. 5, § 2º da Constituição Federal⁴⁵³, que funciona pela “fusão progressiva das diferentes peças do conjunto”⁴⁵⁴. Nesse sentido, explica José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo espírito ou pelos valores que informam a ordem constitucional global⁴⁵⁵.

À luz dessa abertura dialogal, o controle de convencionalidade traduz-se em uma harmonização dos sistemas nacionais com os *standards* regionais. Torna-se uma ferramenta que busca a justiça às vítimas e assegura celeridade processual, por meio do papel subsidiário da Corte Interamericana “ao mesmo tempo que os juízes nacionais reforçam sua posição como garantidores primários de proteção”⁴⁵⁶.

⁴⁵³ Art 5, § 2º 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.

⁴⁵⁴ FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n.4, p.59-60, jan./mar. 1990.

⁴⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 811-812.

⁴⁵⁶ “[...] acercar la justicia a las víctimas, asegura la economía procesal, evita la responsabilidad internacional del Estado y en últimas asegura la supervivencia del sistema gracias a su doble efecto centralizador-

Nestor Pedro Saguéz afirma que a Constituição nacional deve ser lida sob a ótica convencional, preterindo-se elementos que não se mostram compatíveis com diplomas internacionais em direitos humanos. A Constituição deve passar pelo filtro convencional, de modo a conformar-se, levando em consideração a CADH e a jurisprudência da Corte IDH. Segundo o autor,

[...] el “control de convencionalidad” de una Constitución, debe conceptualmente preceder al “control de constitucionalidad” de leyes, decretos, reglamentos, etc., que el mismo juez tiene que hacer, a partir de tal constitución convencionalizada⁴⁵⁷.

A vinculação às sentenças da Corte IDH decorre do exarado na CADH, e da submissão à jurisdição da Corte IDH. A Corte IDH formula decisões que produzem autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes do litígio⁴⁵⁸. De maneira simples, “as decisões da Corte IDH operam de maneira subjetiva e direta entre as partes processuais, e de maneira objetiva e indireta em face de todos os demais Estados signatários da Convenção”⁴⁵⁹.

O *standard* interpretativo mínimo de efetividade da norma convencional encontra-se disposto no art. 69⁴⁶⁰ da Convenção Americana, por meio da vinculação do respeito, garantia e adequação normativa e interpretativa das decisões emitidas pela Corte IDH em relação às normas da CADH. Como consequência, a jurisprudência constitui importante instrumento de efetivação e interpretação dos direitos humanos em atendimento ao princípio *pro persona*^{461 462}.

descentralizador en virtud del cual la CorteIDH reivindica su rol como mero agente subsidiario a la par que los jueces nacionales refuerzan su posición como garantes primarios de la protección’. ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional*. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel. Tese de Doutorado. Universidad Complutense de Madrid. FACULTAD DE DERECHO INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN ORTEGA Y GASSET. 2015, p. 70.

⁴⁵⁷ SAGUÉZ, Nestór Pedro. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. A PROPÓSITO DE LA “CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA”. *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina*. p. 150. Disponível em: Anuario 2011 - Capitulo 00 Indice.indd (cortescm.es). Acesso em: 15 ago. 2021.

⁴⁵⁸ CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. *O Ministério Público Resolutivo e proteção dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 46.

⁴⁵⁹ CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. HEEMANN, Thimotie Aragon. Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: qualidade, resolutividade e transformação social: edição especial: recomendação de Aracaju*, v. VII. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2019.

⁴⁶⁰ “Artigo 69 - A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. São José da Costa Rica, 1969.

⁴⁶¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 618-671, 2013. Acesso em: 06 mar. 2020. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf>

⁴⁶² CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. Os precedentes da Corte Interamericana de Direitos

O mecanismo do controle de convencionalidade, inicialmente realizado no panorama internacional, por meio dos Tribunais internacionais de Direitos Humanos, como a Corte Interamericana, evoluiu ao ponto de a própria Corte IDH delegar tal missão aos Estados Parte. Trata-se do controle de convencionalidade de matriz nacional⁴⁶³.

Ao observar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, percebe-se a aproximação entre diferentes ordens jurídicas, por meio da possibilidade do exercício do controle de convencionalidade em âmbito nacional. Em 2006, o caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* ratificou o entendimento da Corte IDH⁴⁶⁴, no sentido de oportunizar o controle de convencionalidade aos órgãos do Poder Judicial nacional *ex officio*,

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁴⁶⁵

A jurisprudência da Corte IDH evolui na reflexão sobre a importância do papel do Poder Judiciário Nacional para a consecução dos direitos humanos, levando-se em consideração a submissão estatal aos ditames da Convenção Americana, de modo a garantir que o *standard* mínimo em direitos humanos seja permeável no ordenamento jurídico brasileiro.

Humanos e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n.1002, abr. 2019.

⁴⁶³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 489.

⁴⁶⁴ Sobre a evolução do controle de convencionalidade na Corte IDH, Eduardo Ferrer Mac-Gregor leciona que “Desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina, a aplicarse en los casos contenciosos siguientes: *La Cantuta vs. Peru* (2006); *Boyce y otros vs. Barbados* (2007); *Heliodoro Portugal vs. Panama* (2008); *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009);¹⁹ *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay* (2010); *Fernandez Ortega y Otros vs. Mexico* (2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. Mexico* (2010); *Ibsen Cardenas e Ibsen Peiia vs. Bolivia* (2010); *Velez Loor vs. Panama* (2010); *Gomes Lund Y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* (2010), y ahora, *Cabrera Garcia y Montiel Flores vs. Mexico* (2010).” (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf> Acesso em: 24 jul. 2021. p. 299-300)

⁴⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

O *Caso Trabajadores Demitidos do Congreso Vs. Peru*, julgado apenas dois meses após o *Caso Almonacid Arellano Vs. Chile*, pela Corte IDH, sublinha a necessidade da realização do controle de convencionalidade *ex officio* pelos tribunais judiciários nacionais⁴⁶⁶. A partir deste julgado, a Corte IDH manifestou que as interpretações por ela realizadas tornam-se precedentes judiciais a serem “considerados pelos julgadores domésticos atuando em foro de revisão judicial”⁴⁶⁷. Neste ponto, importante o posicionamento do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, no voto concorrente do *Caso Trabajadores Demitidos do Congreso Vs. Peru*, quando já pressagia a necessidade do exercício do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário nacional:

3. O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana. El caso de los Trabajadores Cesados del Congreso plantea la cuestión, para estudios futuros sobre el tema del acceso a la justicia, si la falta de claridad en cuanto al conjunto de los recursos internos puede también conllevar a una denegación de justicia.

A revisão judicial com fulcro no direito internacional dos direitos humanos é condição e resposta para a efetiva proteção e garantia dos direitos humanos. O exercício do controle judicial de convencionalidade revela-se como um dos instrumentos da “filtragem” convencional do ordenamento jurídico nacional⁴⁶⁸, o que dá origem ao fenômeno da *constitucionalização do direito internacional*⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ “128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.” (Grifo Nosso). CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 18 jul. 2021.

⁴⁶⁷ TORELLY, Marcelo. Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? *Rev. Direito e Práxis*. v. 8, n.1, Mar 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.23006>. Acesso em: 26 jan. 2021. p. 336.

⁴⁶⁸ TORELLY, Marcelo. *Ibid.* p. 337.

⁴⁶⁹ “He aquí el círculo virtuoso que existe entre ambas disciplinas. A raíz de esa circularidad, en muchos países las Constituciones han tenido que ser modificadas para contemplar, con cualidad permanente, la incorporación de los tratados al orden jurídico interno. Esta exigencia va siendo cumplida por la mayoría de los Estados, revelando así la voluntad de perfeccionar la tutela de los derechos esenciales mediante la adhesión

Ao ampliar-se nos múltiplos níveis de proteção, o direito acumula “uma característica essencial do mundo moderno, que promove, no seu atual estágio, a confluência entre Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos”⁴⁷⁰. Isto porque a omissão ou negação do exercício do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário implica diretamente na abstenção da justiça constitucional⁴⁷¹.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a partir da Recomendação nº 123/2022, reafirma o já exarado pela jurisprudência da Corte regional; isto é: a necessidade da observância dos diplomas internacionais em direitos humanos em vigor no Brasil, assim como da jurisprudência advinda da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual deve refletir no ordenamento jurídico interno por meio do exercício do controle de convencionalidade. Em seu art. 1º, a Recomendação preceitua, *in verbis*:

Art. 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:

I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral.

Salienta-se que a evolução oportunizada pelo inciso II, do artigo 1, da Recomendação supracitada, que consiste em recomendar a priorização do julgamento dos processos que buscam reparar, seja materialmente ou imaterialmente, às vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte IDH, nas condenações brasileiras perante o órgão julgador regional. Tal disposição do CNJ vai ao encontro de uma nova ordem marcada pelo *human rights approach*, com a conseqüente consecução dos direitos humanos.

Diversas Cortes superiores têm demonstrado alinhamento à ordem regional de direitos humanos, ao exercerem o controle judicial de convencionalidade nas suas decisões. Por exemplo, em resposta à sentença do *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, julgada pela Corte IDH em 2009, a Corte Suprema do México entendeu que “as decisões do tribunal regional em foro de controle de convencionalidade vinculam as cortes domésticas, inclusive a Corte Suprema, e não podem ter sua decisão ou racionalidade questionadas, sob pena de descumprimento de obrigação internacional”⁴⁷².

a un nivel jurídico más perfecto”. EGAÑA, José Luis Cea. Rasgos del Derecho Público Contemporáneo. In: RICHARDO, Rafael Luciano; TERÁN, Sergio J. Cuarezma. (dir.). *Nuevas tendencias del Derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*. Santo Domingo: INEJ, 2011. p. 23.

⁴⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p.11.

⁴⁷¹ CHAVES, Denisson Gonçalves. SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 61, n.1, jan./abr.2016, p. 87-113. p. 97

⁴⁷² TORELLY, Marcelo. *Ibid.* p. 348; MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Resolución 2010*.

Na Argentina, a Suprema Corte também decidiu que tanto as decisões da Corte IDH, quanto os relatórios emitidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, são passíveis de vinculação às decisões do Poder Judiciário nacional.⁴⁷³

Garantir que às vítimas seja oportunizada a reparação devida significa caminhar em direção à justiça, a fim de que as violações cometidas não sejam objeto de repetição. Esse novo modelo constitucional busca colocar o judiciário no centro das inovações transformadoras do direito enquanto mecanismo de tutela e de emancipação das pessoas. As decisões e sentenças, efetivamente, transformam uma sociedade quando encontram respaldo nas ambições de grupos sociais mais vulneráveis⁴⁷⁴.

Para isso, as decisões dos Tribunais devem estar acompanhadas de políticas adequadas. Como exemplo, o México implementou um programa de capacitação aos magistrados a partir do reconhecimento da necessidade do exercício do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário nacional.

O *juiz de proteção*, idealizado por Paola Alvarado, harmoniza-se com a nova ordem pautada no *human rights approach*, sobretudo em razão de seu papel de fomentar o diálogo e ampliar o catálogo de direitos humanos, para assegurar a sua efetividade. O controle judicial de convencionalidade possibilita ao juiz exercer suas funções em diferentes níveis - nacional, supranacional e internacional -, buscando o objetivo comum de tutelar os direitos fundamentais⁴⁷⁵.

O exercício do controle de convencionalidade judicial representa grande evolução para combater injustiças e conferir a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, e direitos convencionais alicerçados nos documentos internacionais em direitos humanos. Isto porque a grande capilaridade do Poder Judiciário brasileiro, que conta com Tribunais e varas estabelecidas em diversas comarcas - desde grandes metrópoles a longínquos municípios -, permite que o controle de convencionalidade seja exercido, por Juízes, no julgamento de casos concretos⁴⁷⁶. Nesse sentido,

Em termos práticos, a partir do modelo instituído pelo controle de convencionalidade, o juiz nacional (de qualquer instância) atuará fundamentalmente como aplicador dos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência da Corte IDH. Em sua missão de julgar processos, analisará, antes mesmo de verificar as questões jurídicas nacionais, se no caso existe alguma questão ou norma que está violando o bloco

⁴⁷³ TORELLY, Marcelo. *Ibid.* p. 348

⁴⁷⁴ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, enero-junio de 2015, p. 3-50. p. 23.

⁴⁷⁵ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional*. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel. Tese de Doutorado. Universidad Complutense de Madrid. FACULTAD DE DERECHO INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN ORTEGA Y GASSET. 2015.

⁴⁷⁶ PORTO, Leticia de Andrade. *Diálogo multinível: o dever de exercício do controle de convencionalidade pelo Ministério Público [meio eletrônico]*. Curitiba, 2021. *Dissertação (Mestrado)* –Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021. Orientadora: Melina Girardi Fachin.

de convencionalidade. Em caso positivo, as inconveniências devem ser reconhecidas e declaradas sem efeito, ainda que estejam conforme as leis nacionais.^{477 478}

2 O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA PRÁTICA: O DEVIDO PROCESSO CONVENCIONAL

O exercício do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário decorre da observância da jurisprudência da Corte IDH e de seus *standards* mínimos em direitos humanos, os quais, somados aos tratados em direitos humanos, compõem o *corpus iuris* interamericano.

A humanização ao Direito Constitucional está voltada “à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter transformador das Constituições modernas, pois como utopias de Direito Positivo, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais.”⁴⁷⁹

Na efetivação de direitos fundamentais, discute-se, para além do devido processo legal, a existência de um devido processo convencional. Neste ponto, a presença de uma espécie de “filtragem convencional do ordenamento processual”⁴⁸⁰ implicaria a harmonização entre tratados internacionais em direitos humanos e normativas nacionais, em razão do controle de convencionalidade e do bloco de constitucionalidade previsto na Constituição Federal⁴⁸¹.

Consoante Ticiano Alves Silva,

[...] parece intuitivo que, (1) se o devido processo convencional é a síntese normativa da multiplicidade de direitos humanos processuais específicos e (2) se estes direitos estão previstos em convenções internacionais, a interpretação que se deve conferir na aplicação desses direitos precisa ser aquela realizada pelas cortes internacionais, sob pena de não se aplicar os direitos humanos segundo eles são pela ordem jurídica internacional, mas sim o que os tribunais nacionais entendem que eles são, o que é o mesmo

⁴⁷⁷ GAMA NETO, Ricardo Borges. LEITE, Rodrigo de Almeida. O enfrentamento às decisões da corte interamericana de direitos humanos por cortes supremas nacionais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*: Belo Horizonte, n. 120, pp. 369-409, jan./jun. 2020. p. 355.

⁴⁷⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” En El Sistema Interamericano, Y sus Anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y Diferencias Con el Sistema Europeo. In: BOGDANDY, Armin Von. et. al. (coord). *Construcción y Papel de Los Derechos Sociales Fundamentales*. Hacia un ius constitucionale commune en América Latina. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 381-417. P. 385

⁴⁷⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020, 3a ed. p. 28.

⁴⁸⁰ SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. *Revista de processo*. 2016, v. 259. Set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.02.PDF. Acesso em: 13 ago. 2021.

⁴⁸¹ GARCEL, Adriane. FOGAÇA, Anderson Ricardo. SOUZA NETTO, José Laurindo de. PORTO, Leticia de Andrade. *Controle de convencionalidade no poder judiciário: impactos no processo penal brasileiro. No prelo*.

que permitir (1) o descumprimento do compromisso internacional e (2) o fracionamento da ordem jurídica internacional, que perderia unidade, considerando o mosaico de interpretações possíveis oriundas dos Estados signatários. Não é por outra razão que a CIDH, ao determinar que o Judiciário realize o controle de convencionalidade no plano nacional, ressaltou que, além de se basearem no texto da convenção, os juízes devem seguir a interpretação conferida ao texto pela Corte Interamericana, a quem compete dar a palavra final sobre a interpretação da convenção⁴⁸².

A exegese do devido processo convencional repousa no somatório dos tratados internacionais em direitos humanos e das interpretações conferidas pelas Cortes internacionais a seu respeito.

A Constituição Federal e todas as leis presentes no ordenamento jurídico brasileiro devem passar pelo filtro convencional. Da mesma forma, a aproximação com uma ordem marcada pelo *human rights approach* desponta princípios humanistas, os quais devem refletir nas leis e na interpretação realizada.

Ao analisar o exercício do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário brasileiro, destaca-se a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o qual tem abordado, em seus julgados, casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como suas opiniões consultivas. Como exemplo, pode ser citada a interpretação convencional concedida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários 349.703/RS e 466.343/SP, tendo pacificado o tema da impossibilidade da prisão do depositário infiel, justificada na proteção do direito fundamental à liberdade.

Esse exercício de controle convencional impulsionou a edição da súmula vinculante nº 25, que declarou a ilicitude da prisão do depositário infiel⁴⁸³. Da mesma forma, os julgamentos envolvendo o reconhecimento da união homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132), a criminalização da homofobia (ADO 26), a exigência de diploma de jornalista para o exercício da profissão (RE 511.961), o reconhecimento da educação inclusiva e a proibição da recusa de matrícula para crianças deficientes em escolas (ADI 5357) são exemplos de efetivação de direitos fundamentais e de controle de convencionalidade pela Suprema Corte brasileira, resultando, inclusive, em alterações de legislações internas.

O posicionamento dos Tribunais Superiores possui efeito irradiador na jurisprudência regional e estadual. Destaque-se o julgamento do Habeas Corpus nº 1.358.323-2, de relatoria do Des. José Laurindo de Souza Netto, elucida o importante papel desempenhado pelo Poder Judiciário para o alcance desse objetivo. A saber,

⁴⁸² SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. *Revista de processo*. 2016, v. 259. Set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RPro_n.259.02.PDF. Acesso em: 13 ago. 2021. p. 09.

⁴⁸³ CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. A (in)convencionalidade da prisão diante do não recolhimento do ICMS. In.: NORONHA, João Otávio de. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 1. ed. 2020.

[...] não basta a compreensão epistemológica da jurisdição como instrumento de efetividade, sendo também necessários a caracterização dos meios que propiciem aos encarregados da jurisdição – os juízes – efetivarem esta proteção. [...] o juiz, que se destaca neste contexto, como representante do Poder Judiciário, tem a obrigação de não só conhecer a proteção internacional, mas aplicá-la mediante controle de convencionalidade difuso, não podendo se furtar de realizá-lo⁴⁸⁴.

Na oportunidade, o magistrado realizou o controle de convencionalidade, em razão da previsão da audiência de custódia em múltiplos diplomas internacionais - ratificados pelo Brasil -, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, além da própria CADH. Além de constituir direito fundamental - a apresentação do preso, sem demora, à autoridade judiciária-, tal garantia impacta na redução do encarceramento em massa no Brasil. Isso porque o juiz decide “pela manutenção, ou não, da prisão, com base nos princípios da legalidade e necessidade”⁴⁸⁵. A decisão aproxima diferentes ordens jurídicas, criando uma rede protetiva, pautada na compreensão dialógica^{486 487}.

No âmbito legislativo, não se olvida que existam avanços para a consecução dos direitos humanos, como, recentemente, a edição da Lei nº 14.245/2021, popularmente conhecida por Lei Mariana Ferrer. A inovação legislativa busca “coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas” e coaduna-se com o Protocolo de Julgamento na perspectiva de gênero do CNJ⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Habeas Corpus nº 1.358.323-2*, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 3ª Vara Criminal. Relator Des. José Laurindo de Souza Netto. 23 abr. 2015. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/5218101/Processo_N%C2%BA_1358323-2_-_HC_Crime.pdf Acesso em: 13 ago. 2021.

⁴⁸⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Habeas Corpus nº 1.358.323-2*, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 3ª Vara Criminal. Relator Des. José Laurindo de Souza Netto. 23 abr. 2015. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/5218101/Processo_N%C2%BA_1358323-2_-_HC_Crime.pdf Acesso em: 13 ago. 2021. p. 11.

⁴⁸⁶ “Imperioso concluir que a Constituição da República funciona, de várias maneiras, como o fator determinante de aproximação da proteção internacional de direitos humanos com o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que integra, formal e materialmente, as duas esferas de proteção. Assim, na medida em que a jurisdição hoje é compreendida na perspectiva da Constituição, e que esta reflete, em grande medida, o espírito da proteção internacional, e permite a integração do ordenamento jurídico interno, é possível concluir que a jurisdição se coloca no contexto da proteção internacional dos direitos humanos. A Constituição da República, nesse contexto, funciona como fator determinante de aproximação da jurisdição com os direitos humanos, permitindo, de várias formas, a compreensão da jurisdição na perspectiva humanitária”. PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Habeas Corpus nº 1.358.323-2*, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 3ª Vara Criminal. Relator Des. José Laurindo de Souza Netto. 23 abr. 2015. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/5218101/Processo_N%C2%BA_1358323-2_-_HC_Crime.pdf Acesso em: 13 ago. 2021. p. 07.

⁴⁸⁷ GARCEL, Adriane. FOGAÇA, Anderson Ricardo. SOUZA NETTO, José Laurindo de. PORTO, Leticia de Andrade. *Controle de convencionalidade no poder judiciário: impactos no processo penal brasileiro*. No prelo.

⁴⁸⁸ CNJ. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero* [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Dados eletrônicos (1 arquivo: PDF 132 páginas). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf> Acesso em: 28 jan. 2022.

Além disso, dentre as iniciativas do CNJ, destacam-se: a criação do Observatório dos Direitos Humanos do Poder Judiciário, que ampliou as cotas raciais nas vagas de estágios no âmbito judiciário; o desenvolvimento de formulário de avaliação de risco da comunidade LGBTQIA+, no que tange ao monitoramento de seus direitos; o estabelecimento de métodos que fortaleçam o direito dos povos originários, por meio da criação da Rede de Altos Estudos em Direito Indígena; o reforço do combate à violência contra a mulher, a partir do já mencionado Protocolo para Julgamento na perspectiva de gênero e a campanha Sinal Vermelho; a criação da Unidade de Monitoramento e Fiscalização das decisões e deliberações da Corte IDH (UMF)⁴⁸⁹, por meio da cooperação entre CNJ e Corte Interamericana de Direitos Humanos; e, mais recentemente, o acordo de cooperação técnica entre Comissão Interamericana de Direitos Humanos e CNJ⁴⁹⁰.

Não há dúvida que as inconveniências do ordenamento jurídico brasileiro devem ser reparadas. Portanto, a recomendação nº 123/22 do CNJ veio afirmar o papel garantidor de direitos e reparador de ilegalidades atribuído aos magistrados brasileiros. Isso porque todo juiz nacional é também um juiz interamericano⁴⁹¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de compatibilização entre os diplomas internacionais em direitos humanos e a ordem jurídica nacional estabelece-se como forma de garantir a melhor interpretação *pro persona*. Salienta-se que o controle judicial de convencionalidade consubstancia-se em importante instrumento para a realização de tal harmonização, garantindo a consecução dos direitos humanos.

As chamadas “*inconveniências*” normativas despontam diariamente no sistema jurídico, cabendo ao Poder Judiciário e às demais instituições que compõem o sistema de justiça prevenir e reprimir violações em direitos humanos.

Volta-se à pergunta de pesquisa, que se limita em saber: Qual o impacto da Recomendação nº 123/22 do CNJ para a realização do controle de convencionalidade no âmbito do Poder Judiciário brasileiro? Infere-se que a convencionalização é fenômeno

⁴⁸⁹ “O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 364, de 12 de janeiro de 2021, ato normativo que instituiu a Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (UMF/CNJ) no âmbito deste órgão. O objetivo principal da UMF/CNJ é adotar as providências necessárias para monitorar e fiscalizar as medidas adotadas pelo Poder Público para o cumprimento das sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas proferidas pela Corte Interamericana envolvendo o Estado brasileiro.” CNJ. *Monitoramento e fiscalização das decisões da Corte IDH*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/monitoramento-e-fiscalizacao-das-decisoes-da-corte-idh/> Acesso em: 28 jan. 2022.

⁴⁹⁰ CONSULTOR JURÍDICO. *Ações de direitos humanos e tecnologia marcam ano do CNJ em 2021*. 01 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-01/acoes-direitos-humanos-tecnologia-marcaram-ano-cnj> Acesso em: 28 jan. 2022.

⁴⁹¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El Nuevo paradigma para el juez mexicano. In: Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi. *Estudios Avanzados de Derechos Humanos – Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, São Paulo, ed. Campus Elsevier, 2013, p. 627-705.

que tende a avançar com a nova resolução do CNJ, que reafirma o compromisso do Poder Judiciário na concretização dos diplomas internacionais em direitos humanos na ordem jurídica brasileira.

O Conselho Nacional de Justiça vem buscando uma maior aproximação com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos por meio de cooperação entre a Corte IDH e a Comissão Interamericana. Merece destaque a criação do Observatório dos Direitos Humanos, no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, assim como a instituição da Unidade de Monitoramento e Fiscalização das decisões e deliberações da Corte IDH, dentro do CNJ. Tais iniciativas não apenas pretendem instrumentalizar o diálogo regional, mas também garantir e efetivar direitos humanos, sobretudo em relação a grupos vulneráveis, chamando maior atenção da importância da atuação do magistrado brasileiro na proteção da dignidade humana.

A filtragem convencional está fundada no *human rights approach*⁴⁹². É um meio de promoção da cidadania, porque não se pode conceber direitos e garantias meramente no plano normativo, sem que se concretizem na vida e no cotidiano das pessoas⁴⁹³. O Poder Judiciário, que compõe a arquitetura do Estado Democrático de Direito e tem como missão institucional a promoção da justiça, tem, no controle de convencionalidade - reafirmado na Recomendação nº 123/22 do CNJ - um poderoso instrumento para a consecução de direitos e garantias fundamentais-humanos⁴⁹⁴.

⁴⁹² PIOVESAN, Flávia. *Ius commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos*. In.: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en America Latina. Una aproximación conceptual*. México, Porruá, 2013.

⁴⁹³ PORTO, Leticia de Andrade. *Op.cit.* p. 112.

⁴⁹⁴ GARCEL, Adriane. FOGAÇA, Anderson Ricardo. SOUZA NETTO, José Laurindo de. PORTO, Leticia de Andrade. *Controle de convencionalidade no poder judiciário: impactos no processo penal brasileiro*. No prelo.

REFERÊNCIAS

- ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Más allá de la utopía: Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional*. La red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel. Tese de Doutorado. Universidad Complutense de Madrid. FACULTAD DE DERECHO INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN ORTEGA Y GASSET. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, enero-junio de 2015, pp. 3-50.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, 3. ed. p. 28.
- CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. *Constitucionalismo multinível e controle de convencionalidade*. No prelo.
- CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. FACHIN, Melina Girardi. A (in)convencionalidade da prisão diante do não recolhimento do ICMS. In.: NORONHA, João Otávio de. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 1. ed. 2020.
- CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. Os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, n.1002, abr. 2019.
- CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. HEEMANN, Thimotie Aragon. Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público. *Revista Jurídica Corregedoria Nacional: qualidade, resolutividade e transformação social: edição especial: recomendação de Aracaju*, v. VII. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2019.
- CAMBI, Eduardo. PORTO, Leticia de Andrade. *O Ministério Público Resolutivo e proteção dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 811-812.
- CONSULTOR JURÍDICO. *Ações de direitos humanos e tecnologia marcaram ano do CNJ em 2021*. 01 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-01/acoes-direitos-humanos-tecnologia-marcaram-ano-cnj> Acesso em: 28 jan. 2022.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 18 jul. 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- CHAVES, Denisson Gonçalves. SOUSA, Mônica Teresa Costa. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 61, n.1, jan./abr.2016, p. 87-113.
- CNJ. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero* [recurso eletrônico] / Conselho Nacional de Justiça. — Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021. Dados eletrônicos (1 arquivo: PDF 132 páginas). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf> Acesso em: 28 jan. 2022.
- CNJ. *Monitoramento e fiscalização das decisões da Corte IDH*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/monitoramento-e-fiscalizacao-das-decisoes-da-corte-idh/> Acesso em: 28 jan. 2022.
- EGAÑA, José Luis Cea. Rasgos del Derecho Público Contemporáneo. In: RICHARDO, Rafael Luciano; TERÁN, Sergio J. Cuarezma. (dir.). *Nuevas tendencias del Derecho constitucional y el derecho procesal constitucional*. Santo Domingo: INEJ, 2011. p. 23.
- FAVOREU, Louis. El bloque de la constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n.4, p.59-60, jan./mar. 1990.
- GAMA NETO, Ricardo Borges. LEITE, Rodrigo de Almeida. O enfrentamento às decisões da corte interamericana de direitos humanos por cortes supremas nacionais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*: Belo Horizonte, n. 120, pp. 369-409, jan./jun. 2020.

- GARCEL, Adriane. FOGAÇA, Anderson Ricardo. SOUZA NETTO, José Laurindo de. PORTO, Leticia de Andrade. *Controle de convencionalidade no poder judiciário: impactos no processo penal brasileiro*. No prelo.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El Nuevo paradigma para el juez mexicano, In: Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi. *Estudos Avançados de Direitos Humanos – Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, São Paulo, ed. Campus Elsevier, 2013, p. 627-705.
- MAC-GREGOR. *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf> Acesso em: 24 jul. 2021. p. 299-300
- MAC-GREGOR. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 618-671, 2013. Acesso em: 06 mar. 2020. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf>
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. São José da Costa Rica, 1969.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Habeas Corpus nº 1.358.323-2*, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 3ª Vara Criminal. Relator Des. José Laurindo de Souza Netto. 23 abr. 2015. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/5218101/Processo_N%C2%BA_1358323-2_-_HC_Crime.pdf Acesso em: 13 ago. 2021. p. 11.
- PIOVESAN, Flávia. Ius commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos. In.: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en America Latina*. Una aproximación conceptual. México, Porrúa, 2013.
- PORTO, Leticia de Andrade. Diálogo multinível: o dever de exercício do controle de convencionalidade pelo Ministério Público [meio eletrônico]. Curitiba, 2021. *Dissertação (Mestrado)* –Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2021. Orientadora: Melina Girardi Fachin.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 489.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” En El Sistema Interamericano, Y sus Anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y Diferencias Con el Sistema Europeo. In: BOGDANDY, Armin Von. et. al. (coord). *Construcción y Papel de Los Derechos Sociales Fundamentales*. Hacia un ius constitucional e commune en América Latina. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 381-417. P. 385
- SAGÜÉS. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. A PROPÓSITO DE LA “CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA”. *Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina*. P.150. Disponível em: Anuario 2011 - Capitulo 00 Indice.indd (cortescm.es) Acesso em: 15 ago. 2021.
- SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. *Revista de processo*. 2016, v. 259. Set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.02.PDF. Acesso em: 13 ago. 2021. p. 09.
- TORELLY, Marcelo. Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? *Rev. Direito e Práxis*. v. 8, n.1, Mar 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.23006>. Acesso em: 26 jan. 2021.

A (DES)NECESSIDADE DO ESGOTAMENTO DA BUSCA DE BENS DO DEVEDOR PARA O DEFERIMENTO DA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Arthur Mendes Lobo⁴⁹⁵, Juliano Felipe de Oliveira⁴⁹⁶,
Marcel Guimarães Rotoli de Macedo⁴⁹⁷

INTRODUÇÃO

No presente estudo, com enfoque nas relações cíveis-empresariais, pretende-se analisar se seria ou não prematura a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica quando realizada antes do esgotamento de todas as diligências possíveis para localização de bens do devedor original.

Iniciaremos abordando alguns aspectos gerais acerca da personalidade jurídica e da responsabilidade patrimonial dela decorrente, para em seguida analisar a teoria da desconconsideração.

Finalmente, analisaremos se, dentre os requisitos legais para o deferimento da instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, poder-se-ia exigir o esgotamento das diligências para atingir o patrimônio do devedor originário.

1 ASPECTOS GERAIS ACERCA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

O artigo 45 do Código Civil estipula que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado se inicia a partir da inscrição do seu ato constitutivo no registro respectivo, precedida, quando for o caso, de autorização do Executivo.

Além disso, para garantir a estabilidade da personalidade e a segurança jurídica, o parágrafo único do citado dispositivo legal prevê que em três anos decairá o direito de anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

Convém lembrar que, de acordo com a classificação adotada pelo Código Civil, as pessoas jurídicas são de direito público, interno⁴⁹⁸ ou externo⁴⁹⁹, e de direito privado.

⁴⁹⁵ Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor Adjunto da Universidade Federal do Paraná. Advogado.

⁴⁹⁶ Advogado Pleno no escritório Wambier, Yamasaki, Bevervanço & Lobo Advogados. Concluiu curso de Planejamento Patrimonial e Recuperação e Crédito do Curso de Mestrado Profissional em Direito dos Negócios da Fundação Getúlio Vargas - FGV. Pós-graduado em Direito Tributário pela Damásio Educacional. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG.

⁴⁹⁷ Juiz de Direito Substituto em 2º Grau, Especialista em Direito Público pela EMAP, Especialista em Direito Administrativo e Especialista em Direito Civil pelo Instituto Romeu Bacellar.

⁴⁹⁸ São pessoas jurídicas de direito público interno: a União; os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; os Municípios; as autarquias, inclusive as associações públicas; além das demais entidades de caráter público criadas por lei.

⁴⁹⁹ São pessoas jurídicas de direito público externo: os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.

Nos termos do artigo 44 do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito privado: as associações; as sociedades; as fundações; as organizações religiosas; os partidos políticos.

Para tratarmos da desconsideração da personalidade jurídica com segurança é importante destacarmos três características essenciais das sociedades, sejam empresárias ou simples. Todas as sociedades possuem três características fundamentais: autonomia negocial, capacidade processual e autonomia patrimonial.

Primeiramente as sociedades tem autonomia negocial, ou seja, realiza negócios jurídicos em nome próprio e no seu próprio interesse. Logo, responde, em nome próprio perante terceiros. Naturalmente, como visto, a atuação das sociedades carece da presença de uma pessoa natural, sócio ou administrador, que confere densidade física à sua vontade. Em todo caso, o sócio ou administrador sempre agirá em nome e no interesse da sociedade.

De outro passo, por assumir suas obrigações em nome próprio, as sociedades também possuem capacidade para figurar nos polos ativo e passivo das relações processuais. Sua capacidade processual decorre logicamente de sua capacidade civil, vale dizer, de sua capacidade de contrair direitos, deveres e ser poder exercê-los em nome próprio.

Por fim, lembramos que a sociedade tem seu próprio patrimônio, autônomo e distinto do patrimônio dos seus sócios. Nesse caso é o patrimônio autônomo da sociedade que, em regra, responderá pelas obrigações assumidas com terceiros. Ordinariamente, mesmo que se trate de modelo societário cujos sócios tenham responsabilidade ilimitada, a sociedade deverá ser responsabilizada primeiramente. Somente após o esgotamento do patrimônio da sociedade, em regra, poderá haver, subsidiariamente, a responsabilidade patrimonial do sócio. Dizemos *em regra* pois excepcionalmente o patrimônio do sócio poderá ser atingido antes do patrimônio da sociedade, como se passa nos casos de desconsideração.

2 BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

São precisamente as autonomias patrimonial e negocial que justificam a desconsideração da personalidade jurídica. Naturalmente só será adequado pretender a desconsideração quando houver uma personalidade jurídica autônoma e independente considerada como tal pelo ordenamento jurídico.

Como vimos, a vontade das sociedades se manifesta através dos seus sócios e administradores. Sem as pessoas naturais as sociedades não poderiam atuar no plano fenomenológico.

A despeito de previsões específicas acerca das deliberações dos sócios das sociedades simples e empresárias, de modo geral, o Código Civil prevê que a pessoa jurídica ficará obrigada pelos atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

Aliás, conforme art. 1.015 do Código Civil, no silêncio do estatuto ou do contrato, os administradores das sociedades poderão praticar todos os atos relacionados à sua gestão, com exceção da alienação de imóveis. Neste caso,

não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis, depende de que a maioria dos sócios decidir.

Está claro, portanto, que exceto nos casos expressamente previstos em lei, se os sócios atuarem de acordo com as normas que orientam o exercício da atividade econômica da sociedade não haverá, em tese, ensejo para a responsabilidade patrimonial desses sócios. Assim, ordinariamente, o alcance do patrimônio dos sócios pela desconsideração da personalidade jurídica só ocorrerá quando houver condutas abusivas ou expressa previsão legal destinada à tutela de bens juridicamente relevantes.

Ao disciplinar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica o Código de Processo Civil faz remissão genérica aos pressupostos previstos no ordenamento jurídico. Basicamente, o pedido de desconsideração deve ser ter por fundamento os pressupostos indicados nas normas materiais.

No que se refere à tutela legislativa da desconsideração da personalidade jurídica, além dos artigos 133 e seguintes do Código de Processo Civil, também podem ser citados: o artigo 50 do Código Civil, o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 34 da Lei 12.529/11, os artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis Trabalhistas e o artigo 4º da Lei 9.605/98.

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser operada segundo parâmetros objetivos ou subjetivos. Em algumas hipóteses, a constatação da prática de conduta ilícita do sócio é indispensável para que se possa desconsiderar a personalidade jurídica. Nestes casos, fala-se em Teoria Maior da Desconsideração, referenciada no elemento subjetivo. Em outras hipóteses, a aferição da prática de ato ilícito é irrelevante para a desconsideração. Nestes casos, a despeito da licitude das condutas dos sócios, pela assunção da Teoria Menor, pode haver a desconsideração da personalidade jurídica sempre que for necessária à tutela de bens juridicamente mais relevantes. Em síntese, de modo geral, pode-se dizer que enquanto o artigo 50 do Código Civil e artigo 34 da Lei 12529/11 adotam a Teoria Maior, o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor⁵⁰⁰, os artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis Trabalhistas e artigo 4º da Lei 9605/08 adotam a Teoria Menor.

Há quem sustente, ainda, a existência de duas subespécies da teoria Maior: Teoria Maior Subjetiva e Teoria Maior Objetiva.

Para a Teoria Maior Subjetiva, a desconsideração teria fundamento na conduta dos sócios ou administradores. Esta tese, sustentada pelo Professor Rubens Requião, decorreria da expressão *desvio de finalidade* prevista pelo artigo 50 do Código

⁵⁰⁰ Nesse sentido, o seguinte julgado: AGRAVO DE INSTRUMENTO OBRIGAÇÃO DE FAZER FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA POSSIBILIDADE APLICAÇÃO DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO ARTIGO 28, § 5º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO PROVIDO. "A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do artigo 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores." (REsp. nº 279.273/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04/12/2003). Assim, inexistindo patrimônio capaz de adimplir a dívida, poderá ser desconsiderada a personalidade da pessoa jurídica, sempre que a mesma, de alguma forma, gerar obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. (TJPR - 10ª C.Cível - AI 824644-0 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Luiz Lopes - Unânime - J. 15.12.2011)

Civil. Já a Teoria Maior Objetiva, cujo maior expoente é o Professor Fábio Konder Comparato, reconhece que o fundamento da desconsideração seria o desvio da finalidade da própria pessoa jurídica, independentemente da apreciação axiológica das condutas dos sócios. Esta tese seria confirmada pela expressão *confusão patrimonial*, prevista no artigo 50 do Código Civil.

Não obstante parte da doutrina defenda que o Código Civil tenha adotado a Teoria Maior Objetiva, a jurisprudência caminha no sentido de que a desconsideração da personalidade jurídica pode se fundamentar tanto na Teoria Maior objetiva quanto na Teoria Maior Subjetiva.

3 ANÁLISE DOS REQUISITOS LEGAIS PARA O DEFERIMENTO DA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

A partir de todo o exposto acima, nota-se que, no que diz respeito às relações cíveis-comerciais, de acordo com o artigo 50 do Código Civil, sempre que apurado o abuso da personalidade jurídica, seja por desvio de finalidade, ou mesmo em virtude de confusão entre os patrimônios dos sócios e da sociedade, bem como o benefício, decorrente do abuso, de administradores, o Magistrado poderá decidir, a pedido do legítimo interessado, que os efeitos patrimoniais de obrigações específicas sejam projetados sobre o patrimônio dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Assim sendo, mostra-se correta a exigência do esgotamento das diligências para atingir o patrimônio do devedor original como requisito para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica?

De antemão, exprimimos que nossa opinião é no sentido de que a insuficiência de bens do devedor não é requisito legal para instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

É bem verdade que existem decisões do Tribunal de Justiça do Paraná, assim como de outros Tribunais de Justiça, no que diz respeito às relações cíveis-empresariais, nas quais se entendeu como prematura a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica quando realizada antes do esgotamento de todas as diligências possíveis para localização de bens do devedor original. Cita-se a título de exemplo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INSURGÊNCIA CONTRA A DECISÃO QUE INDEFERIU O PLEITO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. pedido de reforma – Inviabilidade neste momento. Medida Excepcional. Mão esgotamento das diligências para localização de bens passíveis de penhora da empresa executada. Ausência de demonstração dos requisitos legais previstos no art. 50 e § 4º do Código Civil. Decisão mantida. agravo desprovido. (TJPR, 9ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 0025707-85.2019.8.16.0000, Rel.: Des. Roberto Portugal Bacellar, j. 02.09.2021)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – “INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA” – Pretensão da credora de proceder à chamada desconsideração inversa da personalidade jurídica, a fim

de atingir bens de EIRELI que seria, tal como a sociedade executada, gerida de fato pela mesma pessoa, embora ambas (EIRELI e Sociedade devedora) estejam em nome e contratualmente sob a administração dos filhos do suposto gerente – Pretensão que se afigura prematura, eis que a credora não esgotou as diligências em face da sociedade devedora – Ausência, por ora, dos requisitos do art. 50, do Código Civil – Decisão mantida – RECURSO DESPROVIDO (TJSP, 27ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 2165201-20.2017.8.26.0000, Rel: Des. Ana Catarina Strauch, j. 20/02/2018.)

Entretanto, com o máximo respeito ao entendimento contrário, como já adiantado, parece-nos mais adequado o entendimento no sentido de que a instauração da desconconsideração da personalidade jurídica não possui como pressuposto o esgotamento das pesquisas por bens penhoráveis do devedor originário.

Defende-se referido entendimento porque, entre os seus artigos 133 e 137, o Código e Processo Civil trata do Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica, e especificamente no artigo 134 do referido dispositivo legal está previsto que: *“O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”*. Ainda, o § 2º do referido dispositivo legal prescreve que: *“Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica”*.

Uma vez que a legislação processual prescreve a possibilidade de o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica ser realizado na petição inicial, primeiro ato processual, por consequência, não se pode exigir a busca de bens como requisito para realização do pedido.

Ademais, como já visto anteriormente, o artigo 50 do Código Civil é a legislação que se aplica nas relações cíveis-empresariais e ao analisar o conteúdo desse referido dispositivo legal é possível verificar que os pressupostos para a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica são: (1) o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial e (2) o benefício, decorrente do abuso, de administradores.

Com efeito, nas relações cíveis-empresariais, não se pode exigir a frustração das buscas por bens do devedor original para se pleitear a desconconsideração da personalidade jurídica, afinal, o artigo 133, § 1º, do Código de Processo Civil prescreve que *“o pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei”* e o artigo 50 do Código Civil, aplicável às relações cíveis-empresariais, não elenca o esgotamento das buscas como pressuposto para a realização do pedido.

Exatamente nesse sentido os ensinamentos de Humberto Theodoro Jr.: *“O requerimento deve demonstrar, ainda, o preenchimento dos pressupostos legais específicos que, nos termos do art. 50, do CC são o desvio de finalidade da pessoa jurídica e a confusão patrimonial entre ela e seus sócios”*.

Ainda, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que *“a mera demonstração de inexistência de patrimônio da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si só,*

*não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica*⁵⁰¹”.

Não sendo a inexistência de bens ensejadora da desconsideração da personalidade jurídica, por consequência, não pode ser exigida como pressuposto para o pleito. O que se deve demonstrar é, apenas, como já visto, o abuso da personalidade jurídica e o benefício, decorrente do abuso, de administradores ou sócios.

Exatamente nesse sentido, a 4ª Turma do STJ, conforme ementa abaixo colacionada, no julgamento do Recurso Especial n. 1729554, firmou entendimento acerca do tema em comento:

RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CPC/2015. PROCEDIMENTO PARA DECLARAÇÃO. REQUISITOS PARA A INSTAURAÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE DIREITO MATERIAL. DESCONSIDERAÇÃO COM BASE NO ART. 50 DO CC/2002. ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESVIO DE FINALIDADE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO. 1. A desconsideração da personalidade jurídica não visa à sua anulação, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica, em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem, com a declaração de sua ineficácia para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, incólume para seus outros fins legítimos 2. O CPC/2015 inovou no assunto prevendo e regulamentando procedimento próprio para a operacionalização do instituto de inquestionável relevância social e instrumental, que colabora com a recuperação de crédito, combate à fraude, fortalecendo a segurança do mercado, em razão do acréscimo de garantias aos credores, apresentando como modalidade de intervenção de terceiros (arts. 133 a 137) 3. Nos termos do novo regramento, o pedido de desconsideração não inaugura ação autônoma, mas se instaura incidentalmente, podendo ter início nas fases de conhecimento, cumprimento de sentença e executiva, opção, inclusive, há muito admitida pela jurisprudência, tendo a normatização empreendida pelo novo diploma o mérito de revestir de segurança jurídica a questão. 4. Os pressupostos da desconsideração da personalidade jurídica continuam a ser estabelecidos por normas de direito material, cuidando o diploma processual tão somente da disciplina do procedimento. Assim, os requisitos da desconsideração variarão de acordo com a natureza da causa, seguindo-se, entretanto, em todos os casos, o rito procedimental proposto pelo diploma processual. 6. Nas causas em que a relação jurídica subjacente ao processo for cível-empresarial, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica será regulada pelo art. 50 do Código Civil, nos casos de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial. 7. A inexistência ou não localização de bens da pessoa jurídica não é condição para a instauração do procedimento que objetiva a desconsideração, por não ser sequer requisito para aquela declaração, já que imprescindível a demonstração específica da prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. 8. Recurso especial provido. (STJ, 4ª Turma, REsp 1729554/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08/05/2018) (grifo nosso)

⁵⁰¹ STJ, AgInt no AREsp 1565590/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, DJe 30/03/2020.

Nas razões do seu voto, o Relator Ministro Luis Felipe Salomão ressaltou que, acerca da questão, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marina Silva Fonseca comentam que:

Deve adotar-se, destarte, interpretação ampla do interesse de agir, preconizada doutrinariamente por conferir maior efetividade à cláusula constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Em sede de desconsideração maior, em que é o sócio (que atuou abusivamente através da personalidade jurídica) verdadeiro titular passivo do crédito, assiste ao autor o direito de optar por sua responsabilização, independentemente da potencial satisfatividade do crédito perante a pessoa jurídica.

Por fim, não se pode deixar de observar que, conforme também pontuado nas razões do voto do Relator Ministro Luis Felipe Salomão:

De fato, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica se apresenta como importante mecanismo de recuperação de crédito, combate à fraude e, por consequência, fortalecimento da segurança do mercado, em razão do acréscimo de garantias aos credores, atuando, processualmente, sobre o polo passivo da relação, modificando ou ampliando a responsabilidade patrimonial.

Existindo inadimplemento da obrigação e identificados o abuso da personalidade jurídica e o benefício, decorrente do abuso, de administradores ou sócios, não faz sentido, nas relações cíveis-empresariais, exigir-se a frustração na busca por bens do devedor original para ser pleiteada a desconsideração da personalidade jurídica, especialmente porque, muitas vezes, o credor, somente a partir da desconsideração da personalidade jurídica, consegue identificar se os sócios e/ou administradores, que se está buscando atingir, já estão dilapidando patrimônio para buscar esquivar-se de eventual responsabilização.

Lembrando, ainda, que apresentados indícios suficientes, com o pedido de desconsideração da personalidade jurídica poderão ser pleiteadas medidas para se assegurar o recebimento do crédito, como, por exemplo, o arresto ou a indisponibilidade de bens.

Em conclusão, portanto, não nos parece que seja correta a exigência do esgotamento das diligências para atingir o patrimônio do devedor original como requisito para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nas relações cíveis-empresariais.

CONCLUSÃO

Como visto acima, a legislação processual prescreve a possibilidade de o pedido de desconsideração da personalidade jurídica ser realizado na petição inicial, primeiro ato processual, por consequência, a exigência da frustração da busca de bens é, pois, limitação indevida do direito de ação do credor, afinal, a legislação processual



possibilita o pedido já na petição inicial, sem qualquer ressalva sobre necessidade de se aguardar a evolução da execução.

Ademais, os pressupostos para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica são definidos pelas normas de direito material e o artigo 50 do Código Civil, que é a legislação que se aplica nas relações cíveis-empresariais, não traz a insuficiência de bens do devedor como requisito para instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, não sendo a insolvência do devedor originário um requisito para o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica nas relações cíveis-empresariais, jamais se poderia aceitar como requisito para a instauração do incidente.

Ainda, existindo inadimplemento da obrigação e identificados o abuso da personalidade jurídica e o benefício, decorrente do abuso, de administradores ou sócios, também jamais se poderia aceitar que fosse exigido que o continuasse realizando diligências em busca do patrimônio do devedor originário, visto que, antecipadamente, já se descobriu que serão infrutíferas. Seria penalizar o credor e premiar a conduta ilícita do devedor.

Assim, como máximo respeito ao entendimento contrário, seguindo o recente precedente do STJ sobre o tema, entendemos que o esgotamento das diligências para atingir o patrimônio do devedor originário não pode ser exigido como requisito para a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.
- BRASIL. Lei nº 9.065, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.
- BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.
- BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.
- BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp 1565590/SP, Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 30/03/2020.
- BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ, 4ª Turma, AgRg no AREsp n. 402.622/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 05/05/2015.
- BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma, AgRg no REsp n. 1.125.501/PR, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 16/04/2015.
- BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ, 4ª Turma, REsp n.1.096.604/DF, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/08/2012.
- BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ, 4ª Turma, REsp 1.729.554/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08/05/2018.
- BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – TJSP, 27ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento n. 2165201-20.2017.8.26.0000, Rel: Des. Ana Catarina Strauch, j. 20/02/2018.
- BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – TJPR, 9ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 0025707-85.2019.8.16.0000, Rel.: Des. Roberto Portugal Bacellar, j. 02.09.2021.
- BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – TJPR, 10ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. 824644-0, Rel.: Des. Luiz Lopes, j. 15.12.2011.
- BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – TJPR, 10ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n. AI 840392-1, Rel.: Des. Nilson Mizuta, j. 26.01.2012.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. BREVES COMENTÁRIOS AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Teresa Arruda Alvim Wambier et all (Coordenação). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 425-437.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 95. MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 224-228.
- NUNES, Dierle CPC Referenciado - Lei 13.105/2015 / Dierle Nunes, Natanael Lud Santos e Silva 1. ed. – Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015. p.67-68.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FONSECA, Marina Silva Fonseca. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo CPC. GENJURÍDICO.COM.BR, 19.jan.2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/01/19/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-do-novo-cpc/>. Acesso em: 13 mar. 2022.
- THEODORO JÚNIOR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil - Volume I. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 405.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Direito Processual Civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

O PENSAMENTO DE EMMANUEL LÉVINAS COMO FUNDAMENTO PARA A COMPREENSÃO DO ESTADO, DO SERVIÇO PÚBLICO E DO DESENVOLVIMENTO

Hirminia Dorigan de Matos Diniz⁵⁰², Vladimir Brega Filho⁵⁰³, Valter Foletto Santin⁵⁰⁴

INTRODUÇÃO

O pensamento de Lévinas funda-se no conceito de alteridade. Quer isso significar a preocupação e a sensibilidade que cada qual deve ter com o outro, categoria que abrange, indistintamente, o indivíduo sem identidade, “sem face”, o pobre, o faminto, o órfão, o estrangeiro, o inimigo, as vítimas de todo tipo de exclusão.

Essa concepção do que se tem por correto nas relações interpessoais contrasta, evidentemente, com a notória realidade social. Na verdade, a história da humanidade é marcada pela desigualdade em seus diversos aspectos, o que significa que grande parcela da população mundial vive em condições indignas, porque se encontra à margem do desenvolvimento. E pior, não se observa um clamor público correspondente a tal nível de distorção.

A título exemplificativo do que se está a dizer, vê-se que o Relatório Anual da ONU sobre o *Estado da Segurança Alimentar e da Nutrição no Mundo*, publicado em julho de 2021 (UNICEF, 2021) mostra que, em 2020, a fome atingiu entre 720 e 811 milhões de pessoas e cerca de 33% da população mundial tiveram alimentação insuficiente.

Inegável a necessidade de avanço do processo de desenvolvimento, com o propósito de que assuma intensidade suficiente a propiciar condições para a construção de um modelo que responda satisfatoriamente às necessidades fundamentais das pessoas. Sabe-se que as carências materiais, do que decorre “a fome e as dramáticas consequências que dela derivam para os milhões de pessoas que a sofrem (‘escravizadas’, incapacitadas, muitas vezes, de ter sequer consciência dos seus direitos) não é uma consequência da *falta de bens*, da *escassez* (como quer a ciência econômica dominante)”, mas da falibilidade das instituições estatais que não assegura os direitos elementares e falha em seu papel de agente de “*organização da sociedade*” (NUNES, 2021, p. 182-183).

Importa, neste ponto, a menção à Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o direito ao desenvolvimento, de 04 de dezembro de 1986, na qual foram positivadas todas as dimensões do termo desenvolvimento. Trata-se de documento subscrito por 146 Estados, o qual explicita, em sua parte introdutória, a premissa

⁵⁰² Doutoranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora de Direito à Educação. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: hirminia@mppr.mp.br

⁵⁰³ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Estágio de pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Professor Associado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. E-mail: vladimir@uenp.edu.br

⁵⁰⁴ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-doutor pelo Programa *Ius Gentium Conimbrigae* (Coimbra, Portugal). Professor da Graduação e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. E-mail: santin@uenp.edu.br

de que o “desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos”.

Consta da norma internacional (ONU, 1948):

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Tem-se por certo que, por razões fáticas e jurídicas, o desenvolvimento há de ser impulsionado pelo Estado, ainda que não se desconsidere a existência, no próprio segmento privado, de outros agentes propulsores. É que o Estado, por seus fundamentos basilares, reúne certos atributos éticos que lhe legitimam a promover direitos e estabelecer maior igualdade nas relações sociais, até porque a concretização da dignidade humana, a partir de certa coesão social, apresenta-se como sua própria *raison d'être*.

É nessa perspectiva que se vislumbra pontos de convergência com a epítome do pensamento de Lévinas. Explica-se: o Estado, diante da responsabilidade que lhe é confiada; frente ao seu papel aglutinador dos anseios de toda sociedade; em vista da regulação que estabelece entre o “eu” e “o outro”; e, como garantidor da justiça nas relações humanas, a contrapor-se ao modelo individualista da sociedade contemporânea; consubstancia, de certa forma, o conceito filosófico de alteridade.

Quer-se destacar, sob esse prisma, o papel do Estado e de suas Instituições, cujo poder tem origem na própria sociedade, como agentes fomentadores do desenvolvimento e prestadores de serviços públicos, cujo modelo de prestação envolve noções de solidariedade social, conforme será examinado. A partir do exercício correto de suas funções surgem oportunidades de vida digna às pessoas menos favorecidas. É desse paralelo que se pretende tratar.

A pesquisa utilizou os métodos dedutivo, comparativo e histórico, a técnica de documentação indireta e, principalmente, a pesquisa bibliográfica.

1 A FILOSOFIA DE LÉVINAS

O pensamento de Lévinas pode ser sintetizado na relação do *eu* com o *outro*. Esse vínculo parte da premissa ética, segundo a qual não se admite que seja estabelecido nesse vínculo uma aproximação pela posse, hipótese rechaçada que implicaria no desaparecimento do sujeito e na sua redução a simples objeto. Apegosa, o pensador, a possibilidade da existência autêntica do *outro*, a desafiar a objetivação de sua existência, apesar da essência não cognoscível, porque interiormente detentora de um universo indecifrável, diverso do conteúdo interpretativo do *eu*.

Por conseguinte, nessa relação, espera-se a capacidade de resposta social ao apelo por justiça, a ser avaliada pelo nível de respeito e compreensão nesse

relacionamento. Esse fenômeno que reivindica uma responsabilidade incondicional do *eu* com o *outro* é pormenorizado pelo autor sob a noção do que denomina como “alteridade”.

Para Lévinas, a linguagem seria o primeiro gesto ético, o acolhimento do rosto do *outro* (“face-a-face”), aquilo que se apresenta na palavra e traduz desejo, bondade e justiça. Vale dizer, “uma aparição no rosto sem face do outro para que se compreenda a infinitude da alteridade, o próprio infinito, e para que se experimente a assimetria absoluta” (HADDOCK-LOBO, 2010, p. 79).

A justiça se concretiza quando os homens se lembram dos rostos sem face, sem identidades, “quando o amor do próximo e sua proximidade apelam à razão, que se torna bondade, e quando a filosofia se transforma em sabedoria do amor” (HADDOCK-LOBO, 2010, p. 90).

Para Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes (2008, p. 82):

O convite de Lévinas é para a superação da dimensão meramente profética do dever que o Eu tem, de assumir sua responsabilidade pelo *outro* e pelos outros – comportamentos até então impostos ou pela racionalidade, ou pela religião ou pela mística – e pela real concretização do sentido do humano que, segundo ele, se dá no acolhimento, na responsabilização pelo próximo.

Esse estágio civilizatório é atingido pelo processo de desenvolvimento, em cujo âmbito se constroem mais direitos, mais oportunidades, mais igualdade material, enfim, mais dignidade.

Nessa construção se vislumbra indiscutível protagonismo estatal, a quem se confia a prestação de serviços públicos, pautada em substanciosos preceitos de solidariedade social, voltada à superação das desigualdades. É do que se passa a tratar.

2 FUNDAMENTOS DO DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, uma diferenciação mostra-se pertinente: o crescimento econômico não equivale ao desenvolvimento. Crescimento é, tão somente, a elevação da renda e do Produto Interno Bruto (PIB), sem, contudo, estar associado a mudanças estruturais importantes, seja porque essas já ocorreram, seja porque o crescimento é transitório e não se sustentará, caracterizando, na verdade, um surto, um ciclo e não um processo.

No desenvolvimento, o crescimento faz-se concomitantemente a profundas alterações na estrutura política, institucional e social. Essas modificações darão sustentabilidade ao processo, permitindo que novas fases de evolução sejam atingidas (NUSDEO, 2002. p. 17).

Importante a ressalva histórica de que, até os anos 1960, desenvolvimento e crescimento econômico eram utilizados como sinônimos. Hoje, o termo desenvolvimento pressupõe a aproximação integrada entre o econômico e o social.

Para Amartya Sen (2011. p. 380):

(...) a avaliação do desenvolvimento não pode ser dissociada da vida que as pessoas podem levar e da verdadeira liberdade que desfrutam. O desenvolvimento dificilmente pode ser visto apenas com relação ao melhoramento de objetos inanimados de conveniência, como um aumento do PIB (ou da renda pessoal) ou a industrialização – apesar da importância que possam ter como meios para fins reais.

O contrário disso é o subdesenvolvimento, caracterizado pela baixa renda *per capita* e pela significativa desigualdade na distribuição das riquezas, fazendo com que grande percentual de seus frutos seja detido por pequena parcela da população. Nessas economias, os padrões de consumo e de qualidade de vida são reduzidos e as instituições funcionam mal. Os processos de desenvolvimento, portanto, propõem-se a superar essas deficiências estruturais.

A eficiência dos sistemas econômicos é tratada em duas dimensões. A primeira, a dimensão estática, tem como principal preocupação que o sistema econômico, tanto no que diz respeito à sua infraestrutura, quanto aos seus recursos humanos, opere em sua plena capacidade de produção. A segunda, a dimensão dinâmica, para além do bom aproveitamento da capacidade produtiva que se dispõe, importa-se com sua expansão, de forma a atender demandas vitais de significativa parcela de pessoas excluídas. “Esta seria a eficiência dinâmica, por importar uma permanente e auto-sustentada evolução em toda a estrutura não apenas econômica, mas social e cultural dos países onde se implantasse o processo desenvolvimentista” (NUSDEO, 2005. p. 350-351).

Com essa vinculação última, constituir-se-ia o desenvolvimento em processo de longo prazo, induzido por políticas públicas em três campos interligados: o econômico, o social e o político. Extrai-se da obra de Fábio Konder Comparato (2004, p. 395-396):

O elemento econômico consiste no crescimento endógeno e sustentado da produção de bens e serviços. Endógeno, porque fundado nos fatores internos de produção e não, portanto, de modo predominante, em recursos advindos do exterior. Crescimento sustentado, porque não obtido com a destruição dos bens insubstituíveis, constituintes do ecossistema.

O elemento social do processo desenvolvimentista é a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, isto é, a realização, para todo o povo, dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural, como o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à habitação, o direito de fruição dos bens culturais.

Enfim, o desenvolvimento integral comporta, necessariamente, um elemento político, que é a chave da abóbada de todo o processo: a realização da vida democrática, isto é, a efetiva assunção, pelo povo, do seu papel de sujeito político, fonte legitimadora de todo poder e destinatário do seu exercício.

O desenvolvimento, segundo a teoria neoclássica, é visto como resultado natural do funcionamento do mercado e, assim, atribui-se ao mercado a capacidade de solucionar os problemas econômicos, inclusive o do desenvolvimento. O contraponto

a essa Escola é sintetizado por Calixto Salomão Filho, para quem há três correntes na literatura econômica que se posicionam criticamente em relação ao neoclassicismo: i) teóricos das imperfeições do mercado, que não negam o mercado, mas sim o método de sua análise, limitando-se ao estudo de suas falhas para, assim, evitá-las; ii) escola da nova economia institucional, que vincula o desenvolvimento econômico ao desenvolvimento das instituições sociais; e iii) a terceira corrente que se dedica a temas envolvendo questões de pobreza e de desenvolvimento e procura destacar a importância dos valores dentro da teoria econômica (2002, p. 31).

Importa dizer, aqui, que a atuação do Estado nesse processo destina-se à promoção do desenvolvimento econômico e social, por meio da oferta dos serviços públicos, instituídos com fundamento na superação das desigualdades, na universalidade e na redistribuição. Em uma perspectiva filosófica: na alteridade, a ser concretizada na busca por uma sociedade justa, pronta para realizar as condições do “outro”.

3 TEORIAS DO DESENVOLVIMENTO

O processo de desenvolvimento econômico e social é visto de variadas formas. Para a teoria da modernização, o processo de desenvolvimento poderia ser compreendido como uma série de estágios sucessivos de crescimento econômico pelos quais todos os países deveriam passar.

Os teóricos da modernização afirmavam que o subdesenvolvimento de uma sociedade era causado pelas características ou estruturas econômicas, políticas, sociais e culturais tradicionais e se refletia nelas. Para progredirem, as sociedades subdesenvolvidas teriam de passar pelo mesmo processo de evolução do tradicionalismo para a modernidade que as sociedades mais desenvolvidas haviam experimentado anteriormente.

Presumia-se que a ocidentalização, a industrialização e o crescimento econômico gerariam as precondições para a evolução de uma maior igualdade social. Durante esse processo, o Estado serviria de agente primário da mudança social.

Com base na teoria da modernização, os teóricos da Escola de Direito e Desenvolvimento pregam que a difusão do direito dos países desenvolvidos contribuiria para a modernização dos países em desenvolvimento. Em suma, sustentava-se que o direito seria pré-requisito para o bom funcionamento da economia industrial, pois essa concepção considera o direito capaz de nortear o comportamento humano e, por meio desse mecanismo, alcançar o desenvolvimento.

Inserida nessa linha de pensamento, a chamada Nova Economia Institucional considera o funcionamento das instituições do setor público e das organizações do setor privado fator essencial para o desenvolvimento dos países. A justificativa está em que a interação entre as instituições públicas e as organizações privadas fomentaria o incremento das atividades socialmente relevantes.

A teoria da dependência, de inspiração marxista, preencheu o vazio deixado pelo enfraquecimento da teoria da modernização em meados da década de 1970. Essa teoria foi elaborada no mundo em desenvolvimento, fundamentalmente por estudiosos latino-americanos.

Em oposição à teoria da modernização, a qual enfocava exclusivamente fatores internos aos países em desenvolvimento como causas do insucesso para o desenvolvimento, a teoria da dependência defendia que as origens do subdesenvolvimento poderiam ser encontradas na estrutura do sistema capitalista.

As teses da CEPAL conferiam fundamentação científica ao intervencionismo existente no Brasil desde 1930, reforçando o modelo de Estado como promotor do desenvolvimento, com ênfase na integração do mercado interno e na internalização dos centros de decisão econômica. Nessa linha, a superação do subdesenvolvimento demanda política de longo prazo, com decidida intervenção planejadora por parte do Estado (BERCOVICI, 2005. p. 48-50).

Celso Furtado conciliou análises históricas sobre a formação da estrutura produtiva da sociedade brasileira com a interpretação estruturalista, defendida pela Cepal, de que o subdesenvolvimento latino-americano seria uma condição específica e não mera reprodução da trajetória percorrida pelos países capitalistas centrais (FURTADO, 2000, p. 197). Transcreve-se:

O subdesenvolvimento é, portanto, um processo histórico autônomo, e não uma etapa pela qual tenham, necessariamente, passado as economias que já alcançaram grau superior de desenvolvimento. Para captar a natureza das atuais economias subdesenvolvidas, necessário se torna levar em conta essa peculiaridade.

Celso Furtado posicionava-se pela participação direta do Estado na concretização de estratégias desenvolvimentistas de longo prazo, razão pela qual o planejamento econômico assumia notória relevância.

Os partidários da teoria da dependência compreendem que os colonizadores exploraram os recursos naturais e o trabalho das áreas colonizadas, venderam a elas seus produtos e impediram que competissem com produtos feitos pelos países colonizadores.

Destaca-se que o fim da colonização não pôs fim a esse sistema de exploração. Países em desenvolvimento foram incorporados ao sistema do mercado mundial em evidente desvantagem, pois careciam de base industrial estabelecida e de tecnologia atualizada de transporte e infraestrutura de comunicação. Desenvolver os aspectos necessários envolvia atração de investidores estrangeiros, a obtenção de empréstimos financeiros do ocidente e a aquisição de equipamentos industriais e tecnologia ocidentais.

Significativa parcela do desenvolvimento resumia-se à produção de bens para a exportação aos países desenvolvidos, em detrimento do que era produzido para o próprio consumo interno. Essa política econômica fez com que os países em desenvolvimento dispusessem de bases produtivas pouco diversificadas, sujeitas às expectativas dos países importadores. A constituição econômica era de tamanha fragilidade que sujeitava tais países à condição de grande vulnerabilidade, expondo-os às barreiras comerciais estabelecidas para a proteção da produção interna dos países desenvolvidos.

Em suma, a imagem projetada pela teoria da dependência era a de um centro ocidental e uma periferia em desenvolvimento, em que a riqueza do primeiro é baseada na manutenção da última em estado de permanente dependência e subdesenvolvimento.

4 O ADEQUADO FUNCIONAMENTO DAS INSTITUIÇÕES COMO FATOR ESSENCIAL AO DESENVOLVIMENTO

Uma das evidências da contemporaneidade é a indispensabilidade das Instituições para o desenvolvimento dos países. A elas são confiadas as funções de promover a estabilidade política e as oportunidades econômicas. Quando as Instituições não funcionam adequadamente, proliferam-se práticas contrárias à ordem jurídica.

Ao tratar de fracasso de nações, Daron Acemoglu e James A. Robinson demonstram que as origens da prosperidade não se encontram na geografia ou na cultura, mas na existência ou não de instituições inclusivas. Em um Estado ineficiente, típico dos países menos desenvolvidos, o poder político é exercido por uma pequena elite, que toma as decisões segundo seus interesses, retroalimentando suas riquezas. Em consequência, na dimensão social, prevalece a pobreza, a corrupção, a ausência de liberdade política e a insuficiência das políticas públicas educacionais. Defendem que há maior probabilidade de êxito das Instituições quando o país contar com um sistema político pluralista e aberto, marcado pela diminuição da concentração do poder.

O núcleo da análise dos autores é a contraposição entre instituições inclusivas e instituições extrativistas. As primeiras estimulam o desenvolvimento econômico, promovem a participação social e equalizam a distribuição de renda. As segundas obstam o desenvolvimento e perpetuam um círculo vicioso de concentração do poder político e econômico (2012, p. 59):

Para serem inclusivas, as instituições econômicas devem incluir segurança da propriedade privada, sistema jurídico imparcial e uma gama de serviços públicos que proporcionem condições igualitárias para que as pessoas possam realizar intercâmbios e estabelecer contratos, além de possibilitar o ingresso de novas empresas e permitir a cada um escolher sua profissão.

Observa-se o necessário comprometimento que se espera das Instituições na consecução dos serviços públicos (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012, p. 59-60):

Para ter seu bom funcionamento garantido, a sociedade requer também outros serviços públicos: estradas e uma rede para o transporte de bens; infraestrutura pública para que a atividade econômica tenha condições de florescer; algum tipo de regulamentação básica para a prevenção de fraudes e má conduta, sobretudo por parte das autoridades. Embora muitos dos serviços públicos possam ser prestados pelos mercados e por cidadãos particulares, o grau de coordenação necessário para seu

funcionamento em larga escala, em geral, requer a intervenção de uma autoridade central. Assim, o Estado apresenta vínculos inexoráveis com as instituições econômicas, comopositor da lei e da ordem, da propriedade privada e dos contratos, e em geral como prestador fundamental de serviços públicos. As instituições econômicas inclusivas precisam do Estado e dele fazem uso.

A prestação de serviços públicos constitui-se em instrumento para o desenvolvimento econômico-social, na medida em que se volta à satisfação das necessidades coletivas essenciais. Sua concepção está atrelada ao valor de solidariedade e universalidade, ou seja, deve atingir a todos, sem que questões relacionadas ao poder aquisitivo possam determinar a exclusão de pessoa ou grupo.

Duguit, ao trabalhar o conceito de serviço público, parte de sua concepção de Estado, afastada da ideia de poder ou de comando. Associa o fundamento do Estado a uma cooperação de serviços públicos, por ele organizados e controlados. O serviço público seria toda atividade que, por ser indispensável à concretização e ao desenvolvimento da interdependência social, deveria estar submetida ao controle estatal (GROTTI, 2003, p. 33-34). Em suma, para Duguit, é obrigação do Estado a promoção da solidariedade social, o que se conseguiria mediante a prestação de serviços públicos. Propõe, portanto, um regime político fundado na solidariedade social, no qual os governantes têm o dever de agir.

Gaston Jèze deu seguimento aos estudos de Duguit. Para Jèze, a ideia de serviço público se acha ligada à de procedimento de direito público ou de regime jurídico especial, fundado na supremacia do interesse público sobre o privado, já que tais serviços se voltam à satisfação das necessidades de interesse geral (JÈZE, 1949, vol. 2, t. I, p. 4).

Em síntese, da abordagem da teoria clássica, extraem-se os aspectos determinantes da noção de serviços públicos a serem a seguir examinados: i) destinam-se à satisfação das necessidades individuais de natureza essencial – aspecto material; ii) são prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes – aspecto subjetivo; e iii) submetem-se ao regime jurídico de direito público – aspecto formal.

O serviço público deve ser prestado diretamente pelo Estado ou sua execução por ele deve ser fiscalizada, caso seja desempenhada por particular. Celso Antônio Bandeira de Mello refere-se ao “inescusável dever do Estado de prestá-lo ou promover-lhe a prestação, sob pena de responsabilidade perante os administrados” (BANDEIRA DE MELLO, 2001, p. 601).

Em razão de sua essencialidade, a prestação dos serviços públicos compete ao Estado. Na lição de Dinorá Musetti Grotti, seu “cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da força governante” (2003, p. 33).

Sobre o dever do Estado em prestar os serviços públicos, Marcos Juruena Villela Souto invoca a própria razão de existir do Estado, que não é outro senão a de propiciar o bem-estar da coletividade: “A responsabilidade do Estado decorre do fato de que é ele criado pela sociedade para a produção do bem-estar; sempre que de suas

ações ou omissões não resulta o bem, deve ele ser obrigado a restaurar o equilíbrio” (2001, p. 127).

As normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais e definem a atuação do Estado na ordem econômica delineiam os princípios que devem pautar a prestação e a regulação dos serviços públicos. Com base nestas diretrizes constitucionais, criou-se o conceito de serviço adequado⁵⁰⁵, definido legalmente como aquele “que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”⁵⁰⁶.

Pelo princípio da universalidade, é assegurado o acesso de todos aos serviços tidos como essenciais. A noção de universalidade está vinculada ao direito conferido a todos de ter acesso a serviços que possibilitem usufruir de uma vida digna.

Segundo Faraco, Pereira Neto e Coutinho (2003, p. 10):

[...] tornar determinada categoria de serviço fruível por todos os segmentos sociais, de forma ampla e sem limitações decorrentes de condicionantes econômicas, geográficas ou culturais, expressa o reconhecimento de que o acesso a certos serviços, em vista das características hodiernas de nossa sociedade, é imprescindível para que se tenha uma vida digna e para que o indivíduo possa ter a potencialidade de exercer plenamente sua cidadania econômica e política.

Valter Santin aborda o serviço público como componente do sistema de direitos humanos, porque “o direito ao serviço público pode ser considerado mais um direito humano ou direito fundamental, para a convivência social, efetivação dos direitos sociais, busca da igualdade material e melhoria da qualidade de vida da população, como um direito a um padrão de vida mínima, o chamado mínimo existencial, para o bem-estar do ser humano e de sua família” (2019, p. 147).

Portanto, os serviços públicos, ofertados pelas instituições estatais, estão diretamente associados ao processo de desenvolvimento e à dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O modelo do absentismo estatal não supre as necessidades de todos os segmentos econômicos indistintamente, sendo indispensável o protagonismo do Estado em certos segmentos dele dependentes.

⁵⁰⁵ O art. 175, parágrafo único, inc. IV, da Constituição da República, assegura a oferta e manutenção de serviços adequados.

⁵⁰⁶ Art. 6º da Lei 8.987/95: “Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º. A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. § 3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso quando: I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

O contexto da pandemia da COVID-19, quando se fizeram necessárias reformulações em políticas públicas, equalizações nas relações econômicas e alterações nos comportamentos sociais, bem ilustra a indispensabilidade da presença estatal. Somente assim foram possíveis vultosos aportes financeiros públicos no mercado global, instrumentalizados por variadas linhas de financiamento, voltadas desde ao profissional autônomo, ao microempresário e até aos grandes grupos empresariais. Na mesma vertente, os planos emergenciais, que conferem suporte à repactuação de contratos, inclusive de natureza trabalhista, o refinanciamento e o diferimento de débitos tributários, a liberdade conferida ao Poder Executivo para assumir despesas em detrimento das metas fiscais.

Fundamenta, também, a intervenção, a necessidade de se assegurar a justiça social, pois o Estado não atua na ordem econômica, tão somente, para promover o reequilíbrio das forças produtivas, mas, porque compete a ele a defesa dos interesses dos mais necessitados, por meio de institutos preconizados até mesmo pelos expoentes do liberalismo, como faz Milton Friedman ao defender os benefícios sociais, os quais denomina como *imposto negativo*.

Exemplos disso são o sistema público de saúde, a isenção de tarifas relativas ao abastecimento de água e energia elétrica e o auxílio-emergencial, instituído pela Lei 13.982, de 02.04.2020. No mesmo caminho, há expectativa de instituição de renda básica e de crescente demanda por serviços sociais, em uma nítida retomada do Estado Social, não meramente garantidor das liberdades, mas prestador de serviços e promovedor da igualdade material, no mesmo formato e dimensão das constituições econômicas, que remontam ao pós I Guerra Mundial, dentre as quais se destaca a Constituição de Weimar (1919).

Com maior nitidez se observa o papel do Estado em relação à segurança jurídica, ao fomento à atividade econômica e à justiça social, todos eles elementos igualmente indispensáveis ao desenvolvimento, processo tendente a propiciar uma existência digna a um maior número de pessoas.

É nesse sentido que se propõe a discussão acerca do papel desenvolvimentista do Estado, sobretudo em segmentos econômicos de relevante interesse social, estabelecendo políticas públicas veiculadoras de maior igualdade material e, exatamente por isso, promovedoras de justiça na relação “com o outro”, a edificar verdadeira consciência ética coletiva ou, simplesmente, alteridade.

REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Planejar o desenvolvimento: perspectiva institucional*. Revista de Direito Público, vol. 21, n. 88, p. 19-43, out./dez. 1988.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. *A universalização do serviço público para o desenvolvimento como uma tarefa da regulação*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Org.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 72.
- DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público*. Tradução, com estudo preliminar, de Adolfo Posada y Ramón Jaen. 2. ed., Madrid, F. Beltran, 1926.
- FARACO, Alexandre Ditzel; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Universalização das Telecomunicações no Brasil: uma Tarefa Inacabada*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, n. 2, 2003.
- FURTADO, Celso. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- GOMES, Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo. *Lévinas e o outro: a ética da alteridade como fundamento da justiça*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio – Teoria do Estado e Direito Constitucional, 2008.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HADDOCK-LOBO, Rafael. *A justiça e o rosto do outro em Lévinas*. Cadernos da EMARE, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 1-132, abr./set. 2010.
- JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução da terceira edição francesa por Júlío N. San Millán Almagro. Buenos Aires, Depalma, 1949.
- LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Coordenador da tradução: Pergentino Stefano Pivatto. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- NUNES, Antônio José Avelãs. *O desenvolvimento científico e tecnológico: o caminho da libertação do homem*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE, Belo Horizonte, ano 10, p. 169-187, mar. 2021/ago. 2021.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NUSDEO, Fábio. *Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 11-24.
- ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH (1948)*. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf>. Acesso em: 05 mar 2022.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANTIN, Valter F. *Serviço público e direitos humanos*. Revista Paradigma, v. 28, n. 2, p. 134-153, 2019. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1332>. Acesso em: 9 mar. 2022.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- UNICEF. *The State of Food Security and Nutrition in the World 2021*. Disponível em: <https://data.unicef.org/resources/sofi-2021/>. Acesso em: 15.11.2021.

A LIBERDADE COMO NÃO-DOMINAÇÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO DIANTE DA ARBITRARIEDADE POLÍTICA E DA MILITÂNCIA IDEOLÓGICA

Erinton Cristiano Dalmaso⁵⁰⁷

INTRODUÇÃO

O artigo estuda a concepção republicana de liberdade como não-dominação fazendo paralelo com as formas modernas de atasques as liberdades individuais tendentes a dominação do cidadão mediante estratégias políticas e ideológicas de grupos militantes.

Na primeira parte, o artigo exporá cinco concepções de liberdade com destaque aos estudos de B. Constant, de I. Berlin e de C. A. Ramos, explorando seus significados e destacando a liberdade como não-dominação como a melhor maneira de combater medidas e teorias abusivas.

Na segunda, identificar-se-á algumas das formas contemporâneas de dominação presentes na sociedade brasileira atual e demonstrará que a liberdade como não-dominação é a única concepção que permite ao cidadão viver sem subordinação aos outros.

Na terceira, trará a cidadania participativa como o meio necessário de garantir a proposta republicana das virtudes cívicas e da busca do ideal do bem comum, dentro da proposta de liberdade como não-dominação, conferindo especial destaque a edificação de uma rede de audiências públicas garantidoras da participação direta popular, com o igual direito de fala por todos os cidadãos, indistintamente, e a necessária submissão dos políticos eleitos pela democracia representativa aos consensos extraídos das atas deliberativas destes atos públicos, porque o que se busca é a participação popular de um modo significativo.

1 CINCO CONCEPÇÕES DE LIBERDADE

A liberdade pessoal é um pressuposto liberal e republicano na busca da autonomia e independência do cidadão frente ao Estado e aos outros indivíduos e grupos. Diversas concepções foram apresentadas a partir de dados históricos e modernos, como forma de explicar seu significado político e sua adequação para cada sociedade segundo sua maneira de viver e de exercer a cidadania.

As liberdades podem ser classificadas basicamente em cinco maneiras: (1) *a liberdade dos modernos*, (2) *a dos antigos*, (3) *a liberdade negativa*, (4) *a liberdade positiva*, e (5) *a liberdade como não-dominação*, variando conforme a época e o viés político adotado, especialmente, entre os liberais e os republicanos.

⁵⁰⁷ Mestrando em Direito Negocial (UEL), Pós-graduado em Direito e Processo Penal (UEL), Pós-graduado em Direito Aplicado (EMAP), Bacharel em Direito (UNOPAR). Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná, titular da 3ª Promotoria de Justiça de Cornélio Procópio, com atribuições na Proteção ao Patrimônio Público, Proteção ao Meio Ambiente, Proteção à Saúde Pública, Defesa do Consumidor, Fundações e Terceiro Setor, Fiscal da Ordem Jurídica perante as Varas Cíveis e da Fazenda Pública. Promotor Eleitoral. Email: ecdalmaso@mppr.mp.br

No Século XIX o liberalismo político ganharia corpo como corrente política, tendo em B. Constant um dos autores mais importantes dessa tradição que prega a menor intervenção do Estado na economia e na condição social do cidadão.

As duas primeiras concepções de liberdade são atribuídas a B. Constant no seu ensaio “a liberdade dos antigos comparada à dos modernos”, o qual esclareceu o postulado liberal ao tempo que comparou com o que se entendia por liberdade na polis ateniense e romana.

A *liberdade dos modernos* traduz o pensamento liberal de o cidadão estar submetido unicamente às leis, as quais, ao mesmo tempo exercem o resguardo de não ser subjugado pela vontade arbitrária de um ou de diversos indivíduos ou do Estado, sendo prerrogativa do cidadão preencher seus dias e horas como melhor lhe aprouver segundo suas inclinações, desejos e fantasias⁵⁰⁸ no gozo tranquilo da independência individual.

A *liberdade dos antigos* era voltada ao corpo social e ao exercício direto do poder de deliberação em praça pública sobre diversas partes da soberania da polis. Aquela sociedade antiga (com destaque à Atenas) não tinha noção dos direitos individuais e nem conheciam o significado de liberdade individual de hoje. Sua liberdade era apenas coletiva e implicava na total sujeição do indivíduo à autoridade do todo, inclusive nas questões mais íntimas de sua vida doméstica.

O objetivo dos antigos era partilhar do poder social entre todos os cidadãos da polis, soberanos nos negócios públicos e escravo em todas as suas relações na vida privada. Era isso que eles chamavam de liberdade.⁵⁰⁹

O exercício da liberdade significava para os antigos a participação ativa e constantemente no poder coletivo. Aos modernos, a primeira das necessidades é a independência individual com a conseqüente abdicação do exercício direto do poder e a completa dependência do sistema representativo, até mesmo por não dispor do tempo necessário ao exercício direto da democracia.

No Século XX o liberalismo passaria a perder espaço para outras teorias socialistas e que pregavam maior intervenção do Estado na economia e na condição social do cidadão. Ganharam força e assumiram a liderança de governos baseadas na política da hipertrofia do Estado e controladoras do cidadão com conseqüências nefastas, ao exemplo do stalinismo e do nazifacismo.

Essas vertentes anulatórias da esfera privada e violadoras das liberdades individuais, repercutiu no ganho de força do liberalismo e na produção acadêmica com diversos intelectuais, dentre eles I. Berlin com seu destacado ensaio “dois conceitos de liberdade”, no qual trouxe a liberdade individual compreendida tanto no sentido negativo como positivo.

A *liberdade negativa* busca responder a indagação de “Qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – deve ter ou receber para fazer o que pode fazer, ou ser o que pode ser, sem que outras pessoas interfiram?”.⁵¹⁰

⁵⁰⁸ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: MONTEIRO, João Paulo e ou. Filosofia Política 2. Porto Alegre: L&PM Editores (UNICAMP/UFRGS), 1985. p. 10.

⁵⁰⁹ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: MONTEIRO, João Paulo e ou. Filosofia Política 2. Porto Alegre: L&PM Editores (UNICAMP/UFRGS), 1985. p. 15.

⁵¹⁰ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. Quatro ensaios sobre a liberdade. Brasília:

Nesse sentido, a liberdade política consiste em não sofrer a interferência de outrem ou do Estado e fazer tudo aquilo que as leis permitam. Assim, a lei constitui um instrumento de proteção da liberdade como direito fundamental.

“Se sou impedido por outros de fazer o que, de outro modo, poderia fazer, deixo de ser livre nessa medida; e se essa área é limitada por outros homens além de um certo mínimo, podem dizer que estou sendo coagido ou, provavelmente, escravizado. [...] Coerção implica a deliberada interferência de outros seres humanos na área em que eu poderia atuar. Um homem não possui liberdade política, individual ou institucional, apenas se estiver sendo impedido de atingir uma determinada meta por outros seres humanos. [...] Ser livre nesse sentido, em minha opinião, significa não sofrer interferências dos outros. Quanto mais ampla a área de não-interferência, mais ampla minha liberdade”.⁵¹¹

É chamada de negativa porque implica na *ausência* de impedimentos ou intromissões externas, arbitrárias e indevidas à livre atividade enquanto cidadão.

Na *liberdade positiva* busca-se responder à pergunta sobre “O que ou quem é fonte de controle ou de interferência que pode determinar que alguém faça ou seja tal coisa e não outra?”⁵¹²

Tem origem no intelecto individual formador da própria vontade de agir ou de se abster, permitindo, assim, o autogoverno e não submissão à vontade de outrem mediante coação moral.

“Quero que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo e não de forças externas de qualquer tipo. Quero ser instrumento de mim mesmo e não dos atos de vontade de outros homens. Quero ser sujeito e não objeto, ser movido por razões, por propósitos conscientes que seja meus, não por causas de me afetem, por assim dizer, a partir de fora. Quero ser alguém e não ninguém, alguém capaz de fazer – decidindo, sem que decidam por mim, autoconduzido e não sofrendo influências de natureza externa ou de outros homens como se eu fosse uma coisa, um animal, um escravo incapaz de interpretar um papel humano, isto é, de conceber metas e diretrizes inteiramente minhas, e de concretizá-las. [...] Quero, acima de tudo, ser cômico de mim mesmo, como um ser que pensa, deseja e age, assumindo a responsabilidade por minhas ações e capaz de explicá-las mediante referências a minhas próprias ideias e a meus próprios objetivos. Sinto-me livre na medida em que creio na verdade disso e sinto-me escravizado na medida em que me forçam a reconhecer que não existe tal verdade”.⁵¹³

UNB, 1981. p. 165.

⁵¹¹ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. Quatro ensaios sobre a liberdade. Brasília: UNB, 1981. p. 136-137.

⁵¹² BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. Quatro ensaios sobre a liberdade. Brasília: UNB, 1981. p. 136.

⁵¹³ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. Quatro ensaios sobre a liberdade. Brasília:

É chamada de positiva porque implica na *presença* de um livre domínio da própria vontade pessoal. O cidadão é o senhor de sua própria vontade.

Essas quatro concepções de liberdade não são tão distantes entre si, inclusive há autores como J. G. A. Pocock que fazem referência à “liberdade positiva dos antigos” e “liberdade negativa dos modernos”,⁵¹⁴ demonstrando a existência de pontos de confluência.

Essa “liberdade negativa dos modernos” como direito subjetivo é adotado pelo liberalismo político visando garantir ao cidadão seguir sua vida como melhor lhe aprouver, sem interferências arbitrárias de quem quer que seja ou do Estado, sob a concepção de cidadania como garantia de direitos.

Atentos a insuficiência dessa concepção liberal sobre a liberdade, os neorrepublicanos avançaram nesse campo com a formulação da liberdade como não-dominação, cujo alcance é mais profundo e, a sua maneira, congrega as concepções da “liberdade positiva dos antigos” e “liberdade negativa dos modernos”.

C. A. Ramos esclarece que “o conceito de liberdade que o liberalismo propõe é insuficiente diante do fato concreto de dominação nas sociedades modernas”.⁵¹⁵ A liberdade como não-dominação ilumina o republicanismo e “permitira a imunidade do cidadão perante todo e qualquer controle arbitrário”.⁵¹⁶

Visa responder a seguinte questão: *O que ou quem te domina?* Para isso, passa pela necessidade de identificar os meios atuais de dominação redutores da autonomia da vontade pessoal que alimenta o livre agir, contamina e reduz a pessoa ao status social de oprimido. Dominado, o cidadão fica a mercê do poder de alguém e da sua capacidade de exercer o domínio.

“Enquanto os liberais assimilam a liberdade à ausência de ingerência, os republicanos a assimilam ao fato de não estarem submetidos à ingerência de outro segundo a sua vontade, ao fato de estar colocado ao abrigo de tal ingerência. A liberdade de uma pessoa, nesse sentido, equivale ao fato de ela não estar submetida ao poder que outro tem de prejudicá-la, ao fato de não ser dominada pelo outro. A liberdade concebida como ausência de dominação – como segurança contra a ingerência arbitrária – é um ideal muito diferente da liberdade concebida como simples não-ingerência. A dominação é o tipo de relação que une, por exemplo, o senhor e o escravo [...] A não-dominação é possível sem ingerência, e a ingerência sem dominação”.⁵¹⁷

A situação do escravo bem demonstra do que se trata a dominação. Por mais que goze de liberdade negativa em certa medida, está totalmente sob domínio que

UNB, 1981. p. 142.

⁵¹⁴ RAMOS, César Augusto. O modelo liberal e republicano de liberdade: uma escolha disjuntiva? In: Transformação: Revista de Filosofia. Marília: UNESP, v. 34, n. 1 (2011), p. 52.

⁵¹⁵ RAMOS, César Augusto. A concepção republicana de liberdade como não-dominação. In: Crítica: Revista de Filosofia. Londrina: UEL, v. 12, n. 36 (2007), p. 304.

⁵¹⁶ PINTO, Ricardo Leite. Uma introdução ao neoliberalismo. In: Análise Social, v. XXXVI (2001), p. 470.

⁵¹⁷ RAMOS, César Augusto. A concepção republicana de liberdade como não-dominação. In: Crítica: Revista de Filosofia. Londrina: UEL, v. 12, n. 36 (2007), p. 311.

o senhor exerce sobre ele. Está o escravo dentro do poder de outra pessoa e todos os seus pensamentos e, conseqüentemente, suas atitudes, sempre levará em conta qual mal poderá sofrer caso desagrade, de alguma forma, o seu senhor. O exemplo é antigo, mas ilustra bem o significado de dominação combatida pelos republicanos.

Na modernidade vários outros meios de dominação contaminam a vida cotidiana dos cidadãos. Qualquer situação que gere arbítrio de outrem e a submissão de alguém à sua vontade, mesmo diante da ausência de interferência corporal, é uma forma de dominar as pessoas.

Identificar os meios modernos de dominação e, principalmente, neutralizá-los é a única forma de garantir a real liberdade individual e comunitária. Essa libertação impescinde da constituição de uma comunidade política com autogoverno dos cidadãos ou, pelo menos, um agressivo aumento da participação dos cidadãos nas decisões políticas e na formulação das leis e demais atos normativos visado, sempre, efetivar sua ampla liberdade.

A não-dominação orienta-se pelo paradigma das virtudes cívicas da cidadania e consiste num denso, amplo e profundo conceito de liberdade visando o poder que os homens têm de se tornarem mestres de sua própria vida e senhores de seu próprio destino, de não serem mais joguetes de forças exteriores ditadoras de seu destino.

2 FORMAS CONTEMPORÂNEAS DE DOMINAÇÃO

A sociedade brasileira contemporânea vem sofrendo diversos processos de dominação política e ideológica. É através de induções do pensamento, da doutrinação ideológica e da lacração de entendimentos contrários.

A liberdade como não-dominação oferece a possibilidade do cidadão se defender contra qualquer interferência que um outro (o dominador) possa exercer, permitindo que nenhum cidadão esteja sujeito à permanente possibilidade de interferência do outro com bases arbitrárias.

O instrumento usual, mas não exclusivo, é o uso de palavras de ordem para encerrar o debate e causar constrangimentos ao ponto de fazer calar o cidadão que ousar manifestar de maneira diversa. Chega ao extremo de fazer o cidadão acreditar que sua fala e seus atos decorrem de sua autonomia da vontade, quando, em verdade, já foi vítima do processo de dominação do pensamento por outras pessoas, políticos ou grupos ideológicos.

Conhecida forma agressiva de dominação são os governos populares. O populismo político usa o Estado como benfeitor e promove apenas a passividade do cidadão, que se torna financeiramente dependente do sistema.

A. Cortina aponta corretamente que “o Estado paternalista gerou um cidadão dependente, crítico – não crítico –, passivo, apático e medíocre. Qualquer pensamento de livre iniciativa, responsabilidade ou empreendimento fica longe dele”, porque assume na vida política, econômica e social “a atitude de dependência passiva própria de um incompetente básico”.⁵¹⁸

⁵¹⁸ CORTINA, Adela. Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania. São Paulo, 2005. p. 64.

O governante cria cidadãos dependentes do Estado e acostumados a reclamar direitos e em nada contribuem para construção de vínculos que exigem assumir suas responsabilidades.

É uma estratégia da “velha política” paternalista eleitoreira para “comprar votos”, pois tais benefícios exigem o “agradecimento de quem recebe”.⁵¹⁹ Por consequência, o cidadão permanece politicamente dominado e voluntariamente renuncia à liberdade do voto consciente, porque, com medo de perder os benefícios pessoais que recebe, permite a perpetuação populista no poder.

Ainda no campo da política em meio a pandemia pelo novo coronavírus, os políticos entraram em cena para contaminar o debate científico. O discurso é no sentido de quem não deseja ser vacinado em razão de se tratar de imunizantes ainda experimentais e sem provas contundentes sobre a segurança e eficácia, tanto que o debate ainda está em aberto no campo das ciências naturais, é etiquetado de negacionista, genocida e propagador de notícias falsas.

Médicos que defendem o chamado tratamento precoce ou imediato no norte da autonomia profissional, na busca do melhor benefício à saúde de seus pacientes, são alvo constante de ataques múltiplos e sofrem processo de “assassinato de reputação”.

São atos que causam constrangimentos e exposições públicas de profissionais, cientistas e cidadãos em geral, com o intuito de fazer calar e agir.

A intolerância com a liberdade alheia, mediante ataques com palavras de ordem lacradoras, não impõe barreiras ou impedimentos (liberdade negativa). Visam a total dominação do cidadão por atos arbitrários que acarretam em autocensura e impedem a livre manifestação do pensamento e a divulgação de pesquisas científicas nacionais.

A liberdade republicana preza pela não-dominação e tem origem no livre-arbítrio do cidadão, conforme expresso em seus sentimentos, desejos, escolhas, valores e virtudes livremente construídas.

A revolução tecnológica, chamada por K. Schwab de “quarta revolução industrial”,⁵²⁰ está estabelecendo atos arbitrários de autoridade através das tecnologias de grandes volumes de dados (*big data*). Com o uso de algoritmos de inteligência artificial, as grandes empresas de tecnologia (*big techs*) induzem a formação de vontade do cidadão a tal ponto que “poderia desfrutar da ilusão de que controlo minha arena interior”.⁵²¹

A *internet* e as redes sociais surgiram como verdadeiras “bibliotecas” e “praças públicas” visando maximizar acessibilidade pelas diversidades do mundo plural inclusive como fontes de estudo, pesquisa e informação.

Contudo, a manipulação de dados pelos algoritmos dessa “ditadura digital” através de atos de censura, desmonetização de páginas na *web*, suspensões e banimentos de redes sociais e dos meios de comunicação digitais etc., acaba com o diálogo e limita o acesso do cidadão apenas às informações e opiniões que os “novos censores da república” permitem e desejam que saiba.

⁵¹⁹ CORTINA, Adela. Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania. São Paulo, 2005. p. 53.

⁵²⁰ SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2016.

⁵²¹ HARARI, Yuval Noah. 21 lições para o século 21. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Os algoritmos das inteligências artificiais são desenvolvidos numa tamanha velocidade que atualmente, até transmissões síncronas podem ser arbitrariamente “derrubadas” quando algo escrito, exibido ou falado está em “desacordo à verdade”.

O debate e o difundir das ideias e dos avanços das pesquisas científicas saíram dos espaços físicos e passaram definitivamente para o ambiente virtual. Entretanto a manipulação de dados faz que a “verdade científica” seja definida pelos resultados principais da busca pelos aplicativos destinados a pesquisas na *web*.

As *big datas* das *big techs* e seus algoritmos atuam abertamente como meio de dominação das liberdades individuais incutindo receio no cidadão quanto ao que ele fará e manifestará nos meios digitais, com a nocividade de fazer calar.

Tal como o escravo tinha medo de desagradar seu senhor tamanha a dominação sofrida, o cidadão hoje é manipulado e convencido ou tem medo de desagradar o “algoritmo censor” e ser ver banido do “mundo digital”.

Forma sutil de exercício da dominação é o que convencionaram um dia chamar do discurso do “politicamente correto”, isto é, atuar “de acordo com as exigências das minorias”.⁵²²

O Brasil constitui um só povo e uma só nação. Entretanto esses grupos minoritários promovem uma forma de fracionamento social e formam o que se pode chamar de “subpovos” nacionais (grupos menores) segundo determinadas características individuais, formando os militantes negros, feministas ou LGBTQI+, para a busca de privilégios conforme os seus interesses pessoais, afastando-se da virtude republicana do bem comum.

Invariavelmente o cidadão livre e não-dominado será alvo de severos ataques – verdadeiras estratégias de linchamento moral – com a técnica do etiquetamento por “racista”, “homofóbico”, “machista”, “misógino”, “narcisista” e tudo o mais que se tem de ruim para indicar que alguém é socialmente nocivo, quando na verdade não o é, porque busca apenas se livrar das amarras da opressão ideológica lentamente imposta por atitudes de diversos grupos que visam apenas seus próprios interesses particulares.

Um exemplo atual é o “dialeto neutro”, através do qual grupos ideológicos elegeram a língua portuguesa como exclusiva dos cidadãos que se sentem no gênero não-binário. Batalham para mudar a própria língua nacional através do “esquecimento” do gênero das palavras, segundo os conceitos gramaticais de classificação em masculinas ou femininas inerentes a alguns vocábulos, mormente com o uso das flexões das palavras com “o” e “a” (por exemplo, a substituição de amigo e amiga por “amigue”; ou namorado e namorada por “namorade”).

Visam alterar a própria língua nacional ao argumento de sua inclusão, de atender ao seu interesse particular, mas o fazem à custa da exclusão de outros cidadãos binários e que desejam serem tratados com tal (exemplificando, um masculino e uma feminina não são “namorades”, ele é namorado dela e ela é namorada dele).

O problema é que esse tipo de discurso se faz através de um grupo ideologicamente organizado tendente a dominar os debates, as redes sociais, a imprensa e até mesmo telenovelas com uso desse dialeto paralelo e socialmente sem sentido.

⁵²² CORTINA, Adela. Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania. São Paulo, 2005. p. 142.

Atender a esses interesses particulares com argumentos de autoridade do tipo “é meu direito”, apenas demonstra um liberalismo libertário do “cada um por si” e do “todos contra todos”, gerador de conflitos para ver quem vence a contenda, o que é muito distante dos postulados republicanos.

Um tema há muito arbitrariamente imposto aos cidadãos e que já alcançou avançado grau de dominação individual, ao nível de ser até mesmo desconfortável debater o assunto, porque gerador dos mais vis etiquetamentos por “fascista” ou “nazista”, foi a chamada teoria do “racismo estrutural”.

Parte essa teoria do equivocado pressuposto de que “todo racismo é estrutural, ou seja, ele é elemento que integra a organização econômica e política da sociedade” e sustenta ser estrutural porque “se manifesta nos atos de toda comunidade branca contra a comunidade negra”, “as instituições são fundamentais para a consolidação de uma supremacia branca”, “a comunidade negra foi criada [...] por combinação de forças opressoras e interesses específicos na comunidade branca”, para concluir o raciocínio afirmando “de modo mais direto: as instituições são racistas porque a sociedade é racista”.⁵²³

Para confirmar essa tese, S. L. Almeida sustenta que “o racismo se articula com segregação, ou seja, a divisão espacial de raças em localidades específicas – bairros, guetos, bantustões, periferias etc.” e cita como exemplos os “regimes segregacionistas dos Estados Unidos, o *apartheid* sul-africano e, [...], o atual sistema carcerário estadunidense”.⁵²⁴

Afirmar que a “sociedade é racista”⁵²⁵ importa na inversão da realidade brasileira, composta, em sua maioria, de pardos (filhos de brancos e negros) correspondente a 46,8% da população segundo o IBGE.⁵²⁶ Necessário lembrar que esta estatística se baseia na autodeclaração e colhida por amostragem, permitindo grande imprecisão do cenário nacional. Prova disso é que provavelmente muitas pessoas que se autodeclararam brancas, em razão de terem uma pele pouco mais clara, mas muito longe de serem realmente brancas cientificamente falando, evidencia que o número de pardos é muito maior.

A miscigenação constitui “a raça” brasileira, as demais cores de pele são minorias. Pessoas brancas, negras, pardas, amarelas e indígenas casam entre si. Famílias inter-raciais são formadas por vínculos de casamento, união estável, união homoafetiva, adoções etc. Amizades também são estabelecidas dessa maneira.

Os brasileiros não vivem debaixo de uma segregação racial como nos Estados Unidos, baseada em discriminação racial em instalações públicas e privadas, serviços e oportunidades, até mesmo em bairros e escolas.

Nas forças armadas dos Estados Unidos até a década de 1950, negros possuíam quartéis e locais de treinamento separados dos brancos. Além disso, era

⁵²³ ALMEIDA, Sílvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Jandaíra, 2020. p. 20, 43, 45 e 47.

⁵²⁴ ALMEIDA, Sílvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Jandaíra, 2020. p. 34.

⁵²⁵ ALMEIDA, Sílvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Jandaíra, 2020. p. 47.

⁵²⁶ BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Educa Jovens. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18319-cor-ou-raca.html>. Acesso em: 08 mar. 2022.

proibido para eles ascender a alguma patente de oficial, criando unidades de afro-americanos liderados por oficiais superiores brancos. No âmbito civil, áreas públicas como ônibus, salas de atendimento, lavanderias, parques e filas para serviços públicos, além de escolas e faculdades, eram segregados racialmente naquela nação norte-americana.

A teoria do racismo estrutural foi indevidamente importada para o Brasil. A realidade de outros países segregadores, conforme demonstram os próprios exemplos citados por S. L. Almeida, acima já referidos, não são verificados no território nacional.

No Brasil, o mais próximo que S. L. Almeida conseguiu chegar para sustentar sua tese, foi afirmar um suposto “domínio de homens brancos em instituições públicas – o legislativo, o judiciário, o ministério público, reitorias de universidades etc. – e instituições privadas, por exemplo diretoria de empresas [...] naturalizando, assim, o domínio do grupo formado por homens brancos”.⁵²⁷

Não se trata de questão racial ou de gênero. Se trata de conhecimento profundo e adequado para passar nos concursos públicos, de mérito e esforço pessoal para acessão profissional na iniciativa privada, de identidade ideológica e política para ser eleito, tal como Hélio Fernando Barbosa Lopes, mais conhecido por Hélio Lopes ou “Hélio Negão” (preto e deputado federal mais votado no Rio de Janeiro nas eleições de 2018) e o saudoso Clodovil Hernandes (homossexual e terceiro deputado federal mais votado em São Paulo nas eleições de 2006).

Racismo estrutural não existe no Brasil. A sociedade brasileira não é racista e o racismo é repudiado. O que existe, de fato, é o racismo episódico e individual praticado por uma minoria. São indivíduos que agem isoladamente ou em grupo e que devem ser rigorosamente combatidos e severamente punidos.

O problema brasileiro não é a cor de pele, é a pobreza que desconhece e não sabe distinguir entre brancos e negros. E isso é reconhecido por S. L. Almeida, ainda que transitando pelos exemplos dos norte-americanos:

“Quando terroristas brancos bombardeiam uma igreja negra e matam cinco crianças negras, isso é um ato de racismo individual, amplamente deplorado pela maioria dos seguidores da sociedade. Mas quando, nessa mesma cidade – *Birmingham, Alabama* – quinhentos bebês negros morrem a cada ano por causa da falta de comida adequada, abrigos e instalações médicas, e outros milhares são mutilados física, emocional e intelectualmente por causa das condições de pobreza e discriminação, na comunidade negra, isso é uma função do racismo institucional. Quando uma família negra se muda para uma casa em um bairro branco e é apedrejada, queimada ou expulsa, eles são vítimas de um ato manifesto de racismo individual que muitas pessoas condenarão – pelo menos em palavra. Mas é o racismo institucional que mantém os negros presos em favelas dilapidadas, sujeitas às pressões diárias de exploradores, comerciantes, agiotas e agentes imobiliários discriminatórios”.⁵²⁸

⁵²⁷ ALMEIDA, Sílvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Jandaíra, 2020. p. 40-41.

⁵²⁸ ALMEIDA, Sílvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Jandaíra, 2020. p. 44.

No Brasil não há terroristas raciais, igrejas e nem bairros classificados como branco ou negro. Abstraídas essas questões importadas para sustentar essa teoria, o que resta é a pobreza que assola o povo brasileiro.

Essas teorias desses grupos raciais desconexos com o povo brasileiro são fatos geradores de segregação e mal-estar entre os cidadãos, fomentadores de desentencimentos e piora no bem viver comunitário.

O silenciamento foi alcançado e a liberdade individual como não-dominação nesse campo racial apenas será alcançada de maneira traumática. Inclusive cidadãos negros divergentes dessa narrativa arbitrária do “racismo estrutural”, que afirma ser a sociedade racista, são etiquetados de “capitãozinho do mato” ou, quando racialmente atacados, tal como foi o Deputado Federal Hélio Lopes ao ser comparado com um cão em redes sociais: “Hitler sempre inspirou Bolsonaro, até no hábito de ter sempre um cachorro preto atrás de si”, os grupos raciais que se duzem defensores dos negros não se pronunciam.

Afirmou “Hélio Negão” que não é “preto vitimista”, que “não foi defendido pelo movimento negro” e esclareceu o motivo: “Sabe por que o movimento negro não me defendeu? Porque eu não sou um preto preso nessa amarra ideológica vitimista”.⁵²⁹

Tanto é assim que R. L. Pinto sustenta que “a decadência das nações acontece quando os membros da comunidade colocam seus interesses particulares acima do interesse coletivo e a vida cívica se desfaz”.⁵³⁰

Por isso, identificar e combater esses e outros vários tipos de dominação social, ideológica e política constitui caminho difícil, esgotante, e intensamente espinhoso ao ponto da comunidade se sentir oprimida e optar pelo silêncio.

O cidadão comum não é chamado a participar do debate sobre uns temas polêmicos e com potência de repercutir arduamente na sua vida, na sua forma de ser, de falar, de escrever e de se manifestar livremente. Há evidente tendência de dominação progressista dos cidadãos, que somente são chamados aos debates como meros ouvintes e para concordarem com tudo.

Isso está demasiado distante do pensamento republicano, que tem por base defender o bem comum superior ao particular, à maneira conciliatória e que seja alcançado o ideal para todos da comunidade.

“Dialogar é dizer o que pensamos e suportar o que os outros pensam”.⁵³¹ O diálogo não sobrevive com imposições ideológicas só porque se dizem representar uma minoria.

Imprescindível ao debate sério e qualificado a existência de oportunidades ao cidadão se manifestar livremente e de participar ativamente das deliberações públicas quanto a temas sensíveis e relevantes as suas liberdades.

A liberdade definida como não-dominação é a que permite viver sem subordinação aos outros; é a prerrogativa de que o homem pode tornar-se mestre

⁵²⁹ NOGUEIRA, Davi. Hélio Negão imita Sérgio Camargo e diz que não é “preto vitimista”. *Diário do Centro do Mundo*. Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/essencial/helio-negao-sergio-camargo/>. Acesso em: 08 mar. 2022.

⁵³⁰ PINTO, Ricardo Leite. Uma introdução ao neoliberalismo. In: *Análise Social*, v. XXXVI (2001), p. 461-478.

⁵³¹ ANDRADE, Carlos Drummond de. *O avesso das coisas: aforismos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1990. p. 43.

de sua própria vida, de não ser mais juguete de grupos e complacente com seu próprio destino.

“Depender da vontade arbitrária de outros indivíduos gera medo em relação àquelas pessoas que têm poderes arbitrários; o medo, por sua vez, produz uma falta de ânimo e de coragem que alimenta comportamentos servis, leva a manter olhos baixos, a calar ou a falar para adular os poderosos. A condição de dependência gera um suma um *ethos* totalmente incompatível com a mentalidade do cidadão. Por isso, ela deve ser combatida como o mais perigoso inimigo da liberdade”.⁵³²

Portanto, enquanto os grupos da chamada “sociedade civil organizada” e os políticos dominantes das instituições democráticas permanecerem chamados com exclusividade ao debate com direito de fala, permanecerá o estado atual onde, cada grupo social ou político, a sua própria maneira, defenderá seus próprios interesses, sem jamais alcançar o bem comum de todos (objetivo do republicanismo), mas permanecerá os esforços de saciar apenas os interesses parciais das minorias ou mediante votação pela maioria à moda do liberalismo.

3 CIDADANIA PARTICIPATIVA

Diversas outras formas de dominação se fazem presentes na sociedade contemporânea, das mais sutis às mais agressivas, e o caminho da liberdade republicana passa, necessariamente, pelos meios de participação popular.

A sociedade caminha para a dominação através de transformação mental e modificação de atitudes das pessoas, que são constantes alvos dos diversificados atos de convencimento e de silenciamento, mesmo que não acreditem nisso.

Os não-dominados pela doutrinação ideológica e pela manipulação política são perseguidos e se tornam destinatários de opressões, pois cada indivíduo precisa estar devidamente “convencido” e “doutrinado” no sentido de que essas ideias são as que naturalmente teria por si mesmo, mas que ainda não foram despertadas.

A liberdade como não-dominação dentro da concepção republicana preza que os cidadãos procurem conjuntamente o bem comum através das virtudes cívicas que dão a excelência de caráter (*areté*), capaz de transformar o Estado de Direito em Estado de Justiça, o qual proporciona um mínimo indispensável para todos levarem uma vida digna (renda básica, moradia digna, assistência à saúde, oferta de educação e profissionalização, apoio em períodos de vulnerabilidade e encaminhamento ao trabalho), ao passo que cada indivíduo deve pagar o bem-estar desejado “de seu próprio bolso”.

A participação direta cidadã nos assuntos públicos é a marca da república, que se faz mediante a participação política, onde todos podem participar em condições de

⁵³² RAMOS, César Augusto. A concepção republicana de liberdade como não-dominação. In: Crítica: Revista de Filosofia. Londrina: UEL, v. 12, n. 36 (2007), p. 314.

igualdade no acesso à arena pública enquanto democracia participativa. O Estado tem a incumbência de transformar a cidadania passiva dos liberais (direito a ter direitos) numa cidadania ativa dos republicanos (também assumir suas responsabilidades).

Dentro dessa tradição republicana de promover a participação cidadã ativa, através de deliberações públicas para resolver os assuntos comuns, traz o cidadão ideal como aquele que “participa ativamente da legislação e da administração de uma boa *polis*” e como “inútil aquele que não tem nenhuma participação”.⁵³³

Apenas a participação dos cidadãos, onde todos tem o direito de falar, promove fuga da dominação intentada por grupos ideológicos e políticos que almejam a exclusividade de fala e da “verdade”, na incessante busca de satisfazer suas ambições particulares.

Não se trata do retorno a uma democracia direta típica da liberdade dos antigos, pois, conforme esclarece B. Constant a extensão do país inviabiliza essa prática,⁵³⁴ mas a compatibilização da participação cidadã através do diálogo no sistema representativo, mediante a criação de espaços no qual os cidadãos possam deliberar publicamente sobre aquilo que lhes dizem respeito.

A participação direta do cidadão nas questões públicas é uma prática que articula bastante bem democracia e república, uma forma de “república modificada”, concentrada na dedicação à coisa comum (ou coletiva).

Esses espaços podem ser físicos ou virtuais, através de enquetes sobre propostas de leis (o que já existe no Senado e na Câmara Federal), plebiscitos e referendos (previstos na Constituição de 1988 e infelizmente pouco usados), e, principalmente, em audiências públicas para a classe política auscultar o cidadão.

As audiências públicas devem compor uma rede e serem realizadas no maior número de municípios, com a lavratura de atas das quais serão extraídos os consensos e as reivindicações locais, que comporão as reivindicações e os entendimentos regionais e estaduais, a serem apresentados ao Governo Central para a formulação das políticas públicas, como forma participativa da administração.

Um exemplo exitoso foi a participação popular em audiências públicas realizadas no ano de 2021 em várias cidades do Paraná, a respeito da concessão pedagiada das rodovias à iniciativa privada. A minuta de contrato proposto pelo Governo Federal para o leilão não atendia aos interesses dos paranaenses. As conclusões alcançadas nesses atos públicos foram apresentadas a União, que cancelou o leilão para fins de adequá-lo aos interesses da população diretamente interessada.

No aspecto legislativo, de igual forma, a deliberação popular deve ser significativa na tomada de decisões que os afetam. Esse é o maior problema a ser enfrentado, pois os membros do Poder Legislativo tradicionalmente seguem os seus próprios interesses, pactuados de maneira não republicana no interior de seus gabinetes sob pressão de lobistas e grupos sociais, inclusive mediante atos de corrupção, conforme revelado no “Escândalo do Mensalão”, objeto de julgamento pelo STF na conhecida Ação Penal nº 470.

⁵³³ CORTINA, Adela. Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania. São Paulo, 2005. p. 35 e 36.

⁵³⁴ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: MONTEIRO, João Paulo e ou. Filosofia Política 2. Porto Alegre: L&PM Editores (UNICAMP/UFGRS), 1985. p. 13.

Imprescindível a mudança de postura do Poder Legislativo porque não tem sentido participar de deliberações se essa participação não se vê refletida nas decisões de um modo significativo. Para isso todos têm o dever de exigir que a participação seja significativa em cada caso concreto, e os políticos devem alcançar a virtude que lhes carece e entender que não podem permanecer tratando o cidadão como um tolo.

Se o cidadão não participar ativamente, a dominação permanecerá vigente e o debate continuará restrito entre grupos ideológicos e políticos na busca de seus próprios interesses, cada vez mais longe do ideal republicano.

A república é o regime no qual prevalece o bem comum, “na república não se busca a vantagem de um ou de poucos, mas a do coletivo”.⁵³⁵ É justamente “a utilização de teorias políticas do passado ou de conceitos políticos históricos para iluminar argumentos políticos e filosóficos atuais,⁵³⁶ como algo que liga uma comunidade à busca de determinação do bem comum, de todos indistintamente, sem privilégios aos grupos.

“Um Estado justo não pode fundamentar-se na vontade particular e, portanto, arbitrária de um soberano ou de um grupo social, mas na vontade racional do que todos podem querer, e no momento de determinar o que todos poderiam querer é imprescindível o papel de uma publicidade pensante”.⁵³⁷

A mudança da consciência social deve transcender ao egoísmo individual e de grupo para abrir-se ao universalismo do bem comum, pois não se pode permitir que grupos minoritários, que as *big techs* e que os políticos restrinjam as liberdades individuais dos cidadãos e que os force a manter uma forma de vida, de pensar e de falar o que não desejam.

“Estão em jogo” os interesses de todos, não de determinados grupos, pois “não posso exigir como moral, como humano, um direito que não esteja disposto a exigir com igual força para qualquer outra pessoa”.⁵³⁸

Alcançar a liberdade como não-dominação é um processo lento e constante, mas que deve ser imediatamente iniciado, pois talvez, quando do despertar da cidadania cívica e ativa, já seja tarde demais e a “carta de alforria cidadã” somente seja alcançada às duras penas e mediante um processo traumático porque os dominadores atuarão com violência física e moral.

CONCLUSÕES

O ideal republicano de liberdade como não-dominação recupera os deveres e responsabilidades do cidadão na busca de densificar o bem comum e a virtude cívica, e sustenta que só há liberdade diante da ausência de interferência e quando não se produz dominação.

⁵³⁵ RIBEIRO, Renato Jaime. A república. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 18.

⁵³⁶ PINTO, Ricardo Leite. Uma introdução ao neoliberalismo. In: Análise Social, vol. XXXVI (2001), p. 468.

⁵³⁷ CORTINA, Adela. Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania. São Paulo, 2005. p. 128.

⁵³⁸ CORTINA, Adela. Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania. São Paulo, 2005. p. 184.

Por se tratar de um conceito mais amplo, permite a conciliação e a convivência da “liberdade positiva dos antigos” e da “liberdade negativa dos modernos”, na busca da não-dominação pela participação popular e construção da cidadania ativa.

Foram identificadas algumas formas contemporâneas de dominação mediante o paternalismo político, a manipulação de dados e a censura no “mundo virtual”, as imposições das exigências dos grupos militantes ideológicos, e a forma arbitrária dos políticos buscarem seus próprios interesses através do exercício indevido do poder recebido pelo sistema representativo, à revelia da necessária participação popular.

O que pretende o republicanismo é apresentar uma proposta libertadora através da participação direta do cidadão na *coisa pública*, em seus aspectos administrativos e legislativos mais relevantes, especialmente por audiências públicas formadoras em rede, com a extração dos postulados do bem comum.

A participação direta do cidadão e a constituição da liberdade pautada pela não-dominação dos republicanos é a única forma de garantir e aumentar a liberdade individual, de formar as virtudes cívicas e afastar a tendência, sempre presente, da dominação por forças políticas e por militâncias ideológicas.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Sílvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Jandaíra, 2020.
- ANDRADE, Carlos Drummond de. O avesso das coisas: aforismos. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1990.
- BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Brasília: UNB, 1981. p. 133-175.
- BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Educa Jovens. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18319-cor-ou-raca.html>. Acesso em: 06 nov. 2021.
- CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. In: MONTEIRO, João Paulo e ou. *Filosofia Política 2*. Porto Alegre: L&PM Editores (UNICAMP/UFRGS), 1985. p. 09-25.
- CORTINA, Adela. Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania. São Paulo, 2005.
- HARARI, Yuval Noah. 21 lições para o século 21. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- NOGUEIRA, Davi. Hélio Negão imita Sérgio Camargo e diz que não é “preto vitimista”. *Diário do Centro do Mundo*. Disponível em: <https://www.diariodocentrodomundo.com.br/essencial/helio-negao-sergio-camargo/>. Acesso em: 06 nov. 2021.
- PETTIT, Philip. Liberalismo y republicanismo. In: OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis; GARGARELLA, Roberto (compiladores). *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, 2004.
- PINTO, Ricardo Leite. Uma introdução ao neoliberalismo. In: *Análise Social*, vol. XXXVI (2001), p. 461-485.
- RAMOS, César Augusto. O liberalismo político e seus críticos. In: *Crítica: Revista de Filosofia*. Londrina: UEL, v. 10, n. 32 (2005), p. 229-264.
- RAMOS. A concepção republicana de liberdade como não-dominação. In: *Crítica: Revista de Filosofia*. Londrina: UEL, v. 12, n. 36 (2007), p. 301-336.
- RAMOS. O modelo liberal e republicano de liberdade: uma escolha disjuntiva? In: *Transformação: Revista de Filosofia*. Marília: UNESP, v. 34, n. 1 (2011), p. 43-66.
- RIBEIRO, Renato Jaime. *A república*. São Paulo: Publifolha, 2001.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.
- SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.
- SKINNER, Quentin. Las paradojas de la libertad política. In: OVEJERO, Félix; MARTÍ, José Luis; GARGARELLA, Roberto (compiladores). *Nuevas ideas republicanas: autogobierno y libertad*. Barcelona: Paidós, 2004.

TUTELA PENAL DE BENS SUPRAINDIVIDUAIS: LINHAS SOBRE A LEGITIMIDADE, TITULARIDADE E CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

Fábio André Guaragni⁵³⁹, Giovanni Vidal Guaragni⁵⁴⁰

INTRODUÇÃO

A temática dos bens jurídicos de titularidade supraindividual provoca debates sob muitos ângulos, principiando pela própria possibilidade de serem tutelados penalmente.

Independentemente, as últimas quatro décadas registram uma decidida deriva do direito penal no sentido de realizá-la, servindo o ordenamento jurídico-penal brasileiro como exemplo. Como mera demonstração recorda-se a proteção penal do sistema financeiro nacional, pela Lei 7.492/86, das relações de consumo, Leis 8078/90 e 8137/90 – esta também voltada às ordens tributária e econômica -, do meio ambiente, Lei 9.605/98, do mercado de capitais, mediante adições, em 2001, à Lei 6.385/76.

Dentre outros, os motores deste movimento podem ser localizados: a) na valorização da terceira pessoa: a preocupação com o outro, produzida a partir das bases da filosofia da linguagem (em que “a verdade” é consenso, a depender da existência de no mínimo dois agentes comunicantes⁵⁴¹), implicou na criação de mecânicas protetivas estendidas a todos, marcadas pela noção de alteridade; b) na assunção estatal de limites positivos de atuação - “prestações positivas”⁵⁴² - destinadas à generalidade das pessoas, segundo um modelo de pretendido bem-estar social sintetizado na teoria geral do Estado produzida após a segunda grande guerra⁵⁴³; c) na emergência de uma sociedade de risco, a partir de meados dos anos 80 do século passado, em que a minoração de riscos em prol de todo o tecido social protagoniza as tomadas de decisões políticas, num ambiente cultural permeado pela troca da liberdade por segurança⁵⁴⁴

⁵³⁹ Doutor (2002) e Mestre (1998) em Direito das Relações Sociais (UFPR), com pesquisa pós-doutoral (2012) na Università degli Studi di Milano (UNIMI). Professor de Direito Penal Econômico do PPGD do UNICURITIBA. Professor de Direito Penal da Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR, Escola da Magistratura Estadual do Paraná – EMAP e CERS. Procurador de Justiça junto ao Ministério Público do Estado do Paraná. Lattes <http://lattes.cnpq.br/5362513180111586>. Orcid <https://orcid.org/0000-0002-8892-1140>. E-mail guaragni@mppr.mp.br

⁵⁴⁰ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR (2020). Graduado em Direito (UFPR) e Filosofia (PUC-PR). Professor de Filosofia do Direito do Instituto Superior do Litoral do Paraná – ISULPAR. Assessor no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Lattes <http://lattes.cnpq.br/3826077122331153>. Orcid <https://orcid.org/0000-0003-3144-4299>. E-mail giovan.v.g@hotmail.com

⁵⁴¹ Nesse sentido, Richard Rorty pontua que “a busca por objetividade é uma questão de alcançar tantas concordâncias intersubjetivas quanto possível”, chegando-se um conjunto de proposições justificáveis (RORTY, Richard. Pragmatismo e política. São Paulo: Martins, 2005, p. 45).

⁵⁴² FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal. 2a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47.

⁵⁴³ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. Introdução e princípios fundamentais. 2a. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 277, assinalou a superação dos conflitos puramente interpessoais na sociedade contemporânea, demandando “uma intervenção mais acentuada do Estado (social), que nos tempos do Iluminismo se centrava nas relações pessoais”.

⁵⁴⁴ Cf. BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo mundial. Barcelona: Paidós, 2008, p. 26.

Constatado o fenômeno, convém verificar como se entrelaça com os critérios usualmente empregados para definir *quem* pode ser titular de bens jurídico-penais (teorias monista-individual, monista-estatal e dualista do bem jurídico). Após, exploram-se dois campos em que a eleição de um critério tem impacto: a) um, alusivo ao debate sobre falsos bens jurídicos supraindividuais; b) outro, sobre a possibilidade de incidência do consentimento do ofendido nos delitos lesivos destes bens jurídicos.

Eis o percurso das linhas que seguem.

1 “OITO OU OITENTA”: MONISMO ESTATAL E MONISMO PESSOAL

O debate acerca de quem pode titularizar bens jurídico-penais é traduzido por três linhas principais de pensamento: (i) teoria monista-estatal ou monista-coletivista, para a qual todo bem jurídico é um reflexo do interesse do Estado ou da coletividade; (ii) teoria monista-pessoal, cujo ponto partida é o interesse individual, somente admitindo bens jurídicos coletivos quando reconduzíveis a indivíduos concretos; e (iii) teoria dualista, para as quais podem existir bens jurídicos de titularidade individual e estatal ou coletiva⁵⁴⁵.

A concepção monista-estatal ou monista-coletivista encontra sua clássica formulação na segunda metade do XIX, através do positivismo legal de Binding, caracterizando o delito como “vulneração da norma” ou “infração de dever”⁵⁴⁶. Para ele, incumbia “exclusivamente à lei a competência para definir – e *hoc sensu* criar – o bem jurídico e identificar as formas de agressão que reclamam a intervenção do direito penal”⁵⁴⁷. Aqui, o bem jurídico origina-se do juízo de valor representado pela norma, brotada do legislador. O bem era a norma. A norma encarnava aquilo que se mostrava valioso para o desenvolvimento da vida comunitária, como objeto de proteção⁵⁴⁸. Sintetizava os interesses da sociedade e do Estado, identificados em simbiose necessária.⁵⁴⁹

Em virtude de sua tendência autoritária, essa postura, marcada por um exacerbado coletivismo, deve ser rechaçada, evitando-se uma completa funcionalização

⁵⁴⁵ GRECO, Luís. Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 85-86. Igualmente, destacando os imperativos de tutela estatal e sua incorporação ao direito penal a partir de uma vedação de proteção deficiente, STRECK, Maria Luiza Schäfer. Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: 2009, p. 101 e ss.

⁵⁴⁶ BINDING, Karl. La culpabilidad en derecho penal. Buenos Aires-Montevideo: BdF, 2009, p. 6.

⁵⁴⁷ COSTA ANDRADE, Manuel da. Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 65.

⁵⁴⁸ FERNÁNDEZ, Gonzalo. Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004, p. 17-24.

⁵⁴⁹ A referência obrigatória desta simbiose é HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. A razão na história: uma introdução geral à filosofia da história. São Paulo: Centauro, 2001, pp.87-91. Destaque-se, v.g., a seguinte passagem: “O Estado não existe para os cidadãos – ao contrário, poder-se-ia dizer que o Estado é o fim e que eles são os seus meios. Acontece que a relação meio-fim não funciona aqui. O Estado não é o ideal com que se defrontam os cidadãos, mas estes são partes daquele como os membros de um corpo orgânico, em que nenhum membro é o fim e nenhum é o meio. O Estado é a realização da liberdade, do objetivo final absoluto, e existe por si mesmo.”

e instrumentalização do indivíduo pelo Estado, cujos interesses são confundidos com os da coletividade, em um momento histórico no qual a dicotomia entre interesses coletivos primários e secundários ainda não estava estabelecida⁵⁵⁰. A identidade entre bem de proteção e norma estatal é sempre perigosa: afinal, o detentor do poder de punir acaba legitimado a proteger penalmente as normas que edita. Nestas puras razões de Estado, o direito penal estatal editado pelo Estado protege o próprio Estado, interessando sobretudo ao *establishment* de poder governamental.

A linha monista-personalista, por seu turno, atribui peso demasiado ao outro lado da gangorra, fazendo com que o interesse individual prepondere sobre o coletivo. Em espécie de mitigação de postulados puramente individualistas, estabelece que “só é possível identificar um autêntico bem jurídico-penal se ele pode ser traduzido como expressão de um interesse individual”⁵⁵¹. A coletividade, nessa perspectiva, não é objeto de proteção do direito penal, não obstante este, desde tempos imemoriais, coíba condutas que afetam bens jurídicos coletivos, como a falsificação de moeda e a corrupção⁵⁵².

Autores que “propõem reservar o conceito de *bem jurídico* para os direitos e garantias individuais do ser humano, excluindo a criminalização (a) da *vontade do poder*, (b) de *papéis sistêmicos*, (c) do *risco abstrato*, (d) ou dos *interesses difusos* característicos de *complexos funcionais* como a economia, a ecologia, o sistema tributário, etc.”⁵⁵³, retrocedem ao direito penal clássico. Temem o que consideram uma expansão ilegítima do direito penal contemporâneo e autoproclamam-se promotores da defesa inabalável das liberdades individuais dos cidadãos.

⁵⁵⁰ “O *interesse coletivo primário* é formado pelo complexo de interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, expressão unitária de uma Multiplicidade de interesses coincidentes. Somente este interesse poderá ser considerado como interesse *público*. Ele se difere tanto do interesse de um particular individualmente considerado quanto do interesse do aparato administrativo, que, por sua vez, são ambos *interesses secundários*” (GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 178). O interesse público primário volta-se ao corpo social, enquanto o secundário centra-se no Estado enquanto pessoa jurídica.

⁵⁵¹ BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 376.

⁵⁵² GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 49, p. 89-147, Jul-ago., 2004, p. 94.

⁵⁵³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal: parte geral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 18-19. A relação emparelha a “vontade de poder” com os demais itens da enumeração. É evidente que o direito penal não pode tutelar vontades de poder, enquanto caprichos, a exemplo do conhecido exemplo do chapéu de Gessler, citado por ROXIN, Claus. Derecho Penal. Madrid: Civitas, 1997, p. 56 (trata-se da exigência do governador Hermann Gessler de que populares prestassem reverência ao seu chapéu, deixado sob uma árvore em Altdorf, quando de sua ausência, com ameaça penal para o descumprimento). Já unidades funcionais que regem campos da vida de grande complexidade, como o sistema financeiro nacional, resultando da soma de atividades, regras, recursos e órgãos destinados a resguardar a confiabilidade no meio monetário circulante, podem ter proteção penal, como opção dada ao legislador ordinário em democracias representativas. Por fim, riscos abstratos não são metas de proteção: protege-se, sim, um bem em face deles.

Não parecem notar, entretanto, os aspectos reacionários de sua própria teoria, comprometida com um modelo de direito penal oitocentista, que visava proteger valores e interesses da burguesia, tipificando condutas que a *classe dominante* não costuma praticar (crimes contra a propriedade) ou o faz sob a *cifra negra* da criminalidade (crimes contra a vida e integridade física)⁵⁵⁴.

A legitimação de normas penais que buscam proteger bens jurídicos supraindividuais constitui um avanço sobre práticas coletivamente lesivas, comumente levadas a cabo através de estruturas empresariais e partidos políticos, amiúde em processos repetidos (criminalidade institucionalizada). Trata-se de uma alteração drástica em relação ao processo de criminalização primária que ocorria nos primórdios do Estado moderno, voltado à proteção de bens jurídicos individuais (com ênfase à propriedade) e, assim, operacionalizado, sobretudo, contra pessoas menos favorecidas.

O modelo de tutela exclusivamente individual deixa uma lacuna no ordenamento jurídico – insuficientemente preenchida pelas normativas civis e administrativas – quanto aos ilícitos típicos das elites sociais. Não se pode negligenciar a proteção penal de interesses que não se amoldam à matriz liberal-individualista. Um ambiente marcado pela valorização do outro, pela pretensão de redução de patamares de risco projetada em variadas formas de sustentabilidade, a demandar limites positivos de atuação estatal, carece de “um sistema que admita, por um lado, a *tutela de direitos coletivos* e, de outro, a *tutela coletiva de direitos*”⁵⁵⁵. O direito penal, como sistema de controle social, faz parte desta moldura. Sobretudo quando a *tutela de direitos* engloba não somente a proteção de bens, mas também a assecuração da possibilidade de os cidadãos exercerem suas pretensões subjetivas e as verem satisfeitas⁵⁵⁶.

O reconhecimento de que, “nas sociedades complexas atuais, há vários contextos dignos de intervenção penal – porque essenciais ao desenvolvimento humano – que já não podem ser identificados meramente a partir de bens jurídicos individuais corporificados”⁵⁵⁷, obrigou adeptos do monismo-pessoal a relativizar a rigidez inicial da teoria. Passaram, assim, a admitir bens jurídicos da coletividade, desde que, em última análise, servissem às condições de vida dos indivíduos⁵⁵⁸, em uma autêntica (ainda que não admitida) concessão à teoria dualista.

Parte da resistência em admitir a existência de bens jurídicos supraindividuais parece devida à dificuldade de compreender que as noções de interesse público e

⁵⁵⁴ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 87, p. 103-120, nov-dez, 2009. Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal. São Paulo: RT, 2002, pp. 136 e ss.

⁵⁵⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez., 2013, p. 660.

⁵⁵⁶ GIUSINO, Manfredi Parodi. I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale. Milano: Giuffrè, 1998, assinala que “uma simples consideração das elementares exigências da vida social seria suficiente para confirmar a existência de interesses que superam a dimensão individual”, bem como que “o enganche nas normas constitucionais permite fundar as pretensões de tutela [supraindividuais] () como reflexo de deveres constitucionalmente reconhecidos”.

⁵⁵⁷ BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 373.

⁵⁵⁸ ROXIN, Claus. Novos estudos de direito penal. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 48.

interesse individual não são ontologicamente distintas, “pois a ideia de *interesse* em si acaba sempre por desaguar em uma ou em várias pessoas concretas”⁵⁵⁹. A tutela de bens supraindividuais concilia-se com o indivíduo, eis que a pessoa é o próprio “eixo central argumentativo de interpretação” deles⁵⁶⁰. O que determina se uma conduta lesiva agride um bem jurídico individual ou coletivo *lato sensu* é o fato de a relação de disponibilidade com um dado objeto ser titularizada, respectivamente, por um indivíduo ou por uma coletividade (não mais representada pelo Estado, note-se⁵⁶¹).

O bem jurídico envolve pretensões internas, nutridas pelo titular quanto ao objeto com o qual se relaciona, e se encontra envolto por pretensões jurídicas subjetivas externas, garantidas por direitos subjetivos. Caracterizado como uma “relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto”⁵⁶², na perspectiva da “relação social em conexão com um bem existencial que é valorada positivamente”⁵⁶³, o bem jurídico confere pretensões subjetivas ao titular da relação, de exigir prestações dos demais sujeitos de direito, voltadas à realização, promoção, proteção, reparação ou compensação do objeto subjacente.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a teoria do delito “não é senão um *sistema de proteção de direitos humanos convertidos em bens jurídicos*”⁵⁶⁴, razão pela qual a dogmática dos direitos fundamentais – *nas suas várias dimensões* (ou gerações, expressão hoje em desuso) - oferece um arcabouço relevante à presente discussão. Um direito fundamental “se apresenta como um conjunto de *pretensões jurídicas* que o ordenamento constitucional assegura aos cidadãos”⁵⁶⁵, podendo exibir, simultaneamente, titularidades individuais e supraindividuais⁵⁶⁶, segundo o objeto da pretensão.

⁵⁵⁹ LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

⁵⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. Introdução e princípios fundamentais. 2a. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 277, legitimando a tutela de bens supraindividuais nestes termos.

⁵⁶¹ ~Alerte-se, sem embargo, que o Estado pode ser titular de bem jurídico-penal. Por exemplo, a tutela penal da administração pública, titularizada pelo Estado, contra peculatos, corrupção, crimes licitatórios, etc., tem toda legitimidade. Isto se dá porque, por trás desta tutela, veem-se protegidas as políticas públicas que interessam ao tecido social como um todo. O que se há de evitar é a titularização de um bem pelo Estado por puras razões de poder, resguardando-se a noção de que “O Estado deve estar a serviço do indivíduo e não o contrário”, como pontua BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: RT, 2002, p. 63. Conclui, após, pela validade da proteção de bens supraindividuais, ressaltando que protegendo-se a sociedade, “protege-se o indivíduo que a integra”, advertindo para a não proliferação de normas de caráter coletivista que se transformem “em prejuízo individual injustificado” (op. cit., p. 144).

⁵⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raul. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 466, tradução livre. O autor busca embasamento na obra de Peter Sina: SINA, Peter. Die Dogmengeschichte des strafrechtliche Begriff “Rechtsgut”. Basel: 1962.

⁵⁶³ GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. Introdução e princípios fundamentais. 2a. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 274.

⁵⁶⁴ FERNÁNDEZ, Gonzalo. Bien jurídico y sistema del delito: um ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004, p. 153, itálico original, tradução livre.

⁵⁶⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez., 2013, p. 629.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 647.

2 BENS SUPRAINDIVIDUAIS NA TEORIA DUALISTA e os destinatários da tutela: um critério trinário quanto à titularidade do bem jurídico?

A teoria dualista, como dito, endossa a possibilidade de titularização de bens jurídico-penais para além do indivíduo. Podem ser titular o Estado ou coletividades de pessoas. Desta sorte, o critério dualista acolhe bens jurídicos coletivos. Nesta linha, Hefendhel define-os como aqueles que servem à generalidade dos cidadãos, atribuindo-lhes as características de não excluibilidade (ninguém pode ser excluído de seu uso), não rivalidade no consumo (a fruição dele por alguém, individualmente, não cria obstáculo à fruição por outrem) e não distributividade (impossibilidade de ser dividido em partes, com um quinhão para cada indivíduo)⁵⁶⁷. São bens marcados pela ausência de concorrência, ou seja, podem “ser utilizados por diferentes indivíduos da mesma forma e ao mesmo tempo”⁵⁶⁸, porém, sobrevivendo lesão, toda a coletividade que titulariza o bem restará ofendida⁵⁶⁹.

Entretanto, é preciso considerar que esta definição é adequada a uma espécie de bens supraindividuais: os difusos. Esta percepção emerge do sistema de tutela de direitos coletivos usual no Brasil, notadamente com uso da referência constitucional do art. 129, III, bem como daquela positivada no CDC, art. 81. Este sistema pode tranquilamente nutrir o direito penal, servindo-lhe de referência quando voltado à tutela de bens supraindividuais.

Por ele, a categoria do bem jurídico supraindividual (ou coletivo *lato sensu*) há de ser subdividida em modalidades. Inicialmente, é preciso separar os bens jurídicos supraindividuais em difusos e coletivos *stricto sensu*. Mesmo que ambos sejam indivisíveis, os primeiros são titularizados por pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato⁵⁷⁰ (art. 81, parágrafo único, inc. I, CDC). Os coletivos em sentido estrito têm por titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, parágrafo único, inc. II, CDC). Assim, enquanto o grupo de titulares dos bens difusos é impreciso, os coletivos *stricto sensu* são de titularidade de grupos humanos identificáveis e precisos.⁵⁷¹

⁵⁶⁷ HEFENDEHL, Roland. -Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros- Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Derecho Penal y Criminología, v. 25, nº 76, 2004, p. 69-71; HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico: -Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático- Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 188-189; HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Revista brasileira de ciências criminais, v. 87, nov-dez, 2009, p. 108.

⁵⁶⁸ LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 118.

⁵⁶⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez., 2013, p. 666.

⁵⁷⁰ A circunstância de fato constitui “um vínculo surgido de uma relação jurídica com a parte contrária, nomeadamente uma pretensão decorrente da responsabilidade por ato ilícito (ambiental, de consumo, etc.)” (LEAL, Márcio Flávio Mafra. Ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 115).

⁵⁷¹ Existem modos distintos de proceder à distinção v.g., SMANIO, Gianpaolo Poggio SMANIO. “Princípios da Tutela Penal dos Interesses ou Direitos Difusos”. In: Revista Justitia (São Paulo), v. 197, pp. 213-236, jul./dez. 2007, p. 216, compreende que os bens difusos contém “uma conflituosidade social que contrapõe diversos grupos dentro da sociedade, como na proteção ao meio ambiente, que contrapõe, por exemplo,

A título de demonstração, com base na doutrina do processo civil coletivo: no trágico episódio do naufrágio do *Bateau Mouche IV*, ocorrido na Baía da Guanabara, em 1988, no *reveillon*, uma eventual ação pleiteando a interdição de toda a atividade, pelo Ministério Público, em favor de consumidores potenciais, enquanto os barcos não se adequassem à determinadas medidas de segurança, traduziria um bem consumerista supraindividual difuso. Já uma ação movida pela Associação dos barqueiros de turismo do local, para interdição das atividades da empresa responsável, teria nos associados, beneficiários da tutela, um grupo definido e identificado. Os associados titularizam um interesse coletivo em sentido estrito, radicado na demonstração, aos consumidores, de que adotam práticas seguras, não coadjuvando com aquelas que conduziram ao acidente⁵⁷².

No direito penal, a tutela desenhada pelo tipo penal em relação a bens supraindividuais permite vislumbrar o destinatário da proteção. Quando o art. 7º, IX, Lei 8.137/90, erige um crime de perigo respectivo à venda, exposição à venda ou manutenção em depósito de produto impróprio para consumo, o destinatário da proteção não é delimitável. O fascículo das relações de consumo capturado pelo tipo, como meta de proteção, é claramente difuso. Já a gestão temerária de instituição financeira, art. 4º, parágrafo único, Lei 7.492/86, pode traduzir interesses circunscritos a correntistas e investidores do mercado financeiro, vinculados à instituição. A exposição a riscos, não podendo ser objeto de um quinhão distribuído a cada um, certamente encontra no citado público circunscrito, enquanto grupo humano protegido. uma expressão de interesse coletivo *stricto sensu*.

Para além dos difusos e coletivos em sentido estrito, também é supraindividual o interesse denominado individual homogêneo⁵⁷³. Conquanto titularizado por um grupo humano – como é próprio dos interesses supraindividuais -, permite a divisão da quota pertencente a cada um. No exemplo do naufrágio, familiares de vítimas podem, em associação, veicular o interesse supraindividual à indenização. Porém, ao contrário do que ocorre nos interesses coletivos, aqui é possível dividir, por cabeça, o tanto do interesse pertencente a cada indivíduo.

Nesta quadra, também no direito penal, tradicionais bens jurídicos de cunho individual podem dar lugar a perspectivas de proteção de vítimas em caráter

os interesses econômicos industriais e o interesse na preservação ambiental, ou na proteção das relações de consumo, em que estão contrapostos os fornecedores e os consumidores, a proteção da saúde pública, enquanto referente à produção alimentícia e de remédios, a proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc.". Já nos coletivos insto não aconteceria, a exemplo da incolumidade pública ou paz pública.

⁵⁷² Todo o exemplo é extraído de NERY JÚNIOR. Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: RT, 1992, p. 112. Assinala que a definição da classificação do interesse supraindividual tem um apelo processual, dando-se pela pretensão veiculada na demanda judicial (op. cit., p. 111).

⁵⁷³ Pode-se discutir se os bens supraindividuais de traço individual homogêneo efetivamente forma uma trinca com os difusos e coletivos. Pertenceriam não ao universo da tutela de direitos coletivos, mas, sim, ao da tutela coletiva de direitos. De fato, são a princípio bens jurídicos individuais. Em virtude das características peculiares do delito que os lesiona ou coloca em perigo de maneira massificada, indistinta e pulverizada, homogêneizam-se em uma categoria funcional, encarregada de promover maior isonomia e segurança ao sistema, através da defesa simultânea de inúmeros bens sujeitos a uma ameaça em comum (art. 81, parágrafo único, inc. III, CDC). O caráter massivo, porém, leva-nos a incluí-los como espécie do gênero dos bens supraindividuais.

supraindividual individual homogêneo. O direito fundamental à propriedade (art. 5º, *caput* e inc. XXII, CF/88), que tem por objeto o bem jurídico patrimônio, serve de exemplo. O estelionato pode ser praticado – nos moldes do artigo 171, *caput*⁵⁷⁴, do Código Penal – contra vítima individual, lesando sua propriedade particular. Porém, ocasionalmente, pode dar-se contra um grupo de segurados que realiza aportes financeiros periódicos, a fim de manter o equilíbrio atuarial do seguro, calculado com base nos riscos de eventos indenizáveis. A lesão ao fundo por aquele que – incidindo no tipo penal previsto no artigo 171, §2º, do inciso V, do Código Penal – “destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro” ofende o grupo de segurados – ofensa em caráter supraindividual – e o quinhão de lesão gerado para cada um é calculável⁵⁷⁵.

Portanto, o modo como a sociedade organiza e concebe as relações entre sujeitos e objetos de interesse influencia nas características dos bens jurídicos tutelados, não sendo possível falar em “qualquer bem jurídico coletivo inato; todo bem coletivo decorre de uma decisão positiva e muitas vezes instável da sociedade ou do Estado”⁵⁷⁶. Na mesma linha, um bem individual pode ser ofendido em escala multiplicada, dotando-se a respectiva tutela de um caráter supraindividual na situação concreta. Num segundo exemplo, compare-se o homicídio à prática de genocídio pela eliminação humana.

É tarefa do legislador voltar o *disegno di legge* constante do tipo para a proteção de um bem jurídico na perspectiva individual – traço recorrente dos delitos componentes do direito penal clássico ou nuclear, de herança decimonônica – ou cunhá-lo, de antemão, para atuar na perspectiva da lesão supraindividual. Há um efeito prático: a primeira opção permitirá o emprego do tipo quando, ocasionalmente, a lesão seja dirigida a vários sujeitos passivos imediatos. Já a segunda opção não tem como resguardar sujeitos passivos em perspectiva individual pura.

Alguns bens jurídicos, no âmbito penal, são marcados pela preponderância ou mesmo exclusividade de certos interesses, sendo difícil vislumbrar titularidades diversas daquelas que lhes são tradicionalmente atribuídas, como é o caso do caráter difuso do meio ambiente. Entretanto, ainda que criminalmente tais bens somente sejam recepcionados em sua dimensão supraindividual difusa, noutras searas podem dar azo a pretensões jurídicas individuais, individuais homogêneas ou coletivas *stricto sensu*. A título de demonstração, servem os desastres ambientais que prejudicam, de maneira singular e para além da lesão genérica à comunidade, determinado grupo de trabalhadores que se vale do ecossistema avariado para angariar proventos

⁵⁷⁴ Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

⁵⁷⁵ Concordamos com a orientação de que o patrimônio, no Direito Penal Econômico, pode ser o bem jurídico de representação ou intermédio em relação ao bem jurídico mediato concernente à ordem econômica, na linha de MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. Derecho Penal Económico y de la Empresa. 2.ed. Valencia: Tirant lo Blach, 2007, p. 163.

⁵⁷⁶ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Revista brasileira de ciências criminais, v. 87, nov-dez, 2009, p. 107.

e/ou víveres (por exemplo, derramas de óleo de navios-tanque que degradam fauna aquática e atingem frontalmente interesses de comunidades de pescadores).

Por isso, deve-se ter cuidado ao afirmar que determinado direito ou bem jurídico é individual ou supraindividual, pois isso dependerá da situação concreta, em que será verificado quem titulariza as pretensões internas e externas ao bem jurídico tutelado⁵⁷⁷. Em direito penal, a verificação – repita-se – passa pelo recorte de proteção desenhado no preceito primário do tipo, pelo qual se dá a captação de fascículos ou aspectos de bens supraindividuais, bem como pela respectiva incidência quando da subsunção de uma qualquer hipótese de fato. Mais correto seria falar em tendências a uma ou outra titularidade, como é o caso do aspecto predominantemente difuso do meio ambiente.

Por fim, a teoria dualista merece outra consideração: dividindo-se os destinatários de proteção penal em indivíduos, Estado e coletividades humanas, sugere-se mesmo uma classificação trinária do titular, e não dualista.

De fato: pela usual perspectiva do bem jurídico-penal, a teoria dualista separa bens jurídicos individuais e supraindividuais. Porém, sob a ótica do titular do bem, seria mais correto falar em uma tríade, composta pelos indivíduos, pela coletividade social e pelo Estado. Aos indivíduos, por óbvio, incumbe a titularidade dos bens jurídicos individuais, sendo eles também beneficiários mediatos das demais modalidades de tutela penal.

A distinção entre sociedade e Estado, como destinatários de proteção, traduz o impacto da distinção entre interesses coletivos primários e secundários no direito penal, dividindo a subjetividade passiva quanto aos bens jurídicos supraindividuais. Ao Estado⁵⁷⁸ incumbe a titularidade de parcela mínima dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento – quase integralmente enquadrados como crimes contra a segurança nacional e administração pública, em variadas facetas –, ao passo em que a maioria dos bens jurídico-penais supraindividuais é titularizada pela sociedade. Assim,

⁵⁷⁷ “Por isso, afirmações taxativas de que este ou aquele direito social é individual, coletivo, ou difuso se mostram inexatas se estiverem levando em conta o direito fundamental em sentido amplo e num plano abstrato. Cuida-se de um erro metodológico comum em que não raro incorrem a doutrina e a jurisprudência. O mais adequado critério para classificar a titularidade de um direito fundamental é a espécie de pretensão material e o tipo de tutela que se busca no momento concreto da sua reivindicação” (HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez., 2013, p. 676).

⁵⁷⁸ Considerando o fato de o Estado titularizar bens jurídicos em nome próprio como antidemocrático, ver BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 134; BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 379-380). Sem embargo, há normas penais que protegem diretamente sua existência (HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 87, p. 103-120, nov-dez, 2009, p. 109), como é o caso, no direito nacional, de certos tipos previstos na Lei nº 7.170/83. A imunização contra um eventual caráter antidemocrático – que deve ser efetivamente objeto de alerta, como já afirmado em linhas acima –, dá-se pela verificação de haver satisfação do interesse geral dos indivíduos na preservação do bem, transcendendo a pessoa jurídica consubstanciada no ente estatal. Por exemplo, a tutela penal da administração pública tem o Estado como titular do bem jurídico e sua manutenção convém a todos, destacadamente os que dependam dos préstimos sociais por ele mantidos. Assim, a punição de um peculato ou corrupção passiva nada tem de antidemocrático. Ao contrário, protegendo-se a *res publica*, protege-se uma pilastra de sustentação dos Estados democráticos.

um critério trinário mostra-se mais coerente com a distribuição das metas de proteção penal. Titulares do bem jurídico penal podem ser indivíduos, Estado e coletividades.

Enfim, os bens jurídico-penais de caráter supraindividual, no Brasil, podem ser compreendidos a partir do traslado das espécies usualmente empregadas no universo extrapenal, do processo civil coletivo, a partir de referenciais positivados constitucional (art. 129, III) e infraconstitucionalmente (v.g., art. 81, CDC). E quanto aos sujeitos passivos aptos à titularidade de bens, é possível catalogá-los de maneira trinária.

Exploradas as maneiras de classificar o bem jurídico quanto aos titulares, cumpre trabalhar duas questões práticas que avultam no debate em torno dos bens jurídico-penais supraindividuais: a ideia de que existem falsos bens com este perfil, bem como a discussão tangente à aplicabilidade do consentimento do ofendido, enquanto categoria de afastamento do injusto penal, à categoria. Ambas, afinal, dão eco ao modo como se identificaram, até aqui, os destinatários da proteção penal.

3 ACERCA DA DIFUNDIDA IDEIA DA EXISTÊNCIA DE FALSOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

Alguns bens, como a saúde pública, segurança viária e relações de consumo, são tidos por falsos bens jurídicos coletivos por parcela relevante da doutrina⁵⁷⁹, que os consideram meras somas de bens individuais, não compatíveis com as características de não excluibilidade, não rivalidade e não distributividade⁵⁸⁰. Quanto à saúde pública, seria a soma das saúdes individuais. A segurança viária teria o mesmo perfil, de proteção de integridades físicas e vidas dos coparticipantes no tráfego. As relações de consumo representariam expressão da soma dos interesses individuais de consumidores, eminentemente patrimoniais.

⁵⁷⁹ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 159-163; GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delicto. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 49, p. 89-147, Jul-Ago, 2004, p. 98-99; HEFENDEHL, Roland. -Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros- Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Derecho Penal y Criminología, v. 25, nº 76, 2004, p. 75; HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico: - Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático - Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 191; SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 79-80.

⁵⁸⁰ Falso bem jurídico supraindividual não significa falso bem jurídico. A um primeiro olhar, a crítica pode levar à conclusão apressada de que tais bens, já que “falsos”, não possuiriam dignidade para proteção penal. Não é bem isso. Trata-se de simples constatação de que não preenchem o tripé de exigências para identificação como bem supraindividual difuso, consoante se esmiúça no texto principal. Já a eventual legitimidade da tutela penal é outra questão. Assim, não obstante Roland Hefendehl considere a saúde pública um falso bem jurídico coletivo, entende “o delito de perigo abstrato como estrutura delitiva que deveria ficar reservada a tipificar aquelas condutas que suponham riscos latentes contra bens jurídicos de primeira ordem: por exemplo, riscos à integridade corporal e à vida”. E complementa: “a intervenção penal no âmbito da segurança dos alimentos e da proteção dos consumidores constitui um exemplo de parcelas predestinadas à aplicação da figura do perigo abstrato” (tudo em HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Derecho Penal y Criminología, vol. 25, nº 76, 2004, p. 73).

Porém, há de se considerar, de partida, que nem todo bem supraindividual é difuso. As três características já assinaladas identificam bens difusos, enquanto espécie de interesses supraindividuais. Deste modo, o não atendimento da trinca de exigências não afasta a possibilidade de que o bem cristalize meta de proteção supraindividual.

Outro aspecto a ser considerado é que estes bens regem campos complexos da vida social – nos exemplos citados, sistemas de proteção da saúde, proteção viária, tutela do consumidor. As respectivas funcionalidades dependem de órgãos, atividades, regulamentos e recursos. Como *pedras*, cada um destes aspectos soma-se ao favorecimento dos interesses individuais, formando ao fim espécie de *mosaico* sintetizado em unidades funcionais. Saúde pública, nesta perspectiva, transcende a soma de saúdes individuais. Vale minuciar.

No Brasil, a transcendência da ideia de saúde pública à mera soma de saúdes individuais⁵⁸¹ deriva da própria conformação constitucional do bem jurídico, a principiar pela presença da saúde dentre os direitos *sociais*, art. 6º, e não individuais. Mais: o art. 196, CR, incumbe ao Estado o dever de tutelá-la, convocando agentes privados a tanto, pessoas jurídicas e naturais (art. 197, CR). Prevê atividades para o desenvolvimento de políticas sociais e econômicas de redução de risco de doença e outros agravos, além de nortes como o acesso universal e igualitário a ações e serviços (art. 196, CR). Recursos mínimos orçamentários são destinados a tanto de modo vinculante (art. 198, 2º, CR). Regramentos sanitários com matriz constitucional (art. 24, XII, CR) – em parte, incorporados ao direito penal por técnicas de reenvio (v.g., através das leis penais em branco dos arts. 268 e 269, CP) – e competências executivas para cumpri-los (art. 23, II, CR), ao fim, fecham o desenho da unidade funcional⁵⁸². Quando se protege a saúde

⁵⁸¹ O debate em torno do combate ao tráfico de drogas (art. 33, da Lei nº 13.343/2006) é, hoje, o maior exemplo de tentativa de controle da necessidade da criminalização de condutas que colocam em risco uma pluralidade indeterminada de saúdes e vidas individuais. Questiona-se se legalizar o comércio de substâncias ilícitas (todas ou ao menos algumas, como o canabidiol, atualmente incluído na Portaria nº 344/98, da Anvisa), submetendo-o a normas administrativas de regulamentação e controle de qualidade – assim como é feito com alimentos, medicamentos, bebidas alcoólicas e determinados tipos de fumos –, constituiria uma estratégia governamental mais eficaz na proteção da saúde pública, se comparada à criminalização. Eventual descumprimento das normas técnicas poderia, então, ser enquadrado nos crimes de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância (art. 272, CP) ou produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, CP) – tendo em conta o potencial terapêutico de algumas substâncias hoje consideradas ilícitas –, bem como nos tipos penais que preveem os crimes contra as relações de consumo (art. 61 e ss., CDC e 7º IX, Lei 8137/90). Sobre a temática existem outros aspectos relevantes, que não vêm ao caso no presente trabalho, como o debate sobre a (in)constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para o uso pessoal, que ingressa na temática do paternalismo jurídico e constitui o objeto de discussão do RE nº 635.659, hoje com repercussão geral reconhecida no Supremo Tribunal Federal (STF); a relação entre superlotação do sistema carcerário e a “guerra às drogas”; os interesses políticos e econômicos envolvidos na criminalização do tráfico; estudos econômicos sobre o mercado negro e as cifras que o Estado deixa de arrecadar com tributos, e seu uso para a promoção de políticas públicas, inclusive em prol da saúde pública.

⁵⁸² Tipos penais que buscam proteger bens jurídicos supraindividuais costumam estar diretamente relacionados a áreas do conhecimento com rigores técnico-científicos, de domínio não exigido ao legislador em seu ofício ordinário. Migre-se da saúde pública para outro tema – inclusive correlacionado –, como os delitos contra a segurança dos alimentos. A integração da normativa penal pela extrapenal opera-se em ambiente de administrativização do direito penal. No caso, normas penais em branco, como a do art. 274, CP, são complementadas pela normativa técnica de órgãos administrativos, como o Ministério da Agricultura

pública, todo este conjunto emerge como meta de proteção, somado às saúdes de cada membro do tecido social. E isto, na sua integridade, é que forja o bem jurídico saúde pública⁵⁸³.

Para além de uma perspectiva constitucional positivada, também é possível identificar a ideia de que saúde pública é categoria autônoma, quanto às saúdes somadas de indivíduos, a partir da própria experiência histórica. E isto importa a partir da ideia heideggeriana de que as categorias linguísticas envolvem uma tradição de uso, a dar-lhes significado concreto no mundo. Há um modo de ser no mundo, que existe e compreende a si através de significâncias possíveis⁵⁸⁴. Solidificam-se, assim, percepções produzidas num universo de tradição interpretativa. Enfim, as palavras carregam cargas existenciais e multigeracionais que se amalgamam e formam-lhes o sentido. É nesta toada que “toda interpretação () move-se na estrutura prévia já caracterizada”⁵⁸⁵. Aliás, a resignificação linguística de um termo, nesta perspectiva, exige muito mais do que uma disposição política autoassumida como vanguardeira.

Nesta toada, o retorno histórico à antiguidade pré-cristã encontrará tradições religiosas médio-orientais que vedavam (e ainda o fazem) o consumo da carne suína, por exemplo. Na raiz, trata-se de medida com fito de tutela sanitária, regra jurídica produto de uma leitura mística de mundo. No medievo, a ciência médica dava como certo que as pestes eram produtos de eflúvios vindos do céu ou das profundezas da terra, a partir da conjugação negativa de corpos celestes⁵⁸⁶. Este ar impuro tinha que

(MAPA) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Nestes tipos, impõe-se análise permanente da política criminal, que ponham em cotejo com técnicas subsidiárias extrapenais que, eventualmente, podem surtir maior ou igual proteção ao bem jurídico.

⁵⁸³ BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: RT, 2002, pp. 143-144 alude à legitimidade da proteção de “bens intermediários que, concomitantemente, representam interesses coletivos e bens particulares”. A saúde pública, no molde ora exposto, assume este caráter.

⁵⁸⁴ “Segundo Heidegger, todo entendimento se eleva contra o fundo de algumas antecipações () A existência se entende, então, a partir de certo saber, de certa intenção e segundo determinada conceitualidade () Trata-se de outra maneira de dizer que não existe *tabula rasa* do entendimento. () Não se pode entender “objetivamente”, a não ser que sejam descartados os pressupostos do intérprete e de sua época”, conforme precisa GRONDIN, Jean. Hermenêutica. São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 50.

⁵⁸⁵ HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. 8. ed. Petrópolis: Vozes e Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013, p. 213. Prosseguia: “Toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar.” (op. cit., p. 213). Precedentemente, alude ao fato de que toda interpretação sempre já se decidiu por uma determinada conceitualização, pois está fundada numa *concepção prévia*, nunca sendo “isenta de pressuposições” (op. cit., p. 211). Mesmo uma postura não ontologicista, que substitui a noção de verdade como correspondência pela pretensão de justificação (um tanto mais singela), circunscreve as possibilidades de interpretação e compartilhamento de crenças à justificabilidade destas perante audiências distintas. Ou seja, reconhecer que “não há nenhum uso de linguagem sem justificação, nenhuma habilidade para crer sem uma habilidade para argumentar sobre que crenças ter (...) não é dizer que a habilidade para usar a linguagem, para ter crenças e desejos, envolve um desejo de justificar as nossas crenças perante todo organismo usuário de linguagem que encontremos. Não é qualquer usuário (...) que será (...) uma audiência competente. Ao contrário, os seres humanos geralmente dividem-se em comunidades de justificação mutuamente suspeitas (...) a depender da presença ou ausência de suficiente coincidência no que diz respeito a crenças e desejos” (RORTY, Richard. Verdade, universalidade e política democrática. In: SOUZA, José Crisóstomo de (Org.). Filosofia, racionalidade, democracia: os debates Rorty & Habermas. São Paulo: Editora Unesp, 2005, p. 138-139).

⁵⁸⁶ Como registra DELUMEAU, Jean. História do medo no Ocidente. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 202.

circular até purificar-se, para aliviar os males correlatos. Vem daí a arquitetura urbana com o afastamento das casas e o traçado de grandes avenidas, como corredores de circulação de ar⁵⁸⁷. Tudo é exemplo de uma concepção de saúde pública que ultrapassa a soma de saúdes individuais, sob um olhar cimentado há séculos na experiência dos povos. A literatura jurídico-penal reflete esta concepção sólida também há muito. Basta recordar Carrara, no século XIX, assinalando o seguinte:

“Que haja uma classe especial de crimes cuja preponderante objetividade jurídica se concretiza na saúde pública (), é fácil demonstrá-lo. Ao interesse que tem o indivíduo de que não seja prejudicada a sua saúde, quer por ação direta de mão inimiga, quer pela infecção das substâncias (ar, água, alimentos) que são a renascente e indispensável condição de subsistência de suas forças vitais, corresponde um direito particular. Mas quando tais substâncias se apresentam relacionadas a um grande número de indivíduos reunidos em estável consociação, o direito individual vem a converter-se em direito social ou comum a todos () O vaso d’água destinado a um só, o ar do meu aposento, o alimento que para mim só é preparado, serão objetos de m direito que me é exclusivo. Mas, se se tem em conta que o ar que circunda uma coletividade de pessoas, a água que a todos é destinada para desalteração da sede, os víveres expostos à venda em público, de modo que possam vir a ser alimento de indeterminado número de consociados, é manifesto que em tais condições o ar, a água e os víveres tornam-se objeto de um direito social, atinente a cada um dos consociados, bem como a toda coletividade () O direito à preservação da saúde pública nasce, portanto, comum a todos os consociados, em razão do mesmo fato da consociação.”⁵⁸⁸

O concerto de órgãos, atividades, recursos, regramentos, amalgamados, cria “condições positivas e negativas de garantia e fomento da saúde das pessoas”⁵⁸⁹. Este concerto é constitutivo da ideia de saúde pública. A adição do adjetivo *público* ao substantivo *saúde* dá-se neste contexto. A saúde pública transcende em muito a soma de saúdes individuais. A estratégia de proteção das saúdes individuais, marcada pelo entramado de órgãos, atividades, regulamentos e recursos, como pedras formadoras de um mosaico, volta-se a uma “pluralidade e indeterminação dos titulares cuja saúde se põe em perigo (indeterminação do sujeito passivo da ação), que, em todo caso, são titulares de uma saúde individual”⁵⁹⁰. É claro que a saúde pública, nesta configuração, vem em apoio da proteção das pessoas, secundando a soma de suas saúdes.

⁵⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003, pp. 90-91.

⁵⁸⁸ Apud HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. IX. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 98. Aliás, Carrara, a seu turno, aludia à concepção de Filangieri, jurista do século XVIII, sobre a saúde pública, como interesse penal. No Brasil, a tutela penal da saúde pública consta já do Código Penal de 1890.

⁵⁸⁹ Conceito de RODRIGUES RAMOS, MUÑOZ CONDE, PEREZ ALVARES, LAURENZO COPELLO endossado por GARCIA ALBERO, Ramón *et alii*. *Comentários al nuevo Código Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 1602.

⁵⁹⁰ PAIS, Antônio Doval. *Fraudes alimentarios: evolución histórica y elementos esenciales del sistema de protección penal*. 623f. Valência, 1995. Tesis (Doctorado em Derecho) – Facultad de Derecho de la Universitat de València, p. 343.

A saúde pública possui “um caráter instrumental ou medial no sistema desenhado pelo legislador para a proteção de bens jurídicos individuais”⁵⁹¹, sendo-lhes complementar e protegendo-os de perigos abstratos dirigidos a uma pluralidade de vítimas indeterminadas. Como “conjunto de condições que possibilita a saúde”⁵⁹² (conceito que perpassa o direito sanitário, o sistema de saneamento básico, as diretrizes administrativas de segurança de alimentos e medicamentos, etc.), aproxima-se da categoria de bem jurídico mediato – que, a despeito de ter sido concebida para a disciplina dos delitos econômicos, encontra aqui um possível campo de aplicação⁵⁹³ –, meio através do qual se busca promover a realização de bens individuais, cuja afetação se dará em casos de criação massificada de perigo ao bem imediato/intermediário⁵⁹⁴.

Enfim, o detalhamento acima desenvolvido acerca da saúde pública é ilustrativo. Serve como guia para discutir a repetida ideia de falsos bens jurídicos supraindividuais, a nosso olhar.

Por fim, não se desconhece que a definição dos contornos destes bens supraindividuais carece de precisão. Sobretudo, quando comparados a bens jurídicos reais, com certa tradução no mundo do ser⁵⁹⁵, como a integridade física, representada no olho roxo ou dente e a menos derivados da lesão, estes bens supraindividuais ideais têm, muitas vezes, fronteiras difíceis de delimitar. Dá-se um conseqüente embaraço ou atropalho para os fins do princípio da lesividade. O esforço dogmático é tentar visualizar o que neles pode e não pode estar confinado. Mas isto não é óbice a que se reconheça que algo, nestes bens, ultrapassa a mera soma de interesses privados, bem como que possuem importância bastante a servirem como metas de proteção penal.

De fato, a depender da importância destas unidades para os membros de um tecido social, estes plexos ou unidades funcionais podem ser objeto de proteção infraconstitucional através do direito penal. Trata-se de opção que, seguindo postulados de proporcionalidade, está no espaço de conformação do legislador infraconstitucional.

Advertir-se que o gerenciamento dos setores da vida social é tarefa típica do direito administrativo, ao passo que o direito penal promove a proteção subsidiária de bens adrede recortados. Esta cisão entre as tarefas acometidas a cada setor não se

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 348-349.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 352-353.

⁵⁹³ Autores que consideram a saúde pública um falso bem jurídico coletivo costumam ressaltar a impossibilidade de enquadrá-la nas categorias de bens jurídicos mediatos/imediatos. Nesse sentido: “Os falsos bens jurídicos supraindividuais não se confundem com os denominados bens jurídicos imediatos e intermediários, cujas definições dependem da referência a um outro bem jurídico-penal (mediato e final, respectivamente)” (BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 164). Não compartilhamos dessa posição, por considerarmos a saúde pública espécie de unidade funcional.

⁵⁹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa: parte general. Valência: Editora Tirant lo Blanch, 2007, p. 158-164.

⁵⁹⁵ Uma concepção excessivamente concreta do bem jurídico somente teve lugar no início da construção da categoria dogmática, na primeira metade do século XIX, e foi logo superada, assinala GIUSINO, Manfredi Parodi. I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale. Milano: Giuffrè, 1998, p. 68.

choca, todavia, com a possibilidade de proteção penal de unidades funcionais, quando marcadas por um caráter de essencialidade dentro do *modus vivendi* do tecido social.

4 SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONSENTIR COM LESÕES A BENS JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUAIS

O conceito de bens jurídicos não é unívoco. A inclusão da vítima na perspectiva de proteção penal, necessária a um direito penal de índole liberal e democraticamente justificado, exige que o bem jurídico não seja concebido como ente ou objeto, e sim como relação de disponibilidade entre um sujeito titular e um ente ou objeto, como já assinalado. Esta definição dá visibilidade para o titular da proteção, enquanto sujeito passivo com que o direito penal se preocupa.

Nesta perspectiva, os bens de titularidade supraindividual são tão disponíveis quanto os bens jurídicos individuais, desde que o ato de disposição seja praticado pelo sujeito titular da relação⁵⁹⁶. De fato, não se pode concluir que bens jurídicos supraindividuais são indisponíveis, somente em razão da impossibilidade de um único indivíduo deles dispor. O ponto fulcral não é a disponibilidade (que caracteriza o bem jurídico), mas à titularidade do bem, que circunscreve os sujeitos que podem dispor do objeto com o qual se relacionam.

No caso de bens jurídicos supraindividuais, segundo Zaffaroni, somente seria possível o consentimento caso não obstaculizasse a disponibilidade do bem por parte de outro titular⁵⁹⁷. O critério é útil para lidar com tipos penais que protegem bens jurídicos supraindividuais individuais homogêneos, distinguindo-se as condutas que criam perigo de dano a uma pluralidade indeterminada de vítimas, daquelas em que o comportamento está dirigido a indivíduos específicos que consentem com eventuais lesões.

Pode-se, por exemplo, diferenciar entre a venda, exposição à venda ou entrega de mercadoria em condições impróprias para consumo (art. 7º, inc. IX, da Lei nº 8.137/1990) e uma situação concreta em que determinado indivíduo solicite, voluntariamente e com conhecimento das circunstâncias de fato, produto vencido (art. 18, §6º, inc. I, CDC), a despeito da utilização ulterior que o consumidor fará (consumo próprio, alimentação de animais em uma fazenda, adubo, etc.)⁵⁹⁸. Nesse caso, inexistente

⁵⁹⁶ Num primeiro momento, Juarez Tavares aludia aos bens jurídicos indisponíveis como sendo aqueles pertencentes à coletividade, em relação aos quais “torna-se impossível o consentimento, porquanto a proteção se exerce sobre valores estatais ou supra-estatais, imprescindíveis à estabilidade social e insuscetíveis de renúncia, tal como ocorre nos ataques à administração pública, em detrimento da integridade do Estado, à incolumidade de um número indeterminado de pessoas ou nos delitos monetários” (TAVARES, Juarez. O consentimento do ofendido no Direito Penal. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 12, n. 0, 1969, p. 259). Entretanto, hodiernamente o jurista reconhece que “sob o enfoque do consentimento como excludente de tipicidade não importa a questão da disponibilidade do bem. Basta que o sujeito seja titular e capaz de consentir [...]. Quando houve mais de um titular do bem jurídico, todos devem consentir” (TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 247).

⁵⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: EDIAR, 2000, p. 479, tradução livre.

⁵⁹⁸ Poderá haver um conflito aparente de normas penais entre o artigo 7º, inciso IX, da Lei nº 8.137/90, e o artigo 272, §1º-A, do Código Penal, que descreve a conduta de “quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia

o perigo abstrato contra o qual o bem jurídico deve ser protegido. Enquanto o tipo penal parte da premissa de que a hipossuficiência informacional e as características de um mercado massificado podem acarretar danos não validamente consentidos por consumidores indeterminados – e, por conseguinte, criminaliza o fornecimento de produtos impróprios para consumo como uma conduta *per se* perigosa à saúde dos indivíduos e à confiança nas relações de consumo⁵⁹⁹ –, no exemplo citado há uma relação individual e personalíssima, que não gera risco aos consumidores em geral e não quebra a expectativa de um mercado seguro, ensejando somente um perigo de dano assumido pela própria vítima, conforme o uso que venha a fazer do produto⁶⁰⁰.

Os bens jurídicos supraindividuais difusos e coletivos, por seu turno, são caracterizados justamente por sua não rivalidade e não distributividade, razão pela qual, por definição, sua fruição por um não obstaculiza seu uso por outrem e sua lesão a todos acomete simultaneamente e em igual medida. Parte da doutrina, assim, sustenta que o consentimento não possui relevância alguma na ofensa resultante dos crimes contra bens jurídicos supraindividuais, aludindo a uma *disponibilidade limitada*, tendo em vista que a fruição do bem não autorizaria anuir com menoscabos⁶⁰¹. A conclusão é plausível pela perspectiva do usufrutuário singular do bem jurídico.

A ideia de disponibilidade limitada de bens supraindividuais, porém, não vai além do reconhecimento de que o indivíduo não é seu titular, ou, ao menos, não sozinho, razão pela qual não lhe cabe consentir com lesões ao objeto da relação. O consentimento para com lesões a bens supraindividuais será válido na medida em que

ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado”. Deve-se atentar, contudo, para o fato de que o alimento vencido não se amolda ao adjetivo “corrompido” utilizado no §1º-A, do artigo 272, uma vez que a semântica do termo deve guardar correspondência com o *caput* do mesmo artigo. Assim, para ser considerado corrompido, o produto deve ter sido desnaturado ou alterado negativamente por conduta humana (BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte especial 2. São Paulo: Atlas, 2016, p. 217; HUNGRIA, Néelson. Comentários ao Código Penal, vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 114), não bastando sua mera deterioração/decomposição orgânica. Esse entendimento encontra amparo, também, no comentário de Néelson Hungria ao artigo 272, §1º, do Código Penal, segundo o qual o agente do crime na modalidade equiparada deve ser “pessoa diversa da que corrompeu, adulterou ou falsificou a substância (alimentícia ou medicinal), pois, do contrário, haveria *crime progressivo* e seria aplicável unitariamente a pena do *caput* do artigo” (HUNGRIA, Néelson. Comentários ao Código Penal, v. IX, Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 115).

⁵⁹⁹ “O bem jurídico tutelado pelo art. 7º da Lei n. 8.137/90 são os interesses patrimoniais e sociais do consumidor, em geral, visto desde uma perspectiva coletiva, de titularidade difusa, ainda que, em um ou outro caso, como se verá, tutelem, também, bens de natureza patrimonial individual do consumidor. Indiretamente, podem os crimes proteger a vida, saúde, o patrimônio ou mercado” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo – Lei 8.137/1990. In: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renne do Ó (Coords.). Leis penais especiais: comentadas artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 946).

⁶⁰⁰ Sobre a discussão acerca da necessidade de perquirir a idoneidade da ação para gerar riscos e/ou danos a bens jurídicos protegidos em face de perigos abstratos, ver: GRECO, Luís. Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 110; IENACO, Rodrigo. Bem jurídico e perigo abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 158-163.

⁶⁰¹ BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 157-158; SIQUEIRA, Flávia. Autonomia, consentimento e direito penal da medicina. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 220-221.

todos os titulares consentam⁶⁰², o que é plenamente concebível para bens jurídicos coletivos⁶⁰³, mas praticamente inviável no caso dos bens jurídicos difusos.

O consentimento precisa ser prévio à lesão (requisito de validade que será esmiuçado mais à frente), de modo que não se confunda com institutos como os compromissos de ajustamento de conduta⁶⁰⁴, os acordos de leniência⁶⁰⁵, a colaboração premiada⁶⁰⁶ e determinadas causas de extinção da punibilidade⁶⁰⁷.

A alternativa mais plausível parece estar atrelada ao desenvolvimento dos chamados governos 2.0, *E-govs* ou democracias digitais, entendidos como “um espaço político de decisão menos baseado na velha representação de uma vontade geral e mais na participação efetiva do povo cidadão, através da manifestação de suas opiniões e de sua inserção nos processos de formulação de políticas públicas”⁶⁰⁸⁻⁶⁰⁹. Através de

⁶⁰² TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 247; JAKOBS, Günther. Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: 1995, p. 296.

⁶⁰³ “De fato, ainda que titularizado por um grupo determinado de pessoas, o bem jurídico individual é de plena disponibilidade, podendo, inclusive, ser destruído por seu(s) titular(es)” (BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 183).

⁶⁰⁴ Lei nº 7.347/1985. Art. 5º [...]. §6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

⁶⁰⁵ Lei nº 12.846/2013. Do Acordo de Leniência. Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...].

⁶⁰⁶ Lei nº 12.850/2013. Da Colaboração Premiada. Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal [...];

⁶⁰⁷ Como a que ocorre, por exemplo, em crimes tributários, quando o contribuinte procede com o pagamento dos tributos devidos (art. 34, da Lei nº 9249/1995).

⁶⁰⁸ ROVER, Aires José. Observatório do governo eletrônico e conteúdos geoprocessados. In: GALINDO, Fernando. El derecho de la sociedade em red. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013, p. 23.

⁶⁰⁹ O impacto da tecnologia sobre a democracia representativa e o chamado “governo 2.0” são discutidos em: CARDOSO JR., Nerione. Crítica política à ideia de democracia digital. Revista de Informação Legislativa. a. 39, nº. 156, jul./set. 2002; CELLA, José Renato Gaziero; OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de. Web 2.0 e governo eletrônico: um estudo de caso sobre o Município de Curitiba. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=53fdb13a424de26e>. Acesso em: novembro de 2019; CHARLEAUX, João Paulo. Para que servem os políticos se a tecnologia já permite a democracia direta. Nexa, São Paulo, 11/07/2016. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2016/07/11/Para-que-servem-os-pol%C3%ADticos-se-a-tecnologia-j%C3%A1-permite-a-democracia-direta>. Acesso em: novembro de 2019; DIAS, Tatiana de Mello. O que é Governo 2.0? Estadão, São Paulo, 01/06/2010. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/geral,o-que-e-governo-20,10000044113>. Acesso em: novembro de 2019; MARTINUZZO, José Antonio. *E-gov 2.0 – A potência de um governo eletrônico colaborativo*. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2009/resumos/R4-1461-1.pdf>. Acesso em: novembro de 2019; OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. Democracia e internet: a revolução digital e os desafios à representação política. Revista de Informação Legislativa. a. 50, nº. 199, jul./set. 2013; SUZUKI, Manuella Barbosa. A influência da tecnologia na democracia: avaliando aumento ou modificação da participação popular no voto visando eleições ou decisões. 106f. São Carlos, 2017. Dissertação (Mestrado em Ciência, Tecnologia e Sociedade). – Programa de Pós-Graduação do Centro de Educação e Ciências Humanas, da Universidade Federal de São Carlos.

instrumentos da democracia direta, como plebiscitos e referendos, tentar-se-ia obter, de maneira prévia, o consentimento de todos os titulares do bem difuso quanto a uma lesão concreta, retirando seu caráter típico. Mesmo assim, seria quase impossível que o resultado fosse unânime e haveria alta preocupação com a garantia de segurança e higidez da votação. Avultaria ainda a crítica de que são tuteladas futuras gerações em alguns casos, cuja voz naturalmente não teria espaço.

O que se deve ter em mente, porém, é que não há impedimento teórico à disposição de bens jurídicos supraindividuais, mesmo difusos; há, sim, uma extrema dificuldade prática em realizá-la, seja pela falta de meios adequados, seja pela complexidade e heterogeneidade dos sujeitos titulares, fatores que obstam as manifestações de consenso unívoco.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

a) A teoria monista-estatal do bem jurídico, inclinando o direito penal à tutela de suas próprias normas, propicia a aproximação do poder punitivo a puras razões de Estado, flertando com modelos autoritários⁶¹⁰.

b) A teoria monista-individual do bem jurídico carrega-se de tintas decimonônicas, apoiando-se sobre uma perspectiva liberal que conduz o direito penal a confinar-se nos marcos de um modelo clássico, desconhecendo a emergência de motivos pelos quais *todos* os ramos do direito inclinaram-se para tutelas coletivas.

c) As mitigações da teoria monista-estatal, no sentido de reconhecerem a validade de bens supraindividuais quando verificada a orientação mediata ao indivíduo, acabam por confirmar sua insuficiência.

d) Enxergando-se os sujeitos como indivíduos integrantes de suas comunidades, em vez de assimilados a organismos sociais ou isolados em unidades atômicas⁶¹¹, não há necessidade de optar entre modalidades extremas de coletivismo ou individualismo. O próprio individualismo é produto de uma sociedade que fornece ao indivíduo as crenças morais que o divinizam⁶¹², sendo delirante a imagem de seres humanos não entrelaçados por amarras domésticas, econômicas, religiosas, políticas, artísticas ou educacionais. Interconexões existem e são imprescindíveis à individuação, pois não se tratam de meras associações incapazes de influenciar na formação do caráter e personalidade de cada singularidade do tecido social⁶¹³. Como uma maneira

⁶¹⁰ Algo tendencial, mas não obrigatório. Afirma ALLER, Germán. “Estudio preliminar acerca de Karl Binding e sua obra”. In: La culpabilidad en derecho penal. Buenos Aires-Montevideo: 2009, p. XVII, que o “positivismo jurídico e a democracia não devem ser vistos como agentes de recíproca tensão”, sublinhando que Binding, bem como Kelsen, ulteriormente, tiveram concepções democráticas de Estado, e ainda que o autoritarismo, conquanto questionável, não é sinônimo de totalitarismo. A tendência, porém, dá-se pelo fato de que o direito, no positivismo jurídico, enquanto puro produto do Estado como detentor do poder de coerção, fica permeável a toda e qualquer concepção de justiça, inclusive de modelos de Estado totalitários.

⁶¹¹ FEINBERG, Joel. Harm to self: the moral limits of criminal law. New York: Oxford University Press, 1986, p. 47, tradução livre.

⁶¹² DURKHEIM, Émile. O individualismo e os intelectuais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017, p. 61.

⁶¹³ DEWEY, John. Individualism old and new. New York: Prometheus Books, 1999, p. 40-41.

particular de sentir os impactos do entorno e reagir conforme a sua preferência, a individualidade somente toma forma através da interação com as condições que lhe são contemporâneas⁶¹⁴, não sendo à toa que os vocábulos alemães para designar liberdade (*Freiheit*) e amigo (*Freund*) possuem a mesma raiz etimológica, algo que denota a sociabilidade do indivíduo livre⁶¹⁵.

e) A titularidade de bens jurídicos não só na perspectiva do indivíduo, mas de coletividades, confirma a abertura da visão de mundo a terceiros (alteridade). Não conduz a uma invariável preponderância do social sobre o individual, mas permite buscar o equilíbrio entre as duas instâncias, partindo da noção de que toda sociedade “consiste em indivíduos distintos e todo indivíduo humano só se humaniza ao aprender a agir, falar e sentir no convívio com outros”⁶¹⁶.

f) Para além, a titularidade de bens penalmente protegidos por coletividades combina com a pretensão de contenção de alguns riscos tecnológicos de grande magnitude e/ou recorrência⁶¹⁷ e alinha o direito penal com os limites positivos de atuação estatal;

g) A perspectiva dualista aceita que indivíduos sejam titulares de bens jurídicos. De outro lado, oscila ao proclamar que também podem sê-lo o Estado ou coletividades. Esta oscilação deve ser superada, em favor de uma *concepção trinária*: podem ser titulares de bens jurídico-penais indivíduos, coletividades e o Estado. As coletividades envergam o interesse público primário, ao passo que o Estado encarna o interesse público secundário. Importa separá-los, como há muito se fez no campo extrapenal. Também é de se frisar que o Estado pode ser titular de bens jurídicos quando mediatamente interessem a todos (a exemplo da administração pública), bem como quando ligados à preservação de sua existência, enquanto modo de organização política forjada na matriz da modernidade e ainda não substituída.

h) Quanto aos bens jurídico-penais de titularidade de coletividades, a aproximação do direito penal a marcos extrapenais – sobretudo constitucionais e infraconstitucionais, ligados às tutelas coletivas – permite subdividi-los em supraindividuais individuais homogêneos (protege-se uma coletividade, identificando-se o interesse de cada um), coletivos (protege-se uma coletividade certa e delimitada, não se identificando o quinhão de cada membro) e difusos (protege-se um grupo humano indeterminado). A identificação dá-se pelo recorte de lesão efetuado no preceito primário do tipo e, após, pela hipótese de fato a ele subsumida.

i) Bens jurídicos como a saúde pública ou a segurança viária transcendem a soma de interesses individuais, como a soma das saúdes de indivíduos em relação ao primeiro ou das integridades físicas e vidas dos atores do tráfego viário no segundo caso. Além dos bens individuais somados, emergem órgãos, atividades, recursos e

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 81.

⁶¹⁵ HAN, Byung-Chul. Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2018, p. 11-12.

⁶¹⁶ ELIAS, Norbert. A Sociedade dos Indivíduos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, p. 67.

⁶¹⁷ Com razão, no ponto, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 126 e ss.

regramentos que se amalgamam para estruturação destes e de outros campos da vida social. Cada aspecto, em conjunto com outro, forma um mosaico, nucleado em unidade funcional⁶¹⁸ regente de áreas complexas da vida. É possível tutelá-los pela lei penal, a partir da escolha do legislador infraconstitucional, em espaço de conformação regido pela ideia de proporcionalidade.

j) O consentimento do ofendido é conceitualmente possível em relação à tutela penal de bens supraindividuais individuais homogêneos, colhendo-se a vontade de cada indivíduo. Alguém pode validamente consentir, de modo isolado, somente se, quanto aos demais, a disponibilidade do bem não for afetada.

l) Também é viável o consentimento do ofendido quando da tutela de bens jurídico-penais supraindividuais coletivos, exigindo-se a manifestação do grupo definido de destinatários da proteção penal.

m) Por fim, conquanto em geral conceitualmente possível (ressalvadas situações em que protegidas futuras gerações), a indeterminação da coletividade destinatária da proteção no caso da tutela penal de bens jurídicos difusos torna o consentimento do ofendido inviável desde uma perspectiva prática.

⁶¹⁸ Visualizando o bem jurídico como unidade de função, FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. Diritto Penale. Parte generale. 3a. ed. Bologna: Zanichelli, 2001, p. 5. Põem em relevo, com isto, a “função instrumental de no processo de interação social () idôneo a realizar um determinado escopo útil para o sistema social ou para uma de suas partes.”

REFERÊNCIAS

- ALLER, Germán. “Estudio preliminar acerca de Karl Binding e sua obra”. In: BINDING, Karl. La culpabilidad en derecho penal. Buenos Aires-Montevideo: 2009.
- BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. Bem jurídico-penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico. 243f. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.
- BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo mundial. Barcelona: Paidós, 2008.
- BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: RT, 2002.
- BINDING, Karl. La culpabilidad en derecho penal. Buenos Aires-Montevideo: Bdf, 2009.
- BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte especial 2. São Paulo: Atlas, 2016.
- BUSATO. Direito penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo – Lei 8.137/1990. In: CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renne do Ó (Coords.). Leis penais especiais: comentadas artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- CARDOSO JR., Nerione. Crítica política à ideia de democracia digital. Revista de Informação Legislativa. a. 39, nº. 156, jul./set. 2002.
- CELLA, José Renato Gaziero; OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de. Web 2.0 e governo eletrônico: um estudo de caso sobre o Município de Curitiba. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=53fdb13a424de26e>. Acesso em: novembro de 2019.
- CHARLEAUX, João Paulo. Para que servem os políticos se a tecnologia já permite a democracia direta. Nexo, São Paulo, 11/07/2016. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/07/11/Para-que-servem-os-pol%C3%ADticos-se-a-tecnologia-j%C3%A1-permite-a-democracia-direta>. Acesso em: novembro de 2019.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- DELUMEAU, Jean. História do medo no Ocidente. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- DEWEY, John. Individualism old and new. New York: Prometheus Books, 1999.
- DIAS, Tatiana de Mello. O que é Governo 2.0? Estadão, São Paulo, 01/06/2010. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/geral,o-que-e-governo-20,10000044113>. Acesso em: nov. 2019.
- DURKHEIM, Émile. O individualismo e os intelectuais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017.
- ELIAS, Norbert. A Sociedade dos Indivíduos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- FEINBERG, Joel. Harm to self: the moral limits of criminal law. New York: Oxford University Press, 1986.
- FELDENS, Luciano. Direitos Fundamentais e Direito Penal – A Constituição Penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo. Bien jurídico y sistema del delito: um ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2004.
- FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo. Diritto Penale. Parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 2001.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- GARCIA ALBERO, Ramón et alii. Comentarios al nuevo Código Penal. Pamplona: Aranzadi, 1996.
- GIUSINO, Manfredi Parodi. I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale. Milano: Giuffrè, 1998.
- GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. Introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.
- GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 49, p. 89-147, jul-ago., 2004.
- GRECO. Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011.
- GRONDIN, Jean. Hermenêutica. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618-688, jul./dez., 2013.

- HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2018.
- Hefendehl, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, nº 76, 2004.
- Hefendehl. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Hefendehl. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista brasileira de ciências criminais*, vol. 87, nov-dez, 2009.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *A razão na história: uma introdução geral à filosofia da história*. São Paulo: Centauro, 2001.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 8. ed. Petrópolis: Vozes e Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.
- HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- IENNACO, Rodrigo. *Bem jurídico e perigo abstrato: um desenho hermenêutico da ofensividade*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: 1995.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. Valência: Editora Tirant lo Blanch, 2007.
- MARTINUZZO, José Antonio. *E-gov 2.0 – A potência de um governo eletrônico colaborativo*. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2009/resumos/R4-1461-1.pdf>. Acesso novembro de 2019.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1992.
- PAIS, Antônio Doval. *Fraudes alimentarios: evolución histórica y elementos esenciales del sistema de protección penal*. 623f. Valência, 1995. Tesis (Doctorado em Derecho) – Facultad de Derecho de la Universitat de València.
- OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. *Democracia e internet: a revolução digital e os desafios à representação política*. *Revista de Informação Legislativa*. a. 50, nº. 199, jul./set. 2013.
- RORTY, Richard. *Pragmatismo e política*. São Paulo: Martins, 2005.
- RORTY. Verdade, universalidade e política democrática. In: SOUZA, José Crisóstomo de (Org.). *Filosofia, racionalidade, democracia: os debates Rorty & Habermas*. São Paulo: Editora Unesp, 2005.
- ROVER, Aires José. *Observatório do governo eletrônico e conteúdos geoprocessados*. In: GALINDO, Fernando. *El derecho de la sociedade em red*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2013.
- ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- ROXIN. *Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*. São Paulo: RT, 2002.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio SMANIO. “Princípios da Tutela Penal dos Interesses ou Direitos Difusos”. In: *Revista Justitia* (São Paulo), v. 197, pp. 213-236, jul./dez. 2007.
- STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: 2009.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.
- SUZUKI, Manuella Barbosa. *A influência da tecnologia na democracia: avaliando aumento ou modificação da participação popular no voto visando eleições ou decisões*. 106f. São Carlos, 2017. Dissertação (Mestrado em Ciência, Tecnologia e Sociedade). – Programa de Pós-Graduação do Centro de Educação e Ciências Humanas, da Universidade Federal de São Carlos.
- TAVARES, Juarez. *O consentimento do ofendido no Direito Penal*. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 12, n. 0, 1969.
- TAVARES. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: EDIAR, 2000.

RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A LEGITIMIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS LESADAS APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 14.230/2021

Giovani Curioletti Pereira⁶¹⁹, Leonardo Dumke Busatto⁶²⁰

INTRODUÇÃO

A possibilidade das vítimas dos atos ímprobos postularem o ressarcimento ao erário é reconhecida há muito tempo no ordenamento jurídico brasileiro. Essa faculdade pode ser exercida por meio de ação civil pública, com fundamento nos arts. 1º, VIII, c/c 5º, III e IV, da Lei nº 7.347/1985, que conferem legitimidade à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista para ajuizarem ação de responsabilidade por danos patrimoniais causados ao patrimônio público e social. Disposição semelhante consta na Lei nº 12.846/2013, em que o art. 19, §4º, permite que a Advocacia Pública ou o órgão de representação judicial equivalente requeiram em juízo “os valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado”.

Na seara da improbidade administrativa, ao menos até 26 de outubro de 2021, também era consenso que as pessoas jurídicas lesadas poderiam requerer a reparação do dano com esteio na Lei nº 8.429/1992, cujo art. 17, caput, dispunha que “a ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”.

No entanto, esse cenário foi alterado com o advento da Lei nº 14.230/2021, que modificou a sistemática das ações de improbidade e deu nova redação ao mencionado art. 17, caput, o qual passou a prever que “a ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei”.

Tal alteração legislativa inovou sobremaneira o regramento que vigorava até então sobre a legitimação ativa nas ações de improbidade administrativa. Além de conferir legitimidade exclusiva ao Ministério Público, ela também revogou a redação originária do art. 17, §2º, da Lei nº 8.429/1992, na qual a Fazenda Pública era francamente encorajada, quando fosse o caso, a propor as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

O comando normativo colocou em xeque a legitimidade das vítimas dos atos ímprobos para postularem o ressarcimento ao erário, pois não ficou claro se o novo regramento revogou tacitamente a previsão da Lei de Ação Civil Pública, a Lei

⁶¹⁹ Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Laureado Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Assessor de Promotor CMP-3 no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público e à Ordem Tributária (CAOPPPOT) do Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR). E-mail gcpereira@mppr.mp.br.

⁶²⁰ Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Planejamento e Governança Pública da Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Promotor de Justiça no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público e à Ordem Tributária (CAOPPPOT) do Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR). E-mail ldbusatto@mppr.mp.br.

nº 7.347/1985 – por ser com ela incompatível ou ter regulado inteiramente a mesma matéria, na forma do art. 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro –, ou se as novas disposições têm caráter especial e não alcançam as demais legislações anteriores, nos termos do art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Diante desse cenário, e valendo-se de abordagem qualitativa e procedimento bibliográfico, o presente trabalho examina se as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, em especial a nova redação do art. 17, caput, da Lei nº 8.429/1992, retira da pessoa jurídica lesada pelo ato ímprobo a legitimidade para requerer a reparação do erário por meio da ação civil pública, com fundamento na Lei nº 7.347/1985.

Para tanto, o trabalho foi dividido em cinco sessões. A primeira aborda a legitimidade do ente lesado para postular o ressarcimento ao erário do diante da nova redação do art. 17, caput, da Lei nº 8.429/1992. A segunda discute essa legitimidade em face das demais alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021. Já a terceira explora a possibilidade de ressarcimento a partir das disposições da Constituição Federal. A quarta sessão, por sua vez, examina os cenários que a pessoa jurídica lesada pode se deparar e as escolhas que podem ser adotadas para melhor atender ao interesse público. A seguir, são apresentadas as conclusões.

1 A LEGITIMIDADE DIANTE DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 17, CAPUT, DA LEI Nº 8.429/1992

Conforme demonstrado na introdução, o atual art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 conferiu legitimidade exclusiva ao Ministério Público para a propositura das ações de improbidade administrativa. Embora em um primeiro momento o dispositivo suscite incertezas sobre a manutenção no ordenamento jurídico da possibilidade das pessoas jurídicas lesadas postularem o ressarcimento ao erário, uma leitura atenta da redação legislativa indicará que essa faculdade não foi afastada, embora o fundamento normativo que embasa a legitimidade tenha sido, ainda que minimamente, alterado.

Isso porque o texto legal é categórico ao determinar que a atuação do Ministério Público só será privativa na “ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei”. Isto é, o dispositivo diz respeito tão somente aos aspectos punitivos que permeiam os atos de improbidade, não pretendendo regular em nenhum momento as demais consequências que esse ilícito administrativo porventura acarrete na ordem civil.

O ressarcimento ao erário nunca foi considerado uma sanção propriamente dita. É verdade que sob a égide da antiga redação do art. 12, I, II e III, da Lei nº 8.429/1992, ele constava como uma das penalidades potencialmente aplicáveis ao sujeito que praticava atos ímprobos. Contudo, a jurisprudência da época já interpretava o comando normativo com parcimônia, ressaltando que a essência da reparação dos danos não é genuinamente punitiva, mas sim mera consequência do prejuízo patrimonial ocasionado ao erário.

O Superior Tribunal de Justiça possui diversos julgados nesse sentido, consignando que “a determinação de recomposição patrimonial, em improbidade administrativa, não se caracteriza como sanção propriamente dita”, porque “o ressarcimento é simples medida consequencial à identificação do prejuízo ao erário, cujo objetivo é reequilibrar os cofres públicos” (AgInt nos Edcl no AgInt no REsp

nº 1.676.600). Ainda em 2009, já apontava que “o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma sanção, senão uma consequência imediata e necessária do ato combatido”, tratando-se de “uma medida ética e economicamente defluente do ato que macula a saúde do erário” (REsp nº 622.234).

Tal posicionamento, que por sinal encontrava consonância nas decisões de outras Cortes, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (AC 0006998-45.2017.8.16.0170 e AC 0002521-83.2014.8.16.0137) e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (AC 5006186-85.2013.4.04.7004), também era significativamente aceito no âmbito doutrinário. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves asseveravam que “a reparação dos danos, em seus aspectos intrínsecos, não representa uma punição para o ímprobo, pois tão somente visa a recompor o status quo”⁶²¹. Hugo Nigro Mazzilli, da mesma forma, aduzia que “o ressarcimento ao erário não é pena, e sim mera consequência do ato ilícito”⁶²².

Não por acaso, estava sedimentado na jurisprudência que, uma vez comprovada a prática de ato ímprobo, o ressarcimento ao erário não poderia ser a única penalidade cominada, sob pena de esvaziar o conteúdo sancionatório desse microsistema. Assinalava-se no Superior Tribunal de Justiça a necessidade de cumulação obrigatória da reparação do dano com outra penalidade de caráter eminentemente repressivo, a exemplo da perda da função pública ou da multa civil (AgInt no REsp 1.839.345, AgInt no REsp 1.616.365 e AgRg no REsp nº 1.366.208). O entendimento também encontrava aprovação doutrinária:

O dever de reparar dano causado a outrem, propiciando ao lesado o retorno à situação que se encontrava antes do ilícito praticado, configura princípio geral do direito e também se aplica àqueles atos lesivos praticados contra a administração pública. Não possui caráter de sanção propriamente dita, mas de recomposição de eventual perda patrimonial, razão pela qual não poderá ser aplicada isoladamente, mas sempre com uma ou mais sanções previstas no art. 12 da LIA⁶²².

Em todo caso, qualquer possibilidade de controvérsia ou insurgência a esse respeito foi terminantemente superada com o advento da Lei nº 14.230/2021, cujas alterações concederam amparo legal para o posicionamento que, até então, encontrava lastro apenas na jurisprudência e doutrina – embora seja salutar ressaltar que ele já prevalecia de forma bastante proeminente.

A recente reforma legislativa modificou os incisos I, II, e III, do art. 12 da Lei nº 8.429/1992, retirando a reparação do dano do seu universo de sanções. Além disso, foi dada nova redação ao caput do dispositivo, que é enfático ao determinar que o ressarcimento ao erário se dará de forma independente e autônoma em relação à aplicação de penalidades: “independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações (...)”.

⁶²¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e patrimônio público*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 260.

⁶²² VITORELLI, Edilson et al (org.). *Manual de direitos difusos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 587.

A determinação categórica de que a reparação do dano e as sanções são institutos jurídicos distintos e que devem ser tratados de forma desvinculada, a supressão deliberada do ressarcimento ao erário do rol de penalidades, e a atribuição de uma legitimidade exclusiva ao Ministério Público apenas no tocante às pretensões sancionatórias, são fatores que, quando analisados em conjunto, retratam nitidamente que o legislador nunca pretendeu afastar a possibilidade das pessoas jurídicas lesadas requererem o ressarcimento ao patrimônio público – não obstante tenha retirado tal pretensão do escopo de regência da Lei nº 8.429/1992.

Essa constatação pode ser confirmada pela leitura da Justificativa do Projeto de Lei nº 10.887/2018, que culminaria na atual Lei nº 14.230/2021. Na ocasião, o Deputado Federal Roberto de Lucena, autor da proposta legislativa, afirmou expressamente que a minuta do novo art. 17, caput, da Lei nº 8.429/1992 não visava a impedir que as vítimas dos atos ímprobos ajuízem ações de ressarcimento, pois, inclusive, tal faculdade caberia naturalmente a elas:

Ainda quanto às questões processuais, entendeu-se por bem manter a legitimidade exclusiva do Ministério Público para a propositura das ações de improbidade administrativa. Isso se deu por consideração à natureza do provimento requerido no seio de ações desta natureza. Não é razoável manter-se questões de estado ao alvedrio das alterações políticas e nem tratar questões de ato de improbidade como se administrativas fossem. Há um viés político-institucional que deve ser observado, o que torna salutar e necessária a legitimação exclusiva. Obviamente, as ações de ressarcimento são de titularidade do ente público lesado, e mesmo com a titularidade exclusiva para a ação de improbidade do Ministério Público, os entes não perdem a legitimidade para as ressarcitórias.

Desse modo, é forçoso concluir que a atual redação do art. 17, caput, da Lei nº 8.429/1992 veicula norma de caráter especial, cuja incidência se restringe aos aspectos punitivos dos atos de improbidade. Nessa condição, não tem o condão de revogar nem modificar as regras anteriores, na forma do art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e, por conseguinte, não afeta a legitimidade estatuída nos arts. 1º, VIII, c/c 5º, III e IV, da Lei nº 7.347/1985, ou em outros diplomas legais.

2 A LEGITIMIDADE EM FACE DAS DEMAIS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 14.230/2021

Além das premissas estabelecidas no tópico anterior afastarem eventual dúvida sobre as pessoas jurídicas lesadas por atos ímprobos terem a faculdade de requerer a reparação ao erário, uma leitura sistêmica da Lei nº 14.230/2021 indicará que, antes de enfraquecer essa legitimidade, a reforma legislativa a reforçou.

O novel art. 17, §16, da Lei nº 8.429/1992, prevê expressamente que quando determinado ilícito administrativo não ensejar a imposição das penalidades dos atos de improbidade, por não estarem presentes todos os requisitos necessários para

tanto, o feito deve ser convertido em ação civil pública, com o propósito de que os demais aspectos da irregularidade constatada sejam sanados por essa via.

A escolha política também foi retratada com a inclusão do art. 17-D, parágrafo único, na Lei nº 8.429/1992, cujo teor dispõe que as ações de improbidade não podem ser utilizadas para a proteção do patrimônio público ou para apurar a responsabilidade pelos danos a ele causados. Ficou definido que essas pretensões, bem como a discussão sobre eventuais consequências civis ou administrativas que permeiam os atos ímprobos, a exemplo do ressarcimento ao erário ou do controle de legalidade do ato administrativo, deve se dar no campo da ação civil pública.

O cenário jurídico inaugurado pela Lei nº 14.230/2021, portanto, instituiu uma nova roupagem ao microsistema da proteção da probidade: enquanto os demais aspectos do ilícito administrativo devem ser tutelados por meio da ação civil pública, os ditames da Lei nº 8.429/1992 ficam reservados apenas para um viés punitivo, pois, nos termos do caput do já citado art. 17-D, a ação de improbidade administrativa se torna “repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público”.

Aliás, é por esse motivo que a nova redação do art. 17, caput, da Lei nº 8.429/1992 estabeleceu uma legitimidade exclusiva ao Ministério Público. Como o diploma legal em voga passou a regular apenas o caráter sancionatório dos atos ímprobos, trata-se de consequência lógica da opção adotada restringir o rol de legitimados para atuar nas ações de improbidade, principalmente para conferir uma racionalidade sistêmica ao ordenamento jurídico e se aproximar do regramento que vigora no direito penal, em que a titularidade das ações também é privativa da instituição ministerial (art. 129, I, da Constituição Federal).

Fica claro que a atuação do Ministério Público só será privativa na seara repressiva, quando postular a cominação da perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio público, da perda da função pública, da suspensão dos direitos políticos, do pagamento de multa civil e da proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios.

Nos demais casos, por expressa disposição do art. 17, §16, e do art. 17-D, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.429/1992, incluídos pela Lei nº 14.230/2021, as consequências civis e administrativas dos atos ímprobos serão regidas pela Lei nº 7.347/1985, e, desse modo, poderão atuar na reparação dos prejuízos causados ao patrimônio público todos aqueles que tiverem sua legitimidade atestada pelo seu art. 5º.

É verdade que o Ministério Público se encontra dentre os legitimados elencados no rol desse dispositivo, podendo formular o pedido reparatório também mediante o manejo de ação civil pública. Tal faculdade, aliás, é chancelada pela Súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

Entretanto, essa atribuição sempre competiu precipuamente à própria pessoa jurídica lesada pelo ato ímprobo. Teori Zavascki lecionava que a defesa do patrimônio público pela via judicial cabia, em primeiro lugar, aos “órgãos da advocacia e da

consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei”. Para ele, “a intervenção do Ministério Público (...) somente se justifica em situações não ordinárias, ou seja, em situações especiais”⁶²³.

Esse posicionamento encontra amparo na Constituição Federal, cujas disposições devem ser interpretadas de modo a garantir a máxima efetividade da defesa do patrimônio público e a conferir ampla legitimidade na proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos. Henrique da Rosa Ziesemer assevera que o objetivo é assegurar que a tutela jurídica do erário não seja insatisfatória, razão pela qual “outros entes públicos possuem idêntico dever (e legitimidade processual) de bem gerir o patrimônio público e social. A legitimidade é concorrente tanto para o zelo quanto para o manejo da ação judicial”⁶²⁴.

A importância dos entes federativos poderem agir judicialmente nas demandas que versem sobre o patrimônio público também se justifica pelo fato de que, nesses casos, as características da autotutela e da executoriedade dos atos administrativos não são suficientes para que a Administração Pública tutele satisfatoriamente o erário, ao contrário dos demais interesses difusos e coletivos, sendo imprescindível recorrer à via judicial para recuperar tais valores:

Mas talvez a hipótese mais significativa de ACP proposta por pessoas públicas diga respeito à preservação do patrimônio público (desvio de verbas, depreciação de bens públicos, etc.). Isso porque, na ampla maioria dos outros casos [meio ambiente, patrimônio cultural, infância e juventude], a Administração Pública dispõe do poder de autotutela e da executoriedade dos atos administrativos. Contudo, para o ressarcimento dos danos ao Erário, tais atributos não são suficientes: necessário se faz o ajuizamento de demandas específicas. Por isso que, em caso de desvio de verbas públicas, por exemplo, o STJ reconheceu a legitimidade ativa de Município “para pleitear ressarcimento contra ex-prefeito por malversação de verbas repassadas por convênio, eis que incorporadas à pessoa federativa local” (REsp. 1.134.780)⁶²⁵.

De qualquer modo, a preferência da pessoa jurídica prejudicada pleitear a reparação ao erário foi positivada pela Lei nº 14.230/2021 com a inclusão do art. 18, §§ 1º e 2º, na Lei nº 8.429/1992, que prevê a incumbência da própria vítima liquidar o dano suportado e ulteriormente promover o cumprimento da sentença, atribuição que só poderá ser desempenhada pelo Ministério Público quando for verificada inércia por prazo superior a seis meses.

Assim, até mesmo sob a perspectiva das alterações promovidas pela Lei

⁶²³ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 156-157.

⁶²⁴ ZIESEMER, Henrique da Rosa. Interesses e direitos difusos e coletivos. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 111-112.

⁶²⁵ MOREIRA, Egnon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. Comentários à lei de ação civil pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 337-338.

nº 14.230/2021, tem-se que não foi afastada a legitimidade das pessoas jurídicas lesadas postularem a reparação de dano ao patrimônio público, mas tão somente que tal pretensão não pode mais ser exercida por elas no bojo da ação de improbidade administrativa. Vale dizer, continua sendo plenamente possível o ajuizamento das demandas ressarcitórias pelas vítimas dos atos ímprobos, mas não com amparo na Lei nº 8.429/1992, e sim com fundamento na Lei nº 7.347/1985 ou em qualquer outro diploma legal pertinente.

3 A LEGITIMIDADE PERANTE A ORDEM CONSTITUCIONAL

Por fim, cabe mencionar que mesmo se o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 pretendesse afastar a legitimidade das pessoas jurídicas lesados pelo atos ímprobos postularem o ressarcimento ao erário, o seu conteúdo seria inconstitucional.

É que o art. 129, §1º, da Constituição Federal expressamente determina que a atuação do Ministério Público nas ações de proteção ao patrimônio público não afasta a prerrogativa de terceiros igualmente legitimado atuarem no mesmo sentido. Para o Supremo Tribunal Federal, o dispositivo constitucional assegura o direito do ente público prejudicado agir na recomposição do erário, mesmo quando haja a intervenção de outros colegitimados (RE nº 409.356 e RE nº 208.790).

Essa linha de raciocínio foi levada em consideração pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal quando apreciou o então Projeto de Lei nº 2.505/2021, que culminaria na atual Lei nº 14.230/2021. O Parecer nº 14/2021 destacou que a minuta do art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 só seria compatível com o ordenamento jurídico enquanto a legitimidade exclusiva por ela estabelecida versasse apenas sobre os aspectos sancionatórios da improbidade administrativa, pois a pretensão de transferir a incumbência de proteção do patrimônio público unicamente ao Ministério Público seria contrária aos ditames constitucionais.

A Comissão também foi contundente ao enfatizar que a possibilidade dos entes lesados requererem a reparação dos danos causados pelos atos ímprobos jamais poderia ser afastada por meio de lei ordinária, na medida em seu fundamento jurídico advém diretamente do art. 37, §5º, da Constituição Federal, segundo o qual, “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”:

O § 1º do artigo 129 da Constituição dispõe expressamente que a legitimação do Ministério Público para as ações civis a ele incumbidas não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, de modo que, de princípio, o Projeto de Lei nº 2.505, de 2021, padece de inconstitucionalidade ao excluir a legitimidade das pessoas jurídicas interessadas (...) Referindo-se o § 1º do artigo 129 da Constituição às ações civis (públicas), a alteração da natureza jurídica das ações de improbidade administrativa na legislação, reconhecendo-as como ações sancionatórias, de caráter repressivo, afasta a referida condicionante constitucional da legitimação para

a causa a terceiros. (...) A definição explícita, clara e incontroversa de que as ações de improbidade administrativa, destinadas à imposição de sanções pessoais, não se confundem com as ações civis públicas, cuja vocação é a proteção do patrimônio público e social (...) esvazia eventual pecha de inconstitucionalidade do Projeto de Lei nº 2.505, de 2021. É importante ressaltar, por fim, que a exclusividade do Ministério Público, na forma do Projeto de Lei nº 2.505, de 2021, para propor ação de improbidade administrativa – com base no § 4º do artigo 37 da Constituição –, não exclui o direito das pessoas jurídicas de direito público interno ajuizarem as competentes ações de ressarcimento, cujo fundamento de validade constitucional é outro, o § 5º do artigo 37 da Constituição, e que, nessa qualidade, a respectiva pretensão já foi reconhecida como imprescritível pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em sede de repercussão geral (RE nº 852.475, Red. Min. Edson Fachin, julgado em 08/08/2018).

Aliás, seria uma contradição negar o direito de determinada pessoa jurídica de direito público postular o ressarcimento dos danos suportados quando essa faculdade é conferida a qualquer indivíduo no regramento civilista. O art. 186 do Código Civil dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, enquanto o art. 927 do mesmo diploma legal assevera que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

De fato, antes de ser uma benesse legislativa voltada às vítimas dos atos ímprobos, a reparação do dano é um imperativo inerente ao sistema de responsabilidade civil e uma consequência lógica da prática de qualquer conduta ilícita. Não por acaso, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXIII, confere aos cidadãos no geral a legitimidade para anular ato lesivo ao patrimônio público mediante o manejo de ação popular.

Portanto, o ressarcimento ao erário é um direito constitucionalmente tutelado das pessoas jurídicas prejudicadas, insuscetível de ser afastado por meio de uma lei ordinária, a exemplo da Lei nº 14.230/2021.

4 A LEGITIMIDADE E AS POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO NO CASO CONCRETO

Estabelecida essas premissas, é pertinente explorar os cenários que a pessoa jurídica lesada pelos atos ímprobos pode se deparar no cotidiano processual e quais são as escolhas que ela pode adotar para melhor atender ao interesse público no caso concreto.

Em primeiro lugar, cita-se que já tendo sido proposta a ação de improbidade pelo Ministério Público, a vítima do ilícito administrativo poderá optar por intervir no processo, apresentando seus argumentos e externando as suas pretensões na forma do art. 17, §14, da Lei nº 8.429/1992. Ao final da ação, se os pedidos ministeriais forem julgados procedentes, os réus serão automaticamente condenados ao ressarcimento ao erário, por determinação do art. 18, caput, cabendo primordialmente ao próprio ente federativo prosseguir no cumprimento da sentença, consoante previsão do §1º, do mesmo dispositivo legal.

Esta opção é particularmente vantajosa pela economia processual que promove, pois centraliza em uma única ação a produção de provas acerca do ato ímprobo e da ocorrência de dano ao erário, bem como possibilita que a pessoa jurídica lesada já esteja ciente das nuances do processo e possa desde logo fixar as estratégias processuais mais adequadas para obter êxito na fase executiva. Além disso, a segurança jurídica é sensivelmente prestigiada, pois diminui-se o risco de decisões conflitantes caso a demanda ressarcitória seja promovida em via apartada.

No entanto, quando os aspectos punitivos da conduta ímproba apresentarem uma complexidade anormal, quando existir um número expressivo de réus ou quando as particularidades fáticas indicarem que o trâmite processual pode ser demasiadamente lento, é possível que a pessoa jurídica interessada repute mais oportuno buscar o ressarcimento ao erário de forma desvinculada da atuação do Ministério Público. Tal escolha é perfeitamente válida na ordem jurídica e pode ser viabilizada pelo ajuizamento de ação civil pública, com fundamento nos arts. 1º, VIII, c/c 5º, III e IV, da Lei nº 7.347/1985.

É importante salientar essa opção não depende da sorte de eventual ação de improbidade proposta pelo Ministério Público, sendo absolutamente dispensável esperar o trânsito em julgado ou mesmo o seu ajuizamento para concretizar em juízo as pretensões ressarcitórias com base na Lei nº 7.347/1985, sobretudo porque legitimidade ali conferida é concorrente e disjuntiva. Isso significa que todos os legitimados desse diploma normativo podem atuar de forma dissociada, conforme destaca Hugo Nigro Mazzilli:

É concorrente e disjuntiva a legitimação ativa para a propositura de ações civis públicas ou coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois cada um dos colegitimados pode ajuizar essas ações, quer litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente. É concorrente, porque todos os colegitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC podem agir em defesa de interesses individuais; é disjuntiva porque não precisam comparecer em litisconsórcio⁶²⁶

A possibilidade da vítima atuar na defesa do patrimônio público de modo independente do Ministério Público permanece hígida inclusive se as sanções da conduta dolosa de improbidade estiverem prescritas, pois, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal já definiu que as ações de ressarcimento desses atos são imprescritíveis (RE nº 852.475).

Logo, o fato de eventualmente não ter sido reconhecida a prática de ato ímprobo não afeta a autonomia entre a ação de improbidade e a de ressarcimento, pois o art. 17, caput, da Lei nº 8.429/1992, estabeleceu uma legitimidade exclusiva para o Ministério Público apenas no tocante à aplicação das sanções. Não há, portanto, nenhum óbice para que o reconhecimento do dano ao erário seja postulado como

⁶²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e patrimônio público*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 354.

causa de pedir na ação de reparação dos danos, de modo incidental, uma vez que a declaração de que foi praticado um ato de improbidade doloso não será acompanhada da cominação das penalidades correspondentes.

Tal entendimento, aliás, já era encampado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.261.660) e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (AI nº 0048736-96.2021.8.16.0000, AI nº 0038471-06.2019.8.16.0000 e AI nº 0019088-42.2019.8.16.0000), antes mesmo do advento da Lei nº 14.230/2021.

Por fim, cabe mencionar que recentemente o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, concedeu medida cautelar para dar ao art. 17, caput, da Lei nº 8.429/1992 interpretação conforme a Constituição Federal, no sentido de que as pessoas jurídicas interessadas possuem legitimidade concorrente com o Ministério Público para a propositura de ação por improbidade administrativa (MC na ADI nº 7.042).

Sem adentrar o mérito do acerto ou não da decisão monocrática, é certo que, sem prejuízo das possibilidades acima elencadas, foi disponibilizado mais um instrumento para as vítimas dos atos ímprobos postularem o ressarcimento ao erário. Ao menos até o Plenário do Supremo Tribunal Federal se pronunciar sobre a liminar concedida, elas podem se valer também da ação de improbidade administrativa, mas agora na condição de parte autora e com fundamento no art. 17, caput, da Lei nº 8.429/1992, e não na de mera interveniente, nos termos do já exposto §4º do mesmo dispositivo legal.

CONCLUSÕES

A redação conferida pela Lei nº 14.230/2021 ao art. 17, caput, da Lei nº 8.429/1992 – estatuindo legitimidade exclusiva ao Ministério Público para a propositura de ação de improbidade administrativa –, veicula norma de caráter especial, cuja incidência se restringe aos aspectos punitivos dos atos de improbidade. Nessa condição, não tem o condão de revogar nem modificar as regras anteriores, na forma do art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e, por conseguinte, não afasta a legitimidade das pessoas jurídicas lesadas pelo ato de improbidade administrativa para o ajuizamento da ação civil pública de ressarcimento ao erário, prevista nos arts. 1º, VIII, c/c 5º, III e IV, da Lei nº 7.347/1985, no art. 19, §4º da Lei nº 12.846/2013, ou em outros diplomas legais.

Esse entendimento também é reforçado pela interpretação sistêmica de outros dispositivos introduzidos na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/2021, como o art. 17, §16, art. 17-D, parágrafo único, e art. 18, §§ 1º e 2º, na Lei nº 8.429/1992, que estabelecem uma nova roupagem ao microsistema da proteção da probidade: enquanto os demais aspectos do ilícito administrativo devem ser objeto de tutela por meio da ação civil pública, a aplicação das disposições da Lei nº 8.429/1992 fica reservada à esfera sancionadora, sem prejuízo da pessoa jurídica lesada promover a liquidação do dano suportado e posteriormente o cumprimento da sentença da ação de improbidade administrativa, atribuição que só poderá ser desempenhada pelo Ministério Público quando for verificada inércia por prazo superior a seis meses.

E, ainda que as modificações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021 pretendessem afastar a legitimidade das pessoas jurídicas lesadas pelos atos ímprobos

para postular o ressarcimento ao erário, haveria intransponível óbice constitucional, na medida em que o art. 129, §1º, da Constituição Federal expressamente determina que a atuação do Ministério Público nas ações de proteção ao patrimônio público não afasta a prerrogativa de terceiros igualmente legitimado atuarem no mesmo sentido. A impossibilidade de ressarcimento esbarraria também no próprio sistema de responsabilidade civil consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que prevê essa medida como uma consequência lógica da prática de qualquer conduta ilícita, a exemplo dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

O panorama jurídico atual, portanto, permite que a pessoa jurídica postule o ressarcimento ao erário com fundamento: (i) no art. 17, §14, c/c art. 18, caput e §1º, da Lei nº 8.429/1992, na condição de interveniente de ação de improbidade administrativa previamente proposta pelo Ministério Público; (ii) nos arts. 1º, VIII, c/c 5º, III e IV, da Lei nº 7.347/1985, na condição de parte autora de ação civil pública; (iii) no art. 17, caput, da Lei nº 8.429/1992, na condição de parte autora de ação de improbidade administrativa, cuja legitimidade está amparada na medida cautelar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.042, que conferiu interpretação conforme a Constituição Federal para que o dispositivo também albergue a legitimidade das pessoas jurídicas interessadas proporem, em nome próprio, ação de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, fev. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. DF, fev. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF, fev. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347compilada.htm. Acesso em: 10 de março de 2022.
- BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal e dá outras providências. Brasília, DF, fev. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF, fev. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre a improbidade administrativa. Brasília, DF, fev. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Parecer nº 14 de 2021 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Brasília, Senado Federal, set. 2021. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9022430&ts=1641233524232&disposition=inline>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Projeto de Lei n. 10.887, de 2018. Altera a Lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, Câmara dos Deputados, nov. 2018. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020181107001820000.PDF#page=50>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.676.600. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 28 de junho de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701337522&dt_publicacao=02/08/2021. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.616.365. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 23 de outubro de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601940944&dt_publicacao=30/10/2018. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.839.345. Relator: Ministro Sérgio Kukina, 24 de agosto de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902806791&dt_publicacao=31/08/2020. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 622.234. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 1º de outubro de 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200400120110&dt_publicacao=15/10/2009. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.261.660. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, 24 de março de 2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100798801&dt_publicacao=16/04/2015. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 329. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça [2006]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/sumstj/article/download/5669/5792>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.042. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 17 de fevereiro de 2022. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349715946&ext=.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 208.790. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 27 de setembro de 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=241910>. Acesso em: 10 mar. 2022.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 409.356. Relator: Ministro Luiz Fux, 25 de outubro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753346972>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 852.475. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 8 de agosto de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339769948&ext=.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 0019088-42.2019.8.16.0000. Relatora: Desembargadora Maria Aparecida Blanco de Lima, 16 de julho de 2019. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/410000009622961/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0019088-42.2019.8.16.0000#>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 0038471-06.2019.8.16.0000. Relator: Desembargador Leonel Cunha, 3 de março de 2019. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000010435921/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0038471-06.2019.8.16.0000#>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 0048736-96.2021.8.16.0000. Relator: Desembargador Hamilton Rafael Marins Schwartz, 6 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000018534181/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0048736-96.2021.8.16.0000>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 0002521-83.2014.8.16.0137. Relatora: Desembargadora Cristiane Santos Leite, 30 de março de 2020. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000011141631/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0002521-83.2014.8.16.0137>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 0006998-45.2017.8.16.0170. Relatora: Desembargadora Regina Helena Afonso de Oliveira Portes, 20 de agosto de 2019. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000009343401/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0006998-45.2017.8.16.0170>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5006186-85.2013.4.04.7004. Relator: Desembargador Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, 13 de outubro de 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40002659714&versao_gproc=4&crc_gproc=dfe4934f. Acesso em: 10 de março de 2022.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e patrimônio público*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MOREIRA, Egnon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à lei de ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- VITORELLI, Edilson *et al* (org.). *Manual de direitos difusos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ZIESEMER, Henrique da Rosa. *Interesses e direitos difusos e coletivos*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

TOQUES DE GOVERNANÇA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: DESAFIOS PARA A GESTÃO PÚBLICA

Cláudio Smirne Diniz⁶²⁷, Hirminia Dorigan de Matos Diniz⁶²⁸

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo está a lidar com significativas inovações trazidas pela nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021⁶²⁹). A relevância do tema é indiscutível, porque grande parcela dos orçamentos públicos destina-se ao adimplemento das obrigações fundadas em contratos administrativos, tendo em vista que esses, ao contrário do que ocorre no regime jurídico de direito privado, são necessariamente precedidos do procedimento licitatório (CF, art. 37, XXI⁶³⁰).

A disciplina das licitações envereda-se por campos extremamente sensíveis, a desafiar a própria contenção do exacerbado poder econômico estatal, capaz de definir preços de produtos e serviços; e, ao mesmo tempo, encontra resistência nos grupos privados de pressão, alguns, infelizmente, com relações estreitas com práticas corruptivas⁶³¹.

Observa-se que há certo consenso em relação ao ponto de que uma nova lei seria efetivamente necessária. Em que pese a importância da Lei nº 8.666/1993, inegável seu formalismo excessivo, possivelmente anacrônico em relação ao dinamismo exigido da Administração Pública contemporânea.

Assim, a Lei busca maior eficiência nas contratações públicas, o que reivindica o uso de novas tecnologias, como bem ilustra a preferência pelos procedimentos eletrônicos (art. 17, § 2º); e a utilização de sistemas de integridade nas contratações.

A nova Lei inspira-se em regimes de contratação previstos em leis especiais, notadamente na Lei do Pregão e no Regime Diferenciado de Contratação, além de orientações jurisprudenciais já sedimentadas sobre o tema, consolidando, agora,

⁶²⁷ Doutor em Direito (PUC/PR). Professor do PPGD da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Endereço: E-mail: claudio.diniz@tjpr.jus.br

⁶²⁸ Doutoranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora de Direito à Educação. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: hirminia@mppr.mp.br

⁶²⁹ Trata-se de matéria de competência legislativa concorrente, sendo a competência privativa da União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios [...]” (CF, art. 22, XXVII). Precedente: ADI 1.746. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18-9-2014, P. DJE de 13-11-2014.

⁶³⁰ “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

⁶³¹ “Corruption is one of the main obstacles to sustainable economic, political and social development, for developing, emerging and developed economies alike. Overall, corruption reduces efficiency and increases inequality. Estimates show that the cost of corruption equals more than 5% of global GDP (US\$ 2.6 trillion, WorldEconomic Forum) with over US\$ 1 trillion paid in bribes each year (World Bank). It is not only a question of ethics; we simply cannot afford such waste” (OECD. *CleanGovBiz Initiative*. Disponível em: <https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>).

em um único texto, institutos e sistemáticas que até então encontravam-se dispersos e com aplicação restrita.

Exemplo disso é a inversão das fases da licitação, de tal maneira que o julgamento anteceda a habilitação, conferindo maior eficiência e celeridade ao procedimento. Tal inovação já havia sido adotada na Lei do Pregão, no Regime Diferenciado de Contratação, nas Estatais e nas Concessões.

Agora, todas as licitações e contratações públicas passam a ser regidas por uma única Lei, à exceção das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, as quais permanecem submetidas ao regramento da Lei nº 13.303, de 30.06.2016, ressalvadas as disposições referentes aos crimes licitatórios (art. 1º, § 1º). Submetem-se ao dever de licitar, além dos órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art. 37, XXI).

Constitui-se o procedimento administrativo licitatório em instrumento utilizado para a contratação, com terceiros, de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, por meio do qual é selecionada, por critérios objetivos, a proposta mais vantajosa, na perspectiva do interesse público. Por outro lado, assegura-se, em tais procedimentos, a igualdade de tratamento e de oportunidades entre os interessados em contratar com a Administração Pública.

São pressupostos lógicos da licitação a existência de pluralidade de objetos e pluralidade de ofertantes; e pressuposto jurídico, a constatação de que a licitação possa se constituir em meio apto para a Administração atender ao interesse que deve prover. Pretende-se destacar, no presente ensaio, as finalidades a serem atingidas pelo procedimento licitatório e a contribuição das práticas de governança, oriundas da gestão privada, para a consecução de tais objetivos, sendo certo que essa nova postura implica em substancial modificação e aperfeiçoamento das rotinas administrativas.

1 FINALIDADES

Os objetivos do procedimento licitatório estão elencados no art. 11, *caput*, da Lei nº 14.133/2021⁶³². Em síntese, quer-se, com a licitação, selecionar a proposta que melhor atenda às necessidades da Administração Pública, “inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”. Vale dizer, deverá ser considerada, como critério seletivo, a durabilidade da solução apresentada, uma vez que, eventualmente, produtos de valores mais baixos podem ser menos duráveis e, portanto, implicarem em maiores custos a longo prazo.

Objetiva-se, também, a justa competição e o tratamento isonômico entre os licitantes. Pondera-se, todavia, que a vedação de qualquer favorecimento

⁶³² Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

a determinado licitante, em detrimento dos demais, não impede que seja encetada disciplina diferenciada a particulares legalmente protegidos, a exemplo do que ocorre com as microempresas e empresas de pequeno porte.

O procedimento licitatório pretende coibir contratações superfaturadas ou, ao contrário disso, com preços manifestamente inexequíveis. Pretende-se, igualmente, incentivar a inovação tecnológica e o desenvolvimento sustentável, vetor que abrange aspectos ambientais e socioeconômicos, tais como a preservação do meio ambiente, o pleno emprego, o fomento às pequenas empresas. Para o atingimento de tais finalidades, as boas práticas, aglutinadas na concepção do que se denomina como governança pública, credenciam-se como indispensáveis instrumentos.

2 GOVERNANÇA PÚBLICA

Entende-se por governança o sistema de regras de controle e direção, idealizado no âmbito da Ciência da Administração, a que se submete determinada organização, com o propósito de aprimorar seu desempenho. Trata-se de prática marcada, dentre outros aspectos, pelo caráter de prevenção (e não de repressão) aos desvios e à inadequada utilização de recursos.

A ideia de governança pública está associada “à estruturação dos órgãos estatais e à organização de seu funcionamento, de modo a assegurar níveis elevados de objetividade, eficiência e legitimidade”, por meio da “segregação de funções, a existência de órgãos dotados de competências específicas para desenvolvimento das atividades-fim (em uma acepção ampla) e à adoção de órgãos de controle interno e externo da regularidade da atuação dos diversos agentes” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 264).

O art. 7º da Lei nº 14.133/2021 trata especificamente do tema:

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

§ 1º A autoridade referida no *caput* deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

§ 2º O disposto no *caput* e no §1º deste artigo, inclusive os requisitos

estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.

Anteriormente, a Instrução Normativa Conjunta nº 1/2016 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Controladoria Geral da União já tratava da implantação de práticas de governança no âmbito do Poder Executivo Federal, associando a elas “mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”.

De igual forma, o Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, também se ocupava da política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional (art. 2º, III). Contemplava os seguintes princípios: capacidade de resposta, integridade, confiabilidade, melhoria regulatória, prestação de contas, responsabilidade e transparência (art. 3º).

Importa destacar que o conceito de transparência⁶³³ mostra-se mais amplo que o de publicidade. Enquanto esse encontra-se restrito às formas de divulgação dos atos administrativos, aquele abrange a acessibilidade das informações, de forma integral, sem necessidade de requerimento (transparência ativa), a serem disponibilizadas em arquivos abertos, que permitam o tratamento de dados.

Isso porque, a simples oferta de dados, “em tempos de desenvolvimento tecnológico, se apresentados sem uma arquitetura minimamente compreensível, podem se tornar muito mais uma ferramenta de ocultação do que de revelamento” (VALLE, 2014).

É exatamente o que José Joaquim Gomes Canotilho denomina de “direito de arquivo aberto” (CANOTILHO, 2003, p. 516):

O direito ao arquivo aberto deve hoje conceber-se não apenas como o direito a obter informações por parte dos cidadãos, mas também como direito a uma *comunicação aberta* entre as autoridades e os cidadãos. A comunicação aberta implicará, entre outras coisas, o dever de a administração *fornecer activamente informações* (ex.: colocar os dados informativos na Internet, criar *sites* adequados, ofertas *on-line*).

O imperativo da governança indica o dever de implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos, voltados à identificação de vulnerabilidades; adotar mecanismos de controle interno, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos. De igual modo, é necessário promover um ambiente de integridade e confiabilidade para as contratações, do que se esperam resultados eficientes e efetivos⁶³⁴.

⁶³³ Na ordem jurídica interna, o acesso às informações constitui-se em direito fundamental: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (CF, art. 5º, XXXIII).

⁶³⁴ Art. 11, parágrafo único: “A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das

3 GOVERNANÇA NAS AQUISIÇÕES: PLANEJAMENTO E O PLANO DE CONTRATAÇÕES ANUAL

O planejamento, fundado na previsão tempestiva de contratações, é visto como instrumento de intensificação da eficiência, inserindo-se, portanto, no ambiente da governança (art. 18). Sua concretização depende de que cada unidade da Administração venha a estimar suas necessidades de contratação, encaminhando-as a setor responsável pela correspondente consolidação e compatibilização.

O passo seguinte seria o exercício decisório, pela autoridade competente, no sentido de avaliar as demandas. “Essas decisões deverão ser adotadas tomando em vista o planejamento estratégico, os demais instrumentos de planejamento de médio e longo prazo e as disponibilidades previsíveis” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 274).

Nessa linha, a governança nas aquisições exige a instituição de plano de contratações anual (art. 12, VII⁶³⁵), concebido com propósitos de racionalização, de forma a evitar compras episódicas ou aleatórias, tendentes ao desperdício ou à perda de escala.

Pretende-se, também, com a referida ferramenta, garantir a observância do alinhamento com o planejamento estratégico, assim como constitui-se em elemento de subsídio para a elaboração das respectivas leis orçamentárias (art. 11, parágrafo único). Deverá o plano ser divulgado na internet e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e execução dos contratos (art. 12, § 1º).

A elaboração do plano de contratações anual será disciplinada em regulamento, a ser editado no âmbito de cada ente federado. No âmbito da União, o Decreto nº 10.947, de 25.01.2022, regulamenta o inc. VII do art. 12 da Lei nº 14.133/2021, “para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”⁶³⁶.

É também previsto o estudo técnico-preliminar, por meio do qual se identifica o problema e idealiza-se a melhor solução, “de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação” (art. 18, § 1º⁶³⁷).

contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no *caput* deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações”.

⁶³⁵ Art. 12, VII: “a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias”.

⁶³⁶ O art. 5º do Decreto estabelece seus respectivos objetivos: “A elaboração do plano de contratações anual pelos órgãos e pelas entidades tem como objetivos: I - racionalizar as contratações das unidades administrativas de sua competência, por meio da promoção de contratações centralizadas e compartilhadas, a fim de obter economia de escala, padronização de produtos e serviços e redução de custos processuais; II - garantir o alinhamento com o planejamento estratégico, o plano diretor de logística sustentável e outros instrumentos de governança existentes; III - subsidiar a elaboração das leis orçamentárias; IV - evitar o fracionamento de despesas; e V - sinalizar intenções ao mercado fornecedor, de forma a aumentar o diálogo potencial com o mercado e incrementar a competitividade”.

⁶³⁷ “§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo deverá evidenciar

O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar: I - condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado; II - processamento por meio de sistema de registro de preços, quando pertinente (art. 40).

4 GESTÃO DE RISCOS

A governança pressupõe, também, a gestão de riscos, instrumentalizada por cláusula de “matriz de alocação de riscos” (art. 22⁶³⁸). Os riscos, relativos a eventos supervenientes, serão alocados “entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados” (art. 103, *caput*), de forma que o equilíbrio econômico-

o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos: I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público; II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração; III - requisitos da contratação; IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala; V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar; VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação; VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso; VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação; IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual; XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável; XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina”.

⁶³⁸ Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo. § 1º A matriz de que trata o *caput* deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual. § 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto: I - às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento; II - à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual; III - à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado. § 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado. § 4º Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

financeiro do contrato será considerado mantido, todas as vezes em que eventuais impactos no contrato estejam contemplados, e, portanto, absorvidos, pela matriz de riscos (art. 103, § 5º⁶³⁹).

A definição prévia dos riscos, com a correspondente distribuição entre as partes contratantes, contribui para a redução de “custos extraordinários em razão de surpresas e esvazia os litígios, tornando harmoniosa a relação entre as partes” (GARCIA; MOREIRA, 2020, p. 47).

5 GESTÃO POR COMPETÊNCIAS E SEGREGAÇÃO DAS FUNÇÕES

A gestão por competências (art. 7º), diretriz advinda de “concepção organizacional quanto à gestão de pessoas, caracterizada por privilegiar a adequação entre atribuições e qualificações do sujeito” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 196), também está prevista na concepção da governança.

Trata-se de conceito relacionado à estipulação das atribuições de cada função administrativa, a ser definida consoante os atributos exigidos para o correspondente desempenho, sempre associada a critérios produtores de avaliação, destacando-se, neste ponto, a função dos tribunais de contas de promover a capacitação dos servidores⁶⁴⁰.

Os comandos contidos no art. 7º obrigam a “autoridade máxima do órgão ou da entidade” e podem ensejar sua responsabilização pessoal (JUSTEN FILHO, 2021, p. 195):

A ausência de implantação da gestão por competências no âmbito do órgão ou da entidade, a inobservância da separação de funções e a designação de agentes sem observância das imposições do art. 7º configuram infração a dever legal expresso. A configuração dessa infração independe da consumação de dano ao patrimônio da Administração, eis que se trata de ilícito formal. A consumação de algum dano patrimonial impõe o agravamento do sancionamento, mas não se constitui em requisito para tanto.

Da gestão por competências decorre a regra da segregação das funções (art. 7º, § 1º), consistente na pulverização das atribuições a agentes públicos diversos, conduzindo à especialização, com inegáveis ganhos de eficiência.

Tal prática também se justifica, porque, ao evitar a acumulação de atribuições em um único ou em poucos agentes, minimizam-se os conflitos de interesse, reduzem-se os riscos de fraudes, assim como é facilitada a apuração de falhas ou desvios.

⁶³⁹ § 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere: I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do *caput* do art. 124 desta Lei; II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

⁶⁴⁰ “Art. 173. Os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas”.

6 PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (PNCP)

Fica instituído, nos termos do art. 174, o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), iniciativa que promete substituir rotinas arcaicas “por uma nova visão gerencial, orientada para resultados, que promove os princípios da transparência (*openness*), integridade (*integrity*) e responsividade (*accountability*) típicos de uma boa governança pública” (VIEIRA; FURTADO, 2021, p. 105).

No PNCP constará cadastro unificado de proponentes e licitantes, capaz de conferir maior transparência aos procedimentos e padronizar a forma de divulgação. Nele estarão concentradas as divulgações das licitações de todos os entes públicos do país, inclusive de pequenos municípios, sem prejuízo de que, facultativa e complementarmente, cada qual mantenha sítio eletrônico de divulgação própria.

Trata-se de plataforma complexa, com muitas facilidades, cuja adoção, além da evidente redução de custos de divulgação, especialmente os que incidem na correspondente publicação em jornais impressos de grande circulação, permite a comparação de custos, evitando o sobrepreço⁶⁴¹; facilita as buscas em relação às compras e alienações públicas; intensifica o exercício da atividade dos variados órgãos de controle.

Nesse sentido (VIEIRA; FURTADO, 2021, p. 107):

O PNCP é uma ferramenta de gestão das compras públicas e sua adequada implementação permitirá administrar melhor as informações sobre os processos (monitorar e avaliar), ampliar a competição (fortalecer a relação preço-qualidade), fomentar a participação (aperfeiçoar o planejamento), fortalecer o controle social e, dessa forma, favorecer o aprendizado, incentivar a inovação e aprimorar o sistema nacional de compras públicas, buscando o que é tão caro à democracia brasileira: a confiança do cidadão no processo de compras públicas.

Destaca-se a necessidade de divulgação do valor contratado em cotejo com o valor efetivamente pago, permitindo melhor visualização dos corriqueiros aditivos celebrados ao longo da execução contratual.

Importa, outrossim, e com os mesmos propósitos antes mencionados, a criação de sistema unificado de registro de preços.

7 PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

Os programas de integridade são mecanismos gerenciais destinados a “impedir desvios éticos e práticas de fraude a terceiros, inclusive aqueles atinentes

⁶⁴¹ O Tribunal de Contas da União há muito orientava referida prática: “Licitação. Orçamento estimativo. Elaboração. É recomendável que a pesquisa de preços para a elaboração do orçamento estimativo da licitação não se restrinja a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, adotando-se, ainda, outras fontes como parâmetro, como contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados, portais oficiais de referenciamento de custos” (TCU. Acórdão 2816/2014. Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro).

à corrupção. Esses programas envolvem a implantação de controles internos muito rígidos, especialmente no tocante ao destino de verbas e recursos de titularidade da empresa” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 417).

O art. 41 do Decreto federal nº 8.420/2015, que regulamentou a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), conceitua programa de integridade⁶⁴²:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Destaca-se a necessidade de ser instituída, na estrutura da organização, instância competente para a aplicação e fiscalização do cumprimento do programa, que possa desenvolver suas atividades com plena autonomia (Dec. 8.420/2015, art. 42, IX). O controle interno deve estar apto a elaborar relatórios e demonstrações financeiras, atestando sua confiabilidade (Dec. 8.420/2015, art. 42, VII)

Nas hipóteses de contratações de grande vulto, definidas como aquelas cujo valor estimado da contratação supera duzentos milhões de reais (art. 6º, XII), o edital

⁶⁴² O art. 42 do Decreto estabelece os parâmetros de avaliação do programa de integridade: “Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos”.

deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de seis meses, contado da celebração do contrato (art. 25, § 4º).

Por outro lado, o desenvolvimento de programas de integridade, conforme orientação dos órgãos de controle, constitui-se em critério geral de desempate entre as propostas dos licitantes (art. 60).

A implantação ou o aperfeiçoamento de programas de integridade serão considerados na imposição e na dosimetria de sanções administrativas, tais como advertência, multa, impedimento de licitar e contratar, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (art. 156, § 1º, V).

E, uma vez aplicada sanção pela prática de atos lesivos à Administração Pública (art. 155, XII) ou em razão da apresentação de declaração/documentação falsa no certame ou durante a execução do contrato (art. 155, VIII), a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável é condição de reabilitação do licitante ou contratado (art. 163, parágrafo único).

A definição das medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo descumprimento das obrigações relacionadas a programas de integridade serão definidas em regulamento (art. 25, § 4º).

Importa, também, para a efetivação das medidas de *compliance*, a definição de competências e a capacitação dos gestores ou órgãos responsáveis pela aferição das medidas.

CONCLUSÕES

A Lei nº 14.133/2021 anuncia-se como instrumento hábil a promover a evolução do regime jurídico das licitações e contratações públicas, conferindo maior racionalidade e atualidade às demandas contemporâneas da Administração Pública, além do inegável incremento das perspectivas de controle.

Incorpora, a nova Lei, fundamentos da governança pública, associados ao compromisso de implementação de estruturas e processos voltados à identificação de vulnerabilidades, de mecanismos de controle interno e de ambiente de integridade e confiabilidade para as contratações.

Com isso, são trazidos ao campo da normatividade aspectos relacionados ao planejamento das aquisições, instrumentalizado, dentro outros, pelo plano de contratações anual; gestão de riscos, de maneira a distribuí-los, previamente, entre os contratantes, evitando-se infundáveis litígios de reequilíbrio econômico financeiro do contrato; gestão por competências e segregação das funções, ambos comprometidos com a pulverização do poder e com a valorização das habilidades específicas dos agentes públicos; a instituição de Portal Nacional de Contratações Públicas, em favorecimento da transparência e do controle; além de programas de integridade, conferindo ênfase à prevenção de ilícitos.

Em que pesem as críticas formuladas no sentido de que a Lei não inovou o tanto quanto deveria, indiscutível que se trata de importante sistemática para a consecução das finalidades do procedimento licitatório, constituindo-se em inegável contribuição para a eficiência das contratações públicas.

REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.
- GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- OECD. *CleanGovBiz Initiative*. Disponível em: <https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>
- VALLE, Vanice Lírio do. Lei nº 12.527/11 e o planejamento da ação estatal – Uma interpretação orientada a prevenir a desinformação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 87, p. 207-226, set./out. 2014.
- VIEIRA, James Batista; FURTADO, Monique Rocha. Portal Nacional de Contratações Públicas: uma nova lógica jurídica, gerencial e econômica para a Lei de Licitações e Contratos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 234, p. 105-110, jun. 2021.

A SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL E A PROFISSIONALIZAÇÃO DO ESPORTE NACIONAL

Ramon de Medeiros Nogueira⁶⁴³, Alexandre Nasser de Melo⁶⁴⁴, Humberto Lucas Almeida⁶⁴⁵

INTRODUÇÃO

O futebol é rico. Rico em diversas semânticas e significados.

Historicamente, pois remonta à antiguidade nas práticas semelhantes ao esporte moderno, difundidas pelos povos mais diversos. Chineses, japoneses, nativos das Américas pré-colombianas, egípcios, gregos ou romanos, povos de todos os continentes praticavam esportes com semelhanças e que serviram de inspiração ao futebol. Cada qual ao seu modo, disputavam um objeto circular, como a prefigurar a prática do futebol moderno.⁶⁴⁶

Culturalmente, pois nas torcidas se refletem as mais diversas manifestações dos povos. Desde os anseios pela democracia, o combate ao preconceito, expressão sociopolíticas e demonstrações de paixão e amor.

Também é rico no sentido literal da palavra. A expressão econômica das transações que são efetuadas no âmbito da atividade desportiva é gigantesca. Jogadores de futebol recebem verdadeiras fortunas para pisar nos gramados e possuem equipes inteiramente dedicadas a cuidar de suas marcas. Os clubes faturam valores que poucos agentes econômicos conseguem.

Paradoxalmente, no Brasil – o país do futebol, fala-se em superendividamento dos times de futebol, cenário grave que se aprofundou com a pandemia de Covid-19, que retirou temporariamente dos clubes uma das principais fontes de renda, a bilheteria dos jogos disputados. Fala-se, também, no modelo de gestão defasada e na forma de constituição associativa como inimigos da profissionalização do *mercado da bola*.

Neste contexto, o presente trabalho visa averiguar qual o panorama jurídico acerca da constituição e gestão dos clubes de futebol brasileiros e as normas que foram editadas na esperança de profissionalização do esporte e implementação de uma

⁶⁴³ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor da Escola Judicial do Paraná – EJUD. Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Curitiba no período de 1999/2009, chefe de Departamento de Direito Privado da mesma instituição no período de 2003/2005 e professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Tuiuti do Paraná, entre 2001 e 2003. Atualmente, é professor de pós-graduação na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR.

⁶⁴⁴ Advogado especializado em Direito Empresarial. Sócio fundador da Nasser de Melo – Advogados Associados, escritório especializado em Direito Empresarial e da Credibilità Administrações Judiciais, empresa focada em administração judicial, inventariança e perícia. Coordenador e professor da Pós-graduação em Falência e Recuperação de Empresas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Autor do livro Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, publicado pela Editora Juruá.

⁶⁴⁵ Advogado, pós-graduando em direito empresarial e civil pela PUC-PR, pós-graduado em direito aplicado pela Escola da Magistratura Paranaense – EMAP.

⁶⁴⁶ NASCIMENTO, Antonio Rodrigues D. Futebol & Relação de Consumo. Barueri: Editora Manole, 2013. 9788520449295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520449295/>. Acesso em: 01 Mar. 2022. p. 27

gestão transparente e eficiente. Analisar-se-á, especialmente, a Lei das SAF (Lei n.º 14.193/2021), o instrumento jurídico mais recente que inaugurou no Brasil um novo modelo societário que promete ser a virada na chave para que a gestão de tamanha riqueza seja profissional e eficiente.

1 O FUTEBOL BRASILEIRO

1.1 BREVE HISTÓRIA JURÍDICA DO FUTEBOL NACIONAL

Os registros mais antigos de partidas de futebol no Brasil remontam ao ano de 1875, em Curitiba⁶⁴⁷. A chegada do futebol no Brasil está ligada diretamente à expansão da Revolução Industrial inglesa e à instalação de empresas britânicas, em especial as ferroviárias, no início do processo de industrialização do país, a partir da segunda metade do século XIX. Após realizar levantamento dos clubes ferroviários, em atividade ou não, de norte a sul do país, o jornalista paranaense Ernani Buchmann concluiu que “nenhum outro segmento da sociedade brasileira criou tantos clubes, em tantos lugares, nem o comércio, a indústria, os operários. Mais que ferroviários, não houve”.⁶⁴⁸

Durante todo o período inicial do esporte no Brasil, a formalização dos clubes se deu por meio da formação de associações civis, haja vista que tinham a origem voltada para a prática desportiva em si e não viam o futebol como um negócio. A prática amadora tinha uma inspiração no conceito inglês de *football association*, que além do nome da modalidade esportiva demonstrava os vínculos de identidade e solidariedade entre os trabalhadores das comunidades fabris.⁶⁴⁹

Em solo nacional, a popularização do esporte e o aumento da competitividade ensejaram, paulatinamente, a sua conseqüente transmutação do amadorismo para o profissionalismo.

A profissionalização foi um dos primeiros sintomas da afluência de interesses econômicos sobre o futebol. Por volta de 1917, são relatadas as primeiras ocorrências de profissionalismo “disfarçado” em clubes paulistas e cariocas. Os mais importantes contratavam clandestinamente jogadores remunerados *por debaixo do pano*.

Dois cenários se desenvolveram em paralelo: o amador, tradicionalmente praticado por atletas não remunerados; e o profissional, regulado por entidades desportivas e campo para transações milionárias.

A Constituição Federal de 1988, sensível a evolução do esporte nacional, estabeleceu importantes princípios que regem o desporto no Brasil, dentre eles: **i)** a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto à sua forma

⁶⁴⁷ GERMANO, Filipe. O futebol chegou ao Brasil de trem e muito antes de Charles Muller. <https://super.abril.com.br/historia/o-futebol-chegou-ao-brasil-de-trem-e-muito-antes-de-charles-miller/> Acesso em: 02 Mar. 2022. p. 38

⁶⁴⁸ NASCIMENTO, Antonio Rodrigues D. Futebol & Relação de Consumo. Barueri: Editora Manole, 2013. 9788520449295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520449295/>. Acesso em: 01 Mar. 2022. p. 38

⁶⁴⁹ NASCIMENTO, Antonio Rodrigues D. Futebol & Relação de Consumo. Barueri: Editora Manole, 2013. 9788520449295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520449295/>. Acesso em: 01 mar. 2022. p. 45

de organização e funcionamento (Constituição Federal, Art. 217, I); e *ii*) o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional (Constituição Federal, Art. 217, II).

Ao longo da década de noventa e no início dos anos dois mil, o Brasil experimentou grandes movimentos de modernização de sua economia, com a privatizações de grandes estatais, a relativização das relações de trabalho e sobretudo o Plano Real. No futebol nacional não foi diferente, foram implementadas mudanças no tratamento com os torcedores, que passaram a ser tratados como consumidores, e também o incentivo de que a iniciativa privada participasse com mais protagonismo no futebol.

Com este espírito de transformação financeira foram editadas as leis Zico e Pelé, numa virada normativa para o futebol.

1.1.1 Lei 8.672/93 (Lei Zico)

Esta norma foi editada em consonância com o princípio da autonomia das entidades desportivas, dirigentes e associações quanto à sua organização e funcionamento (Constituição Federal, Art. 217, I), em razão da expressão econômica que o esporte nacional tomou, em especial o futebol. Ela passou a prever a faculdade de que os clubes desportivos adotassem um regime empresarial. Esta norma inaugurou o conceito de “Clube empresa” no âmbito nacional, permitindo que as entidades de prática desportiva se organizassem na forma de sociedades empresárias.

Assim previa o já revogado artigo 11 da Lei Zico:

Art. 11. É facultado às entidades de prática e às entidades federais de administração de modalidade profissional, manter a gestão de suas atividades sob a responsabilidade de sociedade com fins lucrativos, desde que adotada uma das seguintes formas:

I - transformar-se em sociedade comercial com finalidade desportiva;
II - constituir sociedade comercial com finalidade desportiva, controlando a maioria de seu capital com direito a voto;
III - contratar sociedade comercial para gerir suas atividades desportivas.

Parágrafo único. As entidades a que se refere este artigo não poderão utilizar seus bens patrimoniais, desportivos ou sociais para integralizar sua parcela de capital ou oferecê-los como garantia, salvo com a concordância da maioria absoluta na assembléia geral dos associados e na conformidade dos respectivos estatutos.

Sob a égide da Lei Zico, aquele que se acredita ser o primeiro clube empresa do Brasil foi constituído, o União São João Esporte Clube, de Araras, em São Paulo. Inicialmente criado como uma associação sem fins lucrativos, se transformou em um clube empresa em 1994, com a criação da União São João S/A, controlada pelo União São João Esporte Clube. Nesta época a entidade de prática desportiva viveu seu auge no cenário brasileiro do futebol profissional, disputando as séries A e B do campeonato brasileiro.⁶⁵⁰

⁶⁵⁰ <http://2016.futebolpaulista.com.br/clube/33/Uni%C3%A3o+S%C3%A3o+Jo%C3%A3o/Hist%C3%B3ria>

A Lei Zico vigorou por cerca de cinco anos, quando foi revogada integralmente pela Lei n.º 9.615/1998, a Lei Pelé.

1.1.2 Lei 9.615/98 (Lei Pelé)

Esta, sem sombra de dúvidas, foi a norma que mais impactou a prática desportiva profissional no Brasil. Sancionada em 24 de março de 1998, a Lei nº 9.615, mais conhecida como Lei Pelé, estabelece normas para diversos assuntos referentes à condução do esporte no Brasil. Seu trâmite e aprovação se deu enquanto o jogador de futebol Pelé ocupou a pasta do Ministério do Esporte no governo de Fernando Henrique Cardoso.

Foi fundada na intenção de se garantir mais transparência e profissionalismo ao esporte nacional, instituiu o fim do passe nos clubes de futebol do Brasil⁶⁵¹, o direito do consumidor nos esportes, disciplinou a prestação de contas por dirigentes de clubes e a criação de ligas, federações e associações de vários esportes.

Como forma de pressionar as entidades de práticas desportivas, a Lei Pelé dispunha que as entidades desportivas deviam ter a finalidade econômica obrigatoriamente, sob pena de suspensão de suas atividades. Confira-se a redação original do artigo 27 da Lei Pelé:

Art. 27. As atividades relacionadas a competições de atletas profissionais são privativas de:

I - sociedades civis de fins econômicos;

II - sociedades comerciais admitidas na legislação em vigor;

III - entidades de prática desportiva que constituírem sociedade comercial para administração das atividades de que trata este artigo.

Parágrafo único. As entidades de que tratam os incisos I, II e III que infringirem qualquer dispositivo desta Lei terão suas atividades suspensas, enquanto perdurar a violação.

A rigidez da norma inspirou diversas críticas quanto à obrigatoriedade da transformação das associações civis em pessoas jurídicas que se amoldassem aos arquétipos empresariais (com fins lucrativos), pois esta imposição seria uma afronta ao postulado constitucional da autonomia desportiva (Constituição Federal, Art. 217, I). Álvaro de Melo Filho, em severa crítica ao dispositivo, afirmou que a inconsistência e injuridicidade da imposição legal desportiva que obrigava os clubes a se transformarem em empresas era *“tão inconstitucional quanto seria obrigar todas as empresas a se transformarem em clubes, a par de cometer a violência jurídica de compelir que os associados tornem-se acionistas”*⁶⁵².

O debate foi intenso e a obrigatoriedade prevista foi suprimida por nova alteração legislativa operada pela Lei n.º 9.981/2000, quando a redação do artigo 27

⁶⁵¹ Instrumento jurídico que garantia aos times de futebol o direito sobre o jogador que excedia o contrato de trabalho. O detentor do passe do jogador deveria autorizar sua transferência, mesmo que não houvesse contrato de trabalho vigente. Estes passes eram negociados entre os times em um ambiente de pouca transparência nas transações.

⁶⁵² MELO FILHO, Álvaro. Nova Lei Pelé: avanços e impactos. Rio de Janeiro: Maquinária, 2011. P. 76.

passou a novamente facultar a transformação:

Art. 27. É facultado à entidade de prática desportiva participante de competições profissionais:

I - transformar-se em sociedade civil de fins econômicos;

II - transformar-se em sociedade comercial;

III - constituir ou contratar sociedade comercial para administrar suas atividades profissionais.

O dispositivo não teve longa vigência, pois foi posteriormente alterado pela Lei n.º 10.672/2003, que modificou o *caput* do artigo e incluiu diversos parágrafos, dentre eles os controversos parágrafos 9º e 11:

Art. 27. As entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais e as entidades de administração de desporto ou ligas em que se organizarem, independentemente da forma jurídica adotada, sujeitam os bens particulares de seus dirigentes ao disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, além das sanções e responsabilidades previstas no *caput* do art. 1.017 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, na hipótese de aplicarem créditos ou bens sociais da entidade desportiva em proveito próprio ou de terceiros.

[...]

§ 9º É facultado às entidades desportivas profissionais constituírem-se regularmente em sociedade empresária, segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

[...]

§ 11. Apenas as entidades desportivas profissionais que se constituírem regularmente em sociedade empresária na forma do § 9º não ficam sujeitas ao regime da sociedade em comum e, em especial, ao disposto no art. 990 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

Em síntese, o § 11 do artigo 27 determinava que os sócios responderiam solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, salvo se optassem pela “faculdade” do § 9º. Esta faculdade foi definida por Álvaro de Mello Filho como “obrigatoriedade transversa”.⁶⁵³

Por fim, a partir de 2011, a Lei Pelé, novamente alterada pela Lei n.º 12.395/2011, que concedeu a faculdade explícita aos clubes para se transformarem em sociedades empresárias, e ainda reconheceu a equiparação daqueles que não se transformarem à estas. Isso ocorreu com a alteração das redações dos §§ 11 e 13 do citado artigo 27, que passaram a ter a seguinte redação:

§ 11. Os administradores de entidades desportivas profissionais respondem solidária e ilimitadamente pelos atos ilícitos praticados, de gestão temerária ou contrários ao previsto no contrato social ou

⁶⁵³ MELO FILHO, Álvaro. Nova Lei Pelé: avanços e impactos. Rio de Janeiro: Maquinária, 2011. p. 87

estatuto, nos termos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

[...]

§ 13. Para os fins de fiscalização e controle do disposto nesta Lei, as atividades profissionais das entidades de que trata o caput deste artigo, independentemente da forma jurídica sob a qual estejam constituídas, equiparam-se às das sociedades empresárias.

Esta sucessão de alterações legislativas sobre a matéria, em um verdadeiro movimento pendular entre o facultativo e o obrigatório, culminou em um cenário no qual os clubes podem adotar alguns modelos de sociedade previstos no Código Civil, a saber: i) sociedade em nome coletivo (artigos. 1.039 a 1.044 do Código Civil); ii) sociedade em comandita simples (artigos. 1.045 a 1.051 do Código Civil); iii) sociedade limitada (artigos. 1.052 a 1.087 do Código Civil); iv) sociedade anônima (artigos. 1.088 a 1.089 do Código Civil); e v) sociedade comandita por ações (artigos. 1.090 a 1.092 do Código Civil).

Além destes modelos, foi editada a Lei que é objeto de análise deste trabalho, a Lei n.º 14.193/2021 (Lei das S.A.F.), que será adiante melhor abordada.

1.2 O MODELO ASSOCIATIVO DE CONSTITUIÇÃO DOS CLUBES DE FUTEBOL

Não obstante as alterações legislativas das leis Zico e Pelé, o que predominou nos times de futebol nacionais foi, sem dúvida, o modelo associativo de constituição. Associação é, na definição do art. 53 do Código Civil, a “união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”. Conceito normativo que, segundo Anderson Schreiber, deve-se interpretar de maneira sistemática:

A definição não pode, todavia, ser interpretada de modo literal. Admite-se que as associações desenvolvam atividades de caráter econômico, desde que não haja a finalidade lucrativa, ou seja, o objetivo primordial de produzir lucros e reparti-los entre os associados – o que Waldemar Ferreira, em seu Tratado de direito comercial, chama de *animus lucrandi*. O propósito lucrativo é característica das sociedades (art. 981), consistindo, como já visto, em traço distintivo marcante entre essa espécie de pessoa jurídica e as associações.⁶⁵⁴

Sua constituição se dá por meio do registro de seu estatuto, que, sob pena de nulidade, conterà a denominação, os fins e a sede da associação, além de outros requisitos mencionados no artigo 54 do Código Civil. A Constituição Federal reforça a autonomia das associações determinando, em seu artigo 5º, inciso XVIII, que sua criação independe de autorização, “sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”. O texto constitucional protege a associação não apenas em sua

⁶⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. MANUAL DE DIREITO CIVIL: CONTEMPORÂNEO. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555594126. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594126/>. Acesso em: 01 Mar. 2022. p. 65

constituição, mas também na sua extinção, pois determina que “as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado” (art. 5º, XIX).

Até o momento anterior à edição da Lei n.º 14.193/2021, os times de futebol optavam massivamente por se organizarem na forma de associações, ou assim se manterem, haja vista a existência de entidades centenárias no cenário futebolístico. No ano 2020, três dos quarenta times que disputaram a primeira e segunda divisões eram constituídos como sociedades empresárias (Red Bull Bragantino, Botafogo SP e Cuiabá), enquanto os outros trinta e sete eram associações civis.

Desde 1993, com a Lei Zico, a organização empresarial já era possível, mas não era de modo algum atrativa, em grande parte pelo regime de tributação ao qual os clubes se sujeitam. Por se constituírem sob o formato associativo os clubes possuem uma série de benefícios fiscais. Estabelece a Constituição Federal em seu artigo 150 VI, “c” a vedação da cobrança de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços de instituições que não possuem fins lucrativos, disposição reiterada pelo Código Tributário Nacional em seu Art. 9º, IV, “c”:

Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

IV – cobrar imposto sobre:

[...]

c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo.

Adotar o modelo de sociedade implicaria na perda deste benefício, o que por si só se demonstrou um grande desestímulo.

1.3 O MOVIMENTO DE PROFISSIONALIZAÇÃO DO FUTEBOL E O PROFUT

A despeito da evolução legislativa sobre o tema, na qual se viu a edição de seis normas distintas apenas para se tratar da obrigatoriedade ou da faculdade dos clubes se tornarem sociedades empresárias, restou demonstrado que não houve adesão por parte das entidades de prática desportiva aos modelos propostos. Contudo, ainda prevaleceu no futebol um crescente movimento pela profissionalização da gestão.

Via-se que há anos no cenário internacional as competições desportivas profissionais eram rentáveis ambientes de negócios, habitados por grandes investidores e patrocinadores, nos quais ocorriam transações que envolviam cifras astronômicas. O futebol europeu, por exemplo, aderiu amplamente à gestão empresarial de seus negócios. Lá, 92% dos times que disputam as cinco principais ligas são constituídos sob a forma de sociedades empresárias.

Já no Brasil o cenário era diferente. Negociavam-se jogadores a preços cada vez mais altos, porém, paradoxalmente, os clubes amargavam um endividamento que também só aumentava. Em estudo divulgado pelo ramo da multinacional de

consultoria EY, a *EY Sports*, o endividamento líquido dos 23 principais clubes do Brasil somado subiu 30% de 2016 a 2020, passando de 6.5 bilhões para 10.3 bilhões de reais. Alguns clubes demonstraram em 2020 uma capacidade de gerar receitas muito inferior que endividamento do clube, como é o caso do Cruzeiro, com um endividamento 7,8 vezes maior do que o faturamento em 2020, e o Botafogo, que apresentou um endividamento 5,8 vezes maior.⁶⁵⁵

Apesar de espantoso, o endividamento não é o principal problema a ser tratado, mas a consequência do real problema, que é a gestão pouco profissional do negócio. Visando sanar estas deficiências foi instituído em 2015 pela Lei n.º 13.155/2015 o Programa de Modernização de Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro, o PROFUT. A lei foi aprovada com o escopo de estabelecer princípios e práticas de responsabilidade fiscal e financeira e de gestão transparente e democrática para entidades desportivas profissionais de futebol, ao tempo que dispõe sobre a gestão temerária no âmbito das entidades desportivas profissionais.

O programa possibilitou que os times de futebol recebessem uma série de benefícios, como o parcelamento de dívidas (tributárias ou não) com a União, mediante a satisfação de uma série de requisitos que são, no fundo, práticas de uma gestão profissional pela entidade desportiva. O artigo 4º da Lei n.º 13.155/2015 dispõe sobre os requisitos para adesão ao programa:

Art. 4º Para que as entidades desportivas profissionais de futebol mantenham-se no Profut, serão exigidas as seguintes condições:

I - regularidade das obrigações trabalhistas e tributárias federais correntes, vencidas a partir da data de publicação desta Lei, inclusive as retenções legais, na condição de responsável tributário, na forma da lei;

II - fixação do período do mandato de seu presidente ou dirigente máximo e demais cargos eletivos em até quatro anos, permitida uma única recondução;

III - comprovação da existência e autonomia do seu conselho fiscal;

IV - proibição de antecipação ou comprometimento de receitas referentes a períodos posteriores ao término da gestão ou do mandato, salvo:

a) o percentual de até 30% (trinta por cento) das receitas referentes ao 1º (primeiro) ano do mandato subsequente; e

b) em substituição a passivos onerosos, desde que implique redução do nível de endividamento;

V - redução do déficit, nos seguintes prazos:

a) a partir de 1º de janeiro de 2017, para até 10% (dez por cento) de sua receita bruta apurada no ano anterior; e

b) a partir de 1º de janeiro de 2019, para até 5% (cinco por cento) de sua receita bruta apurada no ano anterior;

VI - publicação das demonstrações contábeis padronizadas, separadamente, por atividade econômica e por modalidade esportiva, de modo distinto das atividades recreativas e sociais, após terem sido submetidas a auditoria independente;

⁶⁵⁵ EY SPORTS. Levantamento financeiro dos clubes brasileiros em 2022: https://www.ey.com/pt_br/media-entertainment/levantamento-financeiro-dos-clubes-brasileiros-2020. Acesso em: 28 fev. 2022

VII - cumprimento dos contratos e regular pagamento dos encargos relativos a todos os profissionais contratados, referentes a verbas atinentes a salários, de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, de contribuições previdenciárias, de pagamento das obrigações contratuais e outras havidas com os atletas e demais funcionários, inclusive direito de imagem, ainda que não guardem relação direta com o salário;

VIII - previsão, em seu estatuto ou contrato social, do afastamento imediato e inelegibilidade, pelo período de, no mínimo, cinco anos, de dirigente ou administrador que praticar ato de gestão irregular ou temerária;

IX - demonstração de que os custos com folha de pagamento e direitos de imagem de atletas profissionais de futebol não superam 80% (oitenta por cento) da receita bruta anual das atividades do futebol profissional; e

X - manutenção de investimento mínimo na formação de atletas e no futebol feminino e oferta de ingressos a preços populares, mediante a utilização dos recursos provenientes:

a) da remuneração pela cessão de direitos de que trata o inciso I do § 2º do art. 28 desta Lei; e

São, em última análise, práticas de governança corporativa positivadas que, se cumpridas pelo aderente ao programa, garantem benefícios que auxiliam o clube na redução de seu passivo. A ferramenta foi um sucesso no quesito adesão, em 2021 foi constatado pela mídia especializada que de vinte e uma equipes que disputavam o campeonato brasileiro (séries A e B), 16 (dezesesseis) haviam aderido ao programa⁶⁵⁶.

Contudo, a profissionalização do futebol ainda necessitava de uma solução: a entrada de investidores (que são atraídos pela distribuição de lucros), o que se dá pela adoção do modelo empresarial na constituição da entidade. Apesar de facultada pela Lei Pelé, as alternativas eram parcas e pouco atrativas aos investidores. Emergiu, neste contexto, a proposta de se instituir um novo modelo societário, específico para o futebol, a Sociedade Anônima do Futebol.

2 A SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL

Neste anseio pela profissionalização, foi aprovado o Projeto de Lei 5.516/19, que após a sanção presidencial em 6/10/21 recebeu o *status* de lei ordinária, a Lei n.º 14.193/2021, que instituiu a Sociedade Anônima do Futebol (SAF), um novo modelo societário que visa a quebra do paradigma centenário do modelo associativo que ainda é a ordem vigente no futebol nacional.

Trata-se, na realidade, de uma modalidade de Sociedade Anônima cujo regramento não é autônomo, pois há uma relação de complementariedade e dependência com a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/1976). Rodrigo Castro define que “assim a SAF deve ser reconhecida: um subtipo societário sujeito ao “micro

⁶⁵⁶ <https://ge.globo.com/blogs/blog-do-rodrico-capelo/post/2021/01/22/sem-suspensao-de-pagamento-clubes-desembolsarao-entre-r-60-mil-e-r-15-milhao-por-mes-em-profut-veja-a-lista-da-1a-divisao.ghtml>

conjunto” normativo que lhe é próprio e, ao mesmo tempo – e sobretudo –, às normas contidas naquela lei (Lei n.º 6.404/1976), exceto em relação ao que for tratado de modo expresso pela Lei 14.193/21.”⁶⁵⁷ A criação de uma norma complementar e dependente insere no ordenamento jurídico um modelo societário que, em seus princípios básicos, já está amplamente sedimentado pela doutrina e jurisprudência.

Por SAF se compreende a companhia cuja atividade principal seja a prática de atividade profissional de futebol (Art. 1º da Lei n.º 14.193/2021). Ao constituir uma SAF, o clube não se tornará empresário, a companhia constituída que será empresária, haja vista o conceito de empresário que se encontra positivado no Código Civil, em seu art. 966, que dispõe que se considera “empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

O acionista da SAF, quem quer que seja, não se confunde com o Clube e não responde por atos, negócios ou obrigações da companhia, exceto nos casos expressamente previstos em lei, em estrita consonância com o artigo 1º da Lei n.º 6.404/1976: “a companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.” Assim, mesmo que o Clube (associação civil) seja acionista da SAF, ele não responderá pelas obrigações por ela contraídas.

Para garantir a coerência semântica do instrumento normativo e evitar equívocos hermenêuticos, a Lei n.º 14.193/2021 conceituou clube, pessoa jurídica original e entidade de administração no §1º de seu artigo 1º. Para fins da Lei, *clube*, significa associação civil, regida pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), dedicada ao fomento e à prática do futebol; *pessoa jurídica original* é a sociedade empresarial dedicada ao fomento e à prática do futebol; e *entidade de administração* denota confederação, federação ou liga, com previsão na Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que administra, dirige, regulamenta ou organiza competição profissional de futebol. Terminologia que aqui se repete.

2.1 A CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL

A SAF é constituída para exercer, como principal atividade, a prática desportiva do futebol, masculino ou feminino, nas competições profissionais. A Lei, contudo, discrimina quais são os possíveis objetos sociais, conforme §2º do artigo 1º:

- I - o fomento e o desenvolvimento de atividades relacionadas com a prática do futebol, obrigatoriamente nas suas modalidades feminino e masculino;
- II - a formação de atleta profissional de futebol, nas modalidades feminino e masculino, e a obtenção de receitas decorrentes da transação dos seus direitos desportivos;
- III - a exploração, sob qualquer forma, dos direitos de propriedade intelectual de sua titularidade ou dos quais seja cessionária, incluídos

⁶⁵⁷ CASTRO, Rodrigo R. Monteiro. Comentários à Lei da Sociedade Anônima do Futebol. Lei n.º 14.193/2021. São Paulo: Quariter Latin, 2021. P. 65

os cedidos pelo clube ou pessoa jurídica original que a constituiu;
 IV - a exploração de direitos de propriedade intelectual de terceiros, relacionados ao futebol;
 V - a exploração econômica de ativos, inclusive imobiliários, sobre os quais detenha direitos;
 VI - quaisquer outras atividades conexas ao futebol e ao patrimônio da Sociedade Anônima do Futebol, incluída a organização de espetáculos esportivos, sociais ou culturais;
 VII - a participação em outra sociedade, como sócio ou acionista, no território nacional, cujo objeto seja uma ou mais das atividades mencionadas nos incisos deste parágrafo, com exceção do inciso II.

O parágrafo prevê o verbo poderá, de modo que a SAF pode prever em seu estatuto um ou todos os incisos nele previstos, além de atividades que sejam conexas com a prática desportiva do futebol profissional. Ocorre, porém, que não é autorizado à SAF o desenvolvimento de atividades estranhas ao futebol, pois seria contrário à sua natureza e a razão de sua existência.⁶⁵⁸

Ainda quanto aos aspectos gerais de sua constituição, a denominação da Sociedade Anônima do Futebol deve conter a expressão “Sociedade Anônima do Futebol” ou a abreviatura “S.A.F.”.

2.1.1 Meios de Constituição: Transformação, cisão e iniciativa de pessoa natural ou jurídica

O artigo 2º da Lei das SAF dispõe sobre as formas de constituição do subtipo societário, com regramentos específicos para a modalidade. Prevê a Lei que a Sociedade Anônima do Futebol pode ser constituída de três maneiras: *i)* pela transformação do clube ou pessoa jurídica original em Sociedade Anônima do Futebol; *ii)* pela cisão do departamento de futebol do clube ou pessoa jurídica original e transferência do seu patrimônio relacionado à atividade futebol; e *iii)* pela iniciativa de pessoa natural ou jurídica ou de fundo de investimento.

2.1.1.1 Transformação

A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro (Lei 6.404/1976, Art. 220). Neste caso, o clube ou a pessoa jurídica original, realiza uma operação societária na Junta Comercial de seu estado para se transformar em SAF. Se for uma associação civil, deverá ser realizada uma assembleia entre os associados autorizando a manobra societária, que posteriormente será levada a registro na junta comercial, junto com o Estatuto Social da SAF. Em 2020, o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI), pela Instrução Normativa 81/2020, suprimiu a vedação à conversão de associações em sociedades empresárias em suas regulamentações, superando a barreira burocrática que poderia aparecer.

⁶⁵⁸ CASTRO, Rodrigo R. Monteiro. Comentários à Lei da Sociedade Anônima do Futebol. Lei n.º 14.193/2021. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 75

Operada a transformação do Clube, aqueles que antes eram associados passarão a ser acionistas, podendo, a partir de então, receber a distribuição de lucros da SAF, o que antes era vedado pela natureza associativa da entidade.

Se for uma pessoa jurídica originária, que por definição legal é uma sociedade empresária, a autorização para transformação deverá ser dada pelos sócios na forma do contrato ou estatuto social.

Trata-se de uma possibilidade inédita de transformação, e a pouca utilização do instituto ainda não revelou todos os dilemas que podem surgir ao longo da experiência prática. Um problema que se antevê é a vedação de se constar no estatuto social objeto estranho à prática profissional do futebol. Clubes que tenham por vocação a prática de modalidades diversas, como por exemplo o Flamengo, que além do futebol é reconhecido por encampar o basquete profissional e diversas modalidades olímpicas, se optasse por transformar-se em SAF deveria antes remanejar suas atividades estranhas ao futebol para outra pessoa jurídica.

2.1.1.2 *Cisão*

Já a cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial. A lei afirma que o “departamento de futebol” será cindido, neste ponto, compreenda-se que os bens, direitos e obrigações necessários para o exercício da atividade relacionada ao futebol (e aos demais objetos do estatuto social da SAF) serão cindidos para a constituição da companhia.

Após deliberada e aprovada a cisão pela assembleia de associados do clube ou pelos sócios da pessoa jurídica originária, o patrimônio vertido será objeto de avaliação por empresa especialmente designada para este escopo, na forma do artigo 8º da Lei n.º 6.404/1976. Os sócios ou associados passarão a subscrever as ações da SAF constituída.

O artigo 2º, §2º da Lei, em seus incisos, dispõe de situações específicas que servem para operacionalizar a cisão, como a transferência dos bens e direitos relacionados à atividade do futebol. Dentre os sete incisos, destaca-se o IV, que dispõe que a transferência dos direitos e do patrimônio para a Sociedade Anônima do Futebol independe de autorização ou consentimento de credores ou partes interessadas, inclusive aqueles de natureza pública, salvo se disposto de modo diverso.

Há também a obrigatoriedade de emissão de ações reservadas à subscrição do clube ou pessoa jurídica originária, denominadas Ações Ordinárias de Classe A. Sua existência é obrigatória enquanto o clube ou a pessoa jurídica originária forem acionistas da SAF. Estas ações concedem vantagens políticas ao subscritor, reservando algumas matérias que apenas podem ser aprovadas com seu voto afirmativo. Gladston Mamede assim dispõe sobre a justificativa de existência destas ações:

Imagine-se uma associação desportiva, um clube de futebol que delibere transformar seu departamento de futebol profissional em

sociedade anônima. A companhia será uma pessoa jurídica distinta da associação, mas se apresentará à comunidade como o clube de futebol, que não fará distinção entre o centenário e glorioso Clube Atlético Mineiro e uma eventual Companhia Atlético Mineiro. É quanto basta para justificar que a associação tenha ações de classe especial, com direito de eleição em separado de membros da diretoria, do conselho de administração e/ou do conselho fiscal, bem como justifica submeter a essa classe o poder de se opor a alterações estatutárias específicas.⁶⁵⁹

2.1.1.3 Constituição por iniciativa de pessoa natural, jurídica ou fundo de investimento

A modalidade mais simples de constituição da SAF prescinde da existência prévia de pessoa jurídica desenvolvendo a prática de atividades desportivas no futebol profissional. Qualquer um poderá constituí-la. Pela exegese do artigo, vê-se que até mesmo a pluralidade acionária não é exigida para a formação SAF. Neste caso, porém, caberá a nova SAF constituída instituir suas relações com as entidades de administração (CBF, federações e ligas desportivas).

2.1.1.4 Outras formas de constituição

Como dito, outras formas de constituição são permitidas, uma vez que o rol do artigo 2º da Lei não é taxativo e que o direito societário é amplo, limitado, em verdade, pelos preceitos básicos da norma vigente e pela criatividade do operador do direito. Rodrigo Castro apresenta dois modelos possíveis de constituição de SAF.

No primeiro cenário, o clube ou pessoa jurídica originária constitui a SAF e subscreve as ações da companhia com seu patrimônio relacionado ao futebol, se tornando, desta maneira, acionista da SAF.⁶⁶⁰ Trata-se de modalidade prevista no art. 3º da Lei das SAF e artigo 27, §2º da Lei Pelé, conforme redação alterada pela Lei das SAF:

§ 2º A entidade a que se refere este artigo poderá utilizar seus bens patrimoniais, desportivos ou sociais, inclusive imobiliários ou de propriedade intelectual, para integralizar sua parcela no capital de Sociedade Anônima do Futebol, ou oferecê-los em garantia, na forma de seu estatuto, ou, se omissos estes, mediante aprovação de mais da metade dos associados presentes a assembleia geral especialmente convocada para deliberar o tema.

Essa é a manobra societária conhecida por *drop down*, que possui duas restrições impostas pelo parágrafo único do artigo 3º da Lei. A primeira é a proibição de transferência de ativos que contenham gravame ou tenha sido dado em garantia, exceto

⁶⁵⁹ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro - Direito Societário. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597027280. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027280/>. Acesso em: 01 Mar. 2022. p. 333

⁶⁶⁰ CASTRO, Rodrigo R. Monteiro. Comentários à Lei da Sociedade Anônima do Futebol. Lei n.º 14.193/2021. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 92

mediante autorização do respectivo credor, em nítido caráter protetivo aos credores. A segunda proibição é o desfazimento da sua participação acionária na integralidade pelo clube enquanto registrar obrigações anteriores a constituição da SAF.

Outro cenário possível é a constituição pelo clube de uma pessoa jurídica original, que receberá o patrimônio relacionado ao futebol, e a posterior transformação desta em SAF.

2.1.2 Transferência de ativos, obrigações e direitos

Na forma do artigo 2º, §1º, a nova sociedade, fruto da cisão ou transformação, obrigatoriamente sucederá o clube nas relações com as entidades de administração (CBF, federações e ligas desportivas), bem como nas relações contratuais, de qualquer natureza, com atletas profissionais do futebol. O mesmo dispositivo garante o direito da sociedade de participar de campeonatos, copas ou torneios em substituição ao clube, nas mesmas condições em que se encontravam no momento da sucessão, competindo, às entidades de administração, a devida substituição sem quaisquer prejuízos de ordem desportiva.

No caso específico da cisão, como o clube ou pessoa jurídica originária permanecerá existindo, a lei obriga que os direitos e deveres, decorrentes de quaisquer relações estabelecidas com o clube, vinculados à atividade do futebol, sejam transferidos à nova sociedade através de contrato firmado na data da constituição. Esta transferência independe da participação, autorização ou consentimento de credores ou partes interessadas para ter validade.

2.1.3 A Lei das SAF como instrumento de incentivo ao investimento no esporte

Desde sua sanção e da derrubada dos vetos presidenciais, a Lei das SAF vem transformando o futebol brasileiro. Pela primeira vez se vê clubes de grande vulto no cenário nacional abandonando o associativismo para ingressar no âmbito das sociedades empresárias. Cruzeiro, Botafogo e Vasco já decidiram adotar as SAF como modelo de constituição. Não é sem razão. A Lei não apenas institui um novo modelo societário, mas também trouxe incentivos à transformação e ao ingresso de novos investidores.

Como dito anteriormente, um dos motivos de os “clube-empresas” não terem gerado grande adesão entre os clubes brasileiros, foi o receio de abandonar os benefícios fiscais que as associações civis recebem. A nova lei, em contrapartida, previu o TEF – Regime de Tributação Específica do Futebol. O TEF propõe um regime especial de apuração de tributos, no qual se fará um recolhimento único, de alíquota de 5% sobre a receita bruta mensal da SAF, já englobando o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, CSLL, PIS, COFINS e contribuição ao INSS.

As Sociedades Anônimas do Futebol que optarem por adotar o TEF poderão usufruir do modelo indefinidamente, sendo que a alíquota de 5% sobre as receitas será cobrada nos 5 anos seguintes à conversão do clube em sociedade anônima. Após os cinco anos iniciais de adesão ao TEF a alíquota irá passar para 4%, havendo a inclusão das receitas advindas da cessão de direitos econômicos dos atletas.

Outra questão que afeta gravemente os Clubes de futebol é o endividamento. A resposta legislativa foi dedicar toda a Seção V da Lei das SAF ao modo de quitação das obrigações dos times. Previu, no artigo 13, que o clube ou pessoa jurídica original poderá efetuar o pagamento das obrigações diretamente aos seus credores, ou a seu exclusivo critério: *i)* pelo concurso de credores, por intermédio do Regime Centralizado de Execuções previsto nesta Lei; ou *ii)* por meio de recuperação judicial ou extrajudicial, nos termos da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, permitindo, agora, que os clubes se utilizem dos mecanismos de insolvência.

Ainda, houve a previsão de instrumentos de governança corporativa e de órgãos obrigatórios (Conselho de Administração e Fiscal) que tornam a gestão da atividade mais transparente e profissional, conforme a Seção III da Lei. Desta forma, os clubes nacionais que optarem pela adoção do modelo das SAF se tornarão atrativos para investidores, que poderão receber a divisão de lucros de sociedades empresárias transparentes que atuam em um mercado relevante e profícuo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei da Sociedade Anônima do Futebol inaugurou, no direito nacional, um novo subtipo societário com a vocação para servir de instrumento para a profissionalização da gestão do futebol brasileiro. Frisa-se, é um *instrumento*. São ricos dispositivos que versam sobre a constituição, tratamento tributário, equalização de passivos e captação de recursos, contudo, como todo instituto jurídico, a forma não satisfaz a necessidade por si só, depende de boa aplicação.

Verifica-se que por décadas se almejou ter em território nacional um meio viável de se gerir os clubes como empresas. Foram inúmeras matérias da mídia especializada comparando o cenário internacional, profissional e lucrativo, com o nacional, amador e endividado. Agora os gestores dos clubes nacionais têm em mãos uma poderosa ferramenta para a recuperação do futebol nacional, mas para que esta retomada ocorra, não basta a mera transformação dos clubes em sociedades empresárias. Deverá haver, em conjunto, uma mudança comportamental dos dirigentes desportivos.

Desta forma, conclui-se que a Lei das SAF deverá ser implementada além do registro formal de atos constitutivos em juntas comerciais, mas por meio da apropriação, pelas entidades, de práticas desportivas da transparência, gestão empresarial e governança.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal nº Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF.
- BRASIL. Lei nº 6.404/76, de 15 de dezembro de 1976. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Brasília, DF.
- BRASIL. Lei nº 14.193, de 6 de agosto de 2021. Institui a Sociedade Anônima do Futebol e dispõe sobre normas de constituição, governança, controle e transparência, meios de financiamento da atividade futebolística, tratamento dos passivos das entidades de práticas desportivas e regime tributário específico; e altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Código Civil. Brasília, 11 jan. 2002.
- CASTRO, Rodrigo R. Monteiro. Comentários à Lei da Sociedade Anônima do Futebol. Lei nº 14.193/2021. São Paulo: Quartier Latin, 2021.
- MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro - Direito Societário. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597027280. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027280/>. Acesso em: 01 Mar. 2022
- MELO FILHO, Álvaro. Nova Lei Pelé: avanços e impactos. Rio de Janeiro: Maquinária, 2011
- NASCIMENTO, Antonio Rodrigues D. Futebol & Relação de Consumo. Barueri: Editora Manole, 2013. 9788520449295. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520449295/>. Acesso em: 01 Mar. 2022
- ROSIGNOLI, Mariana; RODRIGUES, Sergio Santos. Manual de Direito Desportivo. São Paulo: Ltr, 2017.
- SCHREIBER, Anderson. MANUAL DE DIREITO CIVIL: CONTEMPORÂNEO. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555594126. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594126/>. Acesso em: 01 Mar. 2022

O ASSÉDIO MORAL E A CONVENÇÃO 190 DA OIT: PERSPECTIVA DE PREVENÇÃO INSERIDA NAS OBRIGAÇÕES DE FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima⁶⁶¹, Luiz Eduardo Gunther⁶⁶²,
Francisco Cardozo Oliveira⁶⁶³

INTRODUÇÃO

O estudo da violência e do assédio perpassa gerações da evolução da humanidade. Com a aprovação da Convenção 190 OIT (Organização Internacional do Trabalho) no ano de 2019 a questão entra em pauta com maior intensidade no cenário mundial do trabalho e clama por uma maior reflexão e debate científico.

O artigo proposto tem por objetivo geral investigar a Convenção 190 da OIT e analisar a figura jurídica da prevenção do assédio como parte do cumprimento da função social da empresa, tendo ainda como objetivos específicos adentrar no estudo da definição e âmbito de aplicação das regras de assédio moral no meio ambiente de trabalho.

Com isso, o problema da pesquisa consiste em verificar em que medida a adoção da prevenção de atos de violência e de assédio, mediante treinamento e educação moral no ambiente laboral, constitui obrigação inserida na função social da empresa.

Assim o trabalho se inicia tratando da compreensão da função social da empresa. Na sequência, apresenta-se a Convenção 190 da OIT trazendo alguns conceitos inaugurais e propondo na sequência uma reflexão sobre a temática da violência e do assédio, em correlação com a proteção global em termos de direitos humanos; na continuidade da análise tratar-se da definição da violência e do assédio com base na Convenção 190 da OIT e seus reflexos em termos de configuração de obrigação inserida na função social da empresa.

Adota-se uma metodologia dedutiva, com apoio em referências bibliográficas e documentais.

1 NORMATIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E PREVENÇÃO DO ASSÉDIO MORAL

A Constituição brasileira de 1988 (art. 5., XXII e XXIII) não assegura apenas a garantia do direito de propriedade, numa espécie de concepção defensiva de

⁶⁶¹ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Educação a Distância pelo Centro Universitário UniOpet. Graduada em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Advogada e Professora Universitária. E-mail: thomiresbadaro@hotmail.com.

⁶⁶² Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1997). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Integrante dos Conselhos Editoriais da Editora Juruá, do Instituto Memória e da Editora Clássica. E-mail: luiz.gunther@uol.com.br.

⁶⁶³ Doutor em Direito pela UFPR, Professor de Direito Civil e no PPGD do UNICURITIBA, Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná.

direitos, de cunho subjetivo, contra o legislador ordinário com poderes abrangentes, a exemplo do que ocorria com as chamadas liberdades públicas. A propriedade é direito fundamental porque o direito já se encontra suficientemente protegido na Constituição, sem que o legislador ordinário possa esvaziar o seu conteúdo essencial, na medida em vedada deliberação tendente a abolir direitos e garantias individuais (art. 60 § 4.º).

O direito de propriedade deve ser visto inserido no modelo econômico constitucional, medido pelo alcance dos princípios integrantes do artigo 170, da Constituição de 1988.

A viabilidade da atividade empresarial, e conseqüentemente dos mercados, está apoiada no contrato e no direito de propriedade.

Como o contrato e o direito de propriedade devem observar finalidades de funcionalização, pode-se dizer que a atividade empresarial acaba sujeita a uma espécie de dupla funcionalização: a que deriva dos contratos e do direito de propriedade. Pode-se afirmar então que existe relação direta entre a funcionalização dos contratos e a do direito de propriedade que se manifesta na atividade empresarial, voltada para assegurar vida digna, no contexto do modelo econômico desenhado na Constituição.

A tarefa de aplicação do direito de propriedade funcionalizado passa por três níveis de compreensão do problema:

- a) fundamentalidade do direito de propriedade;
- b) concretização da função social da propriedade;
- c) premissa do direito constitucional de ser proprietário (direito de propriedade como situação em processo) (2006)

A função social, que deve propiciar utilidade para o titular e para os não-proprietários, é delimitação do exercício e do alcance dos poderes proprietários por ato do legislador ou do juiz, neste aspecto, no caso concreto.

O direito de propriedade funcionalizado abrange a atividade empresarial, de modo que se pode reconhecer a existência de um direito de propriedade empresarial sujeito à função social.

É controvertido na doutrina o entendimento de que a empresa deva estar subordinada a uma função social.

Fábio Konder Comparato entende incompatível a existência de uma função social para a propriedade de empresa, cuja finalidade é a de obtenção de lucro (1996); ele pode ter razão no sentido de que a atividade empresarial não inclui tarefa de prestações sociais.

Mas a função social da propriedade empresarial não está voltada para o caráter de prestações sociais diretas.

A funcionalização diz respeito ao modo de exercício dos poderes proprietários.

E neste sentido, a propriedade de empresa, como disciplinado no artigo 170, da Constituição de 1988, também está sujeita à obrigação da função social podendo ser alcançada pela tarefa de delimitação da funcionalização por parte do legislador ou do juiz, no caso concreto.

No campo da legislação ordinária, Fábio Leandro Tokars afirma que o artigo 154 da Lei n.º 6404/1976 contém comando específico destinado ao administrador empresarial para a satisfação da função social da empresa (2003, p. 77-96).

A atividade empresarial, na medida em que diz respeito ao exercício do direito de propriedade empresarial, está sujeita a finalidades de funcionalização ligadas, por exemplo, à preservação do meio ambiente, cumprimento da legislação trabalhista, respeito aos direitos dos consumidores, etc.

Em razão da importância assumida pela tecnologia no processo de produção na atualidade, a regulação jurídica do direito de propriedade empresarial deve assimilar critérios de funcionalização que permitam equilibrar a proteção de interesses individuais e sociais. Como diz Luiz Edson Fachin, no contexto da despatrimonialização do direito civil, ganha relevo a funcionalização do sistema econômico, no sentido de valorizar a dignidade da pessoa humana e de distribuir riquezas com maior justiça (2000, p.16).

A delimitação da função social da propriedade empresarial pode observar os parâmetros de ordenação na linha do pensamento de Fernando Rey Martinez (1994):

- 1) a função social da propriedade é cláusula geral e não conceito jurídico indeterminado. Na função social a indeterminabilidade é intencional e não tem em vista uma espécie de discricionariedade, como ocorre no direito administrativo, com os conceitos jurídicos indeterminados. Os conceitos jurídicos indeterminados permitem uma única solução correta. As cláusulas gerais podem conduzir a soluções múltiplas e legítimas;
- 2) a função social deriva da missão do Estado contemporâneo de criar relações sociais mais equitativas favorecendo os não-proprietários e impedindo os efeitos sociais nocivos do descontrole do poder econômico;
- 3) a propriedade é função social (não apenas tem função social) porque modifica o conteúdo do direito de propriedade;
- 4) a função social é reserva legal reforçada que utiliza da técnica de reenviar a matéria para o legislador futuro, e mesmo para o aplicador do direito, como espécie de mandato de ponderação objetiva de elementos a respeito da funcionalização em cada situação proprietária concreta ou a cada categoria de bens;
- 5) a aplicação da função social está sujeita a princípios de proporcionalidade, operados de forma tópica, levando em conta a profundidade da intervenção pública sobre a propriedade privada e a conservação do aproveitamento útil do bem, por parte do proprietário.

Com base nesses critérios de ordenação, é possível estruturar a concretização da função social da propriedade empresarial de acordo com as premissas da Constituição que pode incluir formas de proteção contra o assédio moral no trabalho.

2 A CONVENÇÃO 190 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E O IMPACTO DA PROTEÇÃO GLOBAL DOS DIREITOS HUMANOS

Como marco inicial do presente artigo deve-se considerar a dignidade da pessoa humana de forma integral, respeitando a sua integridade física e sobretudo moral, razão pela qual deve-se buscar um meio ambiente laboral sadio e livre de doenças, situação a qual é refletida no momento histórico do centenário da OIT (Organização Internacional do Trabalho) em que na 108ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, onde os membros tripartites da OIT (Governo, Empregados e Patrões) vieram a aprovar a Convenção 190 da OIT sobre a violência e o assédio no trabalho, buscando um mundo livre de assédio e de violência.

Com essa aprovação no ano de 2019 e com a recente ratificação da Convenção 190 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) em junho de 2020, torna-se necessário resgatar o estudo e reflexão sobre a temática assédio moral, diante do seu reconhecimento global e do impacto internacional na violação dos direitos humanos, uma vez que a presente convenção entrará em vigor em junho de 2021 a nível internacional.

É necessário refletir sobre os atos de assédio moral, como atentado a dignidade da pessoa humana, para se buscar a sua prevenção e a luta por reconhecimento e dos direitos mínimos de proteção, necessário para se eliminar e evitar tais práticas violadoras do direito da personalidade e do respeito inerente a qualquer ser humano.

Para iniciar tal reflexão vem a questionar: qual o valor da dor moral? Uma dor física é maior que uma dor moral? É importante a sua proteção a nível internacional e de respeito mínimo a dignidade de um trabalhador?

Essas indagações são necessárias antes de adentrar no objetivo geral do presente artigo sobre a Convenção 190 e a Responsabilidade Social da Empresa de se evitar atos de violência e assédio, com o que vem a propor uma reflexão e a questionar sobre o uso da violência física e sobretudo moral, mesmo diante de toda a evolução histórica conquistada de direitos, ainda no Século XXI clama-se a nível internacional a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho.

Antes de adentrar na temática propriamente da prevenção de violência física e moral no âmbito empresarial, propõe uma reflexão a partir de um caso narrado no livro “Justiça – O que é fazer a coisa certa” do autor Michel Sandel em que vem a questionar sobre a medalha outorgada aos soldados feridos ou mortos em caso de guerra, que eram considerados dignos de honra somente nos casos de ferimentos físicos em que os militares eram condecorados com o “coração púrpura”:

Assim, o debate sobre o Coração Púrpura é mais do que uma discussão médica ou clínica sobre como determinar a veracidade do dano. No âmago da divergência estão concepções conflitantes sobre caráter moral e valor militar. Aqueles que insistem em que apenas ferimentos com sangue devem ser levados em consideração acreditam que o estresse pós-traumático reflete uma fraqueza de caráter que não é merecedora de honrarias. Os que acreditam que danos psicológicos devam ser respeitados argumentam que os veteranos que sofrem traumas duradouros e têm depressão

profunda se sacrificaram tanto por seu país quanto os que perderam um membro em combate, e de maneira igualmente honrosa (SANDEL, 2012, p. 20).

Observa-se na análise do caso prático que a condecoração nesse momento histórico de guerra era apenas no caso do sacrifício físico e não da bravura, que as doenças psíquicas eram sinônimo de fraqueza e não de merecimento dessa virtude, dessa honraria e homenagem (LIMA, 2019, p. 89).

Nessa reflexão observa-se um momento histórico vivido após as Guerras Mundiais, em que diante desse contexto, nesse momento a dor moral não tinha tanta importância, e inclusive não era objeto de condecoração. Com o que após uma guerra somente era digno de recebimento da medalha púrpura, o ferimento físico de sangue no seu sentido literal, não importando a sua dor moral, que poderia até mesmo ser sinal de fraqueza.

A transcrição desse caso foi para propor a reflexão da dor física, mas também da dor moral, que igualmente merece proteção, ambas objeto de descrição na Convenção 190 e Recomendação 206 da OIT, com o que não se pode esquecer da dor moral, que muitas vezes, pode ser mais dolorosa que a violência física.

Diante da transcrição, ora proposta para reflexão, observa-se que com o surgimento da OIT o mundo atravessa por guerras, e agora, após a comemoração do seu centenário ainda clama internacionalmente pela eliminação de violência e também do assédio no mundo trabalho, razão pela qual reveste-se de importância a reflexão da presente temática.

Esse é o contexto geral da OIT e da luta incessante pela proteção dos direitos humanos dos trabalhadores a nível mundial, aprovando as Convenções Internacionais e Recomendações, como a Convenção 190 e a Recomendação 206 sobre a violência e o assédio no mundo do trabalho, razão pela qual se torna necessário o seu estudo no presente artigo e essa nova regulamentação internacional do trabalho da OIT e universalização da justiça social.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho as Convenções são tratados internacionais que definem padrões e pisos mínimos a serem observados e cumpridos por todos os países que os ratificam, e por outro lado, as recomendações não têm caráter vinculante em termos legais e jurídicos, complementando uma convenção, propondo princípios reitores mais definidos sobre a forma como a Convenção poderia ser aplicada (OIT, s/d).

As Convenções são tratados internacionais e objeto de ratificação por seus estados membros da OIT, Sussekind, Maranhão e Teixeira definem que as “convenções constituem tratados multilaterais, abertos à ratificação dos Estados-Membros, que, uma vez ratificados, devem integrar a respectiva legislação nacional” (SUSSEKIND; MARANHÃO; TEIXEIRA, 2005, p. 1559).

E as Recomendações são como princípios orientadores da Convenção, não sendo de cunho imperativo, obrigatório, são recomendações para a sua implementação e regulamentação interna, no país que assim opta pela sua ratificação, quer seja, as recomendações como orientações para aperfeiçoamento normativo, com isso

Sussekind, Maranhão e Teixeira complementam que: “As recomendações se destinam a sugerir normas que podem ser adotadas por qualquer das fontes diretas ou autônomas do Direito do Trabalho, embora visem, basicamente, ao legislador de cada um dos países vinculados à OIT” (SUSSEKIND; MARANHÃO; TEIXEIRA, 2005, p. 1559).

A Convenção 190 da OIT nas suas considerações iniciais ressaltou a importância, da Declaração da Filadélfia, das Declaração Universal do Direitos Humanos, da Convenção de não discriminação, da Declaração do Trabalho Decente, dentre outras convenções igualmente visam a não discriminação e o respeito da dignidade da pessoa do trabalho, marcos convencionais de destaque internacionais após o surgimento da OIT. Uma das formas de manifestação do assédio moral é mediante discriminação e do não respeito da dignidade da pessoa humana do trabalho.

Com isso a questão a ser enfrentada no artigo tem relevância e é contemporânea porque depois de mais de 4 anos de debate a OIT finalmente conseguiu aprovar em junho de 2019 a Convenção 190 sobre a violência e o assédio, diante das atrocidades que são cometidas mundialmente e que envolvem esse assunto, que deve ser objeto de pesquisa constante e com a abordagem de novos conhecimentos, com o intuito precípua de haver a contribuição científica com essa problemática, que tem cunho teórico e prático, eis que prejudica a vida pessoal e profissional das pessoas, sobretudo a sua dignidade, diante da violação dos direitos humanos, que são inclusive incompatíveis com o trabalho decente.

3 O ASSÉDIO MORAL E A CONVENÇÃO 190 DA OIT: SUA ATUAL DEFINIÇÃO E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Propõe-se fazer na reflexão com um olhar e correlação internacional (Convenção 190 OIT), constitucional e legal do assédio moral no direito do trabalho, perpassando sobre uma visão humana e de cidadania diante do direito social fundamental do trabalho, adentrando na esfera dos direitos da personalidade, para que cumpra para com o dever maior de exercício de uma atividade empresarial comprometida e sobretudo pautada na ética profissional e com a dignidade da pessoa humana do seu trabalhador, respeitando seus direitos no meio ambiente de trabalho, seja de forma presencial, seja virtual.

O regime de emprego brasileiro, previsto na CLT, e as leis esparsas de Direito do Trabalho, não estabelecem regras sobre o significado de assédio moral – a Justiça do Trabalho vem adotando o que diz a doutrina sobre o tema com base no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 3º, III, CRFB/88); portanto, de suma importância o estudo da Convenção 190 da OIT.

Segundo Marie France Hirigoyen entende-se por assédio moral na empresa como toda e qualquer conduta abusiva, que é manifestada por comportamento, palavras, atos, gestos, escritos, que pode trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2014, p. 65).

Observa-se do conceito dessa autora francesa, um dos marcos teóricos do estudo de assédio moral, que uma de suas consequências é o dano à personalidade

de uma pessoa humana, qualificando ainda como um fenômeno destruidor do meio ambiente empresarial laboral.

Luiz Eduardo Gunther alerta no seu livro sobre o direito da personalidade nas relações de trabalho contemporâneas que não se pode esquecer que o trabalhador que sofre esse dano na sua personalidade é um indivíduo, e como pessoa humana “é titular, além do patrimônio (apreciável economicamente), de outros direitos, integrantes de sua personalidade” (GUNTHER, 2014, p. 10).

A Convenção 190 da OIT, marco teórico contemporâneo para reflexão global e nacional, pontapé inicial para novos conhecimentos e abordagem inovadora para pretensão legislativa interna sobre o assédio moral diante do contínuo debate no plano internacional dessa temática.

Observa-se, de início, que o conceito de assédio e violência são tratados de forma conjunta no artigo 1º da Convenção 190 da OIT de 2019, mudando a sua definição, não incluindo nesse recorte de interpretação a reiteração do ato, sendo suficiente para a sua configuração uma única manifestação.

O artigo 1º traz uma definição do conteúdo da presente convenção mencionando na letra “a” que a expressão violência e assédio no mundo do trabalho designa um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de ameaças a tais comportamentos e práticas, seja manifestado uma só vez ou de maneira repetida, que visam, causem ou sejam suscetíveis de causar, um dano físico, psicológico, sexual ou econômico, incluindo a violência e assédio por razão de gênero.

Nessa nova definição internacional descrita na Convenção 190 o assédio pode ser praticado uma única vez ou de maneira repetida, surgindo então um novo conceito, pois até então a definição doutrinária a nível internacional e nacional mencionava a repetição dos atos, como inerente ao enquadramento do conceito do assédio moral.

Observa-se ainda que há a opção pela abordagem integrada dos conceitos de violência e assédio no mesmo artigo, sendo que resulta das pesquisas produzidas pela reunião dos peritos, em outubro de 2016, substituindo o termo “violência” por “violência e assédio”, assegurando uma compreensão mais ampla dessa abordagem dos diferentes comportamentos inaceitáveis (SANTOS; PAMBLONA FILHO, 2019, p. 6-7).

Com isso e em uma análise preliminar constata-se que houve uma ampliação da definição do assédio, sendo que na sequência o artigo 2º vem a tratar do âmbito de aplicação da Convenção, protegendo tanto os empregados e também outras pessoas no mundo do trabalho, aplicando na relação de emprego e de trabalho, em qualquer situação contratual, incluindo os estagiários e aprendizes, os desempregados, os voluntários, as pessoas que buscam um emprego, e os indivíduos que exercem a autoridade, funções e responsabilidade de um empregador. No item 2 do artigo 2º ressalta que aplicação é em todos os setores, público e privado, tanto da economia formal como informal, nas zonas urbanas e rurais.

Mais adiante no artigo 3º da Convenção 190 OIT ainda se amplia o alcance convencional quanto ao lugar, trazendo no rol da localidade o espaço virtual, como outros meios de cometimento desse ato, abordando a evolução digital na conceituação na era da informação tecnológica em que o mundo está passando, o que entra em cena a temática atual do assédio virtual, e expressões como: *cyberbullying*, *cyberstalking*,

ficando o alerta da Convenção e desse novo marco teórico de pesquisa do assédio moral que pode ocorrer de forma virtual, ultrapassando as fronteiras nacionais e internacionais, e ainda o espaço físico para macular a vida do trabalhador em qualquer local do mundo.

O *cyberstalking* pode ser caracterizado com o envio de mensagens eletrônicas, recados, convites insistentes ou ofensas nas redes sociais, podendo em casos extremos, o perseguidor, chamado de *stalking* envolver em intimidação explícita da vítima com ameaças e ações violentas, como, por exemplo, ofensa ao patrimônio e até a integridade física (BRANT, 2020, s/p), com o que demonstra com a presente exemplificação e ampliação do conceito e formas de configuração, envolvendo essa nova modalidade virtual de violação da dignidade e da personalidade do trabalhador.

Assim a problemática do assédio moral, da saúde mental, da violência e do esgotamento físico pode ocasionar no meio ambiente físico e inclusive no ambiente virtual do trabalho, diante do não respeito aos direitos mínimos da dignidade da pessoa humana, sendo possível destruir mentalmente a vida de uma pessoa com palavras presenciais e atos virtuais, denegrindo o lado moral do trabalhador.

O mundo do trabalho está se transformando, mas em que pese essa mudança real ou virtual, que impactam no futuro do trabalho, há necessidade contínua de respeito à dignidade da pessoa do trabalhador e do uso das ferramentas tecnológicas de forma ética.

Diante desse novo contexto mundial o primeiro item “1”, letra “a”, da Declaração do Centenário da OIT há a seguinte descrição:

La OIT conmemora su centenario en un momento en que el mundo del trabajo se está transformando radicalmente impulsado por las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio medioambiental y climático y la globalización, así como en un momento de desigualdades persistentes, que tienen profundas repercusiones en la naturaleza y el futuro del trabajo y en el lugar y la dignidad de las personas que se encuentran en dicho contexto. (OIT, 2019)

Observa-se ainda que o Brasil se absteve de votar na aprovação da Convenção 190 OIT e até o presente momento não sinalizou quanto a sua ratificação, em que pese ser membro nato da Organização Internacional do Trabalho desde a sua fundação, conforme esclarece Arnaldo Sússekind “por pertencer à OIT na precitada data (1945), foi um dos membros fundadores da Organização em 1919” (SÜSSEKIND, 2003, p. 1509).

A OIT conta atualmente com 187 Estados-Membros, sendo que a votação de uma Convenção nesse órgão internacional é tripartite, contando com a participação do Governo, representantes dos empregadores e também dos empregados, sendo que na aprovação da Convenção 190 contou com 429 votos a favor da aprovação da Convenção 190 e sete contra, tendo havido 30 abstenções, dentre os quais se enquadra o Brasil, conforme fontes descritas no site da ILO (*International Labour Organization*) no Brasil (OIT, s/d).

A Convenção 190 da OIT entrará em vigor a nível internacional no prazo de 12 meses depois de ratificadas por pelo menos dois Estados Membros, sendo que já foi

ratificada por países como Uruguai no dia 12 de junho de 2020 (OIT, 2020) e Fiji no dia 25 de junho de 2020, com o que entrará em vigor em 25 de junho de 2021 (OIT, 2020), mas o Brasil permanece inerte até o presente momento, com o que nasce o estudo da inclusão de mais uma fonte do direito para análise científica, o que vem a corroborar a importância da apresentação do presente artigo, eis que a sociedade clama por um mundo livre de violência e de assédio.

4 A PREVENÇÃO DO ASSÉDIO E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Observa-se que a atividade empresarial que não cumpre para com as suas obrigações, desrespeitando o seu trabalhador, em todos os sentidos, seja através de violência física, seja através de assédio moral, dentre outras vertentes que podem advir desses atos nefastos e de não respeito da dignidade do outro, não está cumprindo a sua obrigação e função social, sendo um mal exemplo na sociedade em que está inserida com a prática desses atos desumanos, o que por conseguinte não cumpre a sua responsabilidade no entorno em que está inserida.

Em que pese toda a evolução da humanidade atos de violência e de assédio infelizmente ainda acontecem muito no dia a dia da atividade empresarial e laboral, faltando ética, respeito e no mínimo educação para com seu semelhante, demonstrando com essa visão inicial a importância do estudo a que se pretende, tanto que a Convenção 190 vem a pregar um mundo do trabalho livre de violência e de assédio, sendo que para cumprir para com esse objetivo é necessário a consciência das pessoas, dos administradores, trazendo essas metas no planejamento das atividades empresariais e na sociedade em que está inserida.

Como já descrito no período do pós Guerra Mundial e da Revolução Industrial que nasce a OIT, surgindo o grande paradoxo que acompanha essa relação burguesia x proletariado, empresa x trabalhador, que perpassa toda essa evolução histórica e continua sendo objeto de constante reflexão e busca de justiça social na presente relação desigual, em que moveram a ascensão do capitalismo como meio de produção dominante.

Observa-se numa análise perfunctória que num primeiro momento e dentro do contexto pós Revolução Industrial com o crescimento da empresa, em especial a indústria, surgiu a necessidade de um mínimo de proteção do trabalhador e respectiva regulamentação social, face a exploração da sua mão de obra naquele momento, observando-se dentro desse contexto uma exploração mais física do trabalhador, reflexão realizada na correlação da medalha púrpura, em que nesse momento histórico o objeto de proteção principal era mais físico e não psicológico, diante desse momento de revoluções e guerras.

Mas em que pese toda a mudança na atividade empresarial no decorrer da história ainda se busca constantemente o equilíbrio e respeito de ambas as partes, razão pela qual dentro desse contexto pode-se falar de responsabilidade social e justiça social de uma empresa quando respeita os direitos dos trabalhadores, em especial quando há o cuidado, prevenção e repressão de atos tanto de violência quanto de assédio.

Observa-se da redação inicial da Convenção 190 da OIT que considerando que a violência e o assédio são incompatíveis com a promoção de empresas sustentáveis e afetam negativamente a organização do trabalho, as relações no local do trabalho, os compromissos dos trabalhadores, a reputação das empresas e sua produtividade.

Continuando a análise da Convenção 190 da OIT dentro do recorte específico do presente artigo na correlação dos atos de prevenção do assédio moral e o cumprimento da função social da empresa, na busca de uma maior responsabilidade social no entorno em que está inserida, vem a descrever os princípios fundamentais previstos no art. 4º da mencionada Convenção.

No item 1 do artigo 4º, enuncia que todo membro que ratifique a presente Convenção deverá respeitar, promover e assegurar o direito de toda pessoa a um mundo de trabalho livre de violência e de assédio. Essa situação descrita na Convenção 190 e que a atividade empresarial deve buscar, independentemente da ratificação pelo Brasil da presente Convenção, eis que tais princípios são inerentes ao conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, que possui todo trabalhador.

Mais adiante no item 2, do artigo 4º, vem a arrolar alguns procedimentos para se buscar atingir esses princípios fundamentais, elucidando que todo membro deverá adotar, em conformidade com a legislação e situação nacional, em consulta com as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, um enfoque inclusivo, integrado e que tenha em conta as considerações de gênero para prevenir e eliminar a violência no mundo do trabalho.

Com isso vem a arrolar procedimentos para atingir esse enfoque inclusivo, tendo em conta as implicações que atingem terceiros nos atos de violência e assédio, devem proceder em particular em:

- 001) proibir legalmente a violência e o assédio;
- 002) velar pelas políticas pertinentes que abordem a violência e o assédio;
- 003) adotar uma estratégia integral a fim de aplicar medidas para **prevenir e combater a violência e o assédio**;
- 004) estabelecer mecanismos de controle da aplicação e do seguimento ou fortalecer os mecanismos existentes;
- 005) velar que as vítimas tenham acesso as vias de recurso, de reparação e as medidas de apoio;
- 006) prever sanções;
- desenvolver ferramentas, orientações e atividades de educação e formação, e atividade de sensibilização**;
- 007) garantir que existam meios de inspeção e investigação efetivos dos casos de violência e assédio, inclusive através das inspeções de trabalho e de outros organismos competentes.

Observa-se do contexto do artigo 4º, item 2 e suas respectivas alíneas que há objetivo norteador da presente Convenção 190 de se eliminar a violência e o assédio, sendo que uma das medidas para se buscar atingir essa meta é através da prevenção, foco de análise e interpretação no presente item do artigo.

E mais no item 3, do mesmo artigo 4º dos princípios fundamentais da Convenção 190 da OIT aponta que ao adotar e aplicar o enfoque mencionado,

todo Membro deverá reconhecer as funcionalidades e atribuições diferentes e complementares dos governos, e dos empregadores e trabalhadores, assim como suas organizações respectivas, tendo em conta sua natureza e o alcance das variantes de suas responsabilidades respectivas.

Com o que se entende que a Empresa deve buscar medidas de prevenção para se evitar os atos de assédio moral, através de cursos, palestras, treinamento constantes no ambiente laboral, para que seja sadio, utilizando essa ferramenta educacional na busca da ética, do respeito e do mínimo de dignidade humano que se deve dar ao seu semelhante.

Com isso observa-se a relação da empresa sustentável, vai além do meio ambiente físico, atingindo o meio ambiente laboral integral e do respeito da dignidade do trabalhador, quando cumpre sua obrigação social, atendendo a funcionalização, gerando, por conseguinte um ambiente empresarial sadio e com maior produtividade.

Francisco Cardozo Oliveira ressalta que esta funcionalização se manifesta através da responsabilidade social da empresa e pelo respeito da dignidade das pessoas:

Esta funcionalização se manifesta através da responsabilidade social da empresa pela redução das desigualdades. Inclui também o respeito à dignidade das pessoas, a que está sujeita qualquer atividade de produção de riqueza, por força dos princípios reitores da ordem econômica constitucional. A atividade empresária, desta forma, deve ter comprometimento finalístico com a resolução de problemas que a alocação de recursos humanos e materiais provoca para a sociedade. A empresa precisa incorporar a ideia de que a redução das desigualdades sociais é, antes de qualquer coisa, tarefa da administração da atividade empresarial. A empresa deve gerar renda e riqueza para proprietários (acionistas) e não-proprietários. Precisa ter comprometimento efetivo com a redução do desemprego e com a eliminação dos efeitos nocivos para a sociedade, provocados pela alocação de recursos e pelas crises do processo de acumulação de capital (OLIVEIRA, 2006, p. 120).

Assim observa-se a importância da responsabilidade social da empresa com atos de prevenção e proteção do trabalhador, evitando-se a discriminação e a prática de violência e do assédio, com o respeito a dignidade da pessoa humana, através de política institucional da empresa ressaltando que tal prática é um mau negócio e que custa caro para as empresas, afetando diretamente na produção, havendo reflexos econômicos também para as vítimas e para toda a sociedade, sendo a prevenção a melhor solução (LIMA, 2019, p. 91), deixando o alerta que no caso de não seja possível a prevenção, adentrar-se-á no campo da reparação desses danos provocados ao trabalhador.

Maurício Godinho Delgado ressalta que o mais generalizante e consistente instrumento assecuratório de efetiva cidadania “no plano socioeconômico, e de efetiva dignidade, no plano individual. Está-se diante, pois, de um potencial e articulado sistema garantidor de significativo patamar de democracia social” (DELGADO, 2006, p. 142).

Gabriela Neves Delgado acrescenta que não há como se concretizar o direito à vida digna se o homem não for livre e tiver acesso ao direito fundamental ao trabalho também digno e da “mesma forma, não há possibilidade real do exercício do trabalho digno se não houver verdadeira preservação do direito fundamental à vida humana digna” (DELGADO, 2006, p. 211).

Necessário, pois, realizar uma reflexão social, econômica e jurídica, para atingir uma visão emancipatória do ser humano para tentar fazer face à degradação atual das condições de vida, através da prevenção de atos de violência e de assédio; definindo e estudando o fenômeno do assédio e seus reflexos na violação e não efetivação dos direitos sociais, razão pela qual o olhar e resgate da importância dos atos de combate dentro do contexto da atividade empresarial pode ser sim uma das medidas para se tentar eliminar a violência e o assédio e cumprir a meta estabelecida na Convenção 190 da OIT, pois “onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo, com o respeito à integridade física e moral do trabalhador, o direito à contraprestação pecuniária mínima), não haverá dignidade humana que sobreviva” (DELGADO, 2006, p. 207).

Marie France no I Seminário Internacional sobre Assédio Moral no Trabalho, realizado pelo Sindicato de Químicos e Plásticos de São Paulo alerta para a questão da prevenção do assédio moral:

Um dos argumentos que utilizo, atualmente, para ser ouvida, que dei para os políticos na França e que agora dou para as empresas, para que sejam vigilantes e que façam uma política de prevenção do assédio moral, é que o assédio moral não é produtivo, é péssimo, e custa caro. *Custa caro para as vítimas porque são obrigadas a se tratar, às vezes perdem seus empregos, são, às vezes, obrigadas a recorrer a um advogado para se defender, portanto, custa caro para as vítimas.*

Isto também custa caro para a sociedade porque as pessoas ficam doentes e impedidas de trabalhar. Custa caro também para as empresas porque há efetivamente, o problema do absentismo associado a uma grande desmotivação e perda de produtividade (HIRIGOYEN, 2002, s/p).

Com isso fica o alerta da importância da política de prevenção da violência e do assédio na empresa para evitar danos maiores para os seus empregados, meio ambiente empresarial e para toda a sociedade de uma forma geral, podendo tais medidas serem implementadas através de um programa de *compliance*, um código de ética, e da constante educação que se deve ser objeto de treinamento na empresa, podendo estender esse programa para a sociedade em que está inserida.

Wagner Giovanini esclarece no livro “*Compliance a excelência na prática*” sobre a importância do foco na prevenção como um modelo que engloba primeira e principalmente a prevenção de condutas não-conformes, considerando a realidade empresarial e a imprevisibilidade das situações que possam surgir, descrevendo o modelo do tripé do *compliance* como: prevenção, detecção e correção, mas ressaltando que o principal pilar é a prevenção, devendo instituir-se políticas e procedimentos

claros para todas as situações de risco, conjugados ao respectivo treinamento de funcionários, complementando que a “detecção é composta por “controle” (análise periódica dos processos adotados) e por “canais de acesso” (canal de comunicação com os *stakeholders*). Detectada alguma inconformidade, passa-se a buscar sua correção” (GIOVANINI, 2014, p. 50-52).

E uma vez implantada tal política de medida preventiva na empresa gera confiança dos seus investidores, como esclarece Marcia Ribeiro e Patrícia Diniz “a empresa tende a obter mais confiança dos investidores e maior credibilidade no mercado”, como o que por conseguinte “alcançará altos níveis de cooperação interna e externa, com o consequente aumento de lucro, mas sempre de forma sustentável, trazendo benefícios à organização, a seus empregados e à sociedade” (RIBEIRO; DINIZ, 2014, p. 90).

Com base nas reflexões e análise até então realizada, observa-se que a medida de prevenção com o respeito a dignidade do trabalhador, sem o cometimento de violência e do assédio pode ensejar na responsabilidade social da empresa, com atos de prevenção e educação, tais como treinamento, canal de comunicação, código de ética, medidas de conformidade - *compliance*, trazendo a ética e o respeito para com o seu semelhante no meio ambiente laboral, com um novo olhar e constante repensar através dos princípios fundamentais e norteadores do novo marco teórico de estudo da Convenção 190 da OIT, em que se busca eliminar a violência e o assédio no mundo do trabalho, com foco na atividade empresarial mais cidadã e com responsabilidade social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em função do contexto de análise, constata-se que o estudo do assédio moral é muito importante no contexto da função social da empresa, devendo a sua atuação estar focada na visão empresarial e cidadã, cumprindo além da função legal, adentrando no alcance da responsabilidade social no entorno em que está inserida, com um ambiente livre de acoso e de respeito a dignidade da pessoa humana.

A partir da análise do conceito de assédio e violência observou-se a ampliação da sua definição na Convenção 190 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), podendo incidir em apenas um ato de violência e de assédio, em que pese a doutrina anterior mencionar a reiteração para o enquadramento do assédio moral, ficando consignada o primeiro apontamento e reflexão introdutória no presente artigo para continuidade da análise científica.

Mas o conceito vai além, adentrando no seu âmbito de aplicação, ampliando o foco de sua incidência no âmbito das relações de emprego para a relação de trabalho, inclusive na esfera privada e também pública, no meio ambiente de trabalho presencial e virtual, pois mundo atual da sociedade de rede, da tecnologia e da era da informação, os atos de violência e o assédio podem incidir em todos esses ambientes, físico ou não, podendo o assédio ser praticado na modalidade virtual, o que infelizmente vem sendo comum nos dias de hoje, mas tal conteúdo do assédio moral virtual será abordado em outro artigo científico.

Diante dos atos nefastos da violência e do assédio no mundo do trabalho a sociedade internacional clama por uma maior reflexão da presente temática, exigindo maior respeito em todas as vertentes, políticas, sociais e econômicas, com o que no centenário da OIT houve a aprovação dessa Convenção 190 e da Recomendação n. 206 que a acompanha, invocando pela eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho.

Uma das metas traçadas para atingir esse objetivo de eliminar a violência e o assédio no mundo do trabalho é a prevenção, razão pela qual foi trazido os princípios fundamentais da Convenção 190, dentre os quais se destaca as medidas preventivas para se combater a violência e o assédio, nascendo o resgate dessa função social da empresa, através de medidas de consciência e de educação a ser inseridos no meio ambiente de trabalho e do respeito a dignidade do trabalho e da justiça social.

Com o que se procurou demonstrar o cumprimento da funcionalização da empresa com implementação de programas de prevenção de atos de violência e de assédio, diante da sua importância no meio ambiente social, livre de violência e de assédio, mas também indo além da função social, cumprindo a sua responsabilidade social na sociedade em que está inserida, agindo de maneira ética e com confiança para o seu entorno, podendo ampliar esses atos de educação, de ética e de respeito para a comunidade, procurando fazer a diferença com uma atividade empresarial mais cidadã e inclusiva.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. Política. Tradução: Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Coleção Vega Universidade/ Ciências Sociais e Polítivas. Vega. 1998.
- BRANT, Marcos Henrique Caldeira. *Stalking - Perseguição obsessiva*. Jus Brasil. Disponível em: <https://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100536991/stalking-perseguiçao-obsessiva>. Acesso em: 07 de maio de 2020.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20.01.2020.
- COMPARATO, Fábio Konder. Estado, Empresa e Função Social. Revista dos Tribunais, ano 85, vol. 732, outubro de 1996.
- DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, trabalho e emprego. Entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Gabriela Neves. Direito Fundamental ao Trabalho Digno. São Paulo: LTr, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson. Pensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.
- GIOVANINI, Wagner. *Compliance: a excelência na prática*. 1. ed. São Paulo. 2014.
- GUNTHER, Luiz Eduardo. Direito da personalidade nas relações de trabalho contemporâneas. Curitiba: Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014.
- HIRIGOYEN, Marie France. Marie-France Hirigoyen: apresentação [2002] I Seminário Internacional sobre Assédio Moral do Sindicato de Químicos e Plásticos de São Paulo. Disponível no site <http://www.assediomoral.org/spip.php?article214>. Acesso em: 06 ago. 2016.
- HIRIGOYEN, Marie France. Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. Tradução: Maria Helena Kühner, 15. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.
- LIMA, Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de. Assédio moral e os limites do poder do empregador: as consequências na personalidade do assediado e a necessária ética preventiva na atividade empresarial laboral. Curitiba: Juruá, 2019.
- MARTINEZ, Fernando Rey. *La propiedad privada en la constitución española*. Madrd: Centro de estudios constitucionales, 1994.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Normas Internacionais de Trabalho. [s.d.]. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/normas/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo. 1919-2019 adoptados por I08ª Conferencia Internacional del trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2019.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Conferencia Internacional del Trabajo*. Comisión normativa: violencia y acoso en el mundo del trabajo, 2019 (No. 190). Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711719.pdf. Acesso em: 16 ago. 2019.
- OIT. OIT Brasília. Conheça a OIT. Disponível em <https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.
- OIT. OIT Brasília. Uruguai é o primeiro a ratificar a Convenção da OIT sobre Violência e Assédio. Disponível em https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_747820/lang--en/index.htm. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.
- OIT. OIT Brasília. A Convenção da OIT sobre Violência e Assédio entrará em vigor em junho de 2021. Disponível em https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_749148/lang--en/index.htm. Acesso em: 20 de dezembro de 2020.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Uma nova racionalidade administrativa empresarial. In: GEVAERD, Jair & TONIN, Marta Marília. Direito empresarial & cidadania: questões contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2006.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas Empresas. Revista de Informação Legislativa/Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Ano 50, n. 199, publicada pela Coordenação de Edições Técnicas, 2014.
- SANDEL, Michel J. Justiça - O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6.

ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos; PAMBLONA FILHO, Rodolfo. Convenção 190 da OIT: Violência e Assédio no Mundo do Trabalho. Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Disponível em <http://www.andt.org.br/f/Conven%C3%A7%C3%A3o%20190%20da%20OIT.04.09.2019%20-%20Rodolfo.pdf>. Acesso em: 20 de dezembro de 2019.

SUSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. 21. ed. v. II. São Paulo: LTr, 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; TEIXEIRA, Segadas Vianna e Lima. Instituições de Direito do Trabalho. v. 2, 22. ed. São Paulo: LTr Editora, 2005.

TOKARS, Fábio Leandro. Função social da empresa. *In* RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). Direito civil constitucional – situações patrimoniais. Curitiba: editora Juruá, 2003.

TELETRABALHO. BREVE ANÁLISE COMPARADA ENTRE PORTUGAL E BRASIL

Ana Lúcia Lourenço⁶⁶⁴

INTRODUÇÃO

Com o rápido desenvolvimento das tecnologias da informação e a introdução das telecomunicações nas relações de trabalho, em um ambiente de abertura dos mercados, o teletrabalho tem ganhado cada vez mais espaço nas empresas e órgãos públicos, transformando as tradicionais relações laborais.

Diante deste panorama, as formas de vida e trabalho ganham novos contornos, resultando alterações substanciais no ritmo de desenvolvimento das atividades humanas. Estas modificações no comportamento laboral ainda implicam na necessidade de redefinição de tempo e espaço, resultando, dentre outros fatores, em novos processos na organização e desenvolvimento do trabalho.

Deste modo, inevitável o surgimento de alterações legislativas no campo do direito do trabalho, para regular estas novas e modernizadas forma de labor nos países que a adotaram.

O teletrabalho, em linhas gerais, pode ser conceituado, como o é de fato em diversos ordenamentos jurídico, como sendo a atividade laboral prestada à distância, habitualmente fora das instalações centrais da empresa, mediante recurso das tecnologias de informação e comunicação.

Utilizando-se do método descritivo, e da pesquisa bibliográfica, o presente estudo tem por escopo realizar uma análise sucinta do teletrabalho como uma nova forma de organização laboral, traçando uma breve comparação entre os regimes jurídicos de Portugal e Brasil.

Em um primeiro momento, buscar-se-á abordar, ainda que resumidamente, as circunstâncias históricas que deram ensejo ao surgimento desta nova modalidade de labor. Em seguida, pretende-se delinear o que é teletrabalho, conceituando-o e apresentando suas modalidades, vantagens e desvantagens. Por fim, analisar-se-á o teletrabalho na legislação portuguesa e na legislação brasileira.

1 TELETRABALHO- BREVE ANÁLISE COMPARADA ENTRE PORTUGAL E BRASIL

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SURGIMENTO DO TELETRABALHO

De antemão, é importante consignar que aquilo que chamamos hoje de “*sociedade da informação*” é uma consequência da chamada quarta onda da Revolução Industrial, ocorrida em meados do século XVIII, na Inglaterra, que, após determinado lapso temporal, espalhou-se por todo o mundo, acarretando inovações tecnológicas e industriais.

⁶⁶⁴ 14 de julho de 2021 -Mestranda em Ciência Jurídicas e Políticas pela Universidade Portucalense; Desembargadora no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná; <http://lattes.cnpq.br/9058775421179689>. <https://orcid.org/0000-0003-2048-1430> E-mail :allo@tjpr.jus.br WhatsApp:41-999738691.

Na década de 1970, difundiu-se a denominada sociedade da informação – marcando o início da quarta dimensão da Revolução industrial, conforme mencionado –, conceito este que surgiu nos trabalhos de Alain Touraine e Daniel Bell, versando sobre as influências das novas tecnologias nas relações da sociedade contemporânea (CASTELLS, 1999, p. 114).

Nesse sentido, Oliveira e Oliveira entendem que *“o processo de globalização econômica trouxe reflexos escalonados em todos os âmbitos da sociedade”*, afetando, inclusive, as relações de trabalho (OLIVEIRA & OLIVEIRA, 2020, p. 14).

O primeiro documento político sobre o tema na União Europeia (UE) foi nomeado como o “Livro Branco de Delors – Crescimento, competitividade, emprego: os desafios e as pistas para entrar no século XXI, necessidade da transição da União Europeia para a ‘sociedade da informação’, adotado pela Comissão Europeia (EC) em 1993. Posteriormente, em 1994, o órgão elaborou o trabalho conceituado como *“A Europa a caminho da sociedade da informação”* para orientar este processo de transição” (NUNES, 2007, p. 326-333).

Anos depois, a EC elaborou o “Livro Verde”, cujo objetivo precípuo era promover a implementação de políticas públicas de incentivo ao teletrabalho:

O primeiro dos desafios expostos neste ‘Livro Verde’ é precisamente a necessidade de sensibilização sobre o potencial das novas abordagens da organização do trabalho e da empresa flexível, nomeadamente através da adesão ao teletrabalho, embora se defenda que a necessária renovação do quadro jurídico e contratual deva ocorrer de modo a garantir que uma maior flexibilidade para as empresas (alcançável através do recurso facilitado ao trabalho a tempo parcial, ao trabalho temporário, a contratos a termo fixo, ao teletrabalho e a outras formas de relações laborais) seja conciliável com uma segurança adequada para os trabalhadores... (NUNES, 2007, pp. 328-329).

No final do ano de 1999, mais precisamente em dezembro de tal ano, o órgão adotou um novo plano de ação, denominado “eEurope”, à vista de fomentar a participação dos cidadãos europeus nestes novos tempos virtuais. Assim, defendeu-se, à época, “como medida para a modernização da organização do trabalho, a criação de uma regulamentação adequada para a prática do teletrabalho, que procurasse garantir simultaneamente os direitos e obrigações dos teletrabalhadores e dos seus empregadores” (NUNES, 2007, p. 329-330).

Nesse contexto, em 20 de março de 2000, os Chefes de Estado e de Governo membros da EC firmaram um plano estratégico – Estratégia de Lisboa – cujo objetivo era modernizar a economia da União Europeia como um todo:

A consecução deste objectivo pressupõe uma estratégia global que vise: preparar a transição para uma economia e uma sociedade baseadas no conhecimento, através da aplicação de melhores políticas no domínio da sociedade da informação e da I&D, bem como da aceleração do processo de reforma estrutural para fomentar a

competitividade e a inovação e da conclusão do mercado interno; modernizar o modelo social europeu, investindo nas pessoas e combatendo a exclusão social; sustentar as sãs perspectivas económicas e as favoráveis previsões de crescimento, aplicando uma adequada combinação de políticas macroeconómicas” (EUROPEAN PARLIAMENT, 2000)⁶⁶⁵.

O Plano Estratégico de Lisboa – e complementações posteriores, vide Comissão Europeia 2000-b e Comissão Europeia 2002 –, todavia, não foi exitoso, não tendo proporcionado as condições de pleno emprego que almejava.

Assim, no ano de 2002, visando a conferir efetividade à Estratégia de Lisboa, foi assinado o Acordo-quadro Europeu⁶⁶⁶.

Após tais documentos relevantes, a legislação portuguesa previu, expressamente, a matéria com a promulgação da revisão do Código de Trabalho (art. 233 da Lei 99/2003), tornando-se, assim, um dos primeiros países do EC a regulamentar o teletrabalho (PORTUGAL, 2003).

2 TELETRABALHO

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), conceitua o teletrabalho como aquele que emprega *“tecnologias de informação e comunicação (TIC), tais como smartphones, tablets, computadores portáteis e de secretária, no trabalho que é realizado fora das instalações da entidade empregadora”* (OIT, 2020, p. 1).

Assim, o teletrabalho pode ser entendido como a realização de atividade laboral de qualquer natureza, desde que realizada à distância, em local diverso ao do local da empresa, utilizando-se as ferramentas tecnológicas de informação e comunicação.

O Código do Trabalho Português, Lei 07/2009, prevê em seu artigo 165 que *“considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação”* (PORTUGAL, 2009).

Já na Consolidação da Leis do Trabalho do Brasil (CLT), em recente alteração pela Lei 13.467/2017, o legislador definiu que *“considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a*

⁶⁶⁵ Almejava-se, então, promover, através do incentivo ao teletrabalho, melhores condições laborativas, bem como facilitar o acesso à “Sociedade da Informação” aos cidadãos europeus, viabilizando que cada um destes possuísse os instrumentos necessários para a vida e o trabalho nessa nova era informacional. Asseverou-se, ainda, que mulheres e idosos – os quais eram os mais afetados pelas altas taxas de desemprego –, obtiveriam, por meio da flexibilidade ocasionada pelo teletrabalho, maiores e melhores condições de empregabilidade.

⁶⁶⁶ Trata-se de um acordo firmado entre diversas entidades associativas – A Confederação Europeia de Sindicatos (CES), a União da Indústria e Confederações de Empregadores da Europa (UNICE) / a União Europeia do Artesanato e as Pequenas e Médias Empresas (UNICE / UEAPME) e o Centro Europeu para as Empresas Públicas (CEEP) –, cujo objetivo era promover maior segurança aos teletrabalhadores empregados na União Europeia.

utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (BRASIL, 2017).

As vantagens provenientes da adoção do teletrabalho podem ser avaliadas sob a perspectiva do empregado; e sob a perspectiva do empregador.

No que concerne às vantagens relacionadas ao trabalhador, Marcella Alves Melo leciona:

E mais, ainda como vantagens tem-se a redução de gastos com transporte e outros, além do fato de o trabalhador não ter que enfrentar grandes congestionamentos e perder horas em trânsito, havendo uma certa flexibilidade com relação aos horários de trabalho, o que poderá significar um possível maior tempo de convívio com a família, de modo a reduzir o estresse e aumentar a qualidade de vida (MELO, 2018, p. 15).^{667 668}

De outro turno, se avaliados os benefícios percebidos pelos empregadores, Carla Carrara da Silva Jardim destaca a possibilidade de maior flexibilização na organização da empresa, redução de custos com infra-estrutura, aumento na motivação redução dos níveis hierárquicos, contratação de mão de obras mais baratas, dentre outros. Estes benefícios também são percebidos, ainda que de maneira um pouco diferente, pelo Poder Público (2003 citado por LENUZZA, 2014, p. 70).

No que concerne às desvantagens do teletrabalho ao empregado, por sua vez, é possível identificar diversos prejuízos, tais como:

Fragmentação do trabalho; falta de visão dos teletrabalhadores do conjunto da empresa e seu mercado; controle invisível pelo computador central da empresa, por meio de programas de mensuração da produtividade; pouco ou nenhum contato com colegas e com a hierarquia; dispersão dos trabalhadores pelo território, dificultando as ações sindicais; isolamento social; não-separação entre vida privada e vida profissional; tratamento

⁶⁶⁷ Carla Carrara da Silva Jardim enumera como vantagens: “a) aumento do tempo livre, já que reduz o tempo gasto com os deslocamentos casa/trabalho; b) flexibilidade na organização e no tempo de trabalho, segundo seu próprio biorritmo; c) flexibilidade no local de trabalho; d) redução dos gastos com transportes e combustíveis; e) maior convivência com os amigos, os familiares e a comunidade em que está inserido; f) maior oportunidade de trabalho para os deficientes físicos; g) integração dos portadores de imunodeficiência, dos portadores de doenças infecto-contagiosas, que são discriminados no ambiente de trabalho; h) possibilidade de maior fluxo de mulheres ao mercado de trabalho, de trabalhadores que necessitam cuidar dos filhos ou de pessoas doentes ou de pessoas que estejam aos seus cuidados; i) maior estabilidade psicoemocional e menor stress cotidiano” (SILVA, 2003, p. 40-41).

⁶⁶⁸ Sobre os aspectos psicossociais dessa modalidade de labor: Martínez e col. (2001) acrescentam, no entanto, alguns aspectos interessantes para a discussão sobre a utilização das novas tecnologias. Nesse âmbito, as autoras referem que, na perspectiva psicossocial, as investigações efectuadas no passado se centram apenas nas consequências negativas do uso das novas tecnologias para o bem-estar psicológico em detrimento das positivas. Para fundamentar esta ideia, fazem apelo a estudos bastante recentes que demonstram que o uso de novas tecnologias incrementa o entusiasmo individual e do grupo (Cifre et al. 2000, cit. por Martínez et al., 2001), produz uma redução do cinismo, incrementa a auto-confiança e a obtenção de objectivos (Salanova & Schaufeli, 2000) e aumenta a auto-motivação e a auto-eficácia” (Coffin & MacIntyre, 1999).” (CAROCHINHO, 2010, p. 99).

diferenciado referente a salários; deficiência na proteção jurídica; menos oportunidade de promoção e de ascensão na carreira profissional; ausência ou diminuição de auxílio no desenvolvimento das tarefas (JARDIM, 2003 citado por LENUZZA, 2014, pp. 73-74).

É possível verificar, também, aspectos negativos do teletrabalho aos empregadores, a saber:

a) dificuldades em reunir o teletrabalhador; b) aumento de custos com equipamentos e telecomunicações para cada teletrabalhador; c) destruição do sentido de coletividade que havia no interior da empresa; d) aumento nos custos de formação dos teletrabalhadores; e) problema de confidencialidade dos dados; f) problemas pertinentes à integridade do sistema de transmissão de dados e informações; g) dificuldades no controle da prestação do trabalho; h) problemas pertinentes à prevenção e eliminação dos riscos relacionados às doenças ligadas ao videoterminal e às questões de higiene e saúde no local de trabalho. (JARDIM, 2003 citado por LENUZZA, 2014, pp. 73-74).

Importante ressaltar, contudo, que, especialmente em relação à dificuldade de controle da prestação do trabalho, esta é questionável. Isso porque o teletrabalho pode, muitas vezes, ocasionar um aumento do controle, fornecendo ao empregador – com riqueza de detalhes, inclusive –, dados pessoais do trabalhador, bem como viabilizando o acompanhamento constante das atividades desempenhadas por este. (MELO, 2018, p. 16)

Por derradeiro, vislumbra-se prejuízos à sociedade – como corpo coletivo –, na medida em que pode haver um decréscimo da solidariedade profissional, ante a desvinculação do trabalhador à entidade sindical; além disso, pode ocorrer o fenômeno denominado pela sociologia como misantropia na estrutura da sociedade (FIOLHAIS, 1998 citado por SIMÃO, 2018, p. 27).

O teletrabalho pode ser classificado sob duas acepções, quando ao local de prestação e quanto ao modo de prestação.

A classificação quanto ao local de prestação, subdivide-se em três principais modalidades: em domicílio (mais corriqueiro), por meio de telecentros e o teletrabalho tinerante (móvel) (MOYA, 1998, p. 60)⁶⁶⁹.

A classificação quanto ao modo de prestação laboral, por sua vez, o teletrabalho ramifica-se em três modalidades:

As formas de ligar o teletrabalhador ao empregador são diversas, a destacar o modo off line, no qual o teletrabalhador desenvolve seu trabalho, seguindo orientações previamente estabelecidas e, posteriormente, repassa/envia ao empregador. No modo one way,

⁶⁶⁹ Sobre a questão, ver também: MELO, Marcela Alves. *Teletrabalho: um estudo comparado entre Portugal e Brasil sobre a transformação das relações de trabalho*. Dissertação de mestrado, Universidade do Porto, Porto, 2018 [consult. 25 mar. 2021]. Disponível no Repositório Aberto UP: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/117843/2/304206.pdf>

os dados correm num único sentido, sem retorno e, por fim, o modo on line, mais comum e característico no teletrabalho, com a interação entre os sujeitos em tempo real (MELO, 2018, p. 18).

Não obstante as referidas classificações sejam relevantes, o núcleo duro do teletrabalho pressupõe que o exercício laboral ocorra à distância e que tal especificidade não mitigue – ou não erradique por completo – a subordinação do empregado, de modo que o vínculo laboral permaneça.

Sobre a questão, Redinha aponta que “exige-se que a prestação de trabalho decorra em local exterior à localização da empresa do empregador e que, além disso, que tal aconteça com carácter de habitualidade e regularidade ao longo da execução do contrato do trabalho” (2007, p. 2).

3 O TELETRABALHO NO DIREITO PORTUGUÊS

Com base no Conselho Europeu de Lisboa, e acolhendo o Acordo-Quadro Europeu⁶⁷⁰, o Código de Trabalho português passou a disciplinar o regime de teletrabalho prestado com subordinação, restringindo, assim, a abrangência do texto legal, ainda que os acordos internacionais que o precederam fossem mais amplos (MELO, 2018, p. 28).

O teletrabalho, na definição adotada pelo art. 165 legislação trabalhista lusitana, é entendido como “a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação” (PORTUGAL, 2009).

Pressupõe-se, portanto, a cumulação de dois aspectos principais que lhe são essenciais, quais sejam: espacial e formal.

No que concerne ao primeiro, este se ramifica em duas acepções: a geográfica, isto é, prestação deve ocorrer à distância; e a tecnológica, ou seja, tal labor deve ser desempenhado por meio da utilização de recursos de tecnologia de informação e de comunicação (AMADO, 2016, n. p.).

Todavia, ainda que não precisa ser permanente, a separação precisa ser, ao menos, habitual. Redinha entende que a adoção deste requisito tem como objetivo excluir da ideia de teletrabalho “as situações que importam actividades fora da empresa, mas apenas de forma esporádica ou transitória, ou aquelas que combinem a prestação de actividade fora e dentro da empresa” (2007, p. 2).

O aspecto formal, por sua vez, pressupõe que a prestação de trabalho deve ocorrer, não obstante certas particularidades, com subordinação jurídica, a fim de

⁶⁷⁰ Trata-se de um instrumento coletivo que foi firmado entre a Confederação Europeia de Sindicatos (CES), a União da Indústria e Confederações de Empregadores da Europa (UNICE) / a União Europeia do Artesanato e as Pequenas e Médias Empresas (UNICE / UEAPME) e o Centro Europeu para as Empresas Públicas (CEEP). o acordo tinha o objetivo de conferir maior segurança aos trabalhadores em regime de teletrabalho, firmando, para tanto, os direitos a condições de trabalho, proteção de dados, vida privada, equipamentos para atividade, saúde e segurança, organização do trabalho, formação e direitos coletivos. Cfr. Acordo-Quadro Europeu sobre o teletrabalho. [consult. 26 mar. 21], Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131>.

afastar a hipótese em que o trabalhador exerce suas atividades enquanto autônomo (REBELO, 2004 citado por MELO, 2018, p. 29).

O conceito, todavia, é objeto de críticas doutrinárias, posto que:

Nesse sentido, Monteiro Fernandes considera que a expressão ‘tecnologias de informação e de comunicação’ é débil e vaga. O autor sustenta que o significado do enunciado aponta para os domínios da informática e da eletrônica e afirma que estas ‘existem há muito, com distintas características e diferentes graus de sofisticação. A expressão não é, pois, inteiramente esclarecedora’. (BARATA, 2020, p. 59)

Observa-se que o texto legal adotou um conceito jurídico indeterminado. Em outros termos:

a lei estabelece uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisos em sua enunciação, apesar de pretender um pressuposto concreto. A lei não determina com exatidão os limites destes conceitos, desde que se trata de definições que não admitem urna quantificação ou determinação rigorosa. (BARACHO, 1999, p. 62)

Logo, eventualmente, a norma legal pode utilizar conceitos imprecisos, os quais ramificam-se em “conceitos descritivos-empíricos; conceitos imprecisos de natureza jurídica; conceitos definíveis em consideração de circunstâncias de tempo e de lugar”. (BARACHO, 1999, p. 69).

Assim, não obstante as ressalvas doutrinárias, infere-se que a denominação genérica foi adotada propositalmente pelo legislador. Isso porque, consoante se sabe, os avanços tecnológicos são exponenciais, de modo que, caso o legislador previsse, expressamente, os recursos utilizados em determinado período de tempo para a prestação laboral à distância – destrinchando de maneira especificada os pormenores dos meios informáticos adotados –, a lei poderia tornar-se, em poucos anos, ou até mesmo meses, obsoleta.

Nesse liame, haveria necessidade de recorrentes alterações legislativas. Sem tais reformulações, a lei, reiteradamente – ao longo do tempo –, tornar-se-ia desalinhada à realidade contemporânea.

Assim, o conceito dotado de maior generalidade mostra-se capaz de denominar assertivamente a essência do teletrabalho – núcleo essencial deste –; sem, contudo, restringir desarrazoadamente os mecanismos tecnológicos usados para o labor, os quais, invariavelmente, sofrerão constantes – e presumíveis – transformações.

O Código de trabalho português dispõe, ainda, em seu artigo 166, que deverá ser celebrado, para tanto, um “contrato para prestação subordinada de teletrabalho”, ressalvados os casos em que o trabalhador é vítima de violência doméstica (Art. 195, 1) ou com filho de idade até 3 (três) anos de idade, desde que “compatível com a actividade desempenhada”.

Ainda, nos exatos termos do item 4 do dispositivo em comento, o descumprimento das regras previstas nos itens anteriores constitui contra-ordenações

grave e leve, respectivamente (art. 166, 8, do Código do Trabalho Português) (PORTUGAL, 2009).

Deste modo, a oposição injustificada ao pedido de prestação à distância constitui contra-ordenação leve; e a negativa ilegítima ao teletrabalho, nos casos em que o trabalhador possui filho de até 3 (três) anos de idade, consubstancia falta grave (PORTUGAL, 2009).

O ato normativo multicitado esmiuçou que o contrato deve possuir forma escrita, devendo conter obrigatoriamente, ainda (art. 166, 5): a identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; a indicação da actividade a prestar pelo trabalhador, com menção expressa do regime de teletrabalho, e correspondente retribuição; a indicação do período normal de trabalho; entre outras cláusulas essenciais (PORTUGAL, 2009).

Ademais, por expressa disposição legal, se não houver indicação expressa acerca da propriedade dos bens e acerca da responsabilidade pelos custos com a instalação e com a manutenção destes, presume-se (presunção relativa, ressalva-se) que os equipamentos pertencem ao empregador – e, por corolário, as despesas devem ser arcadas por este, conforme dispõe o item 1 do artigo 168 (PORTUGAL, 2009).

A lei preocupou-se, ainda, em disciplinar o dever de custódia com os equipamentos fornecidos, vedando-se que o trabalhador transfira estes a terceiros ou, então, utilize-os para fins estranhos à atividade laboral (MELO, 2018, p. 31).

O Código de Trabalho Português prevê também, em seu artigo 169, que o trabalhador que exerce suas atividades em regime de teletrabalho

[...] tem os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores, nomeadamente no que se refere a formação e promoção ou carreira profissionais, limites do período normal de trabalho e outras condições de trabalho, segurança e saúde no trabalho e reparação de danos emergentes de acidente de trabalho ou doença profissional” (PORTUGAL, 2009).

Observa-se que a lei tratou de salvaguardar o direito do trabalhador em regime de teletrabalho aos mesmos direitos assegurados aos demais empregados, em especial o direito à promoção da carreira, na medida em que, estando distanciados do centro físico, acabam por se encontrar em uma situação de maior vulnerabilidade neste ponto (REDINHA, 2007, p. 2).

Todavia, à vista do direito à igualdade, importante consignar que as peculiaridades do regime de teletrabalho podem justificar, eventualmente, a adoção de medidas diferenciadas.

Sobre o tema, Maria Redinha, leciona que o objetivo da proteção não é firmar a igualdade meramente formal, mas a efetiva equiparação de tratamento “porquanto para obtenção da igualdade em situações de menor protecção é sempre necessária a introdução de medidas correctivas de conteúdo discriminatório positivo” (2007, p. 2).

Trata-se de acepção material do direito à igualdade, que visa fornecer tratamento igual entre os iguais e desigual entre os desiguais, corespondente aos ideais de justiça

social e distributiva. Isso porque a igualdade material – equiparação de tratamento – é que se mostra apta a garantir, efetivamente, direitos e deveres similares a todos os trabalhadores, proporcionando uma igualdade específica (ALEXY, 2006, p. 393).

Assim, sem embargos, impõe-se a salvaguarda da igualdade material – não bastando a mera igualdade formal garantida pelo texto legal –, ou seja, é impositivo assegurar, efetivamente, a concretização da isonomia entre os empregados; de modo que as dificuldades práticas, sob nenhuma justificava, sirvam de mecanismo para a relativização e a precarização dos direitos laborais arduamente conquistados pelos trabalhadores.

Importante consignar, nesse liame, que, indiscutivelmente, a prestação contínua do teletrabalho, se não observados determinados cuidados, pode ocasionar doenças ocupacionais. Essas doenças, contudo, demandam a adoção de medidas específicas de redução de riscos. De outro turno, a demonstração de que a doença possui nexos causal laboral também demanda elementos de prova específicos.

Nessa linha, pela natureza da prestação à distância, há reais dificuldades de se garantir a implementação das medidas ergonômicas preventivas ao teletrabalhador (JARDIM, 2003 citado por LENUZZA, 2014, p. 74).; todavia, tais impasses devem ser superados pelo empregador.

Além disso, a dificuldade de se comprovar o nexo etiológico laborativo, nas hipóteses em que o obreiro adquire doença ocupacional – em regime de teletrabalho – também deve ser levada em conta, a fim de que sejam delimitados instrumentos que viabilizem o acesso do teletrabalhador aos direitos e aos efeitos trabalhistas e previdenciários provenientes do vínculo de emprego.

Nessa linha, lecionam Mauricio Delgado e Gabriela Delgado que, pela lógica do teletrabalho, abstratamente, há previsão de responsabilidade empresarial pelos danos laborais. Todavia, não há dúvida de que a comprovação do nexo causal laborativo – decorrente de conduta imputável ao empregador –, torna-se mais difícil do que o padrão usual (trabalhador presencial). A abordagem de tal tema, contudo, somente com o acúmulo de experiências práticas, ao longo do tempo, poderá agregar maiores dados para o aprofundamento da questão. (DELGADO & DELGADO, 2017 citado por MELO, 2018, p. 48).

Salienta-se, desse modo, que a isonomia resguardada pela legislação demanda a efetivação de mecanismos positivos discriminatórios, os quais, dadas as particularidades do regime de teletrabalho, não consubstanciam afronta à isonomia.

Celso Antônio Bandeira de Mello preceitua que a discriminação pode amparar-se na igualdade, não sendo, logo, dissonante desta, desde que seja utilizada como fator de desigualação, a correlação lógica entre o fator discriminatório e o tratamento jurídico diversificado e, por fim, a correlação entre as medidas e as normas legais-constitucionais que lhe dão suporte (MELLO, 1993, p. 21).

Dito isso, se a situação de desigualdade justificar tratamento jurídico diversificado e tal trato diferenciado, cumulativamente, for compatível com os interesses constitucionais, a desigualação não se encontra destoante do ordenamento jurídico; pelo contrário, alicerça-se neste.

Portanto, o direito à igualdade conferido ao empregado em regime de teletrabalho justifica a adoção de medidas de conteúdo positivo discriminatório, já que estas é que se mostrarão hábeis a materializar a equiparação de tratamento.

O Código laboral português buscou salvaguardar, também, o direito do teletrabalhador à privacidade, estabelecendo, em seu artigo 170, que é dever do empregador respeitar a privacidade e os momentos particulares do trabalhador, tais como o tempo de descanso e o repouso da sua família, devendo proporcionar, ainda, “boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico”. A violação destas disposições constituem contra-ordenação grave. (PORTUGAL, 2009)⁶⁷¹.

Cita-se, inclusive, precedente do Supremo Tribunal de Justiça português, em que a referida Corte considerou legítima a utilização de registro de GPS como meio de prova da conduta de obreiro passível de demissão por justa causa, asseverando que tal controle não afetou a intangibilidade da privacidade e da dignidade da pessoa humana do trabalhador, concluindo que

“o poder de direção do empregador, enquanto realidade naturalmente inerente à prestação de trabalho e à liberdade de empresa, inclui os poderes de vigilância e controle, os quais, têm, no entanto, de se conciliar com os princípios de cariz garantístico que visam salvaguardar a individualidade dos trabalhadores e conformar o sentido da ordenação jurídica das relações de trabalho em função dos valores jurídico-constitucionais” (SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013).

Assim, extrai-se do acórdão que não há prevalência do direito à privacidade do empregado, em detrimento do uso do poder diretivo por parte do empregador. Deve-se, logo, sobrepesar os interesses envolvidos, buscando-se o equilíbrio da relação jurídica (MELO, 2018, p. 35).

Em outros termos, ambos os direitos não são absolutos, mas sim bens da vida que se sujeitam a ponderação de interesses. Então, quando houver colisão entre tais axiomas, opta-se por aquele que, *in casu*, sobrepõe-se. Inobstante, em outra situação ocorrida no mundo real, pode-se entender que o postulado anteriormente preterido deve ser privilegiado.

Logo, a aplicação destes “não será no esquema tudo ou nada, mas sim graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato”. (ALEXY citado por BARROSO, 2004, p. 4)⁶⁷².

A proteção, portanto, do direito à privacidade, em detrimento do poder de direção do empregador (e vice-versa), pressupõe a aplicação destes princípios ao caso concreto, para fins de que, à luz do postulado da razoabilidade, verifique-se qual interesse deve ser privilegiado; sem que isso, de forma alguma, implique na exclusão do direito preterido.

⁶⁷¹ Trata-se de previsão compatível com o Acordo-Quadro Europeu e, ainda, com o artigo 26 da Constituição Portuguesa.

⁶⁷² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1997. p. 86: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas”. (tradução nossa).

O Código Português tratou de reforçar, ainda, a participação e representação coletivas do trabalhador em regime de teletrabalho, firmando, em seu artigo 171, que “O trabalhador em regime de teletrabalho integra o número de trabalhadores da empresa para todos os efeitos relativos a estruturas de representação colectiva, podendo candidatar-se a essas estruturas” (PORTUGAL, 2009).

Trata-se de preocupação razoável, já que, como mencionado no alhures – vantagens e desvantagens do teletrabalho –, o regime objeto do presente trabalho tende a diminuir a associação dos empregados para fins de reivindicação de direitos, assim como tende a mitigar o sentimento de solidariedade coletiva.

Sobre o tema, Lenuzza destrincha:

A tecnologia, em regra, diminui a dependência da empresa quanto ao trabalho de seu empregado, especialmente quando desenvolvido fora do âmbito empresarial, o que pode resultar em ameaça ao poder dos sindicatos, gerando, inclusive, a necessidade de criação de novas políticas coletivas para tentar legitimar esse poder (LENUZZA, 2014, n. p.).

Não obstante, conforme delimita Jaime Simão, houve um aumento – ainda que mínimo –, do número de negociações coletivas prevendo o regime de teletrabalho no ano de 2019, apontando, contudo, que este avanço vem se dando de forma lenta (SIMÃO, 2020, p. 52).

Assim, conclui-se que, com a disseminação do teletrabalho – tendo em vista os avanços tecnológicos – a necessidade de regulamentação da matéria por meio de negociações coletivas é manifesta.

Entretanto, as entidades associativas devem alinhar os instrumentos coletivos – e os formatos de sindicalização – às novas formas de trabalho, de modo a mitigar os efeitos do distanciamento do indivíduo perante o corpo coletivo.

Destarte, irrefutavelmente, a negociação coletiva possui majorada relevância para a salvaguarda de direitos trabalhistas consagrados pela ordem jurídica, bem como para que incida o reconhecimento – legal e jurisprudencial – de novos direitos laborais.

4 O TELETRABALHO NO DIREITO BRASILEIRO

No que concerne à legislação brasileira, por sua vez, a primeira menção – sem usar a terminologia atual, ressalva-se – sucedeu-se no Decreto-lei nº 399, de 30 de abril de 1938, o qual previa que “entende-se por trabalho em domicílio, para efeitos do presente regulamento, o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta do empregador que o remunere” (BRASIL, 1938).

Muito tempo depois – ainda que sem destrinchar efetivamente os pormenores do desenvolvimento da relação laboral –, com a promulgação da Lei 12.551/2011, que alterou o art. 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas, assegurou-se a isonomia entre o trabalho prestado no estabelecimento patronal e o teletrabalho – em que pese não tenha usado o termo teletrabalho explicitamente –, nos seguintes termos: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado

no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego” (BRASIL, 2011).

Observa-se que tal alteração legislativa, embora não tenha delimitado os contornos de tal modalidade laboral, tratou de assegurar a igualdade de tratamento entre os obreiros presenciais e aqueles em regime de teletrabalho⁶⁷³.

Sobre o tema, translada-se:

“Posteriormente, com a edição da Lei 12.551, de 2011, houve uma tentativa de ampliar esta regulamentação, considerando não apenas o trabalho exercido no domicílio do trabalhador, mas também as demais formas de trabalho à distância. Com a nova redação dada ao art. 6º da CLT pela referida lei, pode-se dizer que a equiparação entre a subordinação jurídica presencial e a virtual apenas deixou explícita uma informação que se extrai dos próprios conceitos legais de empregado e empregador, qual seja, a imprescindibilidade da caracterização da relação de emprego para que possa ser exercida a subordinação jurídica.” (HAZAN & MORATO, 2018, p. 4).

O teletrabalho, contudo, foi esmiuçado no Brasil apenas recentemente, com a promulgação da Lei 13.467/2017 (conhecida como Reforma Trabalhista), que alterou a Consolidação das Leis Trabalhistas (incluindo os art. 75-A a 75-E), dispondo que teletrabalho é “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (BRASIL, 2017).

Além disso, a reforma trabalhista dispôs que a adoção do teletrabalho, tal como a sua contraparte lusa, deve constar expressamente no contrato individual do trabalho. Possibilita, também, a alteração do regime de presencial para teletrabalho – e vice-versa –, mediante acordo entre as partes ou, então, unilateralmente, por determinação do empregador, observado o prazo de transição mínimo (15 dias) e seu registro em aditivo contratual (BRASIL, 2017).

Quanto à responsabilidade pela aquisição, manutenção e fornecimento de equipamentos, e igualmente semelhante à legislação portuguesa, o ato normativo prevê que “as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito”.

Verifica-se, então, que o legislador brasileiro transferiu às partes o ônus de disciplinar esta modalidade de labor, a despeito da verticalidade da relação jurídica, o que pode dar ensejo a arbitrariedades.

Final, a lei, nesse ponto, dá margem à interpretação de que a responsabilidade pelos encargos dos equipamentos poderá ser tanto do empregador como do empregado, entretanto, esse posicionamento não pode prosperar, eis que permitirá

⁶⁷³ Ademais, a equiparação de tratamento garantida pelo referido diploma normativo, ressalta-se, mostra-se em sintonia à legislação da União Europeia, assim como à legislação portuguesa (Acordo-Quadro Europeu e Código de Trabalho Português).

que o empregado assuma obrigações próprias do empregador, principalmente na modalidade home office. (HUWS, 2009, p. 53 citado por BASSO, 2018, p. 64).

Nota-se, logo, que a Reforma Trabalhista conferiu majorada força à negociação individual firmada entre o trabalhador e o empregador, não obstante a disparidade existente na relação entre estes possa predispor o obreiro à, por premente necessidade, firmar ajuste maléfico aos seus interesses.

Sobre o tema, lecionam Hazan e Morato que:

[...] a legislação brasileira novamente foi mais genérica e conferiu grandes poderes ao empregador, que, de acordo com o §2º do art. 75-C da CLT, poderá alterar o regime de teletrabalho para o regime presencial de forma unilateral, não havendo necessidade de concordância do trabalhador, devendo este ser comunicado com antecedência de 15 dias. Situação como essa pode ser extremamente prejudicial ao trabalhador que, habituado ao teletrabalho e satisfeito com este regime, tem sua rotina inteiramente programada e adequada à sua forma atual de prestação de serviços, se verá compelido a alterá-la e aceitar a determinação do empregador para que não fique desempregado. (HAZAN & MORATO, 2018, p. 7)

Não bastasse isso, a lei multicitada parece pretender mitigar a responsabilidade do empregador nos casos em que o teletrabalhador adquira doença ocupacional, limitando-se a estabelecer que o empregador deverá instruir os empregados quanto às precauções a serem tomadas, devendo os trabalhadores assinarem um mero termo de responsabilidade, em que se comprometem a seguir as instruções fornecidas (BRASIL, 2017).

É controverso vislumbrar que tal termo poderá a vir ser utilizado como meio de prova para frustrar direitos trabalhistas e reflexos previdenciários – relativizando a responsabilidade patronal –, mas o que nos conforta é que a Reforma Trabalhista caminhou pela via diametralmente oposta à adotada pelas Cortes Superiores brasileiras (notadamente pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior do Trabalho).

Assim, diversos dispositivos da Lei 13.467/2017 já foram considerados inconstitucionais por tais Cortes. Ademais, outros artigos já foram objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade e aguardam julgamento.

CONCLUSÃO

Em suma, notabiliza-se que com os avanços tecnológicos a tendência é que incida a disseminação do teletrabalho pelo mundo.

A implementação de tal regime, todavia, demanda atenção especial – dada as peculiaridades deste –, posto que a realização contínua do teletrabalho, se não observados determinados cuidados – tais quais, a postura, a delimitação de intervalos, limite de horas, entre outros – pode ocasionar danos ao trabalhador.

A adoção de meios preventivos e a fiscalização da efetiva utilização destes, entretanto, é de difícil implementação no regime de teletrabalho, dada as especificidades de tal prestação à distância.

Além disso, o regime objeto do presente trabalho acarreta dificuldades para a verificação da ocorrência de doenças ocupacionais, ante a evidente minorada plausibilidade de se consubstanciar tal nexos causal laboral quando a prestação suceder à distância.

De outro turno, tais impasses não podem inviabilizar o reconhecimento de direitos trabalhistas e previdenciários aos trabalhadores em regime de teletrabalho, até porque tais empregados possuem direito à isonomia de tratamento em relação aos obreiros que atuam presencialmente. Desse modo, sobreleva-se que as dificuldades devem ser contornadas através do uso de mecanismos efetivos por parte do empregador (conferindo-se tratamento desigual entre desiguais, para fins de preservar a igualdade material).

Ademais, quanto aos problemas psicossociais, pode-se estimular a interação telepresencial dos colaboradores, pode-se desenvolver uma política de incentivo à qualidade de vida e ao bem-estar dos trabalhadores; por meio de convênios com consultórios de psicologia, com estúdios de yoga, do fomento da prática de meditações, alongamentos, entre outras medidas.

Enfim, diversos instrumentos que já vêm sendo implementados por alguns setores em Portugal, no regime presencial, embora necessitem de certas adaptações, podem vir a ser incorporados na prestação à distância.

Neste ponto, é importante ressaltar que, como exposto alhures, a legislação portuguesa encontra sustentou junto às normativas elaboradas pela União Europeia, que surgiram quase que simultaneamente com os avanços nas relações sociais e o início da quarta fase da revolução industrial.

Deste modo, a legislação lusa, já nos anos 2000, traçava as minuciosas linhas que serviriam como pedra angular para esta nova modalidade de trabalho, preparando-se para os avanços e consequentes alterações que já despontavam no horizonte.

Assim, tem-se que o ordenamento jurídico português, baseado em normas de escopo transnacional e atentas ao cenário mundial, estabeleceram alicerces profundos e resistentes para a mudanças acarretadas por esta nova modalidade de trabalho.

Mas, ao contrário do legislador português que, precocemente optou por regulamentar o tema, o legislador brasileiro mesmo com a reforma da Consolidação das Leis Trabalhistas em 2017 não aproveitou a oportunidade para tratar de maneira mais detalhada sobre o teletrabalho. de modo a conferir maior segurança às relações e fomentar tal iniciativa no âmbito empresarial.

De modo diverso das normas estabelecidas no velho continente, tanto em nível nacional quanto transnacional, deixou de tratar sobre os direitos coletivos, e da tão pouca discutida privacidade do trabalhador, que se revestiu de revigorada importância com as novas discussões referentes à sociedade de vigilância.

O legislador brasileiro também deixou de incluir os teletrabalhadores das regras contidas no capítulo sobre a duração do trabalho, colocando-os em uma situação de vulnerabilidade ainda maior, na medida em que, longe do espaço física do trabalho, as linhas que delimitam as fronteiras entre trabalho e vida pessoal se tornam inconstantes.

Enfim, tem-se que a legislação brasileira tratou o tema de maneira superficial, deixando de estabelecer bases suficientes para afastar a insegurança jurídica no país, insegurança esta que permanecerá até que o legislador promova novas alterações.

O que se deve vedar sob qualquer perspectiva é que as peculiaridades do teletrabalho venham a servir de instrumento para a precarização de direitos trabalhistas, já que o ponto central da regulação de tal regime concentra-se na igualdade de tratamento entre os teletrabalhadores e os demais empregados.

Destarte, novas formas de trabalho jamais poderão justificar o retrocesso de direitos sociais arduamente conquistados, posto que estes não são discutíveis.

REFERÊNCIAS

- ACORDO-QUADRO EUROPEU SOBRE O TELETRABALHO. Brussels: 02. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10131>. Acesso em: 11. mar. 2021.
- AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho: noções básicas*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6736-0.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados*. Themis, Fortaleza, v 2, n. 2, p. 61-78, 1999. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/16013691.pdf>. Acesso em: 9 de abr. de 2021.
- BARATA, Mário Simões. O regime jurídico do teletrabalho em Portugal. *Revista Ibérica do Direito*. 2020, vol. 1, n. 1. p. 58-65. ISSN-e 2184-7487.
- BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. Revista de Direito Administrativo, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. Acesso em: 9 de abril de 2021.
- BASSO, D. de M., & Barreto, I. F., Junior (2018). O teletrabalho e a supressão de seus direitos na Reforma Trabalhista. *Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho*, 41(1), 59-76. <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/4301/pdf>. Acesso em: 9 de abril de 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 399, de 30 de abril de 1938. *Diário Oficial da União, Seção 1, 07/05/1938*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-399-30-abril-1938-348733-publicacaooriginal-1-pe.html>. p. 8.600. Acesso em: mar. 2021.
- BRASIL. Lei Federal nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011. *Diário Oficial da União, 16/12/2011* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12551.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.
- BRASIL. Lei Federal nº 13.467. *Diário Oficial da União, 13/07/2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.
- CAROCHINHO, José Antonio Baião. *Trabalho e novas formas de organização do trabalho: para além do hedonismo e da 'eudaimonia'*. Tese de doutoramento, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2010 Disponível no Repositorio Institucional da USC: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/2746>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em rede*. 14ª reimpressão. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves – A reforma trabalhista no Brasil com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTR, 2017.
- EUROPEAN PARLIAMENT. *Conselho Europeu de Lisboa*. Brussels: European Parliament, 20-03-00. Disponível em https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_pt.htm#top. Acesso em: 11 mar. 2021.
- FONSECA, Fernanda Cristina de Moraes. *Novos tempos de trabalho, flexíveis e digitais: diálogos com a desconexão*. Dissertação de mestrado, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2019. Disponível no Repositório Científico da UC: <https://estudogeral.uc.pt/>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- HAZAN, Bruno Ferraz. MORATO, Amanda Duarte Pereira. Teletrabalho no direito brasileiro: fundamentos, perspectivas e alterações promovidas pela reforma trabalhista. *Lex Humana*. Petrópolis, 2018. v. 10, n. 01. p. 01-23. ISSN 2175-0947.
- JARDIM, Carla Carrara da Silva. *O teletrabalho e suas atuais modalidades*. São Paulo: LTR, 2003. ISBN 8536104651.
- LENUZZA, Leticia Maria Emanuelli. *Teletrabalho: a tecnologia gerando uma nova forma de trabalho*. Dissertação de Mestrado, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2014. Disponível no Repositório Institucional da UCS: <https://repositorio.ucs.br/handle/11338/245>. Acesso em: 29 mar. 2021.
- MELO, Marcela Alves. *Teletrabalho: um estudo comparado entre Portugal e Brasil sobre a transformação das relações de trabalho*. Dissertação de mestrado, Universidade do Porto, Porto, 2018. Disponível no Repositório Aberto UP: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/117843/2/304206.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MOYA, Rosario Gallada. *El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: De la máquina de hilar al ordenador*. Madrid: Ibdem ediciones, 1998. ISBN 8488399421.
- NUNES, Flavio Paulo Jorge. *Espaço e Novos Modos de Trabalho em Portugal. Usos do Espaço e do Tempo em Contextos de Teletrabalho*. Tese de Doutoramento, Universidade do Minho, Braga, 2007. Disponível no

- Repositório UM: <http://hdl.handle.net/1822/6904>. Acesso em: 28 mar. 2021.
- OLIVEIRA, Caio José Arruda Amarante de; OLIVEIRA, Lara Beatriz Batista. Reflexos pandêmicos na GIG Economy: informalidade e vulnerabilidade das relações de trabalho no Brasil. In: FARAH, Gustavo Pereira; FERNEDA, Ariê Scherreier; FERRAZ, Miriam Olívia Knopik. *Os Impactos da COVID-19 nas relações de trabalho*. Belo Horizonte: Senso, 2020. pp. 11-29. ISBN 978-65-88053-03-4.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Teletrabalho durante e após a pandemia da COVID-19: Guia prático*. Geneva: ILO Bureau for Worker's Activities, 2020. Disponível em: http://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_772593/lang-pt/index.htm. ISBN: 978-972-704-443-6. Acesso em: 25 mar. 2021.
- PORTUGAL. Lei 99/2003. Lisboa: Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, 27-08-03. Disponível em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=441&tabela=lei_velhas&nversao=4&so_miolo=. Acesso em: 12 mar. 2021.
- PORTUGAL. Lei nº 07/2009: Código do Trabalho. *Diário da República n.º 30/2009 Série I de 2009-02-12 Consolidado*. Lisboa: Diário da República Eletrónico, 2009. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/view?cid=75194475>. Acesso em: 25 mar. 2021.
- REDINHA, Maria Regina Gomes. *Teletrabalho: anotação aos artigos 233º a 243º do Código do Trabalho de 2003*. Relatório Técnico, Faculdade de Direito do Porto, Porto, 2007. Disponível no Repositório Aberto da UPorto: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/18645>. Acesso em: 29 mar. 2021.
- SIMÃO, Jaime Dantas Botelho da Costa. *O futuro do trabalho comprometido?: a (des)regulação do teletrabalho na legislação portuguesa*. Dissertação de Mestrado, Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2020. Disponível no repositório do ISCTE-IUL: <http://hdl.handle.net/10071/21621>. Acesso em: 29 mar. 2021.
- SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Processo nº 13/12.3TTVNF.P1.S1*. 4ª Secção, j. 13/11/2013, Rel. Mário Belo Morgado. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e32eab3444364cb980257c2300331c47?OpenDocument>. Acesso em: 29 mar. 2021.

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS DAS MULHERES: CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA FEMININA E A GARANTIA DE PARTICIPAÇÃO NAS ELEIÇÕES.

Denise Hammerschmidt⁶⁷⁴, Moara dos Santos Daiprai⁶⁷⁵

INTRODUÇÃO

A participação popular e o exercício dos direitos políticos, ativo e passivo, estão condicionados a um conjunto de regras constitucionalmente previstas. Não de forma diferente estão os direitos políticos das mulheres.

Contudo, pode-se perceber uma menor participação feminina em pleitos eleitorais. Em resposta, boa parte das democracias representativas pelo mundo, acenderam leis que visam incentivar a presença das mulheres no campo da política, prevendo um número mínimo de candidaturas do sexo feminino nas disputas.

No Brasil, a reserva de vagas de candidatura para mulheres passou a vigorar, como regra geral, a partir da Lei nº 9.504, de 1997, tendo anteriormente recebido regulamentação mais singela, para as eleições municipais de 1996, através da Lei nº 9.100, de 1995.

1 A CONQUISTA DO DIREITO POLÍTICO DAS MULHERES

O início dos estudos sociais retrata a época em que a participação das mulheres na política era considerada insignificante, e por isso reprimida, sendo mera decorrência de uma característica tida como natural, qual seja, a incapacidade feminina de determinarem os seus próprios interesses.

Não obstante, com o desenvolvimento das sociedades, surgiram movimentos reivindicatórios pelo voto feminino, no contexto da chamada primeira onda do feminismo, junto a outras reivindicações por direitos políticos, sociais e jurídicos, na segunda metade do século XIX.

Em tal época consolidavam-se os Estados modernos, iniciando na Europa, centro das tendências ideológicas que viriam a se espalhar pelo mundo, marcada pelas profundas mudanças políticas, culturais e sociais, fomentadas pela Revolução Francesa e pela Revolução Industrial⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ Pós-Doutora pela Universidade de Barcelona. Doutora em Direito Penal e Mestra em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universidade de Barcelona. Mestra em Direito Penal Supra Individual pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Juíza Titular da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça no Estado do Paraná. Ex-membra do Conselho Penitenciário do Paraná (COPEN) e do Fundo Penitenciário do Estado do Paraná (FUPEN). Professora visitante já integrando o Corpo Docente do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas da UENP. E-mail: denise_hammerschmidt@hotmail.com

⁶⁷⁵ Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – Abdconst. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: moaradaiprai@tjpr.jus.br.

⁶⁷⁶ MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. O voto feminino no Brasil. 2. Ed. Brasília: Edições Câmara, 2018. p. 10.

Nas palavras de Teresa Cristina Marques, as mulheres “eram consideradas menos capazes de compreender os assuntos complexos da política, os quais só os homens poderiam dominar⁶⁷⁷”.

Diante disso, o grupo de ativistas da primeira onda feminista buscava igualdade jurídica, no campo da educação e das posses, além do direito ao divórcio e o direito ao voto, sendo este último a grande bandeira que caracterizou o movimento sufragista naquele período⁶⁷⁸.

Ao se referir ao movimento, Cynthia Semíramis destaca que “as feministas que defendiam o foco no direito ao sufrágio reconheciam a existência que todos os problemas sociais apontavam, e compreendiam o impacto dessas discussões⁶⁷⁹”.

O direito ao voto e de ser votada era, antes de tudo, uma busca pelo reconhecimento da cidadania das mulheres.

Brunna Rabelo Santiago e Fernando de Brito Alves se posicionam também, no mesmo sentido⁶⁸⁰:

Para que haja uma democracia verdadeira, a participação política de todas e todos precisa ser garantida e, também, efetivada. Em uma sociedade desigual, a liberdade não nasce, como deveria, inerente a todo e qualquer indivíduo. Quando se trata de liberdade e efetivação de direitos das minorias, estes precisam ser adquiridos e constantemente vigiados.

Importante destacar que existe disparidade entre o período em que se conquista o direito ao voto feminino e o de a mulher eleger-se. Há também diferenças na amplitude do sufrágio em relação à escolaridade, renda e cor, restrições que foram derrubadas em cenários posteriores. Não se exclui, todavia, a sub-representação das mulheres nos parlamentos, o que demonstra que ainda nos encontramos no meio do caminho.

No Brasil, 1932 marca o ano em que as mulheres obtiveram o direito de votar, sendo previsto no art. 2º, do Decreto nº 21.076 de 21 de fevereiro de 1932⁶⁸¹, a partir da aprovação do Código Eleitoral de 1932, que, além dessa e de outras conquistas, instituiu a Justiça Eleitoral, que passou a regulamentar as eleições no País⁶⁸².

⁶⁷⁷ ID., 2018, p. 27.

⁶⁷⁸ SEMÍRAMIS, Cynthia. A Reforma Sufragista: origem da igualdade de direitos entre mulheres e homens no Brasil. Belo Horizonte, MG: Buslís, 2020. p. 81.

⁶⁷⁹ ID., 2020, p. 83.

⁶⁸⁰ HAMMERSCHMIDT, Denise; ALVES, Fernando de Brito Alves; SANTIAGO, Brunna Rabelo. Capítulo XLII - Advocacia Feminista como Estratégia Político-Jurídica. In: HAMMERSCHMIDT, Denise (coord). Tratado dos Direitos das Mulheres. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2022. p. 815.

⁶⁸¹ BRASIL. DECRETO Nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Código Eleitoral. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 07.02.2022.

⁶⁸² BRASIL. Congresso. *Câmara dos Deputados*. Voto feminino foi conquistado depois de uma luta de 100 anos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/704329-voto-feminino-foi-conquistado-depois-de-uma-luta-de-100-anos/>. Acesso em: 07.02.2022.

Referendando a conquista, descreve Cynthia Semíramis⁶⁸³:

Embora tenha havido debate durante a Constituinte de 1891 com a defesa do voto feminino, seu resultado foi o dúbio artigo 70 da Constituição de 1891 que concedia direito de voto a cidadãos brasileiros. A interpretação da maioria de juízes e de diversos legisladores nas décadas seguintes foi de que o termo cidadão se referia ao sexo masculino, e portanto, as mulheres que se inscreviam como eleitoras tinham seus pedidos indeferidos.

Para haver mudança legislativa efetiva foi necessária uma mobilização intensa, especificamente voltada para a conquista do sufrágio feminino, com diversos estágios e lideranças, cujo período mais intenso compreende os anos de 1910-1934.

O efetivo exercício desse direito se deu nas eleições do ano de 1933.

A obra Quarto de Despejo, marco literário brasileiro, transcreveu os diários de Carolina Maria de Jesus, catadora de papel, de maneira intermitente ao longo de 5 anos, entre 1955 e 1960. Nele, pode ser extraído relato sobre o exercício do direito conquistado. Entretanto, o trecho mostra também a dificuldade “no voto”, demonstrando a fragilidade encontrada no exercício de votar, muito possivelmente em razão da ainda existente falta de proximidade entre mulheres, em especial de mulheres negras, e a política⁶⁸⁴:

3 DE OUTUBRO Deixei o leito as 5 horas porque quero votar. (...) Nas ruas só se vê cédulas pelo chão. Fico pensando nos desperdícios que as eleições acarretam no Brasil. Eu achei mais difícil votar do que tirar o título. E havia fila. A Vera começou a chorar dizendo que estava com fome. O presidente da mesa disse-me que nas eleições não pode levar crianças. Respondi que não tinha com quem deixá-la.

Após a conquista, não há registros de impedimentos legais de que mulheres, especificamente, não pudessem também se candidatar a cargos eletivos, sendo exigido, em teoria, os mesmos requisitos exigidos dos homens, como nacionalidade, pleno exercício dos direitos políticos e idade, por exemplo.

Anos depois, em 1995, entra em vigência a primeira lei de ação afirmativa para mulheres em eleições proporcionais. A Lei nº 9.100/95685 de autoria de Marta Suplicy, então deputada federal, previa que no mínimo 20% da lista de candidatos de cada partido ou coligação deveria ser preenchida por candidatas mulheres. A proposta, denominada “Lei das Cotas”, fora criada para regulamentar eleições Municipais⁶⁸⁶.

⁶⁸³ SEMÍRAMIS, 2020, p. 82.

⁶⁸⁴ JESUS, Carolina Maria de. Quarto de despejo: diário de uma favelada. 10. ed. São Paulo: Ática, 2014. p. 105.

⁶⁸⁵ BRASIL. LEI Nº 9.100, DE 29 DE SETEMBRO DE 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9100.htm. Acesso em: 09.03.2022.

⁶⁸⁶ TEODORO, Rafael. Cotas de gênero em eleições proporcionais: como funcionam? Politize. Abril, 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/cotas-de-genero-em-eleicoes/>. Acesso em: 07.03.2022.

Dois anos depois, a proporção das quotas foi estendida ao âmbito nacional, com a Lei nº 9.504 de 1997⁶⁸⁷.

2 A CRIAÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS PARA GARANTIA DE MAIOR PARTICIPAÇÃO DE MULHERES NO ESPAÇO POLÍTICO

A Lei nº 9504/97, Lei das Eleições, fora criada para alterar a legislação infraconstitucional e complementar a reforma das instituições político-eleitorais de todo o país. Através dela foi inaugurada a previsão de percentual de cotas de gênero para todos os pleitos seguintes, conforme redação do art. 10, §3º, deixando de ser uma diretriz apenas municipal, para valer para as Assembleias Estaduais e para a Câmara dos Deputados. Ficou de fora, no entanto, o Senado Federal.

Com o passar dos anos, as determinações iniciais da lei foram aperfeiçoadas, tendo em vista que, apesar dos avanços, a lei ainda se mostrava deficitária em alguns pontos.

O percentual de vagas a serem reservadas para mulheres, de 30%, no início, deveria ser calculado sobre o total de candidaturas que um partido ou coligação poderia lançar por circunscrição eleitoral, e não sobre a quantidade de candidatos efetivamente apresentados, resultando, na prática, em um número mais baixo. Fora corrigido, em 2009, por meio da Lei nº 12.034/2009⁶⁸⁸.

Atualmente, determina a redação do art. 10:

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 100% (cem por cento) do número de lugares a preencher mais 1 (um). (Redação dada pela Lei nº 14.211, de 2021)

I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.211, de 2021)

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.211, de 2021)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 4º Em todos os cálculos, será sempre desprezada a fração, se inferior a meio, e igualada a um, se igual ou superior.

§ 5º No caso de as convenções para a escolha de candidatos não indicarem o número máximo de candidatos previsto no caput, os órgãos de direção dos partidos respectivos poderão preencher

⁶⁸⁷ BRASIL. LEI Nº 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: 07.03.2022.

⁶⁸⁸ BRASIL. LEI Nº 12.034, DE 29 DE SETEMBRO DE 2009. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm. Acesso em: 10 mar. 2022.

as vagas remanescentes até trinta dias antes do pleito. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015)

Em outra atualização legislativa, advinda das discussões da Reforma Política de 2015, foram criados incentivos ao investimento financeiro em campanhas femininas. A Lei nº 13.165/15⁶⁸⁹ passou a prever que os partidos obrigatoriamente empenhassem recursos nas campanhas de mulheres. Alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5617⁶⁹⁰, tal previsão foi circunstancialmente modificada, passando a prever:

Art. 9º Nas eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. (Vide ADIN Nº 5.617)

No julgamento da referida ADI a maioria dos ministros entendeu que deveria equiparar-se o patamar legal mínimo de candidaturas femininas ao mínimo de recursos de fundo partidário a serem destinados, interpretado como de 30% do montante do fundo alocado em cada partido para eleições majoritárias e proporcionais e, em caso de haver percentual mais elevado ao mínimo de candidaturas femininas, os recursos deveriam ser alocados, pelo menos, na mesma proporção:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. ART. 9º DA LEI 13.165/2015. FIXAÇÃO DE PISO (5%) E DE TETO (15%) DO MONTANTE DO FUNDO PARTIDÁRIO DESTINADO AO FINANCIAMENTO DAS CAMPANHAS ELEITORAIS PARA A APLICAÇÃO NAS CAMPANHAS DE CANDIDATAS. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À IGUALDADE E À NÃO-DISCRIMINAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar as alegações de inconstitucionalidade de norma, deve fixar a interpretação que constitucionalmente a densifique, a fim de fazer incidir o conteúdo normativo cuja efetividade independe de ato do Poder Legislativo. Precedentes. 2. O princípio da igualdade

⁶⁸⁹ BRASIL. LEI Nº 13.165, DE 29 DE SETEMBRO DE 2015. Altera as Leis n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13165.htm. Acesso em: 07 fev. 2022.

⁶⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.617 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>. Acesso em: 06 fev. 2022.

material é prestigiado por ações afirmativas. No entanto, utilizar, para qualquer outro fim, a diferença estabelecida com o objetivo de superar a discriminação ofende o mesmo princípio da igualdade, que veda tratamento discriminatório fundado em circunstâncias que estão fora do controle das pessoas, como a raça, o sexo, a cor da pele ou qualquer outra diferenciação arbitrariamente considerada. Precedente do CEDAW. 3. A autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, pois é precisamente na artificiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres. 4. Ação direta julgada procedente para: (i) declarar a inconstitucionalidade da expressão “três ” contida no art. 9º da Lei 13.165/2015; (ii) dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, e (b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhes seja alocado na mesma proporção; (iii) declarar a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 5º-A e do § 7º do art. 44 da Lei 9.096/95.

Em 2018, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) confirmou que os partidos devem reservar ao menos 30% dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, o Fundo Eleitoral, para financiar candidaturas femininas. Ainda, entenderam os ministros que este mesmo percentual deve ser considerado em relação ao tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita, tanto no rádio, quanto na TV.

De igual sorte, na hipótese de percentual de candidaturas superior ao mínimo de 30%, o repasse dos recursos do Fundo e a distribuição do tempo de propaganda devem ocorrer na mesma proporção.

A decisão, unânime, veio em resposta à consulta formulada por um grupo de 14 parlamentares, 8 senadoras e 6 deputadas federais que indagavam se a parcela de financiamento destinada às campanhas femininas e o tempo de rádio e TV deveriam seguir o mínimo de 30% previsto nas cotas de gênero⁶⁹¹.

Ricardo Cunha Chimenti, ao discorrer sobre⁶⁹²:

De acordo com a Resolução n. 23.575/2018 do TSE, que levou em conta decisão do STF na ADI 5.617 e deu nova redação ao § 4º do art. 21 da Resolução TSE n. 23.553/2017, os partidos políticos devem destinar ao financiamento de campanhas das candidatas mulheres

⁶⁹¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Fundo Eleitoral e tempo de rádio e TV devem reservar o mínimo de 30% para candidaturas femininas, afirma TSE. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Maio/fundo-eleitoral-e-tempo-de-radio-e-tv-devem-reservar-o-minimo-de-30-para-candidaturas-femininas-afirma-tse>. Acesso em: 07 mar. 2022.

⁶⁹² CHIMENTI, Ricardo Cunha. Direito eleitoral. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Coleção sinopses jurídicas; v. 29). p. 84-85.

no mínimo 30% dos gastos contratados nas campanhas eleitorais com recursos do Fundo Partidário. Conforme a Súmula 52 do TSE, “Em registro de candidatura, não cabe examinar o acerto ou desacerto da decisão que examinou, em processo específico, a filiação partidária do eleitor”. No caso de não observância do preceito normativo pelo partido ou coligação, deve esta regularizar as candidaturas lançadas, podendo suprimir o número de candidatos e/ou incrementar o de candidatos a fim de alcançar os percentuais mínimos e máximos previstos na lei. Em todos os cálculos será sempre desprezada a fração, se inferior a meio, e igualada a um, se igual ou superior. Por outro lado, a renúncia de candidaturas femininas após o efetivo registro, quando inviável a realização de substituições, não viola o limite mínimo de 30% previsto no § 3º do art. 10 da Lei n. 9.504/97 (Recurso Especial Eleitoral n. 214-98, j. de 23-5-2013)

E também⁶⁹³:

Os partidos regularmente inscritos no TSE, em regra, têm direito ao fundo partidário, que é constituído pelas multas aplicadas com base na legislação eleitoral, doações e dotações orçamentárias da União fundadas no número de eleitores - art. 38 da Lei n. 9.096/95. Os recursos do fundo partidário não estão sujeitos ao regime da Lei n. 8.666/93, tendo os partidos políticos autonomia para contratar e realizar despesas (art. 44 da Lei n. 9.096/95, na redação da Lei n. 12.891/2013). Cinco por cento do total deve ser investido na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres (Res.-TSE n. 23.464/2015).

No mesmo ano, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução TSE nº 23.562/2018, para inclusão do nome social no cadastro e atualização do modelo de título eleitoral. Passou-se, então, a debater questão referente à expressão “cada sexo”, mencionada no art. 10, § 3º, da Lei das Eleições.

Dessa forma, Vasconcelos e Silva elucidaram que⁶⁹⁴:

Concluiu o Tribunal Superior Eleitoral que a expressão – cada sexo – refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico do indivíduo, razão pela qual homens e mulheres transexuais e travestis podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidatura masculina e feminina, desde que figurem como tal nos requerimentos de alistamento eleitoral.

Válida também é a menção a Emenda Constitucional nº 97/2017⁶⁹⁵ que vedou, a partir do ano de 2020, a celebração de coligações nas eleições proporcionais para as

⁶⁹³ CHIMENTI, 2019. p. 181-182.

⁶⁹⁴ VASCONCELOS, Clever; SILVA, Marco Antonio da. Direito Eleitoral. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 47.

⁶⁹⁵ BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 97, DE 4 DE OUTUBRO DE 2017. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm. Acesso em: 09 mar. 2022.

Casas Legislativas, incidindo tal determinação diretamente sobre as cotas de gênero. Antes, deveriam as coligações observar o preenchimento da cota. Agora, a indicação deverá ser feita por cada partido.

Atualmente, tramita o Projeto de Lei nº 1951/21⁶⁹⁶, o qual determina uma porcentagem mínima de mulheres eleitas para a Câmara dos Deputados, as Assembleias Legislativas dos Estados, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais, além da previsão de convocação de suplentes, caso não haja eleitas em número suficiente para cumprir o percentual mínimo⁶⁹⁷. De acordo com o projeto, cairá a exigência de obtenção de votação igual ou superior a 10% do quociente eleitoral para candidatas mulheres.

Conforme a proposta, a regra deverá ser aplicada de forma gradual, a fim de atingir percentuais específicos e crescentes das vagas proporcionais nas diferentes instâncias do Poder Legislativo.

3 O REAL CENÁRIO POLÍTICO PARA AS MULHERES

Apesar da evolução na previsão legal da participação feminina na política, na prática ainda subsiste uma sistemática que exclui as mulheres e, por vezes, ainda se utiliza dos corpos femininos como artifício para tentar angariar mais poder a estrutura política atual, que é majoritariamente composta por homens.

Mesmo com a adoção de ações afirmativas, os números de mulheres eleitas caminha a passos lentos no Brasil.

Referente a tais números, Candida Joelma Leopoldino e Vanessa Vilela Berbel relataram os dados, de maneira tabelada, das eleições dos anos de 1982 a 2014⁶⁹⁸:

Deveras, ainda que com avanços legislativos, ao longo dos anos, os espaços de decisão política têm sido majoritariamente ocupados por homens. Levantamento do Congresso Nacional informa o seguinte quadro evolutivo de eleição de mulheres para o Poder Legislativo no Brasil:

⁶⁹⁶ BRASIL. Projeto de Lei nº 1951/2021. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para determinar que, nas eleições proporcionais, cada partido deverá reservar percentual mínimo para candidaturas de cada sexo, bem como para estabelecer reserva de cadeiras para mulheres na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas, na Câmara Legislativa do Distrito Federal e nas Câmaras Municipais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2293953>. Acesso em: 09 mar. 2022.

⁶⁹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta prevê percentual mínimo de mulheres eleitas no Legislativo. Projeto prevê gradação a partir de 2022, até atingir 30% nas eleições de 2038 e 2040. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/797709-proposta-preve-percentual-minimo-de-mulheres-eleitas-no-legislativo>. Acesso em: 09 mar. 2022.

⁶⁹⁸ HAMMERSCHMIDT, Denise; BERBEL, Vanessa Vilela; LEOPOLDINO, Candida Joelma. Capítulo XLIII. Violência Política contra Mulheres. In: HAMMERSCHMIDT, Denise (coord). Tratado dos Direito das Mulheres. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2022. p. 828.

Ano	Câmara dos Deputados	Senado*
1982	8 (1,5%)	0
1986	26 (5,4%)	0
1990	29 (6%)	2 (6%)
1994	32 (6%)	4 (7%)
1998	29 (5,7%)	2 (7%)
2002	42 (8%)	8 (15%)
2006	46 (9%)	4 (15%)
2010	45 (9%)	7 (13%)
2014	51 (9,9%)	5 (18,5%)**

*Número de eleitas como titulares. Percentuais são arredondados e se referem ao número de cadeiras em disputa, que se alternam entre um terço (27) e dois terços (54) no Senado Federal.

** 5 eleitas, somadas às outras nove que já estavam em exercício e excluindo a Senadora Kátia Abreu, que se afastou para assumir o Ministério da Agricultura, totalizam 13.

No ano de 2016, em apoio à ação do Ministério Público Eleitoral (MPE) que apurava eventuais irregularidades em candidaturas de mulheres, na qual foi verificado que algumas candidatas não receberam sequer o próprio voto, Luciana Lóssio, ministra do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) de 2011 a 2017 – primeira mulher a ocupar a vaga destinada aos juristas⁶⁹⁹ –, afirmou que é preciso atuar para cumprir a legislação que visa ampliar a participação feminina na política⁷⁰⁰. Em suas palavras “corremos o risco de ter o esvaziamento da lei, que foi criada para corrigir um déficit histórico de sub-representação feminina que existe no cenário político brasileiro”

Como já mencionado, a Lei das Eleições estabelece que, nas eleições proporcionais, “cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo”.

Apesar dessa regra, o resultado das eleições mostra que, em todo Brasil, inúmeras mulheres são registradas como candidatas, mas terminaram a eleição com votação zerada. Percebe-se em meio ao regramento um movimento de “candidaturas laranjas”, vez que os partidos lançam candidatas apenas para preencher a cota obrigatória de 30%, sem investir na campanha dessas candidatas, resultando em nenhuma eficácia da previsão legal⁷⁰¹.

Ainda, em 2018, a então presidente do Tribunal Superior Eleitoral, ministra Rosa Weber, ao participar do seminário sobre igualdade de gênero “Elas por Elas”, afirmou que as mulheres estão subrepresentadas na política brasileira pois, apesar de serem 52% do eleitorado, representaram apenas 30,7% das candidaturas daquele ano e possuíam, como ainda segue, percentual ainda menor de representação no Congresso Nacional.

Destacou a Ministra⁷⁰²:

⁶⁹⁹ LUCIANA LÓSSIO. WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Luciana_L%C3%B3ssio&oldid=60806489. Acesso em: 07 mar. 2022.

⁷⁰⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ministra do TSE comenta ação do MPE sobre candidatura de mulheres que não receberam voto. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Novembro/ministra-do-tse-comenta-acao-do-mpe-sobre-candidatura-de-mulheres-que-nao-receberam-voto>. Acesso em: 09 mar. 2022.

⁷⁰¹ Ibid.

⁷⁰² AMORIM, Felipe. Presidente do TSE critica baixa representação feminina na política. UOL. Agosto, 2018.

Há uma verdadeira sub-representação feminina na política brasileira (...) estatísticas sobre as últimas eleições que apontam que, em 2016, as mulheres foram 13,51% das vereadoras eleitas em todo o país e que, em 2014, foram menos de 10% das deputadas federais e 18% das senadoras eleitas.

Afirmou ainda⁷⁰³:

O que hoje, contudo, quero enfatizar é o paradoxo desse quadro, quando a maioria do eleitorado é feminino”, afirmou. “Daí o voto feminino ser fundamental para o resultado (...) Façamos, mulheres, ao exercer todas nós esse direito essencial da cidadania que é voto, a diferença para um fortalecimento para o estado democrático de direito, conquista diária e permanente de todos nós, com a consciência de que em nossas mãos, mulheres, está o destino do país, com a construção da sociedade que todas queremos igualitária, justa e inclusiva.

No TSE, Rosa Weber foi relatora de consulta sobre o percentual mínimo de 30% para as candidaturas de mulheres referente a arrecadação dos valores do Fundo Especial para Financiamento de Campanha⁷⁰⁴, que previa os seguintes questionamentos:

“1.1 “Aplica-se a decisão do STF que conferiu interpretação conforme à Constituição, proferida na ADI 5617, para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de recursos destinado a cada partido, ao patamar legal mínimo de 30% de candidaturas femininas, nos termos do artigo 10, § 3o, da Lei 9.504/97?”

1.2 “Havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido, destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção?”

1.3 “Aplica-se a decisão do STF que conferiu interpretação conforme à Constituição, proferida na ADI 5617, para a distribuição do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, prevista nos artigos 47 e seguintes, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de tempo destinado a cada partido, ao patamar legal mínimo de 30% de candidaturas femininas, nos termos do art. 10, § 3o, da Lei 9.504/97?”

1.4 “Havendo percentual mais elevado do que 30% de candidaturas femininas, o mínimo do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, destinado às respectivas campanhas, deve ser na mesma proporção?”

Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/08/20/rosa-weber-critica-baixa-representacao-de-mulheres-na-politica.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 09 mar. 2022.

⁷⁰³ Ibid.

⁷⁰⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000 (PJe) - Brasília – Distrito Federal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-rosa-weber-consulta-publica.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2022.

Ao fim, chegou-se a conclusão de que a consulta deveria ser respondida afirmativamente, nos seguintes termos⁷⁰⁵:

A distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, regulamentada nos arts. 47 e seguintes do mesmo diploma legal, deve observar os percentuais mínimos de candidatura por gênero, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, na linha da orientação firmada na Suprema Corte ao exame da ADI 5617. No caso de percentual superior de candidaturas, impõe-se o acréscimo de recursos do FEFC e do tempo de propaganda na mesma proporção.

Ao se referir a mencionada consulta, pontuou Weber⁷⁰⁶:

“Este tribunal superior tem buscado impulsionar a participação feminina no cenário político, seja por medidas administrativas – como a veiculação em emissoras de rádio e televisão de campanhas em defesa da valorização e da igualdade de gênero e a promoção de painéis em Seminários sobre Reforma Política, de iniciativa da Escola Judiciária Eleitoral (EJE/TSE) –, seja no exercício da jurisdição, via decisões sinalizadoras de posicionamento rigoroso quanto ao cumprimento das normas que disciplinam ações afirmativas sobre o tema.”

Seguiu, afirmando que as estatísticas demonstram que os reflexos no espaço político ainda são tímidos, evidenciando a urgência de ações afirmativas. Ainda, apontou a premissa que norteou a decisão do Supremo: a igualdade entre os gêneros exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas também que sejam elas empoderadas por um ambiente que lhes permita alcançar a igualdade de resultados. Para Rosa, definir a divisão de recursos públicos eleitorais e o tempo de propaganda gratuita entre os candidatos não desprestigia a autonomia partidária⁷⁰⁷.

No mesmo ano, estudos apontavam que as mulheres representavam 15% da Câmara de Deputados, enquanto a bancada de senadoras eleitas em 2018 corresponde a 11,54% da Casa. Foram eleitas 161 deputadas estaduais, o equivalente a 15,56% do total⁷⁰⁸.

Na sequência, do pleito eleitoral municipal de 2020, extrai-se que o número de vereadoras eleitas, 898, corresponde a apenas 16,51% dos assentos das câmaras municipais, embora as mulheres representem 52,50% do eleitorado geral.

⁷⁰⁵ Ibid.

⁷⁰⁶ CONSULTOR JURÍDICO. Leia voto de Rosa Weber sobre verbas mínimas ao fundo eleitoral para mulheres. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/leia-voto-rosa-weber-verbas-fundo-eleitoral-mulher>. Acesso em: 09 mar. 2022.

⁷⁰⁷ Ibid.

⁷⁰⁸ FOLHA DE SÃO PAULO. Brasil é 142º no ranking de participação de mulheres na política. Casas legislativas são palco de violência contra parlamentares do sexo feminino. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/11/brasil-e-142o-no-ranking-de-participacao-de-mulheres-na-politica.shtml?origin=folha>. Acesso em: 09.03.2022.

Outro dado deplorável sobre as mesmas eleições, obtido de estudo realizado pelo Instituto Marielle Franco, concluiu que 98,5% das candidatas negras sofreram mais de um tipo de violência política na disputa eleitoral de 2020⁷⁰⁹.

Em 2021, durante o Observatório Nacional da Mulher na Política, da Secretaria da Mulher da Câmara dos Deputados, Procuradora da Mulher da Câmara à época, a deputada Tereza Nelma (PSDB-AL) lamentou o percentual ainda pequeno de mulheres no Parlamento brasileiro, em comparação com países conhecidos por negarem direitos às mulheres⁷¹⁰:

“Somos apenas 15% dos integrantes na Câmara Federal. E o Brasil perde para quase todos os países da América Latina em percentuais de participação política de mulheres. Vejam só, até neste momento difícil do Afeganistão, principalmente para as mulheres e crianças, vemos que lá o Parlamento tem 27% de mulheres”.

Atualmente, 2022, conforme estudo conduzido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e pela ONU Mulheres sobre direitos políticos das mulheres, o Brasil ocupa a 145ª posição do ranking internacional de participação de mulheres na política⁷¹¹.

Observa-se, portanto, que ainda se busque, por meio dos legisladores e operadores do direito, incluir mais mulheres no espaço político, na prática o cenário apresenta mudanças muito mais lentas e, com falhas visíveis, como as candidaturas para mero preenchimento do percentual legislativamente previsto sem o devido engajamento.

Leopoldino e Berbel ao se referirem a este cenário⁷¹²:

A baixa representatividade leva pesquisadores a buscarem os porquês da ausência de paridade e os impactos da presença ou ausência de representação feminina na política nos mais diversos campos sociais, como o desenvolvimento econômico e humano. Premissa geral infere que a desigualdade de gênero ameaça a verdadeira democracia, ao promover o escape do debate político de um importante viés de observação (o de gênero) afetando o resultado da tomada de decisão dos centros de poder estatais.

Em pesquisa realizada pelas professoras Malu Gatto, da University College London, e Kristin Wyllie, da James Madison University, divulgada no ano de 2019, a qual estudou as eleições de 2018 no Brasil, se obteve o resultado de que 35% de todas

⁷⁰⁹ INSTITUTO MARIELLE FRANCO. #RETROSPECTIVAIMF2020. Disponível em: <https://www.institutomariellefranco.org/2020#1>. Acesso em: 09 mar. 2022.

⁷¹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Especialistas lamentam baixa representatividade feminina na política. Dois projetos em análise na Câmara propõem percentuais mínimos de vagas para mulheres e mais recursos do Fundo Partidário. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/800827-especialistas-lamentam-baixa-representatividade-feminina-na-politica/>. Acesso em: 09 mar. 2022.

⁷¹¹ IPU PARLINE. Monthly ranking of women in national parliaments. Disponível em: <https://data.ipu.org/women-ranking?month=2&year=2022>. Acesso em: 09 mar. 2022.

⁷¹² HAMMERSCHMIDT, 2022. p. 826.

as candidaturas de mulheres para a Câmara dos Deputados na eleição de 2018 não chegaram a alcançar 320 votos. Ou seja, foram candidatas que, ao que tudo indica, sequer fizeram campanha, o que sugere que foram usadas apenas para cumprir formalmente a lei de cotas⁷¹³.

O estudo também mostra que, 20 anos após o primeiro pleito com a vigência das cotas, em 1998, pouco se avançou na representatividade de mulheres na Câmara. De 1998 a 2018, o percentual de deputadas passou de 5,6% para 15%.

Ou seja, em sentido contrário ao espírito da lei, que seria aumentar o número de mulheres no Legislativo, os partidos passaram a usar cada vez mais laranjas para burlar a regra.

Apesar disso, para a professora Malu Gatto, a solução não está em acabar com as cotas, mas sim em garantir fiscalização eficaz e punição aos partidos que não cumprirem as determinações legais. Para ela, a decisão do TSE de destinar 30% do fundo de campanha para as candidaturas de mulheres foi um passo importante para garantir a competitividade das candidatas⁷¹⁴.

Conforme os dados levantados, todos os países da América Latina, com exceção da Guatemala, adotam cotas femininas para o Congresso Nacional. E, em algumas nações do continente, as mulheres já ocupam mais de 40% das cadeiras do Câmara. No México, mulheres ocupam 48% das vagas na Câmara. Na Bolívia, 53% dos deputados são mulheres. Na Costa Rica, são 46% e na Nicarágua 44% do Legislativo. Ainda, destacou⁷¹⁵ “As cotas, quando bem aplicadas, acabam por fazer com que os partidos saiam dos seus nichos tradicionais de recrutamento e busquem talentos políticos entre outros grupos.”

Ao se posicionar diante das candidaturas laranjas, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu, no ano de 2019, que quando houver comprovação de fraude na composição da chapa de uma coligação para que a cota de 30% de candidaturas de mulheres seja alcançada, todos os eleitos e eleitas por aquela coligação, ou seja, a chapa inteira eleita pelos partidos, será cassada⁷¹⁶.

A decisão foi tomada no caso de seis vereadores eleitos em 2016 na cidade de Valença do Piauí (PI). Eles foram acusados de se beneficiar de candidaturas fictícias de mulheres que não chegaram sequer a fazer campanha eleitoral. Os ministros do TSE mantiveram a determinação do Tribunal Regional Eleitoral (TRE) do Piauí, nos seguintes termos⁷¹⁷:

⁷¹³ PASSARINHO, Natalia. Candidatas laranjas: pesquisa inédita mostra quais partidos usaram mais mulheres para burlar cotas em 2018. BBC. Março, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47446723>. Acesso em: 09 mar. 2022.

⁷¹⁴ Ibid.

⁷¹⁵ Ibid.

⁷¹⁶ AMORIM, Felipe. TSE decide que candidaturas laranjas levam à cassação de toda a chapa. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/09/17/tse-decide-que-candidaturas-laranjas-levam-a-cassacao-de-toda-a-chapa.htm>. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁷¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 19392. Disponível em: <https://sjurpesquisa.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateS JUT2140377224§ionServer=TSE&docIndexString=4>. Acesso em: 09 mar. 2022.

RECURSOS ESPECIAIS. ELEIÇÕES 2016. VEREADORES. PREFEITO. VICE-PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL (AIJE). ART. 22 DA LC 64/90. FRAUDE. COTA DE GÊNERO. ART. 10, § 3º, DA LEI 9.504/97.1. O TRE/PI, na linha da sentença, reconheceu fraude na quota de gênero de 30% quanto às candidaturas das coligações Compromisso com Valença I e II ao cargo de vereador nas Eleições 2016, fixando as seguintes sanções: a) cassação dos registros das cinco candidatas que incorreram no ilícito, além de sua inelegibilidade por oito anos; b) cassação dos demais candidatos registrados por ambas as chapas, na qualidade de beneficiários.2. Ambas as partes recorreram. A coligação autora pugna pela inelegibilidade de todos os candidatos e por se estender a perda dos registros aos vencedores do pleito majoritário, ao passo que os candidatos pugnam pelo afastamento da fraude e, alternativamente, por se preservarem os registros de quem não anuiu com o ilícito. (...) TEMA DE FUNDO. FRAUDE. COTA DE GÊNERO. ART. 10, § 3º, DA LEI 9.504/97. ROBUSTEZ. GRAVIDADE. AFRONTA. GARANTIA FUNDAMENTAL. ISONOMIA. HOMENS E MULHERES. ART. 5º, I, DA CF/88.4. A fraude na cota de gênero de candidaturas representa afronta à isonomia entre homens e mulheres que o legislador pretendeu assegurar no art. 10, § 3º, da Lei 9.504/97 - a partir dos ditames constitucionais relativos à igualdade, ao pluralismo político, à cidadania e à dignidade da pessoa humana - e a prova de sua ocorrência deve ser robusta e levar em conta a soma das circunstâncias fáticas do caso, o que se demonstrou na espécie.5. A extrema semelhança dos registros nas contas de campanha de cinco candidatas - tipos de despesa, valores, data de emissão das notas e até mesmo a sequência numérica destas - denota claros indícios de maquiagem contábil. A essa circunstância, de caráter indiciário, somam-se diversos elementos específicos (...) CASSAÇÃO. TOTALIDADE DAS CANDIDATURAS DAS DUAS COLIGAÇÕES. LEGISLAÇÃO. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA.8. Caracterizada a fraude e, por conseguinte, comprometida a disputa, não se requer, para fim de perda de diploma de todos os candidatos beneficiários que compuseram as coligações, prova incontestada de sua participação ou anuência, aspecto subjetivo que se revela imprescindível apenas para impor a eles inelegibilidade para eleições futuras. Precedentes.9. Indeferir apenas as candidaturas fraudulentas e as menos votadas (feito o recálculo da cota), preservando-se as que obtiveram maior número de votos, ensejaria inadmissível brecha para o registro de “laranjas”, com verdadeiro incentivo a se “correr o risco”, por inexistir efeito prático desfavorável.10. O registro das candidaturas fraudulentas possibilitou maior número de homens na disputa, cuja soma de votos, por sua vez, contabilizou-se para as respectivas alianças, culminando em quociente partidário favorável a elas (art. 107 do Código Eleitoral), que puderam então registrar e eleger mais candidatos.11. O círculo vicioso não se afasta com a glosa apenas parcial, pois a negativa dos registros após a data do pleito implica o aproveitamento dos votos em favor das legendas (art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral), evidenciando-se, mais uma vez, o inquestionável benefício auferido com a fraude.12. A adoção de critérios diversos ocasionaria casuísmo incompatível com o regime democrático.13. Embora o objetivo prático do art. 10, § 3º, da Lei

9.504/97 seja incentivar a presença feminina na política, a cota de 30% é de gênero. Manter o registro apenas das candidatas também afrontaria a norma, em sentido contrário ao que usualmente ocorre. INELEGIBILIDADE. NATUREZA PERSONALÍSSIMA. PARCIAL PROVIMENTO. 14. Inelegibilidade constitui sanção personalíssima que incide apenas perante quem cometeu, participou ou anuiu com a prática ilícita, e não ao mero beneficiário. (...) CASSAÇÃO. DIPLOMAS. PREFEITA E VICE-PREFEITO. AUSÊNCIA. REPERCUSSÃO. SÚMULA 24/TSE. 16. Não se vislumbra de que forma a fraude nas candidaturas proporcionais teria comprometido a higidez do pleito majoritário, direta ou indiretamente, ou mesmo de que seria de responsabilidade dos candidatos aos cargos de prefeito e vice-prefeito. Conclusão diversa esbarra na Súmula 24/TSE. CONCLUSÃO. MANUTENÇÃO. PERDA. REGISTROS. VEREADORES. EXTENSÃO. INELEGIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. CHAPA MAJORITÁRIA. 17. Recursos especiais dos candidatos ao cargo de vereador pelas coligações Compromisso com Valença I e II desprovidos, mantendo-se cassados os seus registros, e recurso da Coligação Nossa União É com o Povo parcialmente provido para impor inelegibilidade a Leonardo Nogueira e Antônio Gomes da Rocha, subsistindo a improcedência quanto aos vencedores do pleito majoritário, revogando-se a liminar e executando-se o aresto logo após a publicação (precedentes). (Recurso Especial Eleitoral nº 19392, Acórdão, Relator(a) Min. Jorge Mussi, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 193, Data 04/10/2019, Página 105/107)

A decisão supracitada foi pioneira no TSE ao estabelecer consequências jurídicas severas diante das candidaturas tidas como laranjas, com a cassação dos registros/mandatos dos beneficiados pela fraude, respectiva anulação dos votos e inelegibilidade aqueles e aquelas que participaram efetivamente do esquema ilícito.

Após, os tribunais regionais passaram a seguir a orientação da Corte Superior para cassar os mandatos ou registros de candidaturas que visavam burlar a lei. Nas palavras de Frederico de Carvalho⁷¹⁸:

Um precedente firmado por um tribunal regional eleitoral vincula, nos moldes em epígrafe, os juízes eleitorais a ele subordinados, ao passo em que a tese firmada pelo TSE o faz em relação aos tribunais e juízes, que guardam nítida ligação, sendo que tal dever de observância muito tende a contribuir com a racionalidade, isonomia e celeridade na prestação jurisdicional.

Percebe-se, portanto, que a legislação, ainda que existente, não cumpre sua finalidade. De outra monta, surgem mecanismos de punição para tentar contornar esse novo cenário.

Para Luiz Flávio Gomes⁷¹⁹:

⁷¹⁸ CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. Da fraude no atendimento da cota de gênero: uma análise do recurso especial nº 193-92 à luz da teoria dos precedentes formalmente vinculantes. Estudos Eleitorais, Brasília, DF, v. 14, n. 1, ed. especial, p. 132, jan./abr. 2020. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6850/2020_carvalho_fraude_atendimento_cota_genero.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 mar. 2022.

⁷¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. Mulheres na política ou laranjas? Ponderações sobre nossa modernidade arcaica.

É correto afirmar que as lutas políticas, as pequenas batalhas cotidianas movem a sociedade. Hoje, as mulheres, embora longe do ideal, já ocupam ou ocuparam lugares antes inimagináveis. Independente do viés ideológico, é fundamental quebrar a lógica patriarcal que organiza nosso sistema social e político desde os tempos do império. A sociedade brasileira é plural e o espaço da política, incluindo a partidária, deve ser usado para que possamos debater ideias, discordar, respeitar posições e tentar construir consensos, como é saudável em qualquer democracia. Manipular candidaturas de mulheres revela um aspecto do lado arcaico da nossa cultura política, que passa pela rapinagem dos recursos públicos e pelos interesses familiares nas coisas do Estado em conluio com setores do empresariado.

Ante todos os esforços despendidos para a conquista dos direitos reconhecidos até hoje, é possível verificar que ainda há muito a ser feito para alcançar uma efetividade maior das candidaturas femininas. Cabe, todavia, aos legisladores e operadores jurídicos aprimorarem os mecanismos existentes com diretrizes transparentes, robustas e fiscalizáveis.

CONCLUSÃO

A política de cotas foi capaz de incentivar consideravelmente o número de candidaturas femininas. No entanto, o número de mulheres eleitas não seguiu a mesma sorte, não aumentando na mesma proporção. Isso porque, além da dificuldade em se candidatar, as mulheres também enfrentam desafios no que diz respeito ao apoio interno nos partidos.

Apesar das adversidades encontradas pelas mulheres na ocupação de espaços de poder, seja para serem eleitas ou conquistarem voz ativa nas tomadas de decisões políticas, o que se percebe é que a ausência de indignação e, por consequência, debate e luta pela ampliação, acarreta uma não ocupação ainda maior desses espaços, deixando as mulheres à margem dos processos de elaboração das políticas públicas e enfraquecendo a democracia.

Ou seja, ações afirmativas representam sim um importante papel na luta pela igualdade política mas, não podem estar sozinhas. É preciso que exista cobrança e fiscalização.

Ademais, é perceptível que se faz necessário também que os direitos das mulheres em todas as esferas da sociedade sejam garantidos. Acesso a educação, saúde, segurança, direitos básicos para seus filhos e filhas, garantirá as mulheres melhores condições para que possam atuar efetivamente na busca pelos cargos onde a participação política acontecerá do lado “de dentro”.

Tão logo, existe ainda um longo caminho a ser percorrido.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Felipe. Presidente do TSE critica baixa representação feminina na política. UOL. Agosto, 2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/08/20/rosa-weber-critica-baixa-representacao-de-mulheres-na-politica.htm?cmpid=copiaecola>.
- AMORIM, Felipe. TSE decide que candidaturas laranjas levam à cassação de toda a chapa. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/09/17/tse-decide-que-candidaturas-laranjas-levam-a-cassacao-de-toda-a-chapa.htm>.
- ARAÚJO, Clara; ALVES, José Eustáquio Diniz. Impactos de Indicadores Sociais e do Sistema Eleitoral sobre as Chances das Mulheres nas Eleições e suas Interações com as Cotas. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/b7x7pwPWdRPcsXd7hPmTghB/?format=pdf&lang=pt>
- BRASIL ESCOLA. Movimento sufragista. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/movimento-sufragista.htm>.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Especialistas lamentam baixa representatividade feminina na política - Dois projetos em análise na Câmara propõem percentuais mínimos de vagas para mulheres e mais recursos do Fundo Partidário. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/800827-especialistas-lamentam-baixa-representatividade-feminina-na-politica/>.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta prevê percentual mínimo de mulheres eleitas no Legislativo. Projeto prevê gradação a partir de 2022, até atingir 30% nas eleições de 2038 e 2040. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/797709-proposta-preve-percentual-minimo-de-mulheres-eleitas-no-legislativo>.
- BRASIL. Congresso. *Câmara dos Deputados*. Voto feminino foi conquistado depois de uma luta de 100 anos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/704329-voto-feminino-foi-conquistado-depois-de-uma-luta-de-100-anos/>.
- BRASIL. DECRETO Nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932 – Código Eleitoral. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>
- BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 97, DE 4 DE OUTUBRO DE 2017. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm.
- BRASIL. LEI Nº 13.165, DE 29 DE SETEMBRO DE 2015. Altera as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm.
- BRASIL. LEI Nº 9.100, DE 29 DE SETEMBRO DE 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9100.htm.
- BRASIL. LEI Nº 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.
- BRASIL. LEI Nº 12.034, DE 29 DE SETEMBRO DE 2009. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 1951/2021. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), e a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições), para determinar que, nas eleições proporcionais, cada partido deverá reservar percentual mínimo para candidaturas de cada sexo, bem como para estabelecer reserva de cadeiras para mulheres na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas, na Câmara Legislativa do Distrito Federal e nas Câmaras Municipais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2293953>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.617 DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Código eleitoral anotado e legislação complementar. 14. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2020.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 0600252-18.2018.6.00.0000 (Pe) - Brasília – Distrito Federal.

- Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-rosa-weber-consulta-publica.pdf>.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Fundo Eleitoral e tempo de rádio e TV devem reservar o mínimo de 30% para candidaturas femininas, afirma TSE. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Maio/fundo-eleitoral-e-tempo-de-radio-e-tv-devem-reservar-o-minimo-de-30-para-candidaturas-femininas-afirma-tse>.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ministra do TSE comenta ação do MPE sobre candidatura de mulheres que não receberam voto. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Novembro/ministra-do-tse-comenta-acao-do-mpe-sobre-candidatura-de-mulheres-que-nao-receberam-voto>.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 19392. Disponível em: <https://sjurpesquisa.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT2140377224§ionServer=TSE&docIndexString=4>.
- CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. Da fraude no atendimento da cota de gênero: uma análise do recurso especial nº 193-92 à luz da teoria dos precedentes formalmente vinculantes. Estudos Eleitorais, Brasília, DF, v. 14, n. 1, ed. especial, p. 132, jan./abr. 2020. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/6850/2020_carvalho_fraude_atendimento_cota_genero.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. Direito eleitoral. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Coleção sinopses jurídicas; v. 29)
- CONSULTOR JURÍDICO. Leia voto de Rosa Weber sobre verbas mínimas ao fundo eleitoral para mulheres. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/leia-voto-rosa-weber-verbas-fundo-eleitoral-mulher>.
- FOLHA DE SÃO PAULO. Brasil é 142º no ranking de participação de mulheres na política. Casas legislativas são palco de violência contra parlamentares do sexo feminino. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/11/brasil-e-142o-no-ranking-de-participacao-de-mulheres-na-politica.shtml?origin=folha>.
- GOMES, Luiz Flávio. Mulheres na política ou laranjas? Ponderações sobre nossa modernidade arcaica. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/687332272/mulheres-na-politica-ou-laranjas-ponderacoes-sobre-nossa-modernidade-arcaica>.
- HAMMERSCHMIDT, Denise (coord). Tratado dos Direitos das Mulheres. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2022.
- INSTITUTO MARIELLE FRANCO. #RETROSPECTIVAIMF2020. Disponível em: <https://www.institutomarielle-franco.org/2020#1>.
- IPU PARLINE. Monthly ranking of women in national parliaments. Disponível em: <https://data.ipu.org/women-ranking?month=2&year=2022>.
- JESUS, Carolina Maria de. Quarto de despejo: diário de uma favelada. 10. ed. São Paulo: Ática, 2014.
- LUCIANA LÓSSIO. WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Luciana_L%C3%B3ssio&oldid=60806489.
- MACHADO, Amanda Bretas. A FRAUDE NAS COTAS DE GÊNERO: ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RESPE 19.392-PI E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS. Disponível em: http://eje.tre-ba.jus.br/pluginfile.php/16113/mod_label/intro/AMANDA-revisado.pdf
- MARCO ZERO. Candidatura laranja: crime que exige reação popular e institucional. Disponível em: <https://marcozero.org/candidatura-laranja-crime-que-exige-reacao-popular-e-institucional/>
- MARQUES, Teresa Cristina de Novaes. O voto feminino no Brasil. 2. ed. Brasília: Edições Câmara, 2018.
- MIGUEL, Luís Felipe. Política de interesses, política do desvelo: representação e “singularidade feminina”. Disponível em: <https://www.scielo.br/jj/ref/a/zsvTgNyNX3yJ5m6gSQ7QFHR/?lang=pt>.
- PASSARINHO, Natalia. Candidatas laranjas: pesquisa inédita mostra quais partidos usaram mais mulheres para burlar cotas em 2018. BBC. Março, 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47446723>.
- SACCHET, Teresa; SPECK, Bruno Wilhelm. Financiamento eleitoral, representação política e gênero: uma análise das eleições de 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/jj/op/a/9dSM7QLtmYmChfGSWmMYmq/?format=html&lang=pt>.
- SEMÍRAMIS, Cynthia. A Reforma Sufragista: origem da igualdade de direitos entre mulheres e homens no Brasil. Belo Horizonte, MG: Busilís, 2020.
- SILVA, Péricles de Medeiros Cavalcanti da. Determinação da quota de gênero nas eleições proporcionais: aplicação do § 3º e § 4º, do art. 10, da Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997 - Lei das Eleições. Revista de Estudos Eleitorais, Recife, v. 1, n. 2, p. 16-24, dez. 2017. Disponível em: file:///C:/Users/07419514950/Downloads/2017_silva_determinacao_quota_genero.pdf.
- TEODORO, Rafael. Cotas de gênero em eleições proporcionais: como funcionam?. Politize. Abril, 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/cotas-de-genero-em-eleicoes/>.
- VASCONCELOS, Clever; SILVA, Marco Antonio da. Direito Eleitoral. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

O TRABALHO COMO MECANISMO ESSENCIAL À RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO E A POSSIBILIDADE DE REMIÇÃO DE PENA PELO TRABALHO NO REGIME ABERTO

Luiz Eduardo Gunther⁷²⁰, Jean Colbert Dias⁷²¹, Alexandre Magno Augusto Moreira⁷²²

INTRODUÇÃO

Este artigo contempla estudo específico sobre a importância do trabalho como mecanismo de reinserção social de presos e egressos do sistema prisional brasileiro, valendo-se do método hipotético-dedutivo propugnado por Karl Popper⁷²³, analisando e testando os principais aspectos da Lei de Execuções Penais, do Código Penal e da jurisprudência contemporânea sobre o tema.

Por conseguinte, seguindo a metodologia proposta, será alavancada uma análise comparativa entre a importância do estudo e do trabalho para fins da ressocialização de presos e egressos do sistema prisional, explorando o tratamento de ambos na legislação, doutrina e jurisprudência dominante.

A investigação em tela imergiu em dados importantes coletados pelo Instituto Igarapé⁷²⁴, no estudo “Estratégias para a liberdade: Guia de Práticas Promissoras de Qualificação e Trabalho para Pessoas Presas e Egressas”, que demonstra a importância do trabalho e do estudo para recolocação do condenado na sociedade, entretanto, aponta preocupantes números acerca da disponibilização de trabalho e estudo dentro do Sistema Penitenciário, o que avulta a importância do trabalho do egresso também fora do cárcere.

Além disso, cotejou-se o cenário de dificuldades enfrentadas por egressos do sistema prisional para obtenção de ocupações lícitas e empregos formais, cujas dificuldades não estão apenas vinculadas aos preconceitos consabidos, mas também por falta de capacitação técnica para ingressar no mercado de trabalho, numa clara

⁷²⁰ Doutor em Direito do Estado pela UFPR e Pós-doutor pela PUCPR; Professor do PPGD do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA; Desembargador do Trabalho do TRT 9; Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e da Academia Paranaense de Letras Jurídicas; Membro do Conselho Editorial da Editora Juruá e da Editora Instituto Memória. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0458-1362>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1314611892212586>. E-mail: luiz.gunther@uol.com.br.

⁷²¹ Doutorando e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; Professor de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA e Professor de graduação da UNICESUMAR – Campus Curitiba; Advogado Sênior do Escritório Dias & Ferreira Advogados Associados. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7266-3442>; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7136354849346205>. E-mail: jean@diasferreiraadvogados.com.br

⁷²² Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania pela UNIPAR. Coordenador e Professor do Curso de Direito da UNIPAR - Unidade Universitária de Francisco Beltrão – PR. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4543-131X>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0564249425313675>. E-mail: alexandremagno@prof.unipar.br.

⁷²³ POPPER, Karl R. *Conjecturas e Refutações: O Progresso do Conhecimento Científico*. Brasília: Editora UNB, 1980.

⁷²⁴ TINOCO, Dandara. *Instituto Igarapé. Estratégias para a liberdade: Guia de Práticas Promissoras de Qualificação e Trabalho para Pessoas Presas e Egressas*. 2017. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2020/02/2020-02-03-Guia-de-praticas-estrategias-para-liberdade.pdf>. Acesso em: 10 de out. de 2021.

ausência de projetos de capacitação dentro das unidades prisionais, que demonstram ser pontuais e insuficientes diante do número de pessoas encarceradas no Brasil.

A presente verificação objetiva realizar uma análise criteriosa acerca dos equívocos metodológicos utilizado na formatação da Súmula nº. 341 do Superior Tribunal de Justiça à vista da antiga redação do art. 126 da Lei de Execução Penal, notadamente após a alteração havida no referido dispositivo no ano de 2011.

O estudo buscará investigar a premissa utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça quando da edição da referida Súmula, quando efetuou a comparação do estudo ao trabalho para fins de concessão de remição da pena, contudo, após a alteração legislativa, houve a ruptura do paradigma anteriormente estabelecido, quedando na desvalorização do trabalho em relação ao estudo para fins de remição de pena.

Nesse contexto que surge o problema central desse estudo, pois se indaga se o estudo e o trabalho possuem o mesmo *status* para fins de ressocialização do preso e do egresso do sistema penitenciário?

Exatamente nesse contexto que a legislação vigente, em especial o artigo 126 da Lei de Execução Penal, é colocada à prova mediante o método de testabilidade proposto por POPPER, partindo-se da premissa legislativa que não permite ao condenado que cumpre pena em regime aberto o direito à remição de sua pena pelo trabalho, ao passo que autoriza a remição pelo estudo.

A perquirição em voga propõe uma releitura dos motivos que ensejaram a edição da Súmula nº. 341 do Superior Tribunal de Justiça, empregando a técnica da analogia inversa, para o fim de propor critérios concretos sobre a importância do trabalho e do estudo destinados à ressocialização do preso e do egresso do sistema prisional, permitindo ao Poder Judiciário, mesmo antes de qualquer alteração legislativa – que também se propõe – conceder a remição de pena em razão do trabalho àqueles que cumprem pena em regime aberto, de igual forma que esse direito é concedido em relação ao estudo.

Aproveitando o ensejo, será debatido o posicionamento jurisprudencial acerca da remição de pena no regime semiaberto harmonizado, que sequer possui previsão legal, se tratando apenas de ficção jurídica criada a partir da própria incompetência do Estado para a manutenção e garantia de vagas no sistema prisional (Colônias Penais), cujo instituto jurídico está sendo equiparado ao regime aberto, num claro prejuízo aos apenados no que toca à remição de pena.

Por fim, destacar-se-á a importância do trabalho e do estudo para a reinserção social do condenado, buscando diminuir os números alarmantes da reincidência delitiva, que representa a falibilidade do sistema prisional brasileiro e, consequentemente, da própria política criminal empregada.

1 A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO COMO MECANISMO DE REINserÇÃO SOCIAL DO PRESO E DO EGRESSO DO SISTEMA PRISIONAL

Pode até parecer redundância descrever a importância do trabalho para a construção da sociedade e da própria personalidade do homem, ficando demonstrado ao longo da história, em especial da sua relação a pena criminal, que se trata de uma

forma de reconexão social daquele que violou o contrato social lesando bens jurídicos tutelados pela norma penal.

Esse ponto é muito bem destacado por CORREA e SOUZA⁷²⁵, destacando isso em estudo realizado através do “Projeto Regresso no Estado”, encetado no Estado de Minas Gerais:

Portanto, compreender os sentidos do trabalho na vida dessas pessoas, por um lado, é hoje um desafio importante para a sociedade mineira, sobretudo pela execução pioneira do Projeto Regresso no Estado. Por outro lado, nessa mesma perspectiva, o trabalho pode ser visto como uma forma de punição; a mesma controvérsia existiu nesse sentido. O momento de transformação organizacional, na maneira como o Estado passa a lidar com a inclusão do egresso pela via do trabalho, explicita uma nova maneira de lidar com a questão. O caráter de vinculação do trabalho apresenta uma característica importante para os egressos, principalmente pelo seu interesse em estabelecer nova vinculação com a sociedade que se perdeu, em alguma medida, com o cometimento de dado delito socialmente reprovável.

O trabalho, independentemente da condição social ou situação pessoal do indivíduo, tem primordial importância social, pois se trata de ideal arraigado entre todos os homens, os quais não se vêem distantes de tal realidade laborativa, ao ponto de MORIN⁷²⁶ concluir que:

Portanto, o trabalho conserva um lugar importante na sociedade: Para a pergunta: “se você tivesse bastante dinheiro para viver o resto da vida confortavelmente sem trabalhar, o que você faria com relação ao seu trabalho?”, mais de 80% das pessoas pesquisadas responderam que trabalhariam mesmo assim. Assim, as principais razões são as seguintes: para se relacionar com outras pessoas, para ter o sentimento de vinculação, para ter algo para fazer, para evitar o tédio e para ter um objetivo na vida.

Fica nítida a importância do trabalho para compreender o lugar que cada um ocupa na coletividade, sobretudo para assimilar a necessidade do trabalho daqueles que estão privados da liberdade, pois o trabalho, neste caso, está agregado ao sentimento de vinculação ou reconexão social.

É indiscutível que aquele que viola o contrato social fulminando ou tentando contra bens jurídicos tutelados pela norma penal, merecem, de acordo com a tradição secular do direito criminal, a devida retribuição, inclusive com a possibilidade de privação da liberdade, no entanto, não só da retribuição que se estrutura o papel social

⁷²⁵ CORREA, Marina Aparecida Pimenta da Cruz; SOUZA, Rafaelle Lopes. Origem e relação do trabalho com o ser humano e as limitações do trabalho na prisão. Revista Textos & Contextos, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre), vol. 15, nº. 1, jan-jul, 2016, p. 9 p. 126-143. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3215/321546615011.pdf>. Acesso em: 08 de nov. 2021.

⁷²⁶ MORIN, Estelle M. Os sentidos do trabalho. Revista de Administração de Empresas - FGV, v.41, n.3, 2001, p. 76. Disponível em: <https://rae.fgv.br/rae/vol41-num3-2001/sentidos-trabalho>. Acesso em: 08 de nov. 2021.

do direito penal como *ultima ratio*, mas atua de forma preventiva (geral e especial) e com o objetivo ressocializador, mesmo que em alguns casos a reconexão social seja inviável devido as características pessoais do homem criminoso.

Também não é segredo que a pena privativa de liberdade e o sistema prisional passam por uma longa crise que os afastam dos reais objetivos do Direito Penal e das políticas criminais ressocializadoras, como propugnado pelo art. 1º da Lei de Execução Penal⁷²⁷ que estatui: *“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”*.

A história do mundo demonstra de forma hialina que a prisão é marcada ao longo dos séculos por retribuição, sofrimento, exclusão e segregação social, deixando indeléveis marcas no egresso do cárcere, não só do ponto de vista psicológico, mas sobretudo no que atine à inclusão no mercado de trabalho.

Não há dúvidas que o trabalho do preso é crucial para o processo de ressocialização, não apenas dentro do cárcere, mas fora dos olhares do Estado quando ele é devolvido à vida em sociedade, por isso, destaca o artigo 38 do Código Penal⁷²⁸ que *“o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”*, cujo direito é reiterado pelo artigo 3º da Lei de Execuções Penais.

Dentre esses direitos está o trabalho, conforme reza o artigo 28 da Lei de Execução Penal: *“O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”*; firmando, sem sombra de dúvidas, que o trabalho do preso além de ser um direito subjetivo inegociável, se trata da porta principal de abertura para a sua reconexão social.

Da mesma forma é destacado o estudo, que possui igual missão que o trabalho para promover a reinserção social, inclusive se trata de porta essencial para o aprimoramento profissional objetivando uma melhor colocação no mercado de trabalho, além claro de agregar cultura e conhecimentos capazes moldar o indivíduo à vida em sociedade, compreendendo o crime e seu comportamento com algo incomum e anormal.

O direito à remição da pena pelo estudo está contemplado no artigo 126 da Lei de Execução Penal, que também trata da remição da pena pelo trabalho: *“O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”*.

Feitas estas econômicas considerações sobre a importância do trabalho e do estudo no processo de reconexão do condenado ao seio comunitário, fica evidente a necessidade de traduzir em números a situação carcerária no Brasil, sobretudo acerca da oportunidade de trabalho e estudo para presos e egressos do sistema penitenciário brasileiro, consistente no manuseio de importante pesquisa empírica realizada pelo

⁷²⁷ BRASIL. Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em: 10 out. 2021.

⁷²⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 10 out. 2021.

Instituto Igarapé⁷²⁹, que trabalha com governos, setor privado e sociedade civil para desenhar soluções baseadas em dados.

2 DADOS SOBRE AS PERSPECTIVAS E OFERTA DE TRABALHO E ESTUDO PARA PESSOAS PRESAS E EGRESSAS

A análise jurídica sobre os aspectos do trabalho e o do estudo ofertados às pessoas presas e egressas teve como marco inicial a pesquisa realizada pelo Instituto Igarapé, que promove investigações em vários campos de interesse público, apresentando para o poder público e à iniciativa privada propostas e soluções para problemas pontuais.

Neste caso houve o cotejo do estudo “Estratégias para a liberdade: Guia de Práticas Promissoras de Qualificação e Trabalho para Pessoas Presas e Egressas”⁷³⁰, que contempla dados do ano de 2017 sobre a massa carcerária brasileira, focando nos projetos destinados à disponibilização de estudo e trabalho dentro e fora do sistema penitenciário.

Os dados coletados são do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)⁷³¹ e informam que somente 17,5% de um total de 726 mil indivíduos presos no Brasil estavam envolvidos em atividades laborais em junho do ano de 2017. O percentual relacionado ao acesso à educação era ainda menor, ou seja, apenas 10,6% da massa carcerária estava obtendo acesso aos estudos.

Isso demonstra claramente uma falha nas políticas públicas para o fim precípuo de ressocialização dos presos e egressos do sistema prisional, demonstrando que o momento de saída do cárcere é de especial vulnerabilidade, não só para a sociedade, mas para o próprio indivíduo que é devolvido ao convívio social sem o mínimo preparo e condições de exercer uma ocupação lícita.

Foi constatado também que pessoas privadas de liberdade analfabetas, apenas basicamente alfabetizadas e com ensino fundamental incompleto, somam mais da metade (57,5%) da população prisional brasileira.

O estudo aponta ainda que a baixa escolaridade corresponde a entraves para a readaptação à vida em liberdade, logicamente impactando na dificuldade de acesso ao mercado de trabalho, tendo em vista que os egressos, na sua imensa maioria, não tiveram o acesso ao aprendizado de uma profissão ou aperfeiçoamento de suas habilidades, sendo que muitas vezes os trabalhos ofertados são de oficinais de artesanato.

O censo carcerário aponta que dos 17,5% dos presos que logram êxito em trabalhar no cárcere, somente 6,7% dessas pessoas estão envolvidas em cursos de formação inicial e continuada, que deveriam ser ofertados com base na identificação de habilidades e aspirações das pessoas privadas de liberdade, mas também pelas vocações econômicas do mercado local.

⁷²⁹ BRASIL. Instituto Igarapé. Disponível em: <https://igarape.org.br/sobre-o-igarape/>. Acesso em: 10 out. 2021.

⁷³⁰ TINOCO, Dandara. Ob. cit.

⁷³¹ BRASIL. DEPEN (2019). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Atualização Junho de 2017. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

Além dos dados acima mencionados, o estudo propõe as seguintes soluções⁷³²:

Para além do acesso restrito, outro desafio é a não adequação da oferta de cursos com as vocações pessoais do público atendido ou mesmo com a vocação econômica regional. A atenção a ambas as questões é relevante para que a qualificação profissional de fato se converta em maior possibilidade de inserção profissional. A identificação de habilidades, interesses pessoais e demandas exige o mapeamento dessas informações desde a entrada na prisão, no momento das entrevistas de inclusão, que abrangem, além de questões relacionadas ao trabalho, as áreas de educação, saúde, trabalho, assistência social, psicologia, e a judiciária. A partir dele, é possível elaborar, com as pessoas privadas de liberdade, planos individuais que indicam programas e projetos nos quais elas serão inseridas. No que diz respeito à identificação de vocações econômicas locais, um passo importante é oferecer cursos relacionados às frentes de trabalho que estão sendo abertas ou já existentes dentro das unidades, no sentido de preparar as pessoas em regime fechado para ocuparem vagas. Os pontos de atenção considerados na implementação de programas de elevação do nível escolar, como rotina e infraestruturas adequadas, também devem ser considerados aqui. Além disso, no caso de estabelecimentos prisionais com pessoas em regime semiaberto, o mapeamento do perfil das empresas situadas no entorno dessas unidades possibilita a oferta de cursos que aumentem as chances de parcerias para a contratação desse público.

O cenário de dificuldades enfrentadas por egressos do sistema prisional para obtenção de ocupações lícitas e empregos formais estão vinculado aos tradicionais preconceitos já consabidos, mas também por falta de capacitação técnica para ingressar no mercado de trabalho, numa clara ausência de projetos de capacitação dentro das unidades prisionais, que demonstram ser pontuais e insuficientes diante do número de pessoas encarceradas no Brasil.

Além do mais, tanto o estudo quanto o trabalho mostram-se cruciais neste processo de transição e reinserção social, caso contrário a tendência para a reiteração criminosa aumentará exponencialmente, ademais, ficou evidenciado que os estudos são a porta de entrada ao mercado de trabalho, que na verdade se trata do melhor e mais eficiente mecanismo para diminuição dos índices de criminalidade, pois o trabalho e a renda são características marcantes para adaptação do indivíduo ao modelo capitalista imperante.

Enfim, o estudo e o trabalho mostram-se indispensáveis para a adaptação do preso e do egresso à vida em comunidade, talvez o segundo tenha posição até mais importante para no contexto capitalista, sem, obviamente, negar os benefícios da cultura e conhecimento sobre os aspectos que possam afastar o indivíduo da criminalidade, especialmente na compreensão do seu papel na sociedade e o respeito ao contrato social que delimita liberdades em detrimento dos direitos alheios, em especial daqueles bens jurídicos que são tutelados e protegidos pela norma penal.

⁷³² TINOCO, Dandara. Ob. cit. p. 11.

Isto posto, passa-se à análise, do que se entende, por equívocos metodológicos utilizado na formatação da Súmula nº. 341 do Superior Tribunal de Justiça, à vista da antiga redação do art. 126 da Lei de Execução Penal, que propiciou a desvalorização do trabalho em relação ao estudo para fins de remição de pena.

3 A SÚMULA Nº. 341 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A DESVALORAÇÃO DO TRABALHO EM RELAÇÃO AO ESTUDO – EQUÍVOCOS METODOLÓGICOS

Essa investigação não se presta a ofertar críticas gratuitas à Súmula nº. 341 do Superior Tribunal de Justiça, muito menos propugnar a alteração da redação do artigo 126 da Lei de Execução Penal – que seria uma alternativa a ser pensada – mas demonstrar que alteração da Súmula em tela ocorrida ainda sob a antiga redação da norma citada, permite, num processo de analogia inversa, apontar suas incorreções metodológicas, exceto, caso conclua-se, que se realmente se buscou desvalorar o trabalho em detrimento do estudo.

A antiga redação do artigo 126 da Lei de Execução Penal, dizia que: *“O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena”*.

A redação da norma citada vigeu até a promulgação da Lei nº. 12.433, de 2011, que acrescentou o estudo como caminho para a obtenção de remição de pena: *“O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”*.

A Súmula nº. 341 do STJ é trazida ao lume exatamente porque a interpretação da norma jurídica só faz sentido se analisada sistematicamente e não de forma isolada, pois de forma literal, a antiga redação do artigo 126 da Lei de Execução Penal não permitia a remição de pena pelo estudo.

Está evidente que a edição da Súmula em testilha ocorreu sob a vigência da redação original do artigo 126 da Lei de Execução Penal, que, como dito alhures, somente autorizava ao apenado, em fase de cumprimento da pena em regime fechado e semiaberto, o direito de remir sua pena pelo trabalho.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, num claro alargamento das hipóteses previstas na norma citada, efetuou a equiparação do estudo ao trabalho e entendeu que era injusto permitir ao apenado somente a remição de pena pelo trabalho, superando o desprezo ao estudo por parte do legislador, reconhecendo o estudo e seu efeito ressocializador, com isso, mesmo inexistindo na redação original do artigo 126 da Lei de Execução Penal a menção ao estudo, analogicamente aquela Corte estendeu a remição da pena também ao estudo.

Por conseguinte, quando o legislador optou novamente por alterar o artigo 126 da Lei de Execução Penal, no ano de 2011, permitindo aos apenados que cumpriam pena em regime aberto o direito à remição de pena em razão do estudo, porém, da mesma forma que o legislador silenciou no ano de 1984 sobre o estudo como hipótese de remição de pena, agora olvidou de incluir o trabalho como meio de obtenção da remição de pena no regime aberto.

A nova redação do artigo 126 que entrou em vigor em 2011 deixou de considerar no seu processo legislativo o posicionamento adotado pelo Superior

Tribunal de Justiça, por ocasião da edição da Súmula nº. 341, a indelével equiparação do trabalho e o do estudo para os fins ressocializadores da pena criminal.

Neste caso, certamente deve ser utilizada a mesma interpretação sistemática e calcada na lógica empregada pelo Superior Tribunal de Justiça na edição da Súmula citada, não havendo como negar-se ao condenado que cumpre sua pena em regime aberto o mesmo direito de remir sua pena pelo trabalho quando estiver cumprindo pena no regime aberto, no que pode ser denominado de processo analógico inverso.

Em suma, se o estudo, no regime aberto, dá direito à remição de pena, não há como negar o mesmo direito ao apenado que trabalha. Mesmo não existindo uma norma específica que preveja a remição em regime aberto em relação ao trabalho, esta pode ser facilmente substituída pelo uso da analogia inversa, visto que ambos levam à ressocialização do condenado; talvez, o trabalho, tenha até efeitos mais positivos que o primeiro, tendo em vista que o estudo geralmente ofertado no cárcere é o estudo profissionalizante, portanto, destina-se à finalidade precípua do trabalho.

Ocorre que a letra fria da lei, da mesma forma que acontecia com a antiga redação do artigo 126 da Lei de Execução Penal até a edição da Súmula nº. 341 do STJ, também não permitia o estudo para fins de remição de pena, portanto, não há como negar ao apenado em regime aberto o mesmo direito daquele que estuda neste mesmo regime de cumprimento de pena.

Propugna-se neste estudo a ressignificação das alterações havidas no artigo 126 da Lei de Execução Penal promovida pela Lei nº. 12.433/11, que incluiu no rol das hipóteses de remição de pena o estudo ou capacitação técnica realizada no período de cumprimento da pena em regime aberto, promovendo a interpretação alargada, via analogia inversa, dos parágrafos 5º e 6º da norma em voga.

BITENCOURT⁷³³ afirma ser possível interpretar analogicamente o dispositivo em apreço:

Na verdade, a despeito de a remição pelo trabalho estar prevista para os regimes fechado e semiaberto, o acréscimo legal da remição pelo estudo, nos três regimes, recomenda o tratamento isonômico e também que se aplique a remição pelo trabalho em regime aberto; segue-se, assim, o fundamento que orientou a súmula 341, qual seja a isonomia. Ora, se está legalmente autorizada à remição pelo estudo, também no regime aberto, o mesmo direito, à luz do fundamento da súmula 341, deve ser conferido, por analogia, a quem trabalha. Em outros termos, não se pode negar o mesmo direito a quem trabalha.

O autor defende a hipótese de remição de pena pelos estudos também quando o apenado exerce atividade laborativa na fase de cumprimento da pena em regime aberto, sustentando que nos três regimes de cumprimento de pena (fechado, semiaberto e aberto) recomenda-se o tratamento isonômico do apenado.

⁷³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 956-959.

GOMES⁷³⁴ manifesta posição no mesmo sentido:

Cuida-se, desde logo, de um pensamento jurisprudencial indiscutivelmente criminógeno, dotado de alta periculosidade para a estabilidade social da sociedade brasileira, na medida em que, não incentivando o trabalho (tão decantado pela doutrina cristã e pelas teorias econômicas, sobretudo da modernidade, que tem em Max Weber seu expoente proeminente), contribui inescapavelmente para a proliferação da reincidência (e, portanto, da criminalidade e da insegurança), trazendo alto conteúdo explosivo para a destruição da já cambaleante ressocialização [...] a danosidade humanitária e criminológica da decisão é flagrantemente manifesta. Ela precisa ser superada. Darwin não morreu. O ser humano continua evoluindo (apesar das involuções). Por justiça ou por simples razão de bom senso, não há como discriminar o estudo do trabalho (se é que queremos dar vida, ainda que em estado terminal e vegetativa, para o princípio da ressocialização).

GOMES destaca o propósito ressocializador da pena e a importância do trabalho nesta missão hercúlea, tecendo fortes críticas ao posicionamento jurisprudencial criminógeno adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

BITENCOURT fazendo alusão ao Acórdão proferido no *Habeas Corpus* nº. 189.914/RS⁷³⁵, reforça a necessidade de revisão no posicionamento adotado pela Cortes nacionais, pois estão assentindo, na sua visão, tratamento desigual e discriminatório no âmbito da execução penal:

Com efeito, essa surpreendente decisão da 6ª Turma do STJ, não deixa de ser contraditória, na medida em que, quando não havia previsão legal para a remição pelo estudo, as duas Turmas (5ª e 6ª) desse Sodalício passaram a aplica-la, por analogia ao trabalho, chegando, inclusive, a sumulá-la, como já referimos. Na verdade, a despeito de a remição pelo trabalho estar prevista para os regimes fechado e semiaberto, o acréscimo legal da remição pelo estudo, nos três regimes, recomenda o tratamento isonômico e também que se aplique a remição pelo trabalho em regime aberto; segue-se, assim, a isonomia. [...] Em outros termos, não pode negar o mesmo direito a quem trabalha. Realmente, antes da Lei n. 12.433/2011 previa-se a remição pelo trabalho e não pelo estudo; o novo texto legal, por sua vez, prevê a remição, no regime aberto, pelo estudo e não pelo trabalho, voltando a consagrar um tratamento desigual e discriminatório.

⁷³⁴ GOMES, Luiz Flávio. Remição pelo trabalho no regime aberto: Por que não? Revista eletrônica Conjur, 15 de março 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-15/coluna-lfg-remicao-trabalho-regime-aberto-nao> Acesso em: 10 out. 2021.

⁷³⁵ BRASIL. STJ. HC nº. 189.914/RS, 6ª Turma, rel. Min Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27/02/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1121300&num_registro=201002061069&data=20120227&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 10 out. 2021.

Realmente o posicionamento adotado pela jurisprudência dominante e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça destoa da argumentação tecida na construção da Súmula nº. 341, demonstrando que tema merece ser revisitado diante das dificuldades que os presos e egressos do sistema prisional brasileiro enfrentam, conforme destacado por GOMES⁷³⁶:

Sabemos o quanto os egressos do sistema penitenciário brasileiro são discriminados. Quando esse mesmo egresso, de forma heroica, consegue trabalho, não há como não lhe premiar com a remição, dando-lhe estímulos para a vida reta, vida social adequada. Se o estudo, no regime aberto, dá direito à remição, não há como negar o mesmo direito para quem trabalha (onde existe a mesma razão deve reinar o mesmo direito). A falta de lei específica aqui, em relação ao trabalho, pode ser suprida facilmente com o emprego da analogia, aplicando-se (analogicamente) a lei que permite o mesmo benefício em relação ao estudo.

Está evidente a falha do aparato estatal na recondução do indivíduo criminoso ao meio social, por isso, quando ele, por sua própria iniciativa, busca a sua reinserção social por meio do trabalho, para que possa ser aceito no seio comunitário e também para afastar-se do nefasto mundo do crime, buscando tornar-se útil mental e economicamente, não há como se negar ao trabalho o mesmo tratamento que se dá ao estudo para fins de remição de pena, sob pena de desvalorização do primeiro em relação ao segundo.

A jurisprudência, mesmo isolada, mostra reações à tese dominante, propiciando um caminho jurídico voltado a atender os reais anseios do legislador quando construiu a Lei de Execução Penal, mas também enxergando o lado humano do apenado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO. REMIÇÃO. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. Efetivamente, o artigo 126 da LEP parece limitar a possibilidade de remição, pelo trabalho e estudo, aos presos que cumprem pena nos regimes fechado e/ou semiaberto. Não menos verdade, entretanto, que houve inovação legal (§ 6o, do mesmo artigo 126, LEP), ao permitir a remição, pelo estudo, aos que cumprem pena em regime aberto ou semiaberto, e até mesmo àqueles que estejam em livramento condicional. E não há motivo para dar valor ao estudo, e não valorizar, da mesma forma, o trabalho. AGRAVO DEFENSIVO PROVIDO, POR MAIORIA. (Agravado nº. 70077794014, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Redator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 13/09/2018).

Nesta decisão fica evidenciado que o trabalho e o estudo devem ser valorados de igual forma para fins de remição de pena, visto que possuem o mesmo objetivo, a ressocialização.

⁷³⁶ *Bis idem.*

Por óbvio, pode-se dizer que o cumprimento da pena em regime aberto já é por si só um benefício, porém, para que esse benefício seja alcançado, dentre uma série de fatores, o trabalho deve ser uma condição determinante para que se cumpram os seus objetivos.

A remição de pena em regime aberto pelo trabalho serve como estímulo ao apenado, além de impulsionar a real finalidade da pena, que consiste na ressocialização do condenado e a sua reconexão social.

4 NEGATIVA DE REMIÇÃO DE PENA AOS CONDENADOS QUE CUMPREM PENA NO REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO. EXPRESSA VIOLAÇÃO AO ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Apesar dessa temática não fazer parte da centralidade da presente investigação, percebeu-se ao longo dos estudos que diante da própria ineficiência estatal para resolver as superlotações carcerárias, criou-se o regime semiaberto harmonizado, que sequer possui previsão legal, se tratando apenas de ficção jurídica criada a partir da própria incompetência do Estado para a manutenção e garantia de vagas no sistema prisional (Colônias Penais), cujo instituto jurídico está sendo equiparado ao regime aberto, num claro prejuízo aos apenados no que toca à remição de pena.

A jurisprudência dominante tem efetuado a equiparação do regime semiaberto harmonizado ao regime aberto, por isso, tem negado a remição de pena ao condenado que trabalha neste regime prisional, ao arrepio do artigo 126 da Lei de Execução Penal.

De acordo com o artigo 33 do Código Penal, as penas de reclusão e detenção poderão ser cumpridas no regime fechado, semiaberto ou aberto: *“A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”*; não há, portanto, qualquer previsão na legislação vigente sobre a modalidade de regime semiaberto harmonizado.

O tema tem recebido tratamento jurisprudencial adverso aos condenados que cumprem pena no modo ora citado, entendendo ser incabível a remição de pena nessas hipóteses:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO DE AGRAVO. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE REMIÇÃO DA PENA PELO TRABALHO. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE REMIÇÃO PELO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. APENADA QUE CUMPRE PENA EM REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO, COM MONITORAÇÃO ELETRÔNICA. REGIME QUE SE EQUIPARA AO ABERTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL QUE AUTORIZA A REMIÇÃO PRETENDIDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
(TJPR - 4ª C. Criminal - 4000099-09.2021.8.16.0174, Rel.: DESEMBARGADORA SONIA REGINA DE CASTRO - J. 25.10.2021)⁷³⁷

⁷³⁷ PARANÁ. TJPR - 4ª C. Criminal - 4000099-09.2021.8.16.0174, Rel.: DESEMBARGADORA SONIA REGINA

O pressuposto aventado no Acórdão acima reproduzido viola frontalmente a interpretação literal do artigo 126 da Lei de Execução Penal, ao mesmo tempo que admite a criação de um regime prisional diferente daqueles previstos no artigo 33 do Código Penal.

Além disso, este posicionamento viola direito subjetivo do condenado – inegociável, caso presentes os pressupostos objetivos e subjetivos para sua concessão - ao sustentar a ineficiência do Estado para os fins propugnados na Lei de Execução Penal, atribuindo ao cidadão todo o ônus pela incompetência estatal, pagando o preço com a própria liberdade diante da negativa de abreviamento da sua pena corporal.

Na contramão dessa opção jurisprudencial, nessa ótica desacertada, cita-se decisão da mesma Corte sobre o tema:

RECURSO DE AGRAVO – EXECUÇÃO PENAL – DECISÃO QUE INDEFERE PEDIDO DE REMIÇÃO DE PENA por TRABALHO REALIZADO PELO REEDUCANDO DURANTE O REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO – INCONFORMISMO DA DEFESA – AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA QUE RESTRINJA A BENESSE EXECUTÓRIA AO APENADO QUE PRESTA ATIVIDADE LABORATIVA EXTRAMUROS – IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 126 DA LEP – BENEFÍCIO QUE ESTIMULA A HARMÔNICA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DO CONDENADO E ATENDE ÀS FINALIDADES PRIMORDIAIS DA EXECUÇÃO PENAL (ART. 1º DA LEP) – PRECEDENTES – APENADO QUE NÃO PODE SER PREJUDICADO POR CONTA DA PRECÁRIA ESTRUTURA CARCERÁRIA DO ESTADO – NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO ACERCA DA PRESENÇA DOS DEMAIS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA REMIÇÃO DA PENA EM FAVOR DO PRESO, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR - 5ª C. Criminal - 4000475-39.2021.8.16.0030, Rel.: DESEMBARGADOR RENATO NAVES BARCELLOS - J. 29.05.2021)⁷³⁸

Nesta toada, fica evidente o desalinho da jurisprudência pátria e o real espírito da Lei de Execução Penal, que propugna não só a retribuição, como a prevenção geral e especial, além da ressocialização do condenado, até porque não se permite penas de cunho perpétuo no Brasil.

Também se mostra importante reproduzir a manifestação de AVENA⁷³⁹ sobre a possibilidade de remição de pena pelo trabalho do condenado que cumpre pena em prisão domiciliar, quando ausentes as vagas no sistema prisional:

E quanto ao apenado em prisão domiciliar? O STJ, sistematicamente, tem deliberado no sentido de que, em se tratando de apenado do regime semiaberto – modalidade de regime prisional que, como

DE CASTRO - J. 25.10.2021.

⁷³⁸ PARANÁ. TJPR. TJPR - 5ª C. Criminal - 4000475-39.2021.8.16.0030, Rel.: DESEMBARGADOR RENATO NAVES BARCELLOS - J. 29.05.2021.

⁷³⁹ AVENA, Norberto. Execução. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 253.

vimos, autoriza a remição (art. 126, caput) – e encontrando-se ele em prisão domiciliar por força da ausência de vagas para cumprimento da pena nesse regime (possibilidade determinada pela Súmula Vinculante 56 do STF), devem ser reconhecidos, para efeitos de remição, os dias comprovadamente trabalhados em ambiente.

A posição doutrinária de AVENA é afiançada pelo Superior Tribunal de Justiça no enfrentamento de tema análogo, firmando posição de que eventual deficiência no sistema prisional acerca de vagas no regime semiaberto, que seja necessário permitir o cumprimento da pena em prisão domiciliar, não retira do condenado o direito à remição da pena pelo trabalho:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DA PENA. VIOLAÇÃO AO ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. APENADO EM REGIME SEMIABERTO. TRABALHO. AUSÊNCIA DE VAGA NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DEFERIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA VIABILIZAR A REALIZAÇÃO DA ATIVIDADE LABORAL EXTRAMUROS. REMIÇÃO. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. O entendimento adotado pela Corte de origem encontra-se em consonância com a jurisprudência deste Sodalício, no sentido de que o apenado que se encontrava vinculado ao regime semiaberto para cumprimento de pena tem o direito de remição pelo trabalho prestado extramuros, ainda que em gozo de prisão domiciliar.

2. Decisão mantida pelos próprios fundamentos.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1685033/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)⁷⁴⁰

Na verdade, as decisões neste sentido simplesmente seguem o norte da Súmula Vinculante nº. 56 do Supremo Tribunal Federal⁷⁴¹, pondo fim à polêmica afirmando que: *“A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”*.

Portanto, não resta dúvidas que o trabalho do preso necessita ser valorizado e atribuído o mesmo quilate que foi determinado pelo legislador ao estudo, cuja ressignificação não necessita – aprioristicamente - de mudança legislativa, mas de releitura dos argumentos expendidos pelo Superior Tribunal de Justiça quando da formatação da Súmula nº. 341, valendo-se da analogia inversa que foi utilizada na equiparação do estudo ao trabalho como mecanismo de reconexão do condenado à sociedade.

⁷⁴⁰ BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1685033/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018.

⁷⁴¹ BRASIL. STF. Súmula Vinculante 56. Precedente representativo RE nº. 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11-5-2016, DJe 159 de 1º-8-2016, Tema 423.

CONCLUSÃO

Ao final das investigações e refutações realizadas sobre os motivos que ensejaram a edição da Súmula nº. 341 do Superior Tribunal de Justiça, empregando a técnica da analogia inversa, para o fim de propor critérios concretos sobre a importância do trabalho e do estudo destinados a ressocialização do preso e do egresso do sistema prisional, permitindo ao Poder Judiciário, mesmo antes de qualquer alteração legislativa – que também se propõe – conceder a remição de pena em razão do trabalho àqueles que cumprem pena em regime aberto, de igual forma que este direito é reconhecido em relação ao estudo.

O emprego do método hipotético-dedutivo permitiu, após o estabelecimento das premissas arraigadas na Lei de Execução Penal e nos primados da pena e suas funções no Direito Penal, comparar e testar as hipóteses trilhadas pelo Superior Tribunal de Justiça no processo de construção da Súmula nº. 341, notadamente quando equiparou o estudo ao trabalho, ficando evidente que existem erros metodológicos e falsas premissas que necessitam ser corrigidos, pois a comparação inversa do trabalho ao estudo não se mostra verdadeira, porém, essa pseudopremissa acabou norteando, pelo menos até agora, a jurisprudência dominante sobre o tema.

Por isso, conclui-se que é possível a concessão da remição de pena pelo trabalho ao condenado que cumpre pena no regime aberto, independentemente de alteração legislativa, valendo-se do emprego da analogia inversa, ou seja, recorrendo-se ao mesmo paradigma que equiparou o estudo ao trabalho por ocasião da edição da Súmula 341.

Por fim, destaca-se a importância do trabalho e do estudo para os fins de reinserção social do condenado, buscando diminuir os números alarmantes da reincidência delitiva, que representa a falibilidade do sistema prisional brasileiro e da própria política criminal empregada hodiernamente.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. Execução. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 253.
- BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 10 de mar. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 10 de out. de 2021.
- BRASIL. DEPEN (2019). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Atualização Junho de 2017. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf> acesso em: 10 de out. de 2021.
- BRASIL. Instituto Igarapé. Disponível em: <https://igarape.org.br/sobre-o-igarape/> Acesso em: 10 out. 2021.
- BRASIL. Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em: 10 out. 2021.
- BRASIL. STJ. HC nº. 189.914/RS, 6ª Turma, rel. Min Maria Thereza de Assis Moura, DJe 27/02/2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=121300&num_registro=201002061069&data=20120227&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 10 out. 2021.
- BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1685033/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018.
- BRASIL. STF. Súmula Vinculante 56. Precedente representativo RE nº. 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11-5-2016, DJe 159 de 1º-8-2016, Tema 423.
- BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2021.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CORREA, Marina Aparecida Pimenta da Cruz; SOUZA, Rafaelle Lopes. Origem e relação do trabalho com o ser humano e as limitações do trabalho na prisão. Revista Textos & Contextos, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Porto Alegre), vol. 15, nº. 1, jan-jul, 2016, p. 9pp. 126-143. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3215/321546615011.pdf> Acesso em: 10 out. 2021.
- GOMES, Luiz Flávio. Remição pelo trabalho no regime aberto: Por que não? Revista eletrônica Conjur, 15 de março 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-15/coluna-lfg-remicao-trabalho-regime-aberto-nao> Acesso em: 10 out. 2021.
- MORIN, Estelle M. Os sentidos do trabalho. Revista de Administração de Empresas - FGV, v.41, n.3, 2001, p. 76. Disponível em: <https://rae.fgv.br/rae/vol41-num3-2001/sentidos-trabalho> Acesso em: 08 out. 2021.
- PARANÁ. TJPR - 4ª C. Criminal - 4000099-09.2021.8.16.0174, Rel.: Des. SONIA REGINA DE CASTRO - J. 25.10.2021.
- PARANÁ. TJPR - 5ª C. Criminal - 4000475-39.2021.8.16.0030, Rel.: Des. RENATO NAVES BARCELLOS - J. 29.05.2021.
- POPPER, Karl R. Conjecturas e Refutações: O Progresso do Conhecimento Científico. Brasília: Editora UNB, 1980.
- TINOCO, Dandara. Instituto Igarapé. Estratégias para a liberdade: Guia de Práticas Promissoras de Qualificação e Trabalho para Pessoas Presas e Egressas. 2017. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2020/02/2020-02-03-Guia-de-praticas-estrategias-para-liberdade.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL NA ALIENAÇÃO JUDICIAL DE VEÍCULOS: UMA QUESTÃO DE CIDADANIA

Hélcio Kronberg⁷⁴², Priscila Luciene Santos de Lima⁷⁴³ Fernando Gustavo Knoerr⁷⁴⁴

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa identificar a importância das ações ambientais do leiloeiro em prol da saúde pública, através do Leilão Verde.

Essa pesquisa evidenciou que a quantidade de veículos apreendidos em pátios de delegacias e quartéis das Polícias Civil e Militar são um problema recorrente ao meio ambiente e a saúde. Os espaços, que deveriam ser usados exclusivamente como estacionamento, acabam se tornando grandes depósitos de automóveis em decomposição, o que leva à proliferação de doenças, como a dengue, além de se tornarem espaços para roedores e serpentes, o que gera um grave problema ambiental.

Propõe-se a realização de leilões, chamados Leilões Verdes, de todos esses veículos e sucatas armazenados nos pátios, com a intenção de reduzir os custos de armazenagem do Estado, eliminar focos de doenças e sobretudo interromper o dano ao meio ambiente por agressão ao solo pela ferrugem e vazamento de fluidos, como óleo e combustíveis. A ação também gera vantagens para a economia local, com a reciclagem de plásticos e materiais ferrosos, pois raramente esses veículos estão em condição de retorno à circulação, mas podem servir para a reciclagem de plásticos e outros materiais. Esses leilões não geram praticamente nenhum lucro financeiro, mas o interesse da ação é manter a cidade limpa e ajudar o Estado.

Para o desenvolvimento deste trabalho foi utilizado o método de pesquisa dedutivo, efetuando-se uma abordagem descritiva, com a aplicação da técnica de pesquisa bibliográfica. Nestes termos, consciente de que a complexidade do assunto não permite o seu esgotamento, promove-se uma breve abordagem, a fim de possibilitar discussões futuras.

⁷⁴² Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Possui graduação em Administração pela Fundação Getúlio Vargas - SP (1988), graduação em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (2004), Mestrado em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2003) e Mestrado em Administração pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/918639655963172> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9738-894X> Email: helciokronberg@gmail.com

⁷⁴³ Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Direito Material do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Professora de Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Presencial e EAD. Integrante do Banco de Avaliadores (BASIS) do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes), pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira INEP / MEC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7325012453913306> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0798-2866> Email: pritysantoslina@hotmail.com

⁷⁴⁴ Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra. Professor do Mestrado e Doutorado - UNICURITIBA - PR. Professor do Mestrado na UCAM - RJ. Foi Procurador Federal de Categoria Especial e Juiz do TRE-PR. Advogado Sênior do Escritório Séllos Knoerr - Sociedade de Advogados. Escritor, Pesquisador e Palestrante.

1 LEILÕES VERDES E SUA EFETIVIDADE

A principal inovação consiste na metodologia de trabalho criada pelo leiloeiro, que atuou de forma proativa no desenvolvimento de uma atividade inovadora e criativa que possibilitou a adequação e adaptação do procedimento de alienação judicial.

Com resultados comprovados e experiências bem-sucedidas em várias comarcas do Estado do Paraná, a exemplo dos trabalhos realizados na cidade de Cascavel e Campo Largo, a prática promoveu a roteirização do procedimento de alienação de bens não reclamados ou perdidos em favor da União, possibilitando que seja replicado em todas as comarcas do país. Inclusive, podendo servir, para proposição ao Conselho Nacional de Justiça, na edição de uma Resolução.

Trata-se de inovação, também, adaptar para a alienação judicial os procedimentos de notificação utilizados naquelas extrajudiciais esculpidas no artigo 328 do Código de Trânsito Brasileiro. Da mesma forma, inova-se ao transferir para o expert nomeado atribuições não apenas para realizar as notificações, mas também para requerimentos de baixa e desvinculo de débitos perante os órgãos competentes, a fim de que os bens sejam entregues aos arrematantes livres de ônus e débitos.

No entanto, compreende-se como a maior inovação abarcada pela prática as determinações judiciais para realização dos referidos procedimentos (notificações e requerimento de baixa e desvinculo de débitos) se darem através de um juízo único, acarretando, assim, na desburocratização, celeridade e eficiência do procedimento, que é normalmente caótico em razão de outras penhoras, arrestos, sequestros, mesmo nos bens oriundos de confisco.

É sabido que a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Paraná gasta mais de 5 milhões de reais por mês para locação dos 33 (trinta e três) pátios para acautelar cerca de 30.000 (trinta mil) veículos.

A armazenagem inadequada e destinação imprevisível procedente das unidades policiais, acarreta no acúmulo excessivo de veículos apreendidos nos pátios do Estados, muitas vezes, necessitando-se recorrer ao empilhamento dos bens.

Deflui-se, portanto, tratar-se de um problema do Poder Judiciário, em especial do Tribunal de Justiça, que acaba por onerar a Secretaria de Segurança Pública, que por sua ventura onera o Estado do Paraná e, conseqüentemente, o contribuinte. Ou seja, há um grande dispêndio do dinheiro público e nenhuma iniciativa de mudança da situação, que já se arrasta há anos e, quanto mais o tempo passa, maior a desvalorização dos bens.

Ainda, há que se considerar o agravamento dos riscos ambientais, sanitários, da poluição urbana, uma questão de saúde pública, essa última quase desconsiderada. Isto pois, configura fato notório que a permanência de automóveis em número excessivo e em más condições de conservação gera a deterioração dos bens e, conseqüentemente, danos ao meio ambiente.

Isso ocorre, pois muitos dos componentes dos veículos contêm produtos tóxicos, como, por exemplo, ácidos das baterias, óleos, líquido de arrefecimento, combustíveis, além de outros materiais que, ao decorrer do tempo sem a devida manutenção, seguramente contaminam o meio ambiente.

Além disso, vale lembrar que muitos automóveis e motocicletas acabam permitindo o acúmulo de água parada, aumentando o risco de proliferação de mosquitos da dengue, doença que há muitos anos assola o Estado do Paraná, além da proliferação de outros animais, em sua maioria roedores e ofídios, desequilibrando o ecossistema.

Com base nesse cenário, ocorreu a constatação lógica de que, se os valores monetários representados por esses bens pudessem ser convertidos em recursos financeiros, serviriam como fonte de financiamento, se tornando uma grande oportunidade para implementação de políticas públicas, tendo em vista que a escassez de recursos nesse âmbito é uma constante e, com isso, permitindo a formação de um país mais justo e solidário.

A de se acrescentar ainda, que a criminalidade, ocasionada pela falta de opções de empregabilidade, inclusive por impossibilidade de acesso aos meios formais de educação, também pode ser beneficiada, haja vista que o gestor dos recursos obtidos (no caso o Tribunal de Justiça do Estado ou a Secretaria da Segurança Pública) poderá utilizá-los no fornecimento de cursos profissionalizantes. Por exemplo, curso de mecânica automotiva para inserção social da população que poderia utilizar-se das partes e peças de veículos disponibilizados nos leilões públicos, muitas vezes vendidos por preços acessíveis.

Importante apontar que outros equipamentos também podem ser vendidos e convertidos em valores monetários, como caixas de som, equipamentos procedentes da apreensão de termos circunstanciados do Juizado Especial Criminal, ou em contravenções de perturbações ao sossego, inclusive bens defraudados (desde que a destruição se dê na frente da autoridade pelo arrematante), como por exemplo máquinas de caça níquel, que podem ser transformadas em fardos metálicos, por processo de prensagem ou trituração e vendida pelo valor do quilograma do material ferroso.

Nessa linha, a prática contribui plenamente para o aperfeiçoamento da justiça, desburocratizando o procedimento de alienação de bens, provendo a eficiência e celeridade na prestação jurisdicional, além de reverter os valores obtidos em leilão em prol da sociedade.

Dessa forma, a prática também se mostra adequada como instrumento para cessar danos causados ao meio ambiente e a saúde pública, possibilitando a destinação ambientalmente adequada, promovendo retorno aos cofres públicos, aquecendo a economia, auxiliando a administração pública, e, sobretudo, desenvolvendo uma cultura com base em valores de igualdade e respeito, que permitam construir as bases para uma real mudança civilizatória, que implica no consequente desenvolvimento sustentável e na justiça inclusiva.

Indiscutivelmente a prática promove a defesa da igualdade e da diversidade. Isto pois, de uma forma simples, eficiente e desburocratizada, o procedimento judicial de alienação de bens permite a transformação de “lixo em ouro”.

Evidente que o acúmulo de bens à espera de destinação traz malefícios sociais. Mesmo quando recolhidos para fins periciais, se não conservados adequadamente serão objetos inconclusivos quando da realização de nova perícia, provocando a lotação dos pátios públicos e reforçando a cultura desenfreada do “só entra e nada sai”.

A expropriação do bem do acusado, seja por recolhimento e decretação de perdimento a favor da União pela previsão na Lei de Drogas, seja por ser objeto, instrumento ou fruto de crime, deve ser a menos onerosa.

Dessa forma, a alienação antecipada conservará o valor monetário sem que haja a depreciação pela morosidade das decisões judiciais, que costuma privilegiar a ampla defesa e o contraditório, mas nem por isso deve justificar o dispêndio dos cofres públicos na manutenção de veículos em estado de decomposição. Ademais, a alienação desses bens possibilita a geração de riqueza e retorno à economia, o que não é possível com seu armazenamento, geralmente inadequado.

Até mesmo o material ferroso alienado, destinado à reciclagem siderúrgica, reinsere uma enorme quantidade de insumos para produção de materiais para construção civil, que recentemente tiveram uma alta generalizada de preços por falta de matéria prima.

Da mesma forma, os veículos alienados na condição de sucata aproveitável propiciam aos adquirentes a venda de partes e peças, sendo legitimamente inclusivo, amparando-se no conceito de diversidade e igualdade na medida em que proporciona o acesso dos comerciantes a produtos ofertados a custos muito baixos e que, através da força de trabalho, conseguem agregar valor.

Ainda, em última análise, é notório o crescimento das taxas de desemprego durante a pandemia do COVID-19, portanto, a possibilidade de inclusão dessa população com problemas de empregabilidade é capaz de trazer renda, que por sua vez aquece sobremaneira a economia. Com isso, verifica-se que a prática fortalece os mecanismos institucionais para a construção de políticas de desenvolvimento igualitárias, inclusive incorporando ações voltadas à inclusão social com o intuito de aniquilar a pobreza, a marginalização e as disparidades econômicas.

2 ESTRUTURAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO

A busca de recursos e os esforços para implementação da prática iniciaram-se no ano de 2019, mas a primeira nomeação judicial do Leiloeiro Público ocorreu apenas em janeiro de 2020.

A iniciativa partiu do Conselho Comunitário de Segurança da cidade de Campo Largo que objetivava a retirada dos veículos das vias públicas e do entorno da Delegacia de Polícia e Fórum de Justiça, alguns recolhidos há mais de 15 anos, buscando, para isso, auxílio do leiloeiro em 2019.

Com o agendamento de reuniões com membros do Ministério Público, Magistrados, Secretário de Segurança Pública, Delegado de Infraestrutura, Delegado Divisional da Capital, Comandante Geral da Polícia Militar e pessoas da sociedade civil, foi possível estabelecer em 2020 o protocolo que envolveu a retirada dos bens das ruas. Promovendo, também o acondicionamento dos veículos na condição de sucata nos pátios do leiloeiro, inclusive desonerando o depositário público de tal atribuição.

Dessa forma, a implementação se deu, inicialmente, por meio de visitas, percorrendo diversas Delegacias de Polícia, em cidades como Fazenda Rio Grande, Araucária, Almirante Tamandaré, Campo Largo, Pinhais, São José dos Pinhais, Quatro

Barras, Campina Grande do Sul, Rio Branco do Sul, Cerro Azul, Bocaíuva do Sul, Colombo, Contenda, Piraquara e Curitiba. E em cidades no interior do Estado do Paraná como Cascavel, Londrina, Maringá, Faxinal, Guaraniaçu, Cambará, Entre Rios, Palmas, entre outras, apurando e constatando a situação de acúmulo de veículos e outros bens.

Assim, dada a existência de milhares de veículos e outros utensílios expostos a deterioração e servindo como vetores de doenças, comprovou-se a necessidade de implementar medidas urgentes em prol da saúde pública.

Então, o leiloeiro entrou em contato marcando reuniões, em sua maioria virtuais, com Delegados, Magistrados, Promotores e demais autoridades, buscando estabelecer um diálogo interinstitucional, com a finalidade de alinhar diretrizes conjuntas que visassem a celeridade dos procedimentos de alienação dos bens, sejam eles vinculados ou não a processos judiciais, visando tanto a liberação do espaço físico quanto a garantia da preservação de valores e evitando a sua deterioração por meio de leilões judiciais, sugerindo a forma de condução dos trabalhos.

Nesse passo, apresentada a proposta de trabalho, depende-se da nomeação judicial para realizar a classificação, avaliação e alienação dos bens. A partir da nomeação do leiloeiro, a equipe realiza a vistoria in loco, utilizando-se de conhecimento técnico para verificar possíveis adulterações nos sinais identificadores dos veículos e suas condições de circulação.

Tendo em mãos as informações colhidas, elaboram-se uma planilha de avaliação, diligenciam-se em busca dos dados originais dos veículos e os classifica em 4 categorias, conforme prevê o Código de Trânsito Brasileiro e a Resolução 623 do CONTRAN, as quais sejam a) quando apresenta condições de segurança para trafegar; e b) sucata, quando não está apto a trafegar.

Os veículos classificados como sucata dividem-se em: I - sucatas aproveitáveis: aquelas cujas peças poderão ser reaproveitadas em outro veículo, com inutilização de placas e chassi em que conste o Número de Identificação do Veículo; II - sucatas inservíveis: aquelas transformadas em fardos metálicos, por processo de prensagem ou trituração; III - sucatas aproveitáveis com motor inservível: aquelas cujas peças poderão ser reaproveitadas em outro veículo, com exceção da parte do motor que conste sua numeração, devendo ser inutilizadas as placas e chassi em que conste o Número de Identificação do Veículo.

Na sequência, confeccionam-se laudos individualizados, consultam-se o sistema DETRAN/DENATRAN para verificação de possíveis bloqueios e restrições que recaiam sobre os bens, assim como, o extrato dos débitos provenientes do veículo.

Finalmente, submetem-se os resultados à apreciação do juízo para, por fim, promover a alienação e entrega dos bens aos arrematantes, com as cautelas devidas de intimações quanto à realização do leilão, realizado de forma transparente e eletrônica. Por último, visando entregar o bem livre e desembaraçado de quaisquer ônus ao arrematante, auxilia-se em todo processo de desvinculo ou baixa de débitos.

2.1 A PRÁTICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A prática proporciona o engajamento da sociedade civil organizada, das autoridades policiais, judiciárias, magistrados, membros do Ministério Público, servidores públicos e depositários, avaliadores e leiloeiro.

O empenho dos envolvidos não se demonstrou utópico, ocorreu de fato e é o principal fator de sucesso.

Há de se perceber que esse comprometimento com a adequação procedimental gera efeitos práticos e imediatos em prol do bem-estar da coletividade, da saúde pública, além de prevenir e cessar os danos ambientais que vem ocorrendo ao longo dos anos.

Nessa linha, o sucesso também se deve a viabilização de que recursos financeiros arrecadados por meio da alienação de veículos depositados em delegacias e pátios da polícia judiciária e ostensiva, e até mesmo pela alienação de outros tipos de bens acautelados em cartórios policiais, possam ser aplicados na formulação e implementação de projetos, políticas públicas e outras ações voltadas ao respeito à diversidade, que visem promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionando o acesso à justiça para todos e construindo instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

Ao visitar os pátios das delegacias do Estado, a primeira dificuldade encontrada são as péssimas condições de acautelamento dos bens. Há um grande número de veículos empilhados, prática que se mostra extremamente perigosa, pois pode resultar em quedas, podendo ferir indivíduos.

Ademais, os veículos encontram-se sujeitos às intempéries da natureza, servindo de lar para os mais diversos tipos de pragas urbanas e muitas vezes cobertos pela vegetação, impossibilitando, assim, a perfeita identificação dos bens.

Além disso, a dificuldade de identificação também é reforçada em razão de que, em geral, os veículos estão incendiados, destruídos, possuem placas clonadas, numeração de chassis adulteradas, corroídas e “pinadas”, tendo, por vezes, acarretado em equívoco de classificação e alienação, eis que pareciam estar conservados, aptos à circulação, mas, na verdade, tratavam-se de sucatas.

Nesse sentido, tendo em vista a dificuldade de identificação, a verificação de vinculação do bem a procedimento de inquérito policial ou processo criminal também é prejudicada.

Logo, alguns magistrados compreendem serem incompetentes para dar a destinação final aos bens, motivo pelo qual, sugeriu-se ao Ministério Público e até a algumas ONGs da causa ambiental, que recorressem ao Poder Judiciário por meio de Ação Civil Pública, visando recorrer ao juízo cível, vez que o juízo criminal não pôde resolver (como ocorrido em Palmas e Campo Largo referente aos veículos sem vinculação criminal).

Também, sugeriu-se a instauração de inquérito policial que apurasse os danos causados ao meio ambiente, com fundamento na Lei nº 9.605/1998, assim, haveria a vinculação processual que possibilitaria a alienação pelo juízo criminal. O Ministério Público, entretanto, não concordou com a alienação através da vinculação dos veículos

por meio de inquérito policial por danos ao meio ambiente porque entendeu que não existia legitimidade ad causam para tanto, então determinou o arquivamento do inquérito policial. Sendo assim, os veículos continuaram sem vinculação e não puderam ser alienados.

Ainda nessa perspectiva, encontra-se resistência dos magistrados em determinar a alienação de veículos que não possuem o trânsito em julgado de sentença condenatória, ou mesmo quando se tem o trânsito em julgado, mas o vínculo entre o processo penal e o bem se perdeu.

Conseqüentemente, os veículos acabam se acumulando nos pátios do Estado pois ninguém mais sabe qual a motivo de ali estarem.

Certamente muitos proprietários foram localizados e intimados a retirar seus bens, mas, possivelmente, desistiram em razão do estado de conservação. Porém, não há registros dessa informação, restando o bem atrelado a restrição de furto ou roubo, deixando de ser alienado.

Em seguida, há dificuldade na demonstração das reais condições dos veículos aos servidores do judiciário, pois muitas vezes, estão aparentemente em bom estado, mas na verdade possuem adulteração da numeração de chassi, devendo, portanto, serem classificados como sucata inservível e serem destinados, obrigatoriamente, a reciclagem siderúrgica.

Contudo, tendo em vista que os servidores do judiciário não acompanham a vistoria dos bens in loco, apenas por meio de fotos, frequentemente a classificação e avaliação é contestada, como foi o caso ocorrido na comarca de Guaraniãçu. Ou ainda, por exemplo, o caso ocorrido na comarca de Cambará, na qual o magistrado contestou os valores de avaliação dos bens, acreditando estarem muito baixos e confundindo com a avaliação realizada em veículos de apreensão de trânsito.

Quando se consegue a ordem judicial para alienação e, finalmente, se dá destinação aos veículos, encontra-se como dificuldade a falta de colaboração dos órgãos de trânsito para realizarem a baixa dos registros veiculares no sistema DETRAN/DENATRAN para os bens alienados na condição de sucatas inservíveis, sobretudo de penhoras e bloqueios judiciais, alguns sob o manto de segredo de justiça.

De igual modo há falta de colaboração dos órgãos competentes pelo desvinculo dos débitos, restrições e gravames anteriores a arrematação dos bens, como a Secretaria de Fazenda do Estado. Por seu turno, há, ainda, resistência dos delegados de polícia que não autorizam a entrega dos veículos impossibilitados de perfeita identificação, mesmo após sua alienação ter se dado por determinação judicial. Foi o que ocorreu na comarca de Cascavel, na qual haviam muitos veículos completamente incendiados.

Outrossim, a prática é dificultada quando magistrados preferem que a nomeação do leiloeiro se dê de forma independente, em processo criminal de apreensão originário apensado a pedido incidental para alienação de bens.

Nessa hipótese, assiste razão ao juízo naqueles bens cuja alienação se dá de forma individualizada, como é o caso dos veículos para circulação, chamados conservados. Entretanto, quanto aos veículos classificados e avaliados na condição de sucatas, o procedimento de venda deverá, preferencialmente, se dar em procedimento

de alienaçãoconjunta, tendo em vista a unicidade do lote de material ferroso, que é alienado pelo valor do quilograma.

Por sua vez, a prestação de contas poderá ser informada em cada processo, uma vez que diante do volume total alienado, aplicando-se a regra do peso proporcional se terá a perfeita demonstração do valor de alienação individual do bem. Vale lembrar que, dada a necessidade de retornar a mesma região diversas vezes, a distância nos deslocamentos para realizar as avaliações também se mostra uma dificuldade a ser enfrentada.

Por fim, a de se acrescentar que a execução da prática se iniciou de fato em tempos de pandemia da COVID-19 e, além desse fator, importa ressaltar a constante preocupação para a célere alienação desses bens, visando diminuir o acúmulo de veículos e a propagação de outras epidemias, a exemplo da dengue, sempre pensando no resultado útil dos processos e no bem da coletividade (meio ambiente salutar e saúde pública).

A prática requer a utilização de equipamentos específicos à identificação da autenticidade dos sinais identificadores dos veículos, em especial em relação a numeração do chassi, como por exemplo, câmeras especiais.

Além disso, utiliza-se equipamentos fotográficos, computadores, celulares, retroescavadeiras e por vezes até guindastes, necessários ao deslocamento dos veículos, a fim de possibilitar sua perfeita identificação. Ademais, faz-se utilização dos sistemas do Tribunal de Justiça do Paraná e da Justiça Federal, como PROJUDI e E-PROC, além de consultas ao sistema DETRAN/DENATRAN.

Contudo, o único instrumento que se mostra indispensável é a boa vontade dos colaboradores.

CONCLUSÃO

No que se refere a responsabilidade socioambiental, note-se que é cada vez mais comum ouvirmos falar sobre sustentabilidade e a sua importância para a sociedade em prol da cidadania. Isso porque a sociedade já percebeu que nossas necessidades são infinitas e os recursos naturais são limitados. Por esse motivo, as organizações têm investido muito em ações e programas de responsabilidade socioambiental e de cidadania

Esse tipo de investimento propõe uma nova maneira de trabalho. As atividades exercidas pelas empresas são revistas, buscando identificar os impactos que possam causar ao meio ambiente e como podem ser reduzidos ou, até mesmo, eliminados. E não é só o meio ambiente que sai ganhado. As organizações também se beneficiam com essa prática.

Há quem acredite que a responsabilidade da população consiste no cumprimento de leis e normas relacionadas à preservação do meio ambiente nas empresas. Não é bem assim. As organizações devem obedecer às exigências legais sim, mas a responsabilidade vai além disso.

Responsabilidade é um compromisso, uma mudança que deve acontecer nas políticas da corporação e na cultura das empresas, sejam elas públicas ou privadas, pensando na preservação do meio ambiente, na saúde pública e no mundo que será deixado para as gerações futuras. Portanto, é preciso que haja uma mudança de postura dos gestores organizacionais e na forma de executarem as tarefas que lhe são inerentes.

Nessa cultura, a organização precisa estabelecer um bom relacionamento com a comunidade e os órgãos governamentais relacionados ao meio ambiente. Também é fundamental definir práticas que demonstrem aos *stakeholders* o compromisso da companhia com a sustentabilidade. A questão ambiental e de saúde devem ser vistas como um dos valores do negócio.

Lembre-se de que uma política de responsabilidade socioambiental é um comprometimento da organização feito, antes de tudo, com a sociedade.

As organizações que investem em políticas sustentáveis mostram ao público que são éticas e responsáveis. Com isso, conquistam um grupo de consumidores que priorizam adquirir produtos de empresas com essa política, uma vez que também se preocupam com o meio ambiente e os aspectos sociais. São os chamados “consumidores verdes”.

Além disso, a companhia melhora a sua imagem corporativa, principalmente se investirem ações que melhoram a qualidade de vida das comunidades locais, seja ambientalmente ou socialmente.

Desse modo, também os empregados da empresa são estimulados, pois existe certo prazer pessoal em trabalhar em uma organização que respeita o meio ambiente e a sociedade.

Antes de adentrarmos no tema central trazido aqui, Leilões Verdes - Veículos e sucata, precisamos ter a ciência de algumas definições.

O Leilão é um instituto jurídico de grande importância para o direito brasileiro, aplicando-se, por exemplo, às partes que “tenham ajuizado ação e que após longo litígio judicial buscou por todos os meios legais receber valores fruto de uma cobrança em um determinado caso concreto em face de uma pessoa (física ou jurídica)” (GUERRA, 2020. p. 42) a qual em “um determinado momento lhe causou prejuízos financeiros, não tendo alternativa senão buscaro ressarcimento de seu crédito em uma ação que resultou na ordem judicial da penhora, avaliação, nomeação do leiloeiro pelo Juízo e a venda do bem penhorado via Leilão Judicial” (GUERRA, 2020. p. 42) para apenas então haver a quitação do débito.

O leiloeiro nomeado pelo tribunal deve ser uma pessoa particular, inscrita no registro comercial da região em que exerce a atividade, a quem tenha sido confiada à função pública delegada pelo poder judiciário (RODRIGUES, 2000).

Nesse sentido, Kronberg (2004) elucida que:

É de se ter em mente que a profissão de leiloeiro é aquela que possui fé pública e tem sua regulamentação pelo Decreto Federal 21.981 de 19/10/1932, com alterações introduzidas pelo Decreto Lei 22.427, de 01/02/1933, sendo o único profissional legalmente habilitado para tanto. Sua nomeação é realizada pela Junta Comercial, e sua área de atuação é somente no território daquele Estado da Federação para o qual foi nomeado (KRONBERG, 2004. p. 24).

No ordenamento jurídico, o leiloeiro é percebido como auxiliar do judiciário, principalmente na fase de execução e embora não exerça função pública, possui fé pública (KRONBERG, 2004. p. 36).

Assim, insta salientar que quando um determinado ilícito é cometido e neste interim encontram-se bens móveis, tais propriedades são apreendidas pelo Estado. Como deve ser evitado que o depósito fique em poder do acusado, a responsabilidade pela manutenção e proteção do bem apreendido caberá ao ente estatal. Este último deve, portanto, administrar adequadamente esse objeto, pois se o réu for condenado ao final da ação o valor arrecadado no leilão não será reduzido significativamente devido à depreciação, o que beneficiará mais o tesouro; e no caso de uma absolvição, os bens podem ser devolvidos em boas condições.

Essa responsabilidade é nova para o judiciário, que enfrenta inúmeras dificuldades para administrar tal massa de ativos. Atualmente, existem armazéns, delegacias e praças lotados, com condições inadequadas de armazenamento (SAADI, 2011).

Nesse sentido, o instituto de alienação antecipada é de grande importância, apesar de ainda pouco utilizado pelo Judiciário, pois preserva o valor dos bens protegidos, o que é benéfico para o Estado, já que em muitos casos ele será o destinatário do bem apreendido em caso de condenação (ou seu equivalente em dinheiro); bem como em benefício do réu, eis que em caso de absolvição, o valor do bem apreendido será recuperado, evitando sua depreciação, o que é prejudicial tanto para o Estado quanto para o investigado.

Portanto, ao observar tal temática acima apresentada, vê-se que a demora na destinação dos bens apreendidos a leilão acarreta na diminuição do valor do objeto, eis que estes ficam parados e acondicionados de forma precária nos pátios de algumas repartições públicas (tais como delegacias), acarretando prejuízo ao Estado, acabam se tornando grandes depósitos de automóveis em decomposição, o que leva à proliferação de doenças, como a dengue, além de se tornarem espaços para roedores e serpentes, o que gera um grave problema ambiental.

Desta forma, temos como proposta do presente estudo, a realização de leilões, chamados Leilões Verdes, de todos esses veículos e sucatas armazenados nos pátios, com a intenção de reduzir os custos de armazenagem do Estado, eliminar focos de doenças e sobretudo interromper o dano ao meio ambiente por agressão ao solo pela ferrugem e vazamento de fluidos, como óleo e combustíveis. A ação também gera vantagens para a economia local, como reciclagem de plásticos e materiais ferrosos, pois raramente esses veículos estão em condição de retorno à circulação, mas podem servir para a reciclagem de plásticos e outros materiais. Esses leilões não geram praticamente nenhum lucro financeiro, mas o interesse da ação é manter a cidade limpa e ajudar o Estado, e exercer a cidadania.

REFERÊNCIAS

- AGRASC. *Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisques*. 2010. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/justice-penale-11330/agrasc-12207/>. Acesso em 09 jun 2021.
- FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. A responsabilidade socioambiental e sua importância para os negócios -FIEMG, <https://www7.fiemg.com.br/noticias/detalhe/a-responsabilidade-socioambiental-e-sua-importancia-para-os-negocios>. Acesso em: 11 jun 2021.
- FERNANDES, Valdir. A dimensão ambiental em organizações produtivas: uma análise da racionalidade da Economia de Comunhão (EdC). Tese de doutorado apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Engenharia Ambiental. Santa Catarina, 2007.
- GUERRA, Romulo Sérgio de Carvalho. A experiência do leilão eletrônico no Brasil: Reflexões possíveis frente ao novo coronavírus. *in Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*. v.6, n.1.2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/6444/pdf>. Acesso em: 08 jun.2021.
- KRONBERG, Helcio. Manual do Leiloeiro Público. São Paulo: Hemus, 2004.
- MARIN, S. R.; QUINTANA, A. M. Adam Smith e Francis Ysidro Edgeworth: uma crítica do utilitarismo. Nova Economia, 2011.
- MARTINS, Nuno Miguel Ornelas. Ética, economia e sustentabilidade. *in Revista Prima-Facie*. 3. ed. 2009. Disponível em: <http://scholar.googleusercontent.com/scholar?>
- SAADI, Ricardo Andrade. Os bens apreendidos e sequestrados em procedimentos penais e o financiamento de atividades educacionais nos presídios. 2011.193 f. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico). São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2011. Disponível em: http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/2013-/Ricardo_Andrade_Saadi.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

A INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM ESCOLAS PARTICULARES: UMA ANÁLISE DA ARGUMENTAÇÃO DO STF SOB A ÓTICA DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Roosevelt Arraes⁷⁴⁵, Lucas Vasco Garcia⁷⁴⁶

INTRODUÇÃO

A sociedade pode ser vista como um sistema de cooperação caracterizado não só pelo benefício mútuo, mas também por conflitos de interesses. Uma vez que diferentes configurações da estrutura básica da sociedade (como o Estado e o mercado) beneficiam seus vários grupos em diferentes graus, deve-se ter alguma concepção pública de justiça social para conciliar esses interesses conflitantes de um modo imparcial.

Esse conflito se fez presente na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5357, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou a discussão sobre a constitucionalidade da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência — Estatuto da Pessoa com Deficiência), que estabelece a obrigatoriedade de as escolas particulares promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e dispõe sobre as medidas e adaptações necessárias à sua integração na atividade educacional sem ônus financeiro adicional para suas famílias.

De um lado, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenem) questionava a constitucionalidade dos arts. 28 e 30 da referida Lei, por atribuir às escolas particulares um ônus excessivo que deveria ser suportado pelo Estado, na forma do art. 208, III, da Constituição Federal. De outro, várias entidades invocavam os direitos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência como fundamento para determinar sua inclusão, nos termos estabelecidos na legislação.

Embora os ministros não tenham invocado explicitamente a teoria da justiça de John Rawls para embasar suas decisões, investigar-se-á em que medida as proposições do filósofo americano poderiam orientar a decisão exarada pelo STF, que vem se valendo, cada vez mais, das teorias da argumentação e da justiça, especialmente nos casos difíceis, para justificar suas teses.

1 CONTORNOS DA DECISÃO NA ADI 5357 DO STF

Como sobredito, o STF, na ADI 5357, discutiu a constitucionalidade da Lei nº 13.146/2015, que obrigou as escolas privadas a promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular sem ônus financeiro adicional para suas famílias. O argumento da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenem)

⁷⁴⁵ Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor da Graduação e da Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogado. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná (OAB-PR). E-mail: arraes@aac.adv.br.

⁷⁴⁶ Pós-graduando em Direito Digital, Proteção de Dados e Compliance Trabalhista pelo Centro Universitário Amparense (UNIFIA). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). E-mail: lucas25_garcia@yahoo.com.br.

centrou-se em questões econômicas, consentâneas à liberdade de empreender consagrada na Constituição, bem como na indevida imposição de ônus às empresas do setor de educação, o qual deveria ser suportado pelo Estado, na forma do art. 208, III, da Constituição.

Essas teses foram rechaçadas pela maioria dos ministros do STF.

O ministro relator Edson Fachin sustentou que o ensino inclusivo das pessoas com deficiência decorre da Constituição e da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/2009), constituindo-se como um direito humano a ser protegido inclusive para as entidades privadas de ensino, que também devem observar os propósitos constitucionais. Segundo o ministro:

Tais requisitos, por mandamento constitucional, aplicam-se a todos os agentes econômicos, de modo que há verdadeiro perigo inverso na concessão da cautelar. Perceba-se: corre-se o risco de se criar às instituições particulares de ensino odioso privilégio do qual não se podem furtar os demais agentes econômicos. Privilégio odioso porque oficializa a discriminação.⁷⁴⁷

O relator foi acompanhado pelos ministros Luís Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, dele divergindo parcialmente apenas o ministro Marco Aurélio, para quem:

[...] não pode o Estado cumprimentar com o chapéu alheio; não pode o Estado, se é que vivemos sob a proteção de uma Constituição democrática, compelir a iniciativa privada a fazer o que ele não faz, porque, quanto à educação, a obrigação principal é dele [Estado]. Em se tratando de mercado, Presidente, a intervenção estatal há de ser minimalista. A educação é dever de todos, mas é dever precípua do Estado.⁷⁴⁸

No essencial, os ministros que formaram a maioria enfatizaram que o princípio da igual dignidade estampado na Constituição estabelece a proteção de todas as pessoas, com deficiência ou não. E no caso das pessoas com deficiência, justamente por terem sua dignidade diminuída ao não receberem o tratamento necessário às suas condições pessoais, a proteção estabelecida na Lei nº 13.146/2015 mostra-se indispensável.

⁷⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357/DF. Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Lei 13.146/2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ensino inclusivo. Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Indeferimento da medida cautelar. Constitucionalidade da Lei 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). Relator: Min. Edson Fachin, 9 de junho de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2DV7eT8>. Acesso em: 21 mar. 2021. p. 22.

⁷⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357/DF. Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Lei 13.146/2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ensino inclusivo. Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Indeferimento da medida cautelar. Constitucionalidade da Lei 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). Relator: Min. Edson Fachin, 9 de junho de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2DV7eT8>. Acesso em: 21 mar. 2021. p. 97.

Coube à ministra Cármen Lúcia explicitar, ainda que brevemente, o sentido jurídico-filosófico de dignidade, ao invocar a doutrina de Kant para sustentar que o:

“[...] valor [da pessoa] não tem preço; o que tem valor e não preço é o que dispõe de dignidade, exatamente o centro do constitucionalismo contemporâneo”.⁷⁴⁹ Nesse excerto, a ministra evidencia a conexão entre as doutrinas filosóficas modernas e contemporâneas e a compreensão dos conceitos jurídicos da Constituição brasileira.⁷⁵⁰

Ora, é indubitável que os conceitos de dignidade, justiça, solidariedade, consagrados na parte inicial da Constituição, comportam várias interpretações. Aliás, é possível interpretar esses conceitos de maneiras muito diversas e conflitantes, sem que tais interpretações deixem de ser razoáveis.

Além disso, a argumentação da autora da ação era sobremodo razoável, na medida em que invocava os mesmos direitos e liberdades fundamentais para sustentar tese oposta à que prevaleceu na Suprema Corte. Isso só evidencia que não basta invocar um conceito constitucional, é necessário também esmiuçar seu significado para que o resultado do esforço hermenêutico solucione a disputa que envolve direitos de igual *status*.⁷⁵¹

A ministra Cármen Lúcia adotou a premissa de que o direito à dignidade contém um núcleo intangível, que nem mesmo os interesses econômicos (dos agentes privados que exploram atividades empresariais) pode suplantar. Não se trata de impedir o exercício da liberdade de empreendimento, mas de modulá-lo em face da exigência de assegurar a igual dignidade.

É quanto a esse ponto que se vislumbra a possibilidade de avaliar as teses firmadas pelo STF sob a ótica do filósofo (neokantiano) John Rawls.

2 A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

2.1 A JUSTIÇA COMO EQUIDADE E O PRINCÍPIO DA DIFERENÇA

As instituições sociais podem ser consideradas melhores ou piores por uma série de razões: podem ser mais ou menos eficientes economicamente, por exemplo, ou podem refletir os valores tradicionais de uma comunidade em maior ou menor grau. Porém, Rawls afirma que:⁷⁵²

⁷⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357/DF. Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Lei 13.146/2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ensino inclusivo. Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Indeferimento da medida cautelar. Constitucionalidade da Lei 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). Relator: Min. Edson Fachin, 9 de junho de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2DV7eT8>. Acesso em: 21 mar. 2021. p. 42.

⁷⁵⁰ A ministra Cármen Lúcia, além de rememorar as lições de Kant, também se referiu aos jusfilósofos brasileiros Vera Karam de Chueiri e Marcos Augusto Maliska, que tratam do respeito à diferença e da necessidade de uma defesa ética dos direitos humanos.

⁷⁵¹ ARRAES, Roosevelt. Equidade entre a justiça e a política: a vertente casualista. Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 1935-1954, 2016. p. 1940.

⁷⁵² LOVETT, Frank. Uma teoria da justiça, de John Rawls: guia de leitura. Tradução de Vinicius Figueira.

A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas.⁷⁵³

Presuma que uma maneira muito eficiente e econômica de alocar certas formas de mão de obra na sociedade tenha sido a escravidão. Rawls sustenta que tal eficiência não é determinante, na definição dos termos comuns, para a convivência social. Daí a intuição inicial de que:

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros.⁷⁵⁴

Rawls passa, então, a elaborar alguns fundamentos conceituais para uma teoria desse porte. Ele começa com a ideia da sociedade como um sistema de cooperação, ou seja, a sociedade como um sistema complexo voltado à coordenação de atividades de um número grande de pessoas para o benefício mútuo delas. Em toda sociedade, há muitas maneiras de organizar essa coordenação de modo executável. Alguma espécie de princípio (ou conjunto de princípios) será necessária para indicar qual alternativa escolher, já que diferentes sistemas de cooperação beneficiarão diferentes membros da sociedade em maior ou menor grau.⁷⁵⁵

Encontrar esses princípios comuns, que orientariam prioritariamente a estrutura básica da sociedade (como o Estado e o mercado) e seus documentos jurídicos mais importantes (dentre eles a interpretação da Constituição), não é tarefa alcançável pelo debate direto e imediato entre as pessoas, que, apesar de racionais, são egoístas e parciais. Para superar essa dificuldade prática, o filósofo americano lança mão de uma estratégia mental denominada de “posição original”, a qual equivale a um hipotético contrato social, porém, mais abstrato que os concebidos pela tradição liberal (de Locke e Kant) ou republicana (de Rousseau).

A posição original⁷⁵⁶ é um experimento mental que se presta a orientar pessoas razoáveis a encontrarem princípios básicos de convivência, de maneira que

Porto Alegre: Penso, 2013. p. 27.

⁷⁵³ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 4.

⁷⁵⁴ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 4.

⁷⁵⁵ LOVETT, Frank. Uma teoria da justiça, de John Rawls: guia de leitura. Tradução de Vinicius Figueira. Porto Alegre: Penso, 2013. p. 28.

⁷⁵⁶ A posição original é limitada por razões escolhidas pelas pessoas que a constroem, o que objetiva auxiliá-las a encontrar uma resposta razoável para suas controvérsias quando não é possível alcançá-la através do embate argumentativo mais direto. É um procedimento que pretende diminuir efeitos como os da emotividade e parcialidade. Na posição original as pessoas são estimuladas a ignorar sua posição social, política e econômica, embora conheçam as características gerais da sociedade. Com isso, as pessoas tenderiam a tornar-se mais justas/razoáveis.

todas sejam capazes de considerar os efeitos (positivos e negativos) da estrutura básica da sociedade, do ponto de vista dos indivíduos afetados pelas decisões públicas a serem tomadas. Segundo Rawls, as pessoas razoáveis concordariam em que, apesar de haver interesses privados a serem defendidos, devem levar em conta os efeitos da efetivação desses interesses sobre a vida dos demais.

E raciocinando dessa forma, o que é facilitado pelo experimento hipotético da posição original, as pessoas razoáveis concordariam em que os princípios que devem reger sua convivência seriam assim enunciados:

- a) Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e
- b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença).⁷⁵⁷

O debate promovido na ADI 5357 do STF pode ser enredado a partir dos referidos princípios, os quais podem revelar nuances interessantes sobre a tensão existente entre os direitos invocados pelas entidades que dialogaram no referido julgamento.

Embora o caso possa ser interpretado a partir do primeiro princípio de justiça (que versa sobre as liberdades básicas), ele se refere mais diretamente ao segundo princípio de justiça, especialmente à segunda parte, o qual também é conhecido como “o princípio da diferença”.

Para entender esse segundo princípio, imagine uma sociedade com dois grupos ou classes principais. Os integrantes do primeiro e maior grupo, “a classe trabalhadora”, não têm talentos e capacidades especiais que estejam além do normal, mas os integrantes do segundo e menor grupo, “a classe empreendedora”, têm, cada um, algum talento ou capacidade que os distingue em especial.⁷⁵⁸

A teoria de Rawls parte da premissa de que ninguém é pessoalmente merecedor dos talentos naturais, pois eles são distribuídos aleatoriamente no nascimento. Mas, distribuir os bens sociais e econômicos igualmente a todos só porque a classe empreendedora não merece os próprios talentos, no final das contas, pode levá-los a não cooperar socialmente. Isso pode ser muito pior para todos, inclusive para a classe trabalhadora. Suponha que, em vez disso, permita-se que o sistema econômico recompense os talentos maiores — em outras palavras, permita que os melhores músicos ganhem mais do que os piores, que os melhores desenvolvedores de software ganhem mais do que os piores, e assim sucessivamente. Isso geraria desigualdades na distribuição de bens sociais e econômicos. Todavia, como observa

⁷⁵⁷ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 60.

⁷⁵⁸ LOVETT, Frank. *Uma teoria da justiça, de John Rawls: guia de leitura*. Tradução de Vinicius Figueira. Porto Alegre: Penso, 2013. p. 53.

Rawls, tais desigualdades somente serão justificáveis se, de alguma maneira, os menos favorecidos forem beneficiados com o arranjo social que possibilitou a diferença em favor dos mais favorecidos.⁷⁵⁹

O princípio da diferença proposto por Rawls estabelece que as maiores expectativas de quem está mais bem situado em posições sociais, políticas e econômicas são justas se, e apenas se, elas atuam como parte de um esquema que melhora as expectativas dos membros menos privilegiados da sociedade.⁷⁶⁰ O princípio da diferença sobrepõe-se ao princípio da eficiência econômica ou da maximização do bem-estar de uma maioria (como defende o utilitarismo clássico de Bentham) para promover uma cláusula protetiva da dignidade daqueles que se encontram mais vulneráveis na sociedade.

2.2 OBJEÇÕES DE DWORKIN AO PRINCÍPIO DA DIFERENÇA

Dworkin, porém, afirma que o princípio da diferença de Rawls possui algumas carências, que o impediriam de alcançar um consenso razoável em torno das disputas que podem ocorrer entre as pessoas mais e menos favorecidas da sociedade, porque a tese rawlsiana: a) está apegada em demasia à questão econômica de grupos sociais, sendo “[...] insuficientemente sensível à posição das pessoas com deficiências naturais, físicas ou mentais [...]”, de maneira que não estabeleceria a adequada representação dessas pessoas (que não podem trabalhar), e também das pessoas que estivessem em uma posição econômica acima da pior situação, como a dos desempregados que não têm deficiência;⁷⁶¹ b) em situações de catástrofe iminente, privilegiar os menos favorecidos pode ser ainda pior para eles, pois os mais favorecidos tendem ao empobrecimento e não manterão suas atividades que geram renda e riqueza para os menos favorecidos;⁷⁶² c) priorizar estes últimos pode gerar ressentimento naqueles que se encontram em uma posição intermediária (classe média), ao perceberem que pessoas preferem viver no ócio com o valor que lhes foi entregue pelo governo, como também ocasionar uma baixa geral dos salários (da classe média) em razão do incremento da concorrência entre aqueles que foram alçados a essa condição média pelo princípio da diferença.⁷⁶³

Quanto à primeira objeção de Dworkin, Rawls afirma que na posição original, ou seja, no procedimento hipotético para construção e escolhas dos princípios de justiça, todas as pessoas afetadas pelas condições arbitrárias de nascimento ou pelo inadequado arranjo institucional devem ser consideradas, de maneira a ponderar quem

⁷⁵⁹ LOVETT, Frank. Uma teoria da justiça, de John Rawls: guia de leitura. Tradução de Vinicius Figueira. Porto Alegre: Penso, 2013. p. 53.

⁷⁶⁰ RAWLS, John. A theory of justice: revised edition. Cambridge, MA: Belknap Press, 1999. p. 65

⁷⁶¹ DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 148-149.

⁷⁶² DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 149.

⁷⁶³ DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 466-467.

se encontra na situação de maior vulnerabilidade pessoal. Embora Rawls enfatize os aspectos econômicos, outros devem ser considerados, porque são compatíveis com as ideias intuitivas que estão na base de sua teoria,⁷⁶⁴ o que significa dizer que não se deve pensar as partes na posição original como pessoas vazias (desencarnadas), e sim como seres que têm diferentes necessidades, experiências, anseios e projetos de vida, de maneira que todos possam ser razoáveis ao ponderar sobre os termos da cooperação social. Isso significa que as pessoas com deficiência também devem ser representadas na posição original, de maneira que os princípios de justiça, especialmente o princípio da diferença, as captem como pessoas cuja dignidade encontra-se mais vulnerada pelos arranjos institucionais (das empresas privadas de educação) no momento presente.

Em relação à segunda objeção, que se refere às situações bizarras ou de iminência de crise econômica,⁷⁶⁵ a definição de destinar mais ou menos recursos aos menos favorecidos depende de saber, primeiro, se é possível proceder à distribuição. Caso a circunstância da justiça de “escassez moderada de bens” não se faça presente, a crise já se instalou, e o governo não se encontra mais no âmbito jurídico da liberal democracia, mas em uma situação de exceção, em que a discussão sobre princípios de justiça (ao menos, sob a perspectiva rawlsiana) diminui sua importância.⁷⁶⁶ Caso a escassez econômica seja moderada, ainda que os níveis econômicos não sejam de abundância,⁷⁶⁷ também é possível valer-se da posição original para definir que a distribuição de recursos a um grupo de pessoas mais favorecidas (algumas empresas, por exemplo) pode ser mais adequada, pelos efeitos de médio e longo prazo, do que a distribuição direta aos menos favorecidos.⁷⁶⁸

⁷⁶⁴ Dessa forma, quando um administrador público se vê diante da decisão de priorizar um desempregado com deficiência ou um desempregado sem deficiência, provavelmente escolherá o primeiro, justamente por ele ter maior dificuldade de ingressar no mercado de trabalho e de obter renda.

⁷⁶⁵ DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 149.

⁷⁶⁶ A inteligência de um governo em uma situação de crise depende do tipo de situação que a gerou. Havendo uma crise alimentar em razão de uma guerra externa, é provável que o governo priorize alimentar seus soldados saudáveis (em detrimento da população civil e dos combatentes adoecidos), a fim de retomar o reabastecimento de alimentos o mais rápido possível. A teoria de Rawls não foi concebida para essas situações excepcionais.

⁷⁶⁷ Pode-se refutar a aceitação desse pressuposto alegando que ele existiria somente nas sociedades em que houvesse produção abundante de bens (por exemplo, na sociedade americana) e que, para países pobres, os problemas de ordenação e correção das desigualdades sociais seriam insolúveis. Mas, segundo Rawls, as exigências da justiça como equidade não são grandes. Não há um patamar econômico ou algum conjunto de índices e de médias econômicas produtivas que um país deva atingir para que sua população viva em uma sociedade mais justa — aliás, esse tipo de exigência mais se aproxima da proposta do utilitarismo clássico, que é criticado pelo autor. Basta que a sociedade não esteja em guerra civil ou militar, que seja produtiva e que a distribuição dos bens e direitos seja equitativa, garantindo o exercício das faculdades morais das pessoas (capacidade de ter alguma concepção de bem e de justiça). Ilustra a plausibilidade dessa circunstância a averiguação de que no Brasil a produção de bens e serviços é suficiente para manter todas as pessoas em condições dignas de vida, o que só não acontece em razão da má organização de parte das instituições da estrutura básica da sociedade.

⁷⁶⁸ Por vezes, o governo pode ser desafiado a decidir entre priorizar a construção de uma via para o deslocamento dos bens produzidos pelas empresas ou ampliar a renda dos menos favorecidos. Caso tal construção promova o crescimento econômico, de maneira que os menos favorecidos estejam em uma

Em suma, se a situação realmente fosse de grave crise, Rawls admitiria o argumento de que não é possível promover a justiça distributiva, de maneira que a tese invocada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino se tornaria mais forte. No entanto, no contexto da análise da ADI 5357, a Confederação não foi capaz de evidenciar tal crise, mas apenas os infortúnios inerentes à escassez moderada de bens, a qual não afasta a incidência do princípio da diferença em favor das pessoas com deficiência.

2.3 A RAZOABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA E O REFORÇO ARGUMENTATIVO À DECISÃO EXARADA NA ADI 5357 DO STF

O princípio da diferença (segunda parte do segundo princípio) objetiva abrandar os conflitos existentes entre pessoas e grupos sociais, políticos e econômicos que estão em posições muito díspares e que podem opor-se entre si, inclusive de maneira radical, quando as condições materiais de vida se tornam muito precárias. Pode-se argumentar que não haveria motivos para alguém mais favorecido (no caso concreto, os empresários da educação) aceitar tal proposição, porque ela violaria sua dignidade ou diminuiria suas potencialidades.

Esse indivíduo mais favorecido, na sua perspectiva, estaria sofrendo uma injustiça, porque ele não seria o responsável pela condição dos menos favorecidos (pessoas com deficiência e seus familiares), já que ele mesmo poderia empregar, caridosamente e se quisesse, seus esforços em favor dos menos afortunados. Ao restringir essa escolha, suas liberdades, oportunidades e bens seriam tolhidos indevidamente pelo governo ou pela sociedade. Por conseguinte, seu sentimento pessoal de injustiça poderia acirrar os ânimos e gerar uma luta de classes ou algum conflito que ameaçasse a estabilidade da sociedade. No entanto, seguindo esse mesmo raciocínio, também é possível pensar que o grupo menos favorecido, ao não ter perspectivas razoáveis de uma vida decente, poderia lançar mão de meios violentos para alcançar o poder social, político e econômico.

É para evitar a parcialidade desses raciocínios (tanto do mais quanto do menos favorecido), aguçadores do conflito, que o princípio da diferença estimula a conjecturar que as pessoas estejam nas condições mais variadas possíveis.

posição melhor ao longo do tempo do que a opção contrária, a escolha é por favorecer o mais favorecido em um primeiro momento, para garantir a estabilidade do modelo econômico que gera as condições para atender o menos favorecido. Em uma situação na qual a escolha se dá ou por uma ou por outra alternativa, já não há mais escassez moderada, mas escassez severa, de maneira que a decisão dependerá da urgência imediata a ser combatida, como já indicada na resposta à primeira objeção. No entanto, se a questão não é de escolher entre uma ou outra, mas de priorizar ações, pensar a partir da posição original poderia facilitar a compreensão de que um nível mínimo de renda e riqueza deve ser garantido aos menos favorecidos, ainda que a conclusão da construção leve um pouco mais de tempo. A distribuição desses ônus (de estar sem uma renda e não alcançar o crescimento econômico ideal) dependeria de um cálculo marginal das (des)vantagens de se atender os citados objetivos. Portanto, se a conclusão mais ágil da via tornará melhor a vida de todos, inclusive a dos menos favorecidos, esta é a opção a ser escolhida. Contudo, se tal agilidade produzir melhor qualidade de vida para a maioria das pessoas, em detrimento da condição mínima de dignidade dos menos favorecidos, então seu ritmo deverá ser ajustado de maneira a não prejudicar esse mínimo.

Só quando o mais favorecido reconhece que existem outros arranjos sociais que poderiam ser piores em seu ponto de vista; quando se dá conta de que o direito a uma vida minimamente decente deve ser assegurado, assim como a qualquer pessoa; quando percebe que os talentos naturais ou a condição pessoal que ostenta também originam-se, em maior ou menor grau, de uma condição arbitrária de nascimento; quando raciocina que os fatores arbitrários que o favorecem são os mesmos que afetaram fortuita e negativamente os menos favorecidos; quando pondera que, na maioria das vezes, a pobreza, a doença, as deficiências e alguns arranjos sociais não são desejados pelas pessoas, tampouco derivam da sua maior ou menor disposição ao exercício das liberdades básicas; quando leva em conta que a suposta arbitrariedade das restrições que lhe são impostas talvez não seja tão maior que a vulnerabilidade a que os menos favorecidos estão expostos; quando nota que não se pode confiar, irrestritamente, na benevolência caridosa das pessoas para que o menos favorecido tenha uma vida decente, especialmente quando pessoas mais favorecidas pensam não ter ainda o suficiente para compartilhar (sob condições razoáveis) com os menos favorecidos — é só aí, ou seja, quando se leva a sério a posição de outras pessoas, através do experimento mental da posição original, que o mais favorecido torna-se capaz de mitigar sua perspectiva “racional”, individualista e parcial, para alcançar o ponto de vista “razoável”, imparcial e mais abstrato, que justifica a escolha do segundo princípio de justiça, possibilitando algum entendimento entre os diversos setores da sociedade. Nesse sentido, a posição que nega o princípio da diferença, em favor de uma posição mais individualista, tenderia a intensificar ainda mais o conflito social.

Por essa razão, Rawls utiliza uma fórmula de raciocinar que leva em conta tanto o ponto de vista do mais favorecido quanto o do menos favorecido, porque essa é uma característica fundamental das ideias que constituem a cultura pública das sociedades democráticas, as quais formatam o procedimento para a seleção dos princípios de justiça. E quando a pessoa, na posição original, não sabe se é mais ou menos favorecida, tende a escolher um princípio que não inviabilize o mais favorecido de continuar a realizar seus projetos de vida, tampouco precarize os dos menos favorecidos. Caso ambos tenham a chance razoável de realizar os referidos projetos, então a expectativa de Rawls é a de que os conflitos, que poderiam gerar uma “luta de classes” ou o ressentimento daqueles que estão sob a dominação de uma elite, sejam atenuados e a sociedade possa, em torno desse consenso, perdurar ao longo do tempo.

A par desses argumentos extraídos da interpretação de Rawls sobre o princípio da diferença, é possível reforçar as teses dos ministros que votaram a favor da constitucionalidade da Lei nº 13.146/2015, no sentido não só de reiterar a primazia da dignidade das pessoas menos favorecidas (tanto os alunos com deficiência quanto seus familiares) em relação à liberdade de empreender, mas também de evidenciar a prioridade dos menos favorecidos em razão de uma deficiência, o que também concerne a outros grupos menos favorecidos em decorrência de desvantagens estritamente econômicas.

A afirmação da tese da inclusão, que se sobrepõe aos impactos econômicos decorrentes de tal decisão, pressupõe um ambiente de escassez moderada de recursos na estrutura básica da sociedade. Ou seja, nessas circunstâncias, segundo

Rawls, parece mais razoável assegurar a dignidade daqueles que se encontram mais vulneráveis em razão de uma deficiência, de maneira que os ônus impostos aos demais são justificáveis juridicamente.

Embora o STF não tenha construído uma ampla e explícita argumentação para acolher o raciocínio decorrente da aplicação do princípio da diferença, é possível entrever a relevância dos argumentos da Corte, especialmente no voto da ministra Cármen Lúcia, que admitiu, de certo modo, a antecedência de um significado de dignidade (das pessoas com deficiência) em relação aos demais valores consagrados na Carta Magna. Mesmo que isso não signifique uma adesão incondicional à teoria da justiça rawlsiana, ao menos indica a sensibilidade da Corte aos argumentos oriundos da filosofia jurídica e política que impactam a compreensão da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357 do Supremo Tribunal Federal revelou um embate interessante de concepções razoáveis sobre a Constituição. De um lado, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenem) questionava a constitucionalidade dos arts. 28 e 30 da Lei nº 13.146/2015, aduzindo que tais dispositivos impunham ônus inconstitucionais à iniciativa privada. De outro, defendeu-se a tese da prioridade da dignidade das pessoas com deficiência, que devem fazer jus à inclusão no sistema de ensino privado sem custos adicionais para suas famílias.

A disputa pela melhor interpretação da Constituição ensejou que os ministros invocassem teses que não se resumiram à interpretação literal de seus dispositivos, porque o pano de fundo da disputa remetia aos valores fundamentais da Carta Magna, que comportam diversas possibilidades de interpretação.

Para substanciar os conceitos gerais de dignidade, liberdade e justiça, os ministros procuraram estabelecer, no caso concreto, o sentido e a prioridade de um direito constitucional em relação ao outro. Essa construção argumentativa, especialmente no voto da ministra Cármen Lúcia, remeteu à tradição da filosofia política e jurídica como uma forma de organizar sua justificativa em favor da constitucionalidade dos referidos dispositivos legais.

A partir da teoria da justiça de John Rawls, procurou-se reforçar a tese vencedora do dever de todas as pessoas se comprometerem com a realização da igual dignidade, o que pressupõe a distribuição de ônus/direitos diferenciados para os diversos setores da sociedade, evidenciando porque ela é mais razoável do que a tese concorrente lançada pela autora da ação.

Esse aporte teórico também possibilitou desnudar outros desdobramentos para a discussão, notadamente quanto à primazia do reconhecimento da dignidade (das pessoas com deficiência) em relação aos demais valores constitucionais. Ainda que os ministros não tenham invocado explicitamente a teoria da justiça rawlsiana, percebem-se na decisão exarada os argumentos oriundos da filosofia jurídica e política e seus impactos na interpretação da Constituição.

REFERÊNCIAS

- ARRAES, Roosevelt. Equidade entre a justiça e a política: a vertente casualista. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 1935-1954, 2016.
- ARRAES, Roosevelt. Um procedimento razoável para o julgamento equitativo: a vertente abstracionista. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1915-1942, 2017.
- BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988. Diário Oficial [da] da República Federativa do Brasil: seção 1, Brasília, DF, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988.
- BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 146, n. 163, p. 3-9, 26 ago. 2009.
- BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 127, p. 2-11, 7 jul. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357/DF. Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Lei 13.146/2015. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ensino inclusivo. Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Indeferimento da medida cautelar. Constitucionalidade da Lei 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). Relator: Min. Edson Fachin, 9 de junho de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2DV7eT8>. Acesso em: 21 mar. 2021.
- CHUEIRI, Vera Karam de. A filosofia jurídica de Ronald Dworkin como possibilidade de um discurso instituinte de direitos. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1993.
- DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. The original position. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 40, n. 3, p. 500-533, 1973.
- KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Tradução de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003.
- KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2004.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2003.
- KYMLICKA, Will. Filosofia política contemporânea: uma introdução. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- LOVETT, Frank. Uma teoria da justiça, de John Rawls: guia de leitura. Tradução de Vinicius Figueira. Porto Alegre: Penso, 2013.
- NOZICK, Robert. Anarquia, estado e utopia. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- RAWLS, John. A theory of justice. Cambridge, MA: Belknap Press, 1971.
- RAWLS, John. A theory of justice: revised edition. Cambridge, MA: Belknap Press, 1999.
- RAWLS, John. Justiça como equidade: uma reformulação. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- RAWLS, John. O liberalismo político. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- VITA, Álvaro de. A justiça igualitária e seus críticos. São Paulo: Editora Unesp, 2000.
- VITA, Álvaro de. O liberalismo igualitário: sociedade democrática e justiça internacional. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A (IN)APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO FORO EXTRAJUDICIAL

Cynthia Peluzzo de Oliveira⁷⁶⁹

INTRODUÇÃO

A criação da Escola Judicial do Paraná (EJUD-PR) é um importante estímulo ao aprendizado de temas diversos, ampliação dos conhecimentos nas variadas áreas do Direito e um significativo impulsionamento ao abandono do senso comum e do genérico, visando aprimorar o conhecimento jurídico.

Neste sentido, o tema proposto para embasamento do presente trabalho, qual seja “Direito, Justiça e Sociedade – Estudos em homenagem à criação da Escola Judicial do Paraná,” propicia um momento adequado para reflexão também sobre as Serventias Extrajudiciais, integrantes do Poder Judiciário, de acordo com o artigo 103, §º 4, inciso III, e artigo 236, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88).

As Serventias Judiciais são relevantes aliadas do Poder Judiciário na criação de alternativas para a satisfação de direitos fundamentais, na forma de proteção de direitos ou nas searas de acesso à Justiça, cooperação e instituição de meios alternativos para a solução de questões jurídicas, como, por exemplo, o Provimento 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Lei 11.441/2007 e sua regulamentação pela Resolução 35/2007, ou o reconhecimento de paternidade administrativo que, em suma, consubstanciam um movimento de desjudicialização.

Esses exemplos, assim como outras diversas iniciativas de desjudicialização e cooperação reafirmam o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto como fundamento da República Federativa do Brasil, que em apertada síntese consubstancia a salvaguarda de direitos mínimos e indispensáveis para uma existência digna ao garantirem o acesso à Justiça e a desjudicialização e desburocratização das relações sociais, propiciando assim a satisfação de direitos fundamentais.

As medidas desjudicializadoras e a conseqüente atuação das Serventias Extrajudiciais são hipóteses, portanto, de aplicação direta deste princípio basilar.

Ocorre que essa importante contribuição das Serventias, independentemente se consideradas instituição, ferramenta, instrumento ou agente de mudança, não estão indenes de terem seus serviços impugnados judicialmente, sobretudo em uma sociedade litigiosa como a atual.

Ocorre que além do tema não ser muito explorado e, portanto, contar com parca jurisprudência, o senso comum atrai a falsa percepção de que eventual discussão acerca dos serviços prestados se dariam sob a égide do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

⁷⁶⁹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Pós-Graduada em Direito Processual Civil Contemporâneo pela PUC-PR. Pós-Graduada em Direito Lato Sensu pela Escola da Magistratura do Paraná. Conciliadora vinculada ao CECON dos Juizados Especiais de Curitiba/PR. Advogada sócia da banca Peluzzo Advogados (OAB/PR 9.342). E-mail: cynthia@peluzzoadvogados.com.br

O presente trabalho visa explorar esta seara e se debruça sobre a aplicabilidade do CDC à atividade notarial e registral, a partir da relação entre usuário e Agente Delegado, por intermédio da legislação existente.

O objeto do presente trabalho é, portanto, verificar se os Serviços Notariais e Registrais podem ser classificados como fornecedores de serviços para fins de incidência do CDC.

Para atingir a finalidade do presente trabalho, em um primeiro momento traz-se à baila o que são as Serventias Extrajudiciais e o conceito de direitos fundamentais, além dos direitos e deveres dos Agentes Delegados.

Em no segundo momento lançam-se os comentários sobre a aplicabilidade do CDC às atividades notariais, baseados na legislação, bem como na doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores, além do que foi possível localizar do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sobre o tema. Versa-se sobre a natureza jurídica da prestação do serviço público entabulado pelos agentes delegados, se há o enquadramento como fornecedor e consumidor dos usuários e prestadores do serviço, nos termos consumeristas, e qual a natureza jurídica da remuneração percebida, denominada emolumentos.

A isso segue a conclusão do trabalho acerca da inaplicabilidade do CDC às instituições notariais e registrais, haja vista a natureza do serviço público prestado e da remuneração percebida, sem prejuízo da reverberação de tal verificação na importante seara da responsabilidade civil do Agente Delegado, no fito de contribuir com o afastamento de toda e qualquer ideia atraída pelo senso comum de que a jurisdição sobre esta temática se insere sob a égide da legislação consumerista.

Importante salientar que o presente trabalho pretende uma exposição de conceitos fundamentais sobre o tema e propiciar aos diversos profissionais do Direito uma reflexão sobre o assunto, sem a pretensão de esgotar a matéria.

Os métodos utilizados foram a coleta de dados e informações, sua análise e interpretação, além da pesquisa legislativa, bibliográfica e jurisprudencial.

Ao final constam as referências bibliográficas.

1 OS SERVIÇOS EXTRAJUDICIAIS E A SATISFAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Serviços de Registros Públicos, também conhecidos como Serventias ou Serviços Extrajudiciais, popularmente denominados por “cartórios” são serviços públicos exercidos nos termos do artigo 236, da CF/88, artigo 1º, da Lei 6.015/73 e artigo 1º, da Lei 8.935/94, ou seja, em caráter privado, nos termos legais, para garantir a publicidade, autenticidade, eficácia e a segurança jurídica dos atos jurídicos.

Conforme bem explica a Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Paraná, as serventias extrajudiciais são divididas em dois grupos, as serventias notariais (tabeliães) e as registrais (oficiais registradores).⁷⁷⁰

Os serviços notariais e de registro são titularizados por profissionais do Direito, que após aprovação em concurso democrático, são dotados de fé pública e são

⁷⁷⁰ Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Foro Extrajudicial. Disponível em: <https://extrajudicial.tjpr.jus.br/>. Acesso em 24 abr. 2021.

fiscalizados pelo Poder Judiciário. É um ramo do Direito que se subsume ao concurso público e garante o ingresso democrático na profissão.

As Serventias Extrajudiciais brasileiras estão inseridas no contexto do sistema notarial e registral denominado sistema latino. Este sistema tem origem romana confere sua segurança por meio da atuação e intervenção do notário e registrador, que esmiuçam os atos e contratos apresentados, antes de conferir-lhes o registro, conforme leciona Lamana Paiva (2015).

Interessante notar a existência da União Internacional de Notários (UNIL), organização não governamental fundada, em 1948, no 1º Congresso Internacional de Direito Notariado Latino, em Buenos Aires, que visa promover, coordenar e desenvolver a função e a atividade notarial do notariado do tipo latino pelo mundo. Hoje a UNIL é composta por 88 membros, como, por exemplo, a Argentina, o Japão, Mônaco, Rússia e o Vaticano. Note-se, com base nisso, o quão equivocada é a ideia de que os Serviços Extrajudiciais somente existem no Brasil e que são instituições arcaicas.

De acordo com a UNIL, dentre os deveres dos notários há o de respeitar os direitos fundamentais e dentro de seu escopo há o dever de proteger os direitos humanos, o meio ambiente, a Justiça, a liberdade, de rejeitar a corrupção e o suborno, dentre outros.

Vejamos o texto, no original, do artigo 5.5 (condições para o exercício da função notarial, em tradução livre), da Deontologia e Regras de Organização para Notariados⁷⁷¹:

5.5.- Respect for Fundamental Rights

Notaries have to respect and protect human rights, the environment (cleanliness of water and air as basic conditions for life), justice, freedom, truth, honesty, reliability and are required to keep professional secrecy.

Notaries have to reject corruption, subornation, collusion agreements and other actions harming persons and economic development, and any acts which, albeit in compliance with the law, are contrary to their spirit, or any acts that are overtly detrimental to the parties.

Importante ressaltar, de forma concisa, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. Segundo Novelino (2016), os direitos humanos são consagrados pelo direito internacional e estão previstos nos tratados e convenções internacionais, enquanto os direitos fundamentais são os consagrados no plano interno de cada Estado.

A doutrina brasileira entende que a classificação dos direitos fundamentais mais adequada seria a tripartida, de acordo com a qual existem os direitos de defesa, os direitos prestacionais e os direitos de participação, trazida por Jellinek, qual seja a Teoria dos Status. Para Jellinek, existe o status negativo ou *status libertatis* (direitos de defesa), o status positivos ou *status civitatis* (os direitos prestacionais) e o status ativo ou status da cidadania ativa (direitos de participação).

⁷⁷¹ Tradução livre do conteúdo da página International Union of Notaries. Principles and rules of organization for notariats. Disponível em: <https://www.uinl.org/organizacion-de-la-funcion>. Acesso em: 27 abr. 2021.

Estes direitos tem outras características interessantes, por exemplo a universalidade, a historicidade, a inalienabilidade, imprescritibilidade e a irrenunciabilidade, além da relatividade⁷⁷². É inegável que estes direitos possuem a finalidade de garantir a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal da República do Brasil, sobretudo em seu artigo 5º, traz um rol exemplificativo dos direitos fundamentais até o momento contemplados, como, por exemplo, o direito à propriedade, liberdade de expressão, associação, a gratuidade das certidões de óbito e nascimento aos reconhecidamente pobres, dentre outros.

Vê-se que são direitos vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para regular a atividade do Agente Delegado, orientando-o a como concretizar esses direitos, no Brasil, a legislação trata diretamente dos deveres dos notários e registradores na Lei 8935/94 e sobre o que constitui infração disciplinar, senão vejamos:

- Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:
- I - manter em ordem os livros, papéis e documentos de sua serventia, guardando-os em locais seguros;
 - II - atender as partes com eficiência, urbanidade e presteza;
 - III - atender prioritariamente as requisições de papéis, documentos, informações ou providências que lhes forem solicitadas pelas autoridades judiciárias ou administrativas para a defesa das pessoas jurídicas de direito público em juízo;
 - IV - manter em arquivo as leis, regulamentos, resoluções, provimentos, regimentos, ordens de serviço e quaisquer outros atos que digam respeito à sua atividade;
 - V - proceder de forma a dignificar a função exercida, tanto nas atividades profissionais como na vida privada;
 - VI - guardar sigilo sobre a documentação e os assuntos de natureza reservada de que tenham conhecimento em razão do exercício de sua profissão;
 - VII - afixar em local visível, de fácil leitura e acesso ao público, as tabelas de emolumentos em vigor;
 - VIII - observar os emolumentos fixados para a prática dos atos do seu ofício;
 - IX - dar recibo dos emolumentos percebidos;
 - X - observar os prazos legais fixados para a prática dos atos do seu ofício;
 - XI - fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar;
 - XII - facilitar, por todos os meios, o acesso à documentação existente às pessoas legalmente habilitadas;
 - XIII - encaminhar ao juízo competente as dúvidas levantadas pelos interessados, obedecida a sistemática processual fixada pela legislação respectiva;
 - XIV - observar as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente.

⁷⁷² Para Bobbio (2004), o único direito absoluto é o direito a não ser escravizado.

Art. 31. São infrações disciplinares que sujeitam os notários e os oficiais de registro às penalidades previstas nesta lei:

I - a inobservância das prescrições legais ou normativas;

II - a conduta atentatória às instituições notariais e de registro;

III - a cobrança indevida ou excessiva de emolumentos, ainda que sob a alegação de urgência;

IV - a violação do sigilo profissional;

V - o descumprimento de quaisquer dos deveres descritos no art. 30.

Embora não haja tratamento explícito nemo uso do termo “direitos fundamentais”, certo que o tema está abarcado nos artigos acima, se não pelo Diálogo das Fontes com o Direito Constitucional, pela referência expressa a prescrições legais e normativas que permite a integração legal e sua interpretação à luz da norma constitucional.

No mesmo sentido, o Código de Normas do Foro Extrajudicial da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná não faz referência expressa a direitos fundamentais, senão ao atendimento prioritário de pessoas portadoras de necessidades especiais ou com mobilidade reduzida e às pessoas idosas e gestantes e lactantes, fixando os deveres dos agentes delegados em seu artigo 10.

Doutro norte, os provimentos do CNJ preocupam-se em abordar os temas de direitos fundamentais, como por exemplo os provimentos para tratar do reconhecimento de paternidade em cartório (Provimento 26/2012), o registro tardio de nascimento (Provimento 28/2013), a usucapião (Provimento 65/2017), a possibilidade de que os cartórios façam convênios para facilitar a emissão de documentos de identificação civil do cidadão (Provimento 66/2018), que seja possível a alteração administrativa de nome de pessoas transgênero (Provimento 73/2018), do combate à lavagem de dinheiro (Provimento 88/2019), do protesto (Provimento 86/2019) ou da integração das Serventias à agenda 2030 (Provimento 85/2019).

Interessante notar que o Provimento 66/2018 e a Lei 13.484/2017 estatuíram que os Registros Cíveis das Pessoas Naturais deveriam ser denominados de Ofícios da Cidadania, tamanha a importância da atuação registral para o Estado Democrático de Direito e a proximidade do serviço com a população.

Percebe-se, portanto, que quando Ricardo Dip menciona que as Serventias Extrajudiciais são fundamentais para o desenvolvimento da cultura da paz jurídica e efetivação do sistema de justiça multiportas, adota inarredável posicionamento, sobretudo no contexto de pluralismo como a época em que vivemos.

Neste âmbito, a conflituosidade é inerente e afeta inclusive o próprio serviço, conforme se vê por exemplo do Ofício Circular 104/2018 – CG, de 23 de maio de 2018, no qual consta o relatório das reclamações registradas pela Ouvidoria do Tribunal de Justiça, o que leva a apresentação do tópico seguinte, qual seja a aplicação do CDC às atividades do Foro Extrajudicial.

2 DA (IN)APLICABILIDADE DO CDC AO FORO EXTRAJUDICIAL

O ponto nodal do presente trabalho consiste na eventual incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos serviços prestados pelos notários e registradores.

Desta feita, remanesce a seguinte indagação: os Serviços Notariais e Registrais podem ser categorizados como fornecedores de serviços para fins de incidência da lei consumerista.

Segundo o artigo 236, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), que configura norma constitucional autoaplicável, “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.” Cuida-se de serviço público típico, delegado à uma pessoa particular.

Os agentes delegados, os profissionais do Direito responsáveis pelas serventias recebem-nas por ato administrativo de delegação, após o preenchimento dos requisitos legais (art. 236, §3º, da CF/88), após imprescindível habilitação em concurso público (RE 635376 AgR / GO). Para Maria Sylvania di Pietro (2007), este ato constitui descentralização administrativa por colaboração. Já para Ayres Brito, descentralização administrativa por delegação (ADI 3.151/MT). Para Hely Lopes Meirelles (2011), por sua vez, cuida-se de um particular em colaboração com o Poder Público.

Esta delegação, embora desenvolvida em caráter privado, não atribui personalidade jurídica ao Serviço Extrajudicial⁷⁷³ e quem responde civil, administrativa e penalmente é a pessoa do delegatário e somente pode recair sobre pessoa natural, por força dos artigos 22, da Lei 8.935/94, 28 da Lei 6.015/73 e 236, §1º, da CF/88.

Nesse sentido extrai-se o seguinte precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO - NATUREZA JURÍDICA - ORGANIZAÇÃO TÉCNICA E ADMINISTRATIVA DESTINADOS A GARANTIR A PUBLICIDADE, AUTENTICIDADE, SEGURANÇA E EFICÁCIA DOS ATOS JURÍDICOS - PROTESTO - PEDIDO DE CANCELAMENTO - OBRIGAÇÃO DE FAZER - TABELIONATO - ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA RECONHECIDA - AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE - RECURSO IMPROVIDO. (...) II - Segundo o art. 1º da Lei nº 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, os serviços notariais e de registro são conceituados como “organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”. Dispõe, ainda, referida Lei que os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, além de que estão sujeitos às penalidades administrativas previstas nos arts. 32, 33, 34 e 35, no caso de infrações disciplinares previstas no art. 31 da mesma Lei. III - Os cartórios extrajudiciais - incluindo o de Protesto de Títulos - são instituições administrativas, ou seja, entes sem personalidade, desprovidos de patrimônio próprio, razão pela qual, bem de ver, não possuem personalidade jurídica e não se caracterizam como empresa ou entidade, afastando-se, dessa forma, sua legitimidade passiva ad causam para responder pela ação de obrigação de fazer. IV - Recurso especial improvido. (REsp 1097995/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 06/10/2010).

⁷⁷³ Do que decorre a ilegitimidade ad causam para figurar tanto no polo ativo quanto passivo de demandas judiciais.

O acima consignado não afasta, por si só, a aplicação do CDC, eis que entes despersonalizados e pessoas físicas podem ser classificados como fornecedores, a teor do previsto no artigo 3º, do CDC.

No entanto, há de se considerar dois pontos importantes, quais sejam a não inserção deste profissional (e sua função) no mercado de consumo e a sua remuneração.

Com relação a inserção do mercado de consumo, tem-se que além da atividade do Serviço ser determinada por lei e por ela reger-se, o profissional é fiscalizado pelo Poder Judiciário (art. 236, §1, da CF/88).

No Código de Normas do Foro Extrajudicial do Estado do Paraná a questão da fiscalização dos serviços notariais e de registro está prevista na “Seção VII – Da fiscalização dos Serviços Notariais e de Registros”, segundo a qual a fiscalização dos serviços é, em sentido amplo, do Corregedor-Geral da Justiça e em cada comarca, do Juiz Corregedor do Foro Extrajudicial (art. 73 e seguintes).

No mais, há de se considerar princípios como o da territorialidade (arts. 9º e 12, da Lei 8.935/94).

Vê-se que o Serviço Notarial e Registral não está inserido no mercado de consumo, que na definição de Bruno Miragem (2008) é um espaço ideal, “onde se desenvolvem as atividades de troca de produtos e serviços avaliáveis economicamente, mediante oferta irrestrita aos interessados (...)”. Outrossim, a atividade não se reveste de sentido econômico.

Neste sentido é a lição de Walter Ceneviva (2003), vejamos, *in verbis*:

“Apesar do amplo espectro abarcado pela lei do consumo, meu entendimento é o de que não se aplica aos registradores. Sendo embora delegados do Poder Público e prestadores de serviço, sua relação não os vincula ao “mercado de consumo” ao qual se destinam os serviços definidos pelo Código do Consumidor (art. 3º, §2º). Mercado de consumo é o complexo de negócios realizados no País com vistas ao fornecimento de produtos e serviços adquiridos voluntariamente por quem os considere úteis ou necessários. O serviço registrário, sendo em maior parte compulsório e sempre de predominante interesse geral, de toda sociedade, não se confunde com as condições próprias do contrato de consumo e a natureza do mercado que lhe corresponde.”

A conclusão possível neste tocante é, assim, que o Serviço Notarial e Registral não está inserido no mercado de consumo, o que é argumento apto a afastar a incidência do CDC.

Já no que tange a remuneração do Agente Delegado, o Supremo Tribunal Federal (STF) há muito já pacificou que ela é essencial à exclusão dos precitados serviços do âmbito de incidência do CDC, eis que de natureza tributária e a legislação tributária é especial em relação à regra consumerista.

Leia-se, *in verbis*:

“As custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se

como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se ao regime jurídico constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado” (STF, ADIn 1.378-5, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30/05/97).

Ou ainda, conforma abaixo ementado:

CONSTITUCIONAL. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE ARTS. DA LEI Nº 9534/97. REGISTROS PÚBLICOS. NASCIMENTO. ÓBITO. ASSENTO. CERTIDÕES. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. ARTS. 22, XXV E 236, §2º. DIREITO INTRÍNSECO AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA. GRATUIDADE CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE A QUE O ESTADO PRESTE SERVIÇO PÚBLICO A TÍTULO GRATUITO. A ATIVIDADE QUE DESENVOLVEM OS TITULARES DAS SERVENTIAS, MEDIANTE DELEGAÇÃO, E A RELAÇÃO QUE ESTABELECEM COM O PARTICULAR SÃO DE ORDEM PÚBLICA. OS EMOLUMENTOS SÃO TAXAS REMUNERATÓRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. PRECEDENTES. O DIREITO DO SERVENTUÁRIO É O DE PERCEBER, INTEGRALMENTE, OS EMOLUMENTOS RELATIVOS AOS SERVIÇOS PARA OS QUAIS TENHAM SIDO FIXADOS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DOS ARTS. 1º, 3º E 5º DA LEI 9534/97. LIMINAR DEFERIDA. (STF, ADC 5 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Julgamento: 17/11/1999, Publicação: 19/09/2003)

Em igual sentido caminha o posicionamento do STJ, ante a impossibilidade de equiparação entre consumidor e contribuinte, nem mesmo quando portadores de direitos difusos ou coletivos. Vejamos:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUINTE DO IPTU - CONTRA-PRESTAÇÃO DO ESTADO AO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - CONCEITOS DE CONTRIBUINTE E CONSUMIDOR - EQUIPARAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INAPLICABILIDADE IN CASU. 1. Os impostos, diversamente das taxas, têm como nota característica sua desvinculação a qualquer atividade estatal específica em benefício do contribuinte. 2. Consectariamente, o Estado não pode ser coagido à realização de serviços públicos, como contraprestação ao pagamento de impostos, quer em virtude da natureza desta espécie tributária, quer em função da autonomia municipal, constitucionalmente outorgada, no que se refere à destinação das verbas públicas. 3. A relação de consumo não guarda semelhança com a relação tributária, ao revés, dela se distancia, pela constante supremacia do interesse coletivo, nem sempre encontrada nas relações de consumo. 4. O Estado no exercício do jus imperii que encerra o Poder Tributário subsume-se às normas de Direito Público, constitucionais, complementares e até ordinárias, mas de feição jurídica diversa da do Código de Defesa do Consumidor. Sob esse ângulo, o CTN é *lex specialis* e derroga a *lex generalis* que é o CDC. 5. Recurso Especial desprovido. (REsp 478.958/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/06/2003, DJ 04/08/2003, p. 237)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ILEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública com o objetivo de impedir a cobrança de tributos na defesa de contribuintes, pois seus interesses são divisíveis, disponíveis e individualizáveis, oriundos de relações jurídicas assemelhadas, mas distintas entre si. Contribuintes não são consumidores, não havendo como se vislumbrar sua equiparação aos portadores de direitos difusos ou coletivos. Precedentes. 2. “O fato de a ação civil pública haver sido ajuizada antes da edição da MP 2.180-35/2001, que desautorizou o uso daquele instrumento para discutir matéria tributária, não altera esse quadro, visto que o posicionamento jurisprudencial acerca do tema foi estabelecido antes mesmo do advento da novel norma” (AgREsp 531.985/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 14.06.06). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 969.087/ES, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 09/02/2009).

No caso do Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), verifica-se a aplicação do Enunciado nº 13, das 1ª, 2ª e 3ª Câmaras Cíveis, o qual determina que “é inaplicável o Código de Defesa do Consumidor às relações tributárias”.

Não se nega a existência de entendimento diverso, sobre a aplicabilidade do CDC à atividade notarial e registral, por exemplo o emanado da 2ª Turma do STJ no REsp 1.163.652/PR, de Relatoria do Ministro Herman Benjamin (j. 01.02.2012). Os entendimentos versados neste sentido o são ao se considerar que existe a correspondência entre o pagamento e um serviço, além de serem remunerados de forma individual, sendo de igual forma mensuráveis (Masson, Andrade e Andrade; 2016), afastando a regra tributária.

Conclui-se que a divergência entre entendimentos circunscreve-se à importância que se dá à natureza remuneratória do serviço público prestado, prevalecendo o entendimento do STF, no sentido de afastamento do CDC.

Interessante notar que a exclusão dos serviços notariais e registrais do âmbito de aplicação do CDC afeta a responsabilidade civil do notário, que, segundo o artigo 22, da Lei 8935/94, respondem civilmente por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, de forma pessoal e de modo ilimitado, de acordo com a teoria geral da responsabilidade civil – cujo limite é a extensão do dano. Assim sendo, a responsabilidade civil do notário não é objetiva, como preconiza o CDC, mas sim subjetiva, tendo o Estado a responsabilidade objetiva, sob pena de improbidade administrativa (RE 842846, Relator(A): Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgado em 27/02/2019, processo eletrônico de Repercussão Geral, Dje-175, divulg. 12/08/2019, public 13/08/2019).

CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu analisar, de forma breve, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos Serviços Notariais e Registrais, ante a proximidade

prática dos Agentes Delegados aos cidadãos, sua importância social, a essencialidade dos serviços públicos prestados, já que atores capazes de satisfazer Direitos Fundamentais de forma direta e imediata, agentes primários da desjudicialização e desburocratização e, doutro norte o crescimento da área de atuação e incidência do Direito do Consumidor.

Atualmente, as normas protetivas consumeristas têm sido vistas como um conjunto de normas e regras que visam proteger o consumidor de forma integral. Faz-se mister relembrar que são instrumento de harmonização das relações sociais, em específico entre fornecedores e consumidores.

Embora haja a impressão da população acerca da (irrestrita) incidência do Direito Consumerista aos Serviços Notariais e Registrais de forma indiscriminada, concluiu-se que se faz mister propagar o conhecimento de que isso não corresponde à realidade. Cuida-se, em verdade, de uma questão de sabedoria prática, sobretudo visando esclarecer a população acerca de seus direitos e como albergá-los, sem prejuízo de poder evitar processos judiciais desnecessários ou equivocadamente direcionados por interpretação errônea das normas existentes e aplicáveis aos Serviços Notariais e Registrais.

Isso porque os Agentes Delegados não estão inseridos no mercado de consumo e sua remuneração se dá por valores que se revestem de natureza tributária, havendo a intervenção e fiscalização Estatal da atividade, razão pela qual devem ser também dissociados da ideia de livre mercado, conforme preleciona autorizada doutrina e assentada jurisprudência.

Conclui-se, portanto, que considerando que o cidadão utente dos precitados serviços os remunera por pagamento de tributo e, portanto, sujeita-se a um regime de Direito Público, insere-se na categoria de contribuinte, escapando da incidência do CDC e seus artigos 2º e 3º, o que tem importante reflexo na responsabilização civil do Agente Delegado, eis que atrai a incidência da teoria geral da responsabilidade civil (a ser sopesada em âmbito administrativo conforme o Código de Organização e Divisão Judiciárias) em detrimento da responsabilidade objetiva determinada pelo CDC.

Assim, como não se pode confundir as áreas do Direito e haja vista existir legislação vigente, específica e diferenciadora sobre o Direito Notarial e Registral, aplica-se aos precitados profissionais do Direito a legislação correspondente, qual seja a os artigos 37 e 236, ambos da Constituição Federal de 1988, as leis 6.015/73, 8.935/1994, os Códigos de Organização Judiciária e Códigos de Normas dos Foros Extrajudiciais dos Estados, dentre outras.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Adriano; Masson, Cleber; Andrade, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizados. 6. ed. rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm.
- BRASIL. Constituição (1988). Regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.151-1, Mato Grosso, Relator Min. Carlos Britto. Dje: 28/04/2006. Disponível em <https://www.anoregmt.org.br/arquivos/978/AcordaoADI-3151.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No Recurso Extraordinário. Relator Min. Celso de Mello. Dje: 19/04/2011 e Public. 30/05/2011. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur192927/false>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade. Relator Min. Nelson Jobim. Dje: 17/11/1999 e Public. 19/09/2003. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96935/false>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Relator Min. Luiz Fux. Dje: 27/02/2019 e Public. 13/08/2019. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur408487/false>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- CENEVIVA, Walter. Lei dos Registros Públicos Comentada. Ed. Saraiva, 2003, 15 edição, pág. 57. In: Fanti, Guilherme. A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos Serviços Notariais e Registrais. Disponível em <https://www.irib.org.br/obras/a-inaplicabilidade-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-aos-servicos-notariais-e-registrais>. Acesso em: 26 de abril de 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Atos normativos. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/. Acesso em: 21 de abril de 2021.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- ESTADO DO PARANÁ. Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Foro Extrajudicial. Provimento 249/2013. Curitiba: Tribunal de Justiça. Disponível em <https://www.tjpr.jus.br/codigo-de-normas-foro-extrajudicial>. Acesso em: 24 abr. 2021.
- ESTADO DO PARANÁ. Enunciado nº 13 da 1ª, 2ª e 3ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Curitiba: Tribunal de Justiça. Disponível em https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_atos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9fdc92da4f0a151d58d43131adc4e50ca1560ab941bad62ff9b8704e452bb7154f. Acesso em: 24 abr. 2021.
- ESTADO DO PARANÁ. Agravo de Instrumento. Relator Desembargador Rogerio Kanayama. 2ª Câmara Cível. D jul: 27/07/2020 e Publicação em 27/07/2020. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000012601581/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0006877-37.2020.8.16.0000>. Acesso em: 24 abr. 2021.
- ESTADO DO PARANÁ. Agravo de Instrumento. Relator Desembargador Renato Braga Bettge. D jul 01/03/2021, Publicação 03/03/2021. Disponível em <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000014188321/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0034888-76.2020.8.16.0000>. Acesso em: 24 abr. 2021.
- FANTI, Guilherme. Reflexos Processuais e Extraprocessuais. Disponível em <https://www.irib.org.br/obras/reflexos-processuais-e-extraprocessuais>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- INSTITUTO FORMULA. Formas de Descentralização Administrativa. Disponível em: <https://www.institutoformula.com.br/direito-administrativo-formas-de-descentralizacao-administrativa/>. Acesso em: 22 abr. 2021.

INTERNATIONAL UNION OF NOTARIES. Fundamental principles of the latin type notarial system. Disponível em <https://www.uinl.org/principio-fundamentales>. Acesso em: 22 abr. 2021.

INTERNATIONAL UNION OF NOTARIES. Principles and rules of organization for notariats. Disponível em <https://www.uinl.org/organizacion-de-la-funcion>. Acesso em: 22 abr. 2021.

LAMANA PAIVA, João Pedro. Sistemas notariais e registrais ao redor do mundo. Disponível em <https://www.irib.org.br/noticias/detalhes/sistemas-notariais-e-registrais-ao-redor-do-mundo>. Acesso em: 22 abr. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 94-95.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodium, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 22 abr. 2021.

ONDE ESTÁ A CRIMINOLOGIA? MAPEAMENTO DA DISCIPLINA NOS CURSOS JURÍDICOS DE GRADUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR DO DISTRITO FEDERAL E CAPITAIS DOS ESTADOS BRASILEIROS

Gabriela Silva Ferreira⁷⁷⁴

INTRODUÇÃO

Eugenio Raúl Zaffaroni nos lembra que “[...] em qualquer lugar da superfície deste planeta fala-se da questão criminal”⁷⁷⁵, sendo curioso que “quase todos acreditam ter a solução ou, pelo menos, emitem opiniões”⁷⁷⁶, sem perceber que “se está jogando o âmago mais profundo da forma futura de convivência e talvez, inclusive, do próprio destino da humanidade nos próximos anos”⁷⁷⁷.

O professor argentino aponta, ademais, que nesse movimento verborrágico pelo qual se trata a questão criminal nos mais diversos espaços, se reproduzem os julgamentos assertivos em tom de sentença emitidos por meios de comunicação de massa, “estes às vezes nas mãos de grandes corporações transnacionais, enredadas com outras que disputam o poder aos Estados, bastante impotentes, do mundo globalizado”⁷⁷⁸.

Nesse sentido, podemos notar que a questão criminal é tema ideologicamente disputado⁷⁷⁹. Por vezes, a complexidade concreta da questão é ocultada para se permitir a propagação de discurso alinhado com a ideologia daquele que o propaga.

Nesse sentido, um local no qual se encontram potencialidades para construir um discurso atento às complexidades que envolvem a questão criminal é a academia. Diante de um cenário de protagonismo da mídia na construção da percepção social sobre o âmbito criminal, deve ser o espaço acadêmico aquele em que se trabalha para a constituição de uma mentalidade jurídica “crítica e responsável, capaz de transgredir as fronteiras, sempre generosas, do sono dogmático [...]”; capaz de inventar novos caminhos para o enfrentamento das violências (individual, institucional e estrutural)⁷⁸⁰.

⁷⁷⁴ Advogada. Mestranda e bacharela em Direito pela UFPR. Residente técnica na Secretaria de Estado da Justiça, Família e Trabalho do Paraná Curitiba, Brasil. gabrielasilvaferreira1000@gmail.com

⁷⁷⁵ ZAFFARONI, E.R. A Questão Criminal. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, item 1, edição e-pub.

⁷⁷⁶ ZAFFARONI, E.R. A Questão [...], item 1, edição e-pub.

⁷⁷⁷ ZAFFARONI, E.R. A Questão [...], item 1, edição e-pub.

⁷⁷⁸ ZAFFARONI, E.R. A Questão [...], item 1, edição e-pub.

⁷⁷⁹ Compreendemos ideologia como “algo que não está apenas situado no plano da consciência e diz respeito à práxis, levando os sujeitos a tomar partido nos conflitos que os cercam”, como coloca ALMEIDA, Ana Lia Vanderlei de. Um estalo nas faculdades de direito: perspectivas ideológicas da Assessoria Jurídica Universitária Popular. 2015. 340 f. Tese (Doutorado em Direito), Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2015, p. 51.

⁷⁸⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Por que a criminologia (e qual criminologia) é importante no Ensino Jurídico? Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, v. 3, n. 6, p. 179-183, jan/jun 2013, p.183. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/

Desta forma, colocamo-nos como problema para a presente investigação a seguinte questão: Diante de um ensino jurídico tecnicista e dogmático, qual o lugar destinado à disciplina de criminologia nos currículos de graduação em Direito das Instituições de Ensino Superior (IES) das capitais brasileiras?

Para traçarmos resposta a esta indagação, seguimos a seguinte trajetória:

i) adentramos na observação da educação jurídica brasileira por meio da apresentação da análise de Roberto Lyra Filho sobre o “Direito que se ensina errado” e a necessidade de constituição de uma perspectiva jurídica dialética;

ii) discutimos brevemente o atual cenário da educação jurídica no Brasil, entendendo que ocorre um desmonte da política de educação superior, bem como uma diferenciação-hierarquização dos cursos jurídicos;

iii) entendemos como a Criminologia, ao mesmo tempo que se configura como “disciplina indisciplinada”, sofre de um tratamento ausente-periférico diante das outras disciplinas do eixo criminal (Direito Penal e Processual Penal) e carrega reflexos dos mencionados “direito que se ensina errado” e “diferenciação-hierarquização” dos cursos jurídicos.

Para averiguar a validade das considerações delineadas nos momentos ii e iii indicados acima, realizamos levantamento de dados das Instituições de Ensino Superior (IES) das capitais brasileiras e do Distrito Federal.

1 “O DIREITO QUE SE ENSINA ERRADO” NO ATUAL BRASIL

Apesar de iniciativas no sentido de tornar a Criminologia uma ciência autônoma⁷⁸¹, necessitamos reconhecer que no Brasil atual a disciplina é umbilicalmente ligada aos cursos de graduação em Direito, ao menos no que diz respeito ao local majoritário de contato inicial com a área. Desta forma, não há caminho adequado para se estudar a educação em Criminologia sem passagens pela observação da educação jurídica como um todo.

Quando tratamos de educação jurídica, impossível escapar ao debate quanto à proliferação acelerada de novos cursos de direito e quanto à ocorrência de crise(s) nesse contexto educacional. Ocorre que, além de enxergar as manifestações de uma crise do ensino do direito, urge estabelecer a compreensão de que a simples redução de cursos ou meras reformas curriculares são incapazes de alterar radicalmente o cenário, tendo em vista que não trabalham com uma questão central, a seguir debatida. Adentraremos no tema da educação jurídica estabelecendo nossa base no pensamento de Roberto Lyra Filho sobre um “Direito que se ensina errado”.

view/1468/1124. Acesso em: 26 jun 2020.

⁷⁸¹ Sobre o assunto, conferir por exemplo: JR, Ferraz. USP lidera projeto para tornar a criminologia uma ciência autônoma na América do Sul. *Jornal da USP*, São Paulo, 25 ago. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/universidade/usp-lidera-projeto-para-tornar-a-criminologia-uma-ciencia-autonoma-na-america-do-sul/>. Acesso em: 30 set. 2020.

2 O PROBLEMA ESTRUTURAL DO ENSINO DO DIREITO

Em trabalhos como “Por que estudar direito, hoje?”, “Razões de defesa do direito” e “O Direito que se ensina errado”, o autor nos convida a questionar a maneira empoeirada pela qual se ensina um Direito determinado em um recorte deformante. Nesse ponto, Lyra Filho nos aponta que, no que toca a uma pedagogia inadequada do Direito, precisamos ter em mente que “não se pode ensinar bem o direito errado; e o direito, que se entende mal, determina, com essa distorção, os efeitos da pedagogia”⁷⁸².

Necessitamos enxergar, então, que a superação de crises no ensino do direito passa pela superação de um “equivoco generalizado e estrutural, na própria concepção do direito que se ensina”⁷⁸³, o qual consiste em partir de uma ideia redutora que identifica o direito não com a totalidade do fenômeno jurídico, mas com o chamado ordenamento jurídico - único, hermético, estatal⁷⁸⁴. É uma superação, portanto, que não se resolve por mudanças de currículo, visto que “alterações que se limitam aos corolários programáticos ou curriculares deixam intocado o núcleo e pressuposto errôneo”⁷⁸⁵.

Esse equivoco quanto ao seu conteúdo implica em confusões ao serem desenhados conceitos de direito. Sobre o assunto, Lyra Filho coloca que a “maior dificuldade, numa apresentação do Direito, não será mostrar o que ele é, mas dissolver as imagens falsas ou distorcidas que muita gente aceita como retrato fiel”⁷⁸⁶. Nesse sentido, lembra o autor que a palavra que mais se associa a Direito é “lei”, sendo, em várias línguas, empregado um único termo para se referir a ambos os fenômenos.

Ocorre que não se trata de uma questão de vocabulário, sendo a diversidade das palavras diretamente ligada àquilo que estamos dispostos a aceitar como Direito⁷⁸⁷. Se identificamos Direito e lei como sinônimos, estamos a seguir a trilha ideológica do Estado, “pois na sua posição privilegiada ele desejaria convencer-nos de que cessaram as contradições, que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo Direito a procurar além ou acima das leis”⁷⁸⁸.

Todavia, essa compreensão não deve prevalecer, visto que a lei sempre é anunciada pelo Estado, permanecendo, assim, ligada à classe dominante, em última análise, visto que o Estado, como sistema de organização política da sociedade, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico⁷⁸⁹. Por certo que, contendo contradições, não nos é indicado rejeitar as leis sem análise como expressão pura dos interesses de classes e grupos dominante; todavia,

⁷⁸² LYRA FILHO, Roberto. O direito que se ensina errado. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980, p. 6.

⁷⁸³ LYRA FILHO, Roberto. O direito que se ensina errado ..., p. 6.

⁷⁸⁴ LYRA FILHO, Roberto. O direito que se ensina errado ..., p. 6-7.

⁷⁸⁵ LYRA FILHO, Roberto. O direito que se ensina errado ..., p. 6.

⁷⁸⁶ LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito. São Paulo: Nova Cultural/Brasiliense, 1985. (Coleção Primeiros Passos, 67), p. 7.

⁷⁸⁷ LYRA FILHO, Roberto. O que é direito ..., p. 8.

⁷⁸⁸ LYRA FILHO, Roberto. O que é direito ..., p. 9.

⁷⁸⁹ LYRA FILHO, Roberto. O que é direito ..., p. 8-9.

[...] também não se pode afirmar, ingênua ou manhosamente, que toda legislação seja Direito autêntico, legítimo e indiscutível. Nesta última alternativa, nós nos deixaríamos embulhar nos ‘pacotes’ legislativos, ditados pela simples conveniência do poder em exercício. A legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, Direito e Antidireito: isto é, Direito propriamente dito, reto e correto, e negação do Direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido⁷⁹⁰.

Perante tal constatação, reconhecemos a necessidade de se alargar aquilo que se entende por Direito e se construir uma visão dialética deste. A constituição de tal visão requer a compressão de um quadro muito mais complexo que o mero arcabouço legislativo e jurisprudencial de um determinado momento histórico: é necessário reconhecer

o jurídico como um constante vir-a-ser, exige o estudo da sociedade como um todo, abarcando a infraestrutura internacional, a infraestrutura nacional e a superestrutura nacional, com cada uma dessas esferas sendo recortada por constantes relações de conflito entre povos imperialistas e povos dominados, classes espoliadoras e espoliadas, grupos opressores e oprimidos⁷⁹¹.

Desta forma, Lyra Filho apresenta a concepção de que “o Direito está no processo global e sua resultante”⁷⁹². Essa tal percepção vem sendo desenvolvida - em teoria e práxis - pelo movimento “O Direito achado na Rua”. Um dos coordenadores do grupo, José Geraldo de Sousa Júnior, ex-reitor da UnB, sintetiza a proposta comentando que

O direito achado na rua, enquanto proposta teórica, de acordo com o enunciado de sua formulação proposto por Roberto Lyra Filho, lida com o sentido corrente, mesmo cientificamente, proposto para a definição do direito. Isto é, um sistema normativo, dotado de sanção e coação formalizadas e institucionalizadas e que corresponde ao monopólio estatal de produção e circulação do direito. Para o direito achado na rua, embora se reconheça o papel do Estado na declaração do direito, o entendimento é de que o Estado apenas o declara. Entretanto, o direito emerge, surge da sociedade e não se esgota na enunciação legal que o Estado produz. Isto é, continua a haver direito além da lei, fora da lei e mesmo contra a lei. Por isso, o direito achado na rua trabalha com esta convicção da existência de direito noutros espaços sociais, por isso ditos espaços plurais, em que há a produção concomitante, competitiva, conflitante de mais de um ordenamento jurídico⁷⁹³.

⁷⁹⁰ LYRA FILHO, Roberto. O que é direito ..., p. 8-9.

⁷⁹¹ FERREIRA, Pedro Pompeo Pistelli. Do direito que se ensina errado à assessoria jurídica popular: notas para repensar o ensino jurídico com Freire e Lyra Filho, p. 16. SCIAS - Direitos Humanos e Educação, Belo Horizonte, v. 2, n. 1. - jan./jun. 2019 - p. 13-29.

⁷⁹² LYRA FILHO, Roberto. O que é direito ..., p. 106.

⁷⁹³ O DIREITO achado na rua. Produção do Centro de Produção Cultural e Educativa da Universidade de

Em outras palavras, reconhece-se que existem “sempre, direitos, além e acima das leis, até contra elas, como o direito de resistência, que nenhum constitucionalista, mesmo reacionário, poderá desconhecer”⁷⁹⁴. Ou seja, o direito autêntico não pode ser limitado à produção legislativa porque carrega também princípios e normas libertadores, sendo a lei um momento, um acidente no processo jurídico.

Em suma, se a questão raiz da crise na educação jurídica é enfrentar uma percepção desvirtuada do que seja o Direito, que o encerra na esfera legislativa, o que seria esse Direito autêntico que se pretende ensinar? A partir do pensamento de Lyra Filho, enxergamos que o direito, assim como os demais fenômenos sociais, não é, em um sentido perfeito e acabado, mas é *sendo*, passando transformações incessantes do seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico e social⁷⁹⁵. Isso não representa, todavia, um impedimento para se determinar uma ‘essência’ do Direito, “o que, apesar de tudo, ele é, enquanto vai sendo: o que surge de constante, na diversidade”⁷⁹⁶.

Nesse sentido, para se definir o que seria e a expressão jurídica de um certo tempo é importante se ter enquanto objetivo a identificação de um padrão objetivo (que não é imutável) do Direito interno em um certo momento histórico de modo a orientar a ação progressista nesse âmbito. Notamos que essa linha mestra é empregada pela Nova Escola Jurídica Brasileira, para a qual

o Direito, então, há de ser visto como processo histórico. O que deste resulta, a cada momento, é o vetor extraído da dialética social, numa pluralidade de ordenamentos antitéticos, dentro da qual as classes e grupos ascendentes afirmam as novas quotas de liberdade, no eterno combate contra a espoliação e opressão do homem pelo homem. Nossa meta é a justiça militante, não metafísica, nem idealista, nem abstrata, mas conscientizada, em toda etapa, na práxis vanguardista, em oposição às resistências imobilistas e retrógradas.⁷⁹⁷

Entretanto, denuncia Lyra Filho que nos cursos jurídicos majoritariamente se ignora a totalidade e o movimento do Direito, e este “passa, então, das normas estatais, castrado, morto e embalsamado, para o necrotério duma pseudociência, que os juristas conservadores, não à toa, chamam de ‘dogmática’”⁷⁹⁸. Desta maneira redutora, o Direito seria apresentado aos estudantes não enquanto realidade dinâmica, e sim como um texto a ser interpretado, o qual seria “documento unívoco, dentro de um sistema autônomo (o ordenamento) jurídico dito pleno e hermético e que só cabe

Brasília. Brasília: CPCE/UnB, 1993. 1 vídeo (23 min). Publicado pelo canal Virgulino Ferreira. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1zOhxb7WYVg&list=WL&index=2&t=166s>. Acesso em: 16 ago. 2020.

⁷⁹⁴ LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar direito, hoje? Brasília: Edições Nair, 1984, p. 2.

⁷⁹⁵ LYRA FILHO, Roberto. O que é direito ..., p. 14-15.

⁷⁹⁶ LYRA FILHO, Roberto. O que é direito ..., p. 14-15.

⁷⁹⁷ LYRA FILHO, Roberto. A Nova Escola Jurídica Brasileira. Direito e Avesso, Brasília, ano I, nº 1, 1982, p. 13-14.

⁷⁹⁸ LYRA FILHO, Roberto. O que é direito ..., p. 12.

determinar-lhe o sentido exato⁷⁹⁹. Com essa perspectiva, os juristas ignorariam que os discursos trazidos pela norma, pelo intérprete e pelo aplicador estão inseridos em contextos que os direcionam e proporcionam leituras diversas⁸⁰⁰.

Atualizando esta leitura do professor carioca, Pedro Pompeo Pistelli Ferreira percebe que cada vez mais o lugar central ocupado por aquele positivismo derivado da escola da exegese - que enxerga o juiz como boca da lei - vem cedendo espaço nos currículos para as teorias pós-positivistas do Direito, especialmente as tributárias de Dworkin e Alexy. Esta transição, porém, é distante da reformulação radical proposta por Lyra Filho, por ao menos duas razões. A primeira é a de que os dois autores sustentam uma visão normativista de Direito, meramente movendo o centro de seus estudos da lei para os princípios, ignorando várias partes da totalidade social, de observação imprescindível para entender o fenômeno jurídico. A segunda razão é o compromisso desses dois autores ainda com a previsibilidade e a segurança jurídica das decisões tomadas pelos juízes, sendo “justamente por isso que Dworkin reforça tanto a ideia de que todo caso possui uma solução correta”⁸⁰¹.

Diante desse cenário universitário reducionista, se cai também em uma maneira reducionista de ensinar seu objeto. As/os estudantes são intelectualmente castrados por um tecnicismo pretensamente neutro, apresentado por meio de técnicas de ensino hierarquizadas e desestimulantes, “porque esses são os meios mais eficazes para inculcar nos estudantes a mera decoração de normas estatais”⁸⁰².

Contra essa postura paralisante, Lyra Filho propõe atitude organizada concomitantemente no plano institucional-administrativo - em que se pressione os órgãos universitários para que absorvam reivindicações necessárias, a fim de que o corpo discente deixe de ser tratado como ente passivo de um processo “educativo” - e no plano de ensino e pesquisa - em que intervenha questionando as teses apresentadas como certas⁸⁰³.

Desta forma, é possível identificar as aberturas numa estrutura que se pretende fechada e alargá-la, vencendo “etapas limitadas, para superá-las (não para imaginar que com elas se resolva tudo, em lance milagreiro); temos de inserir-nos no contexto, para transformá-lo⁸⁰⁴”. Assim, e uma vez que consideramos “não ser possível anúncio sem denúncia”⁸⁰⁵, no próximo item daremos um pequeno passo dentro da estrutura universitária no Brasil atual para que possamos alimentar a denúncia apresentada por Lyra Filho, pretendo, assim, contribuir com o anúncio de novas formas progressistas de educação jurídica.

⁷⁹⁹ LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar Direito, hoje?... , p. 1.

⁸⁰⁰ LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar Direito, hoje? ..., p. 1.

⁸⁰¹ FERREIRA, Pedro Pompeo Pistelli. Do direito que se ensina errado à assessoria jurídica popular ..., p. 16.

⁸⁰² FERREIRA, Pedro Pompeo Pistelli. Do direito que se ensina errado à assessoria jurídica popular ..., p. 16.

⁸⁰³ LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar Direito, hoje?... , p.5.

⁸⁰⁴ LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar Direito, hoje?... , p. 3.

⁸⁰⁵ FREIRE, Paulo. Denúncia, anúncio, profecia, utopia e sonho, p. 672. In: BRASIL, Senado Federal. O livro da profecia: o Brasil no terceiro milênio. Brasília: Coleção Senado, 1997, p. 671-686.

3 A DIFERENCIAÇÃO-HIERARQUIZAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS: BREVE PANORAMA DA EDUCAÇÃO EM DIREITO NO BRASIL ATUAL

A educação superior no Brasil atual tem sido exposta a tentativas de desmontes e desestruturação. Como espaço privilegiado de produção de conhecimento científico, a universidade vem enfrentando dois desafios paradoxais: a sociedade lhe exige cada vez mais, ao mesmo tempo que o Estado torna mais restritivas as políticas de financiamento de suas atividades⁸⁰⁶. Vejamos, por exemplo, os cortes promovidos na área da educação - como a aprovação da chamada “PEC do fim do mundo”, que congela gastos nas políticas de saúde e educação por 20 anos⁸⁰⁷, e a redução de bolsas para pesquisa em programas de pós-graduação⁸⁰⁸ - e a crise de confiança do conhecimento científico - em estudo realizado pelo Instituto Gallup, 73% dos brasileiros entrevistados desconfiam da ciência e 23% consideram que a produção científica pouco contribuiu para o desenvolvimento econômico e social do país⁸⁰⁹.

A estes desafios também está exposta a educação jurídica, a qual também enfrenta as consequências de uma expansão explosiva no número de cursos de graduação em Direito ofertados no país. Nesse sentido, levantamento de Daniel Cerqueira aponta o aumento de cursos ofertados (o que expressa a ampliação do sistema universitário como reflexo do aumento da por educação superior⁸¹⁰): de 1946 a 1963 foram criados 39 cursos jurídicos; entre 1964 e 1983, houve a criação de 76; entre 1984 e 1993, foram criados 75. Agora, de 1994 a 2006, constatou-se aumento vertiginoso, com o surgimento de 768 novos cursos jurídicos⁸¹¹.

Ocorre que a expansão de oferta de cursos não representa uma real democratização do acesso à educação superior, visto que a ampliação é operada de um tal modo que ocasione uma diferenciação-hierarquização entre universidades e entre essas e outras instituições de ensino superior. Esse fenômeno se desenvolve a partir da resposta universitária à crise de sua legitimidade gerada com a visibilidade social de que a educação superior se constituía como prerrogativa das classes dominantes. Desta forma, indica Boaventura de Sousa Santos que

⁸⁰⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999, p. 187.

⁸⁰⁷ SENADO FEDERAL. *Tramitação da Proposta de Emenda à Constituição n° 55, de 2016*. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337>. Acesso em 01 nov. 2020.

⁸⁰⁸ Mais informações em: <https://www.unicamp.br/unicamp/noticias/2020/03/23/cortes-na-capes-sao-atentado-anticiencia-diz-estudante-que-perdeu-bolsa>; https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/03/politica/1567542296_718545.html e https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/13/politica/1565649573_655949.html. Acesso em: 03 nov. 2020.

⁸⁰⁹ ANDRADE, Rodrigo de Oliveira. *Resistência à ciência*. Pesquisa FAPESP, São Paulo, edição 284, out 2019. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/resistencia-a-ciencia/>. Acesso em 02 nov 2020.

⁸¹⁰ GARCIA, M. D. de. O. *A Criminologia no Ensino Jurídico no Brasil*. 2014. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 37.

⁸¹¹ CERQUEIRA, Daniel Torres de. *O ensino do direito no Brasil: breve radiografia do setor*. Anuário ABEDI, Florianópolis, ano 4, 2006.

[q]uando a procura de educação deixa de ser uma reivindicação utópica e passa a ser uma aspiração socialmente legitimada, a universidade só pode legitimar-se, satisfazendo-a. Por isso, a sua função tradicional de produzir conhecimentos e de os transmitir a um grupo social restrito e homogêneo [...] passa a ser duplicada por estoura de produzir conhecimentos a camadas sociais muito amplas e heterogêneas e com vista a promover sua ascensão social. [...] Por isso, as respostas da universidade à crise de hegemonia analisada acima [...] só são plenamente compreensíveis se tivermos em mente que com elas a universidade pretende incorporar de modo igualmente limitado grupos sociais até então excluídos⁸¹².

Nesse sentido, a hierarquização dos cursos jurídicos se reflete numa divisão social do trabalho jurídico. No que toca, de um lado, às universidades públicas, observamos que atualmente suas vagas, em maioria, são ocupadas por aquele que puderam ter uma educação básica de qualidade, vindo a participar do que podemos considerar como universidades de elite⁸¹³.

Do outro lado, como lembra Mariana Garcia, temos aqueles que, provindos de classes menos favorecidas, almejam ascender socialmente via graduação em Direito. Por vezes, esses estudantes encontram-se em situação de impossibilidade de dedicação exclusiva aos estudos por conta da necessidade de trabalhar em áreas diversas para promover sua manutenção e de sua família. Assim, afirma Garcia,

não há dúvida que é preciso considerar que a manutenção ou a ascensão do status social está intimamente ligada com o tipo de ensino que é oferecido, bem como com a experiência do aprendizado, principalmente do ponto de vista da (im)possibilidade da dedicação exclusiva⁸¹⁴.

Tal contexto nos leva a uma divisão social do trabalho jurídico, na qual os futuros membros de uma “elite jurídica” serão, na maior parte, egressos de universidades públicas, enquanto a massa dos demais profissionais do direito serão formados nas universidades privadas. Podemos demonstrar tal situação, por exemplo, quando percebemos que, dos 167 ministros que já atuaram junto ao Supremo Tribunal Federal ao longo de sua história, apenas 6 são oriundos de universidades privadas⁸¹⁵. No mesmo sentido, Garcia indica que “não obstante o fato de que mais de 90% do total de vagas nos cursos de direito são de instituições privadas, 52% dos magistrados são egressos de universidades públicas”⁸¹⁶.

⁸¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice, O Social e o Político na Pós-Modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999, p. 211-212.

⁸¹³ GARCIA, M. D. de. O. *A Criminologia no Ensino ...*, p. 37.

⁸¹⁴ GARCIA, M. D. de. O. *A Criminologia no Ensino...*, p. 39.

⁸¹⁵ Dados obtidos a partir da análise do quadro de Ministros organizado conforme as faculdades onde se graduaram extraído do site do Supremo Tribunal Federal em <http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=faculdade>. Acesso em 29 mai. 2020.

⁸¹⁶ GARCIA, M. D. de. O. *A Criminologia no Ensino...*, p. 37.

Com o objetivo de verificar a mencionada expansão de oferta de cursos jurídicos no Brasil e a demonstrar numericamente a absoluta maioria de proveniência privada das vagas para essa graduação, buscamos, no final do mês de maio de 2020, os registros das Instituições de Ensino Superior (doravante IES) das capitais dos estados brasileiros e do Distrito Federal que ofertam graduação em Direito na plataforma e-MEC, do Ministério da Educação (MEC). Este Ministério exerce o controle vertical das IES, sendo responsável pelo credenciamento e credenciamento dos estabelecimentos que pretendem ofertar cursos de ensino superior.

No âmbito de tal busca, foram extraídos os dados das instituições⁸¹⁷ e o número de vagas autorizadas por ano⁸¹⁸ para cada uma delas. Nos tópicos seguintes, esse mesmo banco de instituições será utilizado para analisar a presença da disciplina de Criminologia na graduação em Direito.

TABELA 1 - Número de IES que ofertam o curso de Direito e número de vagas por capital

Porto Alegre - Rio Grande do Sul		
Número de instituições: 18	Privadas: 17 (94,4%)	Públicas: 1 (5,6%)
Número de vagas autorizadas: +4.032	Privadas: 4.032 (-)	Públicas: Não informado (-)
Florianópolis - Santa Catarina		
Número de instituições: 8	Privadas: 7 (87,5%)	Públicas: 1 (12,5%)
Número de vagas autorizadas: 1.595	Privadas: 1.415 (88,7%)	Públicas: 180 (11,3%)
Curitiba - Paraná		
Número de instituições: 25	Privadas: 24 (96%)	Públicas: 1 (4%)
Número de vagas autorizadas: 5.988	Privadas: 5.788 (96,6%)	Públicas: 200 (3,4%)
Vitória - Espírito Santo		
Número de instituições: 13	Privadas: 12 (92,3%)	Públicas: 1 (7,7%)
Número de vagas autorizadas: 1.904	Privadas: 1.784 (93,6%)	Públicas: 120 (6,4%)

⁸¹⁷ As instituições que possuem mais de um registro (em razão de entradas diversas para turnos distintos ou vários campi, por exemplo) foram contabilizadas apenas uma vez na categoria “Número de Instituições”, mas foram considerados para a categoria “Vagas autorizadas/ano” o número de todos os registros. Instituições com o status (“em extinção”) não foram contabilizadas.

⁸¹⁸ Por vagas autorizadas/ano entendem-se as vagas para novos alunos que podem ser oferecidas pela Instituição, não sendo necessariamente o número total aquele efetivamente implementado pelas IES. Ademais, vale ressaltar que, considerando a existência de índices de evasão, o número de bacharéis em Direito formados por ano é menor que o número de vagas autorizadas. Nesta categoria foram consideradas as vagas de IES onde o curso ainda não foi iniciado e desconsideradas as daquelas em que o curso encontra-se em extinção.

Belo Horizonte - Minas Gerais		
Número de instituições: 31	Privadas: 30 (96,7%)	Públicas: 1 (3,3%)
Número de vagas autorizadas: 10.279	Privadas: 9.879 (96,1%)	Públicas: 400 (3,9%)
Rio de Janeiro - Rio de Janeiro		
Número de instituições: 27	Privadas: 24 (88,8%)	Públicas: 3 (11,2%)
Número de vagas autorizadas: 13.339	Privadas: 12.375 (92,7%)	Públicas: 964 (7,3%)
São Paulo - São Paulo		
Número de instituições: 46	Privadas: 45 (97,8%)	Públicas: 1 (2,2%)
Número de vagas autorizadas: 30.417	Privadas: 29.957 (98,4%)	Públicas: 460 (1,6%)
Brasília - Distrito Federal		
Número de instituições: 32	Privadas: 31 (96,8%)	Públicas: 1 (3,2%)
Número de vagas autorizadas: 12.173	Privadas: 12.073 (99,1%)	Públicas: 100 (0,9%)
Goiânia - Goiás		
Número de instituições: 21	Privadas: 20 (95,2%)	Públicas: 1 (4,8%)
Número de vagas autorizadas: 7.413	Privadas: 7.293 (98,3%)	Públicas: 120 (1,7%)
Cuiabá - Mato Grosso		
Número de instituições: 10	Privadas: 9 (90,9%)	Públicas: 1 (9,1%)
Número de vagas autorizadas: 2.764	Privadas: 2.664 (96,3%)	Públicas: 100 (3,7%)
Campo Grande - Mato Grosso do Sul		
Número de instituições: 11	Privadas: 10 (90%)	Públicas: 1 (10%)
Número de vagas autorizadas: 2.640	Privadas: 2.520 (95,4%)	Públicas: 120 (4,6%)
Rio Branco - Acre		
Número de instituições: 6	Privadas: 5 (83,3%)	Públicas: 1 (16,7%)
Número de vagas autorizadas: 855	Privadas: 805 (94,1%)	Públicas: 50 (5,9%)
Macapá - Amapá		
Número de instituições: 6	Privadas: 5 (83,3%)	Públicas: 1 (16,7%)
Número de vagas autorizadas: 930	Privadas: 880 (94,6%)	Públicas: 50 (5,4%)
Manaus - Amazonas		
Número de instituições: 15	Privadas: 13 (86,6%)	Públicas: 2 (13,4%)

Número de vagas autorizadas: 3.539	Privadas: 3.362 (94,9%)	Públicas: 177 (5,1%)
Belém - Pará		
Número de instituições: 16	Privadas: 15 (93,7%)	Públicas: 1 (6,3%)
Número de vagas autorizadas: 3.804	Privadas: 3.604 (94,7%)	Públicas: 200 (5,3%)
Porto Velho - Rondônia		
Número de instituições: 7	Privadas: 6 (85,7%)	Públicas: 1 (4,3%)
Número de vagas autorizadas: 1.750	Privadas: 1.650 (94,2%)	Públicas: 100 (5,8%)
Boa Vista - Roraima		
Número de instituições: 4	Privadas: 2 (50%)	Públicas: 2 (50%)
Número de vagas autorizadas: 549	Privadas: 432 (78,6%)	Públicas: 117 (21,4%)
Palmas - Tocantins		
Número de instituições: 9	Privadas: 7 (77,7%)	Públicas: 2 (22,3%)
Número de vagas autorizadas: 1.280	Privadas: 1.120 (87,5%)	Públicas: 160 (12,5%)
Maceió - Alagoas		
Número de instituições: 14	Privadas: 12 (85,7%)	Públicas: 2 (4,3%)
Número de vagas autorizadas: 3.085	Privadas: 2.889 (93,6%)	Públicas: 196 (6,4%)
Salvador - Bahia		
Número de instituições: 27	Privadas: 25 (92,5%)	Públicas: 2 (7,5%)
Número de vagas autorizadas: 7.832	Privadas: 7.332 (93,6%)	Públicas: 500 (16,45%)
Fortaleza - Ceará		
Número de instituições: 20	Privadas: 19 (95%)	Públicas: 1 (5%)
Número de vagas autorizadas: 5.700	Privadas: 5.500 (96,4%)	Públicas: 200 (13,6%)
São Luís - Maranhão		
Número de instituições: 14	Privadas: 12 (85,7%)	Públicas: 2 (4,3%)
Número de vagas autorizadas: 3.921	Privadas: 3.691 (94,1%)	Públicas: 230 (5,9%)
João Pessoa - Paraíba		
Número de instituições: 10	Privadas: 9 (90%)	Públicas: 1 (10%)
Número de vagas autorizadas: 3.412	Privadas: 3.012 (88,2%)	Públicas: 400 (11,8%)
Recife - Pernambuco		
Número de instituições: 24	Privadas: 22 (91,6%)	Públicas: 2 (8,4%)
Número de vagas autorizadas: 5.655	Privadas: 5.355 (94,6%)	Públicas: 300 (5,4%)

Teresina - Piauí		
Número de instituições: 19	Privadas: 17 (89,4%)	Públicas: 2 (10,6%)
Número de vagas autorizadas: 3.622	Privadas: 3.350 (92,4%)	Públicas: 400 (7,6%)
Natal - Rio Grande do Norte		
Número de instituições: 10	Privadas: 8 (80%)	Públicas: 2 (20%)
Número de vagas autorizadas: 3.380	Privadas: 3.100 (91,7%)	Públicas: 380 (78,3%)
Aracaju - Sergipe		
Número de instituições: 11	Privadas: 10 (90,9%)	Públicas: 1 (9,1%)
Número de vagas autorizadas: +2.214	Privadas: 2.214 (-)	Públicas: Não informado (-)
TOTAL		
Número de instituições: 454	Privadas: 416 (91,6%)	Públicas: 38 (8,4%)
Número de vagas: 144.072	Privadas: 137.848 (95,6%)	Públicas: 6.224 (4,4%)

Fonte: A autora (2020)

Os dados acima expostos confirmam a percepção de que há uma absoluta maioria de cursos de graduação em direito em IES privadas, sendo que, no total das capitais, 95,6% das vagas provêm destas instituições. Tais dados apontam, entre outras indicações, a necessidade de maiores observações sobre a educação jurídica nas IES privadas, visto restar demonstrado que a grande massa de bacharéis em Direito deriva de tais estabelecimentos.

Dos números acima elencados também é possível extrair que há uma grande concentração de vagas na região sudeste e no Distrito Federal, contrastante, em especial, com a região norte. Também em termos de concentração, importante mencionar que, ao longo da pesquisa, notamos a reunião de muitas vagas em certas instituições que detém muitos registros no e-MEC em uma cidade e/ou se fazem presentes, por meio de filiais, em mais de uma cidade⁸¹⁹. O maior exemplo dessa situação é o grupo Estácio, que conta com pólos em 23 capitais.

É, então, em um contexto de “direito que se ensina errado”, desmonte da educação superior e diferenciação-hierarquização entre o massivo número de cursos jurídicos que se localiza a maior parte da iniciação dos estudos na área de criminologia no Brasil. Como se verá adiante, reflexos de tais características atingem também a disciplina.

⁸¹⁹ Os estabelecimentos de um mesmo grupo presentes em mais de uma cidade foram contabilizados uma vez para cada capital.

4 A CRIMINOLOGIA NO “DIREITO QUE SE ENSINA ERRADO”

Em um contexto social no qual o punitivismo impera, fazendo com que “a pressão dos problemas sociais, decorrendo de uma crise de estrutura, continua estimulando o desavisado apelo aos instrumentos mais violentos de controle social”⁸²⁰, faz-se necessário observar a formação dos futuros agentes/observadores de tais instrumentos de controle. Nesse sentido, a constituição de uma política criminal consciente (em oposição à sua versão míope, que “limita-se a ser servidor de catalisador dos processos que pensar dominar”⁸²¹) precisa enfrentar o desafio do “isolamento e carência de formação específica dos responsáveis pelo planejamento (quando existe) e execução (quando se intenta)”⁸²².

Por essa razão, analisar o estudo da criminologia nas graduações em Direito se faz importante, visto que a disciplina se constitui espaço privilegiado de potencial reflexão sobre os instrumentos de controle social. Faltaria-nos espaço para expor a trajetória que levou a disciplina a esse patamar, mas, como exemplo, reportamo-nos a uma pesquisa anterior em que, entrevistando estudantes do último ano de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná no ano de 2017, notamos que a Criminologia (cadeira obrigatória nesta instituição) foi considerada pelos estudantes aquela que mais e melhor impactou sua reflexão sobre poder e controle dentre as disciplinas do eixo criminal (Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal)⁸²³.

Contudo, a exposição à Criminologia e, em especial, às criminologias críticas, não é a regra no ensino jurídico brasileiro. Sobre o assunto, Vera Regina Pereira de Andrade coloca que a situação que se apresenta atualmente em relação à educação em criminologia tem dificultado a referida formação crítica. Isso por conta de dois principais motivos: *i*) ausência ou lugar residual/periférico ocupado pela disciplina na grade curricular, sendo, em regra, optativa quando presente e *ii*) quando presente, “são as Criminologias críticas que ocupam nela um lugar residual, cabendo a centralidade à Criminologia positivista”⁸²⁴.

Somado a isso, lembramos que a disciplina, quando se faz presente, é inserida em uma estrutura pedagógica inadequada, tendo em vista a mentalidade restrita que se costuma estabelecer quanto ao objeto de estudo jurídico. Quando se ensina o direito errado por limitá-lo às normas emanadas do Estado (como observamos nos tópicos anteriores), as disciplinas que pretendam observar para além dos muros

⁸²⁰ LYRA FILHO, Roberto. A Criminologia Dialética em ação, p. 196. In: *Notícia do Direito Brasileiro*, [s.l.], 1971, p. 193-198.

⁸²¹ LYRA FILHO, Roberto. A Criminologia Dialética em ação, p. 196.

⁸²² LYRA FILHO, Roberto. A Criminologia Dialética em ação, p. 197.

⁸²³ FERREIRA, Gabriela Silva. Criminologia midiática e educação jurídica criminal: análise de seus impactos na percepção de estudantes de direito sobre a questão criminal. 2017. 90 f. Monografia (Graduação em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 80-83.

⁸²⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Por que a criminologia (e qual criminologia) é importante no Ensino Jurídico?, p.179. *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, v. 3, n. 6, p. 179-183, jan/jun 2013. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1468/1124. Acesso em: 01 nov 2020.

estatais correm o risco de serem consideradas acessórias, auxiliares da interpretação daquelas normas.

Também nesse sentido, podemos considerar a Criminologia uma “disciplina indisciplinada”, como o fazem Alvaro Filipe Oxley da Rocha e Gustavo Noronha de Avila, visto que ela rompe a restritividade do ensino jurídico hegemônico ao se fazer explicitamente interdisciplinar, dispensando “ginásticas intelectuais” para definir fronteiras à sua área de conhecimento, preocupação que é muito mais voltada à profissionalização de carreiras que ao estabelecimento de pesquisa e conhecimento⁸²⁵.

Ademais, podemos imaginar que a educação em criminologia não passa imune à hierarquização-diferenciação dos cursos jurídicos, podendo ter sua colocação como ausente-periférica agravada nas instituições que não almejam formar a “elite jurídica”. Assim, podemos vislumbrar complicações na construção acadêmica e profissional dos grupos a quem não se garante espaços de reflexão e debate acerca do controle social e penal, visto que

[...] tanto a inserção (*se estudar*) e o espaço (*quanto estudar*) da Criminologia no Ensino do Direito, quanto à definição do seu conteúdo (*o que estudar*), com que método e *para que*, envolve um conjunto de definições, a um só tempo, paradigmáticas e políticas, que transferem suas marcas ao Ensino, que **têm impacto na construção de sujeitos (subjetividades), cuja palavra e ação tem impacto, a sua vez, na vida social** [grifo nosso]⁸²⁶.

Com o intuito de averiguar a situação acima exposta, investigamos a presença/ausência da disciplina de Criminologia nas IES do Distrito Federal e das capitais observadas na tabela 1. Cabem, aqui, alguns avisos metodológicos. Após a coleta dos dados das IES no e-MEC em final de maio, de agosto a setembro procedemos à busca pelas informações sobre a criminologia em tais estabelecimento, a qual ocorreu primeiramente por análise de seus sites; quando inexistentes ou incompletas os dados neste espaço, promovemos o envio de e-mails e telefonemas. Todavia, o retorno das IES foi muito pequeno, restando a base de dados majoritariamente retirada de seus portais na *internet*.

Por conta do baixo retorno, observaremos apenas a presença/ausência da disciplina quando em modalidade obrigatória no currículo, visto que inserir as relativamente poucas informações sobre a oferta na modalidade optativa poderia distorcer o resultado. Ademais, de modo a verificar o estatuto ausente-periférico da disciplina em comparação com as demais do eixo criminal, sendo estas sempre obrigatórias na matriz curricular, torna-se mais preciso observar como a criminologia aparece nesse formato.

⁸²⁵ ROCHA, Alvaro Filipe Oxley da; AVILA, Gustavo Noronha de. Disciplina indisciplinada: o ensino da criminologia no Brasil Hoje, p. 93 In: Conpedi Law Review, v. 2, n. 1, jan/jul 2016, p. 91-111.

⁸²⁶ ANDRADE, V. R. de. Por que a criminologia ..., p. 183.

Tabela 2 - Presença da Criminologia como disciplina obrigatória nas IES do DF e capitais

IES PRIVADAS			
Total: 416	Possuem criminologia como disciplina obrigatória: 46 (11%)	Não possuem criminologia como disciplina obrigatória: 278 (66,8%)	Informações ausentes: 92 (22,1%)
IES PÚBLICAS			
Total: 38	Possuem criminologia como disciplina obrigatória: 12 (31,5%)	Não possuem criminologia como disciplina obrigatória: 24 (63,1%)	Informações ausentes: 2 (5,2%)
IES PRIVADAS + IES PÚBLICAS			
Total: 454	Possuem criminologia como disciplina obrigatória: 58 (12,7%)	Não possuem criminologia como disciplina obrigatória: 302 (66,5%)	Informações ausentes: 94 (20,7%)

Fonte: A autora (2020)

Como podemos observar, confirma-se a afirmação de que a criminologia é ausente-periférica enquanto disciplina obrigatória e a de que existe disparidade entre IES privadas e públicas. Nestas últimas a percentagem de aparição da disciplina é quase 3 vezes maior do que naquelas. Todavia, mesmo nas IES públicas a necessidade de cursar Criminologia obrigatoriamente é baixa, sendo que 63,1% destes estabelecimentos não possuem essa característica.

Assim, de forma geral, notamos que 66,5% das IES das capitais e DF não contam com a Criminologia como disciplina obrigatória. Ademais, confirmando esse caráter ausente-periférico, em pesquisa sobre as IES federais das capitais, Mariana Garcia observa que em parte considerável dos estabelecimentos investigados a criminologia é oferecida de forma optativa ao aluno. Além disso, se “ao direito penal normalmente são dedicados, no mínimo, 4 (quatro) períodos, à criminologia – quando presente no currículo – 1 (um) período parece o suficiente para a preleção da matéria”⁸²⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa aqui desenvolvida, concluímos que o lugar destinado à disciplina de criminologia nos currículos de graduação em Direito das Instituições de Ensino Superior (IES) das capitais brasileiras e do Distrito Federal é ausente-periférico, sendo, em geral, pouco ofertada como obrigatória.

Ademais, consideramos que esse estatuto ausente-periférico é agravado pela diferenciação-hierarquização dos cursos jurídicos ocorrida quando da explosão da demanda por ensino superior. Chegamos a essa percepção ao notar que a disciplina aparece como obrigatória cerca de três vezes menos nas IES privadas do que nas públicas.

⁸²⁷ GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. A Criminologia no Ensino ..., p. 105-106.

Também acreditamos que a ausência da Criminologia nas matrizes curriculares de graduação jurídica é reflexo do “Direito que se ensina errado”, visto que, quando se limita o direito às normas estatais e se traça o desenho pedagógico a partir deste recorte, disciplinas que se fazem necessariamente interdisciplinares são desinteressantes para a finalidade de manter a passividade discente. Assim, entendemos a criminologia como uma “disciplina indisciplinada” por romper com esta restritividade do ensino jurídico hegemônico.

Ainda, tendo em vista que o problema da educação jurídica é estrutural, entendemos que eventuais reformas curriculares que ampliem o espaço da criminologia não têm, por si só, condão de resolver a situação da formação jurídica no Brasil. Todavia, compreendemos que a expansão desta disciplina indisciplinada poderia ter como consequência incremento das Criminologias Críticas, as quais podem promover reflexões críticas sobre a própria restritividade da educação jurídica atual.

Finalmente, julgamos que as observações aqui traçadas podem ser enriquecidas com a observação das ementas da disciplina de Criminologia nas IES onde ela está presente. Assim, pretendemos realizar tal abordagem em pesquisas futuras.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Ana Lia Vanderlei de. Um estalo nas faculdades de direito: perspectivas ideológicas da Assessoria Jurídica Universitária Popular. 2015. 340 f. Tese (Doutorado em Direito), Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2015.
- ANDRADE, Rodrigo de Oliveira. Resistência à ciência. Pesquisa FAPESP, São Paulo, edição 284, out 2019. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/resistencia-a-ciencia/>. Acesso em: 02 nov. 2020.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Por que a criminologia (e qual criminologia) é importante no Ensino Jurídico?. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, v. 3, n. 6, p. 179-183, jan/jun 2013. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1468/1124. Acesso em: 01 nov. 2020.
- CERQUEIRA, Daniel Torres de. O ensino do direito no Brasil: breve radiografia do setor. Anuário ABEDI, Florianópolis, ano 4, 2006.
- FERREIRA, Gabriela Silva. Criminologia midiática e educação jurídica criminal: análise de seus impactos na percepção de estudantes de direito sobre a questão criminal. 2017. 90 f. Monografia (Graduação em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.
- FERREIRA, Pedro Pompeo Pistelli. Do direito que se ensina errado à assessoria jurídica popular: notas para repensar o ensino jurídico com Freire e Lyra Filho. SCIAS - Direitos Humanos e Educação, Belo Horizonte, v. 2, n. 1. - jan./jun. 2019 - p. 13-29.
- FREIRE, Paulo. Denúncia, anúncio, profecia, utopia e sonho, p. 672. In: BRASIL, Senado Federal. O livro da profecia: o Brasil no terceiro milênio. Brasília: Coleção Senado, 1997, p. 671-686.
- GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. A Criminologia no Ensino Jurídico no Brasil. 2014. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 37.
- JR, Ferraz. USP lidera projeto para tornar a criminologia uma ciência autônoma na América do Sul. Jornal da USP, São Paulo, 25 ago. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/universidade/usp-lidera-projeto-para-tornar-a-criminologia-uma-ciencia-autonoma-na-america-do-sul/>. Acesso em: 30 set. 2020.
- LYRA FILHO, Roberto. A Criminologia Dialética em ação, p. 196. In: Notícia do Direito Brasileiro, [s.l.], 1971, p. 193-198.
- LYRA FILHO. A Nova Escola Jurídica Brasileira. Direito e Avesso, Brasília, ano I, nº 1, 1982.
- LYRA FILHO. O direito que se ensina errado. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980, p. 6.
- LYRA FILHO. O que é direito. São Paulo: Nova Cultural/Brasiliense, 1985. (Coleção Primeiros Passos, n. 67).
- LYRA FILHO. Por que estudar direito, hoje? Brasília: Edições Nair, 1984.
- O DIREITO achado na rua. Produção do Centro de Produção Cultural e Educativa da Universidade de Brasília. Brasília: CPCE/UnB, 1993. 1 vídeo (23 min). Publicado pelo canal Virgulino Ferreira. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1zOhxb7WyVg&list=WL&index=2&t=166s>. Acesso em: 16 ago. 2020.
- ROCHA, Alvaro Filipe Oxley da; AVILA, Gustavo Noronha de. Disciplina indisciplinada: o ensino da criminologia no Brasil Hoje. In: Conpedi Law Review, v. 2, n. 1, jan/jul 2016, pp. 91-111.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade. São Paulo: Cortez, 1999.
- SENADO FEDERAL. Tramitação da Proposta de Emenda à Constituição nº 55, de 2016. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337>. Acesso em: 01 nov. 2020.
- ZAFFARONI, E.R. A Questão Criminal. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, item 1, edição e-pub.

VIOLAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELA MÍDIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Karina Martins Balan⁸²⁸, Letícia Ferreira Galves Aguiar⁸²⁹, Natan Galves Santana⁸³⁰

INTRODUÇÃO

Com o avanço da internet e a popularização das mídias sociais, as informações deixaram de ser locais e passaram a ter a atenção mundial em pouquíssimos segundos.

Ao longo do tempo, os jornais, até então impressos e regionais, passaram a ter o seu conteúdo publicado online alcançando atenção de todo o mundo. Além dos jornais, novos personagens foram surgindo, como: influencers digitais, youtubers, instagrammers, entre outros. Pela facilitação de alcance do público em geral, vários artistas famosos também aderiram às redes sociais e rapidamente adquiriram milhares de seguidores.

Essa verdadeira revolução digital aproximou “famosos” e o público em geral, mudou a forma de fazer publicidade, e a cada dia, novos candidatos a influenciadores surgem no cenário nacional e internacional.

Apesar de toda a experiência positiva que podemos extrair da internet e das redes sociais: desde aprender uma receita culinária de um doce famoso em outro país a comprar e lucrar com criptomoedas, temos o lado obscuro das redes sociais.

Com a “voz” dada a toda e qualquer pessoa com um celular, tablet ou notebook na mão, há o mundo sombrio das redes sociais, pois diversos usuários se utilizam da rede mundial de computadores para exibir suas opiniões sem vetos, travas, senso ou vergonha, pois é fácil exprimir opiniões maldosas e até mesmo criminosas quando se está atrás de uma tela.

Precisamos ressaltar nesse momento, que as redes sociais trabalham com algoritmos, e estes por sua vez repassam para mais usuários as “trends” do momento, ou seja, se um assunto está em alta no momento, o usuário que se expressar sobre o assunto tem mais chance de aumentar seu engajamento e, conseqüentemente, alcançar mais seguidores.

E nessa “dança dos algoritmos” os influenciadores acabam se expressando em assuntos que não tem conhecimento técnico suficiente, como em casos de assassinados e outros crimes que ficam mais visíveis na mídia.

⁸²⁸ Advogada. Contadora. Pós-graduanda em Direito Previdenciário pelo Damásio Educacional. Pós-graduanda em Direito Tributário pelo Damásio Educacional. Formada em direito pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Formada em Ciências Contábeis pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail Karina_balan@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7277062286628629>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4676-6792>.

⁸²⁹ Pós-graduada em Direito Processual Penal - Damásio Educacional. Pós-graduada em Direito Empresarial - Faculdade Legale. Advogada. E-mail: leticiafgalves@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0355954501177020>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0017-6092>.

⁸³⁰ Doutorando em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre em em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pelo Damásio Educacional. Pós-graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Legale. Pós-graduado em Docência do Ensino Superior pela Unina. Advogado. Professor Universitário. E-mail: ngalvess@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8080816567380392>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6248-8070>.

Recentemente, um caso de agressão a mulher ficou muito presente nas redes sociais, e diversos famosos deram suas opiniões, assim como, cancelaram contratos e parcerias junto ao agressor.

O Tribunal da Internet é implacável, os internautas não perdoam. Um cancelamento pode ocorrer em poucas horas e acabar com a carreira e a reputação de uma pessoa. Mas, e no caso dos crimes? É correto que pessoas sem conhecimento técnico julguem um suposto acusado online?

Este trabalho visa demonstrar a necessidade de reconhecimento da presunção de inocência, e como as pessoas devem, acima de tudo, ler e compreender sobre os temas abordados antes de emitir qualquer opinião sobre o assunto, pois por trás de todo perfil de rede social existe uma pessoa de verdade com sentimentos, família, direitos e deveres.

1 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 temos a definição de liberdade de expressão em seu artigo 19⁸³¹:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A liberdade de expressão, no direito positivado brasileiro está intrinsecamente ligada ao direito de manifestação do pensamento. Qualquer indivíduo pode emitir suas opiniões e ideias, assim como, suas atividades intelectuais, artísticas, científicas, entre outros, sem nenhuma censura.

Na Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, o direito à liberdade de expressão é assegurado, porém com a ressalva de vedação ao anonimato⁸³².

Neste sentido Medina, com brilhantismo elenca que:

Liberdade de manifestação de pensamento consiste, basicamente, em direito de expressar algum juízo fruto da consciência, abrangendo qualquer meio que permita comunicar tal faculdade intelectual (sobre a liberdade de consciência, cf. comentário ao art. 5.º, VI). Tal como outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão pode ter estrutura de princípio jurídico⁸³³.

⁸³¹ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁸³² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁸³³ MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal Comentada [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Apesar de ser um direito devidamente reconhecido e positivado, a liberdade de expressão não é ilimitada. Se houver abuso ou excesso, com a intenção de prejudicar outrem poderá ser punido por injúria, calúnia ou difamação.

Entendemos, portanto, que apesar da liberdade de expressão ser totalmente assegurada pela Carta Magna, esta não pode extrapolar os demais direitos consagrados na Constituição Federal.

O reconhecimento da liberdade de expressão é um triunfo do instrumento da democracia, mas não possui nenhum patamar elevado em relação aos demais direitos fundamentais. Saber se expressar respeitando o próximo é primordial para que este exercício do direito possa ser realizado de forma plena.

Com didática ímpar, ensina Medina que:

Há limites ao exercício da liberdade de expressão. A liberdade de expressão pode ser balizada, p.ex., pelo direito fundamental à inviolabilidade da intimidade, previsto no art. 5.º, X (cf. STF, ADPF 130, rel. Min. Ayres Brito, j. 30.04.2009; STF, Rcl 9428, rel. Min. Cezar Peluso, j. 10.12.2009; STJ, REsp 1687860/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.a T., j. 07/05/2019). Também pode ocorrer que, exercido o direito à manifestação de pensamento e detectado que seu conteúdo é racista, sua veiculação seja proibida (cf. art. 497 do CPC/2015) e o autor da ofensa responsabilizado, civil (cf. art. 5.º, V) e criminalmente (cf. art. 5.º, XLII)⁸³⁴.

Contextualizando o presente tema ao nosso trabalho, a liberdade de expressão é vívida em nosso país e em nosso ordenamento jurídico. Podemos observar diversos influenciadores dando opiniões sobre praticamente todos os temas a apenas um clique, o que nos inquieta é o uso dessa influência de forma negativa, instigando a população a desejar a morte de uma pessoa por um crime que ela cometeu, ou por um erro que ela tenha cometido.

A liberdade de expressão, nesse caso, perde seu status de democrática e necessária para uma afronta a diversos institutos jurídicos, como da presunção de inocência e até mesmo o direito de resposta, pois muitas vezes a pessoa que cometeu o ato supostamente ilícito já se encontra em poder da justiça.

Observa-se, dessa forma, que a liberdade de expressão tão necessária e dificilmente conquistada em nosso país, perde sua beleza ao ser utilizada como forma de inflar os ânimos de muitos usuários de mídias sociais que não possuem a destreza de buscar pela verdade dos fatos e desconhecem os institutos jurídicos.

2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A presunção de inocência trata-se de uma garantia fundamental, cujo marco inicial se dá a partir do princípio da dignidade humana, ficando estabelecida pelo

⁸³⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal Comentada [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

artigo 5º, inciso LVII, da CF/88, onde dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”⁸³⁵

Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.⁸³⁶

A Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) também prevê a garantia da presunção da inocência em seu artigo 11.1, onde dispõe que “todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.⁸³⁷

Mas, apenas para esclarecer, o fato da presunção de inocência perdurar até o trânsito em julgado não significa que ninguém possa ser preso antes disso.⁸³⁸ Resta claro que, idealização do princípio da inocência é de que, durante o processo criminal se busque indícios de autoria e materialidade, a fim de apontar como autor do fato a pessoa indiciada e, não fazer com que o agente investigado procure meios de provar sua inocência, ou seja, diante de uma acusação criminal, o acusado é inocente até que se prove a sua culpa.

Ocorre que, “nem sempre esses direitos foram assegurados pelo Estado, anteriormente o que regia era o princípio da presunção de culpabilidade”.⁸³⁹

Com a mudança do princípio da presunção de culpabilidade para presunção da inocência, que seu deu no final do século XVII, o novo princípio, como já exposto, busca que o acusado tenha os direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano resguardado, a fim de barrar de imediato a detenção de culpa pelo fato que lhe é atribuído, como era o que acontecia antigamente, assegurando-lhe o direito à ampla defesa e o contraditório perante o processo judicial.

Tendo entendimento já firmando pelo STF:

que por sua composição plenária, firmou o entendimento de que o status de inocência prevalece até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente recurso especial e/ou extraordinário, sendo que a necessidade/utilidade do cárcere cautelar pressupõe devida demonstração. Na mesma linha intelectual, o legislador ordinário,

⁸³⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁸³⁶ TAVORA, Nestor; Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal [livro eletrônico]. 11. Ed. JusPodivm, 2016.

⁸³⁷ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 ago. 2021.

⁸³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal [livro eletrônico]. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

⁸³⁹ BENTO, Ricardo Alves. Presunção de Inocência no Processo Penal. São Paulo. Quartier Latin do Brasil. 2007. p. 31

com a Lei nº 11.719/2008, revogou o art. 594 do CPP, dispositivo que condicionava o direito do réu de apelar ao recolhimento à prisão, em nítida violação ao princípio referido.⁸⁴⁰

Anteriormente se entendia que somente era possível executar a pena do condenado por sentença penal após o trânsito em julgado, ocorre que:

em 17.02.2016, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, o Plenário do STF deliberou no sentido de que se viabiliza a execução provisória da pena quando, diante de recurso da defesa, ocorre a confirmação da sentença condenatória em Segundo Grau (raciocínio que, por óbvio, também alcança a hipótese de reforma da sentença absolutória em face de recurso da acusação e consequente condenação do réu pelo tribunal), ponderando ainda que isso não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, sendo indiferente, nesse caso, a presença ou não dos pressupostos da prisão preventiva.⁸⁴¹

Nesse viés, resta claro que, se o condenado em primeira instância pode cumprir sua pena provisoriamente, este também pode fazer jus aos benefícios que a execução o disponibiliza, sendo assim, “[...] o preso provisório possui direito à progressão do regime prisional, bastando que a decisão criminal tenha transitado em julgado para a acusação”.⁸⁴²

Ocorre que, de nada adiante os textos de lei diante de uma sociedade excludente, tendo em vista que a sociedade condena de imediato o acusado, onde as principais acusações vêm diretamente da imprensa, essa que tem como papel a divulgação dos fatos ocorridos perante a sociedade.

Vale mencionar que, a imprensa leva consigo o direito de liberdade de expressão, onde, “uma matéria jornalística pode, de forma imparcial e responsável, narrar um acontecimento, trazendo ao final a opinião do âncora a respeito do fato, como ocorre amiúde no meio televisivo”⁸⁴³, o que não se confunde com aplicar juízo de valores no caso concreto, devendo sempre ser respaldado com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, podendo destacar o princípio da presunção de inocência.

Verifica-se, infelizmente, que muitas vezes não é o que ocorre, podendo acontecer de se extrapolar durante a passagem de informação e ocorrer da imprensa influenciar a opinião pública, onde em um caso de possível processo de júri popular a população a qual julgará o acusado chegar perante o juízo com sua ideia pré-formada, sem abrir chances de qualquer defesa por parte do acusado.

Um dos inúmeros casos com grande repercussão, apesar de não ser crime de competência do tribunal do júri, foi o do Dj Ivis, onde no ano de 2021, teve imagens da

⁸⁴⁰ TAVORA, Nestor; Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal [livro eletrônico]. 11. Ed. JusPodivm, 2016

⁸⁴¹ AVENA, Norberto. Execução Penal [livro eletrônico]. 5. Ed. São Paulo: Método, 2018.

⁸⁴² AVENA, Norberto. Execução Penal [livro eletrônico]. 5. Ed. São Paulo: Método, 2018.

⁸⁴³ REIS, Diego Pessoa Costa. O princípio da presunção de inocência e sua (in) observância por parte da imprensa. 2004. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco.

câmera de segurança interna de sua residência divulgada, onde é possível verificar supostas agressões praticadas contra sua esposa. O crime causou enorme comoção social, onde diversos parceiros de trabalho cancelaram contratos, bem como retiraram do ar trabalhos já executados, para que não tenham suas imagens vinculadas com o autor do fato.

Nesse caso resta claro a condenação do acusado, por parte da mídia e da população, antes mesmo da conclusão de um processo judicial e um eventual condenação criminal, onde antes disso o acusado já foi privado de sua liberdade e além do mais, privado da prática de seu trabalho em virtude da condenação social.

Por fim, resta claro que o princípio da presunção de inocência trata-se de um dos mais importantes do ordenamento jurídico, para que os direitos e garantias do acusado sejam resguardados durante o processo penal, no entanto quanto a visão da nossa sociedade, infelizmente, ainda está parada no tempo do princípio da presunção de culpabilidade, onde antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado a acusado já se encontra condenado pela sociedade.

2.1 PRINCÍPIO *BIS IN IDEM*

Bis in Idem trata-se de um dos princípios norteadores do direito penal brasileiro, que dispõe sobre a vedação a dupla incriminação, onde busca respaldo na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXVI.⁸⁴⁴

É importante destacar que este princípio não consta expressamente em nenhum diploma legal, trata-se de um princípio construído pelas doutrinas e, mesmo não sendo previsto nas leis brasileiras é um dos principais para o direito penal. Além disso, também se encontram referências ao princípio no Pacto de São José da Costa Rica.

Tal princípio também é conhecido como litispendência, onde proíbe que o acusado responda mais que uma vez o mesmo ato delituoso praticado, acarretando de imediato a extinção do processo em duplicidade. Nesse sentido cita Madeira:

Quanto ao tema da litispendência e da coisa julgada, liga-se à ideia de que não é possível que a pessoa seja processada duas vezes pelo mesmo fato, ou seja, a ideia do *ne bis in idem*. A diferença entre ambos os institutos é a existência de coisa julgada: se ainda não houve, teremos hipótese de litispendência, se já tivemos teremos hipótese de exceção de coisa julgada.⁸⁴⁵

No entanto, na jurisprudência do STF e do STJ tem se verificado a admissão de um novo processo contra o agente quando, na segunda denúncia, é modificada a sua condição de autor para partícipe ou vice-versa.⁸⁴⁶

⁸⁴⁴ IMMICH, Micheli. O Princípio do *No Bis in Idem* no Direito Penal Brasileiro. JusBrasil. 2016. *Online*

⁸⁴⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁸⁴⁶ TAVORA, Nestor; Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal [livro eletrônico]. 11. ed. JusPodivm, 2016.

Ademais, diante dos inúmeros casos criminais que temos no Brasil, não seria de se espantar caso viesse acontecer a dupla condenação, tanto é que já ocorreu e o STJ entendeu que nesse caso deveria prevalecer a sentença mais favorável ao réu e não aquela que teve seu trânsito em julgado primeiro:

Constatado o trânsito em julgado de duas decisões condenando o agente pela prática de um único crime - a primeira proferida por juízo estadual absolutamente incompetente e a segunda proferida pelo juízo federal constitucionalmente competente -, a condenação anterior deve ser anulada caso se verifique que nela fora imposta pena maior do que a fixada posteriormente. Em primeiro lugar, faz-se necessário asseverar que o STJ já se pronunciou no sentido de que “A sentença proferida por juízo absolutamente incompetente impede o exame dos mesmos fatos ainda que pela justiça constitucionalmente competente, pois, ao contrário, estar-se-ia não só diante de vedado *bis in idem* como também na contramão da necessária segurança jurídica que a imutabilidade da coisa julgada visa garantir” (RHC 29.775-PI, Quinta Turma, DJe 25/6/2013). Com efeito, sopesando a garantia do juiz natural em face do princípio do *bis in idem*, deve preponderar este último como decorrência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito, consoante explícita o inciso III do art. 1º da CF. Cabe ressaltar, a propósito, que esse entendimento foi consolidado para, dando efetividade ao princípio do favor rei, impedir o início ou a continuidade de outro processo que tenha por objetivo discutir os mesmos fatos que já foram objeto de decisão anterior. A situação em análise, entretanto, é peculiar. Existem duas condenações transitadas em julgado, sendo que a primeira foi proferida por juízo estadual absolutamente incompetente e a segunda pelo juízo constitucionalmente competente, tendo este estabelecido, inclusive, quantum de pena inferior ao definido anteriormente. Dessa forma, nessa hipótese, considerando a situação mais favorável ao réu, bem como a existência de trânsito em julgado perante a justiça competente para análise do feito, deve ser relativizada a coisa julgada, de modo a tornar possível a prevalência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. (STJ, HC 297482/CE, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 12.05.2015).⁸⁴⁷

Como demonstrado o princípio *bis in idem* trata-se de um princípio fundamental do direito penal, princípio este totalmente esquecido quando se trata das coberturas jornalísticas, realizadas sem o devido conhecimento e cuidado com as informações, ocasionando uma influência negativa na sociedade.

Um dos casos, onde um dos acusados foi vítima da mídia sensacionalista foi a morte da Eliza Samudio, cujo suposto companheiro, o goleiro Bruno, foi condenado por ter assassinado e ocultado o cadáver da Eliza, bem como sequestrado o filho que possuíam juntos.

⁸⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 297482. Paciente: José Fabiano Nunes de Alencar. Relator: Ministro Felix Fischer. Ceará, 12 de maio de 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 26 ago. 2021.

O Grande clamor social que cercou o caso e a constante exposição através das mídias influenciou a sociedade a exigir a condenação a qualquer custo do goleiro. Como consequência teve diversos contratos cancelados e uma carreira acabada, bem como dificultada sua defesa diante do espetáculo que a mídia prestava.

No entanto, “deve-se ressaltar a importância do trabalho da imprensa e a relevância dos veículos de comunicação quando estes atuam como instrumentos informadores a serviço da sociedade”.⁸⁴⁸

Ocorre que, a partir do momento que a mídia se preocupa somente em emitir seus pré-julgamentos, fere os direitos e garantias fundamentais do acusado, ocasionando o conflito entre dois direitos, ocasionando

[...] exceção em que o direito fundamental à imagem poderá ser afastado para dar lugar a efetivação de outros direitos fundamentais, em especial ao da informação e da liberdade de imprensa. Estas hipóteses são importantes para comprovar que, no que tange aos conflitos entre direitos fundamentais, não se pode criar uma regra fixa ou uma fórmula única de resolução dessas colisões, devendo-se analisar caso a caso a melhor maneira de aplicação dos direitos em rota de choque, com vistas a privilegiar sempre o princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo essencial de todos os direitos fundamentais”.⁸⁴⁹

Portanto, não se pretende censurar o importante trabalho prestado pela imprensa em demonstrar a informação verdadeira dos fatos, o que se busca é o fim da dupla condenação que acarreta a violação aos direitos fundamentais do acusado, onde este é condenando pela mídia antes de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, e pior, o condenando a uma vida de miséria, uma vez que diante da exposição pela mídia sensacionalista teve sua vida completamente desestruturada, o privando da reintegração em sociedade.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Preliminarmente, convém destacar que o direito penal visa assegurar os valores fundamentais as pessoas, como à vida, à liberdade, à propriedade entre outros bens jurídicos, para isso, o Código Penal deverá seguir alguns princípios ditos como essenciais, ou seja, mesmo quem viola as normas da sociedade têm de ser tratado sob o viés humano. Destaca-se a proporcionalidade, no qual elenca que haverá respeito a dignidade da pessoa humana, bem como a humanidade, vedando a prisão perpétua ou tratamento degradante, logo, o preso tem que ser tratado com observância aos direitos fundamentais. Frisa-se que “qualquer construção típica, cuja o conteúdo

⁸⁴⁸ LOUREIRO, Fernanda Batista. A condenação antecipada do acusado em face da exposição exacerbada da mídia e da revogada lei de imprensa. Monografia - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 73. 2012. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/123456789/407>. Acesso em: 26 ago. 2021.

⁸⁴⁹ MAIA, Daniel. O direito fundamental à imagem na persecução penal brasileira. 2011. 120 f.: Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, 2011.

contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência do Estado”⁸⁵⁰.

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição federal de 1988 fundamenta que o direito penal do cidadão será aplicado a todas as pessoas, mas contrariando a Lei Maior nasceu através da idealização nazista e ganhou espaço pelo preconceito social, o direito penal do inimigo, no qual pode ser afirmar que é um instituto velho com novo nome, pois estabelece que a pessoa que comete determinado crime considerado grave é menos humana, assim estará sujeita as normas e aos princípios mais agressivos⁸⁵¹.

O direito penal do inimigo surgiu entre 1985 e 1990 foi desenvolvido pelo professor alemão Gunter Jakobs, no qual buscou diferenciar o direito penal do cidadão do direito penal do inimigo, no qual o direito penal do inimigo não tinha preocupação com os direitos humanos fundamentais, pois o Estado estava lidando com inimigo e não com cidadão. Logo, as normas devem ser diferentes considerando que a sociedade se encontra em um estado de guerra⁸⁵².

O direito penal do cidadão é o direito penal de todas as pessoas, desta feita, é o direito que respeita as normas fundamentais do Estado Democrático de Direito, já:

O “Direito Penal do Inimigo” representa uma guerra cujo caráter limitado ou total depende também de quanto se tema o inimigo. Trata-se de um modelo de política criminal que, logicamente, inspira uma dogmática penal e processual penal de combate do ordenamento jurídico contra indivíduos especialmente perigosos, como se o Estado não com cidadãos que eventualmente violaram a lei, mas ameaçasse seus inimigos⁸⁵³.

Gomes e Bianchini com sabedoria ímpar mencionam que o inimigo do Estado não é uma pessoa, por consequência, não poderá ter benefícios que são concedidos as pessoas, entretanto, surge a dúvida, como uma não-pessoa seria polo em ato processual penal legal? Todavia, para os defensores do direito penal do inimigo, para as não-pessoas seriam adequados o procedimento de guerra, tendo em vista, que deixa de ser membro do Estado, já que não ofereceu segurança as demais pessoas, não pode ser tratada como pessoa, pois isso, colocaria a sociedade em situação de vulnerabilidade⁸⁵⁴.

Quiza o inimigo do Estado é definido com base em sua periculosidade assim deverá ser tratado sob coação, no qual deverá ser punido com medida de segurança, logo, indiferente a sua culpabilidade, eis que interessa ao Estado somente a periculosidade do indivíduo, considerando que será observado o futuro, ou seja, o

⁸⁵⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23.

⁸⁵¹ DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁸⁵² GRECO, Rogério. Direito penal do inimigo. Jusbrasil, 2012. *online*.

⁸⁵³ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal do inimigo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP, 2020.

⁸⁵⁴ GOMES, Luiz Flávio.; BIANCHINI, Alice. Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal. Notícias Forenses, São Paulo, 2004. *online*.

perigo que ele poderá causar a sociedade, percebe-se que o direito penal do inimigo adianta a tutela penal⁸⁵⁵.

De acordo com professor espanhol Melia sob a perspectiva de Jakobs o direito penal do inimigo se caracteriza através de três elementos, *in verbis*:

en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de – como es lo habitual – retrospectivo (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas⁸⁵⁶.

Em linhas gerais, para aplicar uma norma mais agressiva é preciso separar quem é o inimigo do Estado, *a priori* são considerados como inimigos principalmente os terroristas, as pessoas que integram organizações criminosas, que realizam atos violentos ou sexuais, dentre outros crimes, diante disso, para os defensores de tal direito penal essas pessoas não podem receber as garantias fundamentais, por conseguinte devem ser condenadas com penas mais agressivas, eis que ocorre uma demonização do criminoso⁸⁵⁷.

No mesmo raciocínio Luís Greco tece críticas negativas ao direito penal do inimigo, bem como elenca três conceitos do direito penal do inimigo. O primeiro possibilita como um instrumento para assinalar com exatidão a norma positiva, logo, o ordenamento jurídico traria em seu bojo o direito penal do inimigo, o que significa afirmar que essas normas não seriam nem boas e nem ruins. O segundo conceito caracterizará os dispositivos como crítico-denunciadora, já que o termo direito penal do inimigo revela anti-liberal, uma vez que seria contrária ao Estado de Direito. Por fim, o terceiro e último conceito elenca que essa modalidade de direito penal estaria de acordo com a realidade social, ou seja, seria uma norma legítima. Todavia, “se quisermos que a razão mantenha o seu lugar no direito penal, não resta nele lugar algum para o direito penal do inimigo”⁸⁵⁸.

Por fim, inquestionável que o direito penal do inimigo é inconstitucional considerando que viola a Constituição Federal, já que afronta diversos princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa, da igualdade, da vedação de penas cruéis, do tribunal de exceção, da ampla defesa e do contraditório.

⁸⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio.; BIANCHINI, Alice. Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal. Notícias Forenses, São Paulo, 2004. *online*.

⁸⁵⁶ MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo:- “Derecho penal” del enemigo- Instituto de Derecho Penal, Madrid, n. 3, 2016. *online*.

⁸⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

⁸⁵⁸ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminas, v. 13, n. 56, p. 80-12, 2005, *online*.

3.1 VIOLAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELA MÍDIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Como já analisado a liberdade de expressão é um direito fundamental expresso na Constituição Federal, bem como o acesso à informação e, que o Código Penal Brasileiro tem como pilares a vedação do *in bis idem*, ou seja, uma pessoa não poderá condenada duas vezes pelo mesmo crime e que vigora o princípio da presunção de inocência, com isso, uma pessoa apenas será considerada culpada após o trânsito em julgado.

Destarte, no começo do século XXI a mídia de um modo geral foi a responsável por criticarem as normas penais, modulando os entendimentos da sociedade, haja vista, que a sociedade vinha sofrendo com a insegurança e viviam a maior parte do tempo amedrontada. A mídia utiliza do sensacionalismo e com reportagens chocantes que causa repulsa social para obter maior número de audiência⁸⁵⁹.

Diante deste cenário, o Estado Social foi esquecido e o Estado Penal foi elevado como importante no Brasil, todavia, nota-se que trata de um efeito cascata, tendo em vista, que com o passar dos anos o governo federal, estadual e municipal acabam diminuindo a verba da educação, lazer, cultura entre outros setores importantes para possibilitar uma vida digna, principalmente para aqueles que vivem em situação de vulnerabilidade social, e que as vezes, não possui o mínimo nem para comer, a consequência é nítida, há um aumento na criminalidade, fazendo com que parcela da sociedade comece a criticar os direitos fundamentais dos presos, essa realidade é escancarada no Brasil quando se acessa as notícias na mídia.

A mídia com informações sensacionalistas relativiza o princípio da presunção da inocência que é fundamental na seara criminal, ainda mais, quando existe um número expressivo de pessoas conectadas pelas redes sociais, fazendo surgir a sociedade do espetáculo. Desse modo, “a população, que muitas vezes só absorve as informações dadas, sem senso crítico e questionamentos, tomando os fatos narrados como verdades absolutas, passou a enxergar meros suspeitos como criminosos bárbaros”⁸⁶⁰.

Importante analisar casos reais que a mídia não respeitou o princípio da presunção de inocência e trouxe severos danos aos investigados.

Convém destacar o caso da Escola Base quando em 1994 os donos foram acusados de abuso sexual contra seus alunos, logo, o caso passou a ser investigado pela polícia, porém não havia provas sobre o suposto crime, os pais inconformado com o rumo tomado pelas investigações resolveram levar o caso a imprensa, a partir daí o caso tomou enormes proporções, ganhando manchetes em todo país e ainda jornais afirmavam que a kombi escolar era o motel da escola, outro jornal mencionava que havia consumo de drogas e que houve contaminação pelo vírus da AIDS, a população indignada com o crime passou a praticar atos de vandalismo contra a instituição de ensino, sendo que os donos necessitaram ficar escondidos para não serem linchados. O sensacionalismo da imprensa foi tanto que fez com que o delegado cometesse

⁸⁵⁹ GRECO, Rogério. Direito penal do inimigo. Jusbrasil, 2012. *online*.

⁸⁶⁰ MACHADO, Fernando da Silveira. Análise sobre o garantismo penal e a sua observância pela mídia (ou não) pela mídia: um estudo de caso. 2013. *online*

alguns erros. Com o fim da investigação chegou a conclusão que os acusados eram inocentes, mas os danos já estavam causados, sendo os acusados condenados pela mídia por um crime que nunca cometeram⁸⁶¹.

Outro caso emblemático foi o da médica Virgínia que foi presa no ano de 2013 sob acusação de que a profissional da saúde teria utilizado técnica médica para levar a óbito 7 pessoas que estavam internados no hospital em que trabalhava, pois, o objetivo era liberar leitos na unidade hospitalar. A princípio no ano de 2017 a médica foi inocentada, todavia, os prejuízos na vida pessoal e profissional da médica foram altíssimos. Porém, no presente ano, especificamente em maio de 2021, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu por 2 votos a 1 que a médica irá a júri popular, nota-se que enquanto não ocorrer o trânsito em julgado todos são inocentes, entretanto, a médica em questão já foi condenada pela mídia e pela sociedade.

Para Dotti com colaboração de Knopffholz e Scandelari, mencionam que:

A observação de NILO BATISTA é certa quando alude a um dos traços do novo sistema penal e conclui que “a mídia chamou a si o estratégico discurso do controle social penal. Os esgares do âncora de um telejornal com boa audiência são mais importantes para a política criminal brasileira do que a produção somada de nossos melhores criminólogos e penalistas. A universidade perdeu essa função, e um personagem novo surgiu para conceder autoridade ao editorial que clama por mais direito penal: o especialista, seja um aventureiro, seja mesmo um acadêmico, capaz de rapidamente – BORDIEU os denominou *fast thinkers* - dizer exatamente o que querem que ele diga”. (“Os sistemas penais brasileiros”, em *Novas tendências do Direito Penal*, p. 114). Na oportuna abordagem sobre Processo penal e mídia, a professora ANA LÚCIA MENEZES VIEIRA salienta que “a valorização da violência, o interesse pelo crime e pela justiça penal é uma prática enraizada na mídia, que encontra seu melhor representante no jornalismo sensacionalista. Utilizando-se de um modo próprio da linguagem discursiva, ágil, coloquial e do impacto da imagem, promove uma banalização e espetacularização da violência. O jornalismo informativo, que tem como principal característica buscar o fato despido de valorações, adjetivações ou da opinião pessoal do jornalista, cede espaço à mensagem dramática, narrada descompromissadamente, num discurso fragmentado ‘engendrado numa fala emotiva, envolvente, morna e difusa, onde o cotidiano dos marginais é posto como uma ficção sedutora” (p. 55)⁸⁶².

Assim, visível que a mídia deverá agir com cautela para não anular o princípio da presunção de inocência, pois caso o acusado seja inocente a mídia poderá condenar em uma pena que não será revista, logo, a mídia deve agir com ética, coibindo e evitando

⁸⁶¹ BAYER, Diego.; AQUINO, Bel. Da série “julgamentos históricos”: Escola Base, a condenação que não veio pelo judiciário. Justificando, 2014, *online*.

⁸⁶² DOTTI, René Ariel.; KNOPFFHOLZ, Alexandre (col.); SCANDELARI, Gustavo Britta (col.). Curso de direito penal: parte geral [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

informações sensacionalistas que visam unicamente a audiência, já que em um Estado Democrático de Direito as garantias fundamentais jamais poderão ser deixadas de lado, sob pena de um retrocesso social que causará danos a toda coletividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito a liberdade de expressão é essencial ao Estado Democrático de Direito, pois possibilita o exercício ao direito à informação. Porém o Estado fornece outros elementos fundamentais como princípio da ampla defesa, do contraditório, logo, todas as pessoas que são acusadas criminalmente, ou são expostas pela mídia, terá o seu direito de resposta e apresentar a sua versão dos fatos.

Na mesma seara, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal evoluíram ao ponto de todas as pessoas serem detentores dos direitos humanos, além do mais, o Brasil é signatário dos tratados internacionais sobre os direitos humanos, desta feita, todas as pessoas que são acusadas de crimes são tratadas como inocentes até o trânsito em julgado do processo, além de não ser permitido a dupla condenação.

Todavia, os casos criminais em diversas situações chamam atenção da mídia, fazendo com que esses crimes se tornem alvo de matérias sensacionalistas, por consequência, acabam não respeitam os direitos fundamentais dos acusados, diante disso, nota-se que há a mídia do espetáculo.

Esta mídia exerce o direito de liberdade de expressão, bem como de informar o cidadão, porém viola o direito a presunção de inocência, e do *in bis idem*, pois essas pessoas são elencadas como culpadas e que conforme analisado, elas ameaçadas pela população em geral, e caso não seja condenado pelo Poder Judiciário por serem inocentes já foram condenadas pela mídia, o que é tão devastador como o cumprimento de pena em estabelecimento prisional.

Nota-se que há um confronto de normas constitucionais, assim, deverá agir sobre o crivo da proporcionalidade, eis que não poderá ocorrer a censura da mídia, nem a condenação de pessoas, que, até então, são inocentes.

Por fim, percebe-se que a mídia deve informar a sociedade sobre os principais casos que ocorrem na sociedade, todavia, é imprescindível que respeite as normas constitucionais, como: a presunção de inocente, possibilitando o pleno exercício da cidadania, já que relativização desta norma ocasionará severos danos a toda coletividade, o que coloca em risco a democracia e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. Execução Penal [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Método, 2018.
- BAYER, Diego.; AQUINO, Bel. Da série “juízos históricos”: Escola Base, a condenação que não veio pelo judiciário. Justificando, 2014. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/12/10/da-serie-julgamentos-historicos-escola-base-a-condenacao-que-nao-veio-pelo-judiciario/>. Acesso em: 08 ago. 2021.
- BENTO, Ricardo Alves. Presunção de Inocência no Processo Penal. São Paulo. Quartier Latin do Brasil. 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 297482. Paciente: José Fabiano Nunes de Alencar. Relator: Ministro Felix Fischer. Ceará, 12 de maio de 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 26 ago. 2021.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- GOMES, Luiz Flávio.; BIANCHINI, Alice. Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal. Notícias Forenses, São Paulo, 2004.
- GRECO, Rogério. Direito penal do inimigo. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 08 ago. 2021.
- GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 13, n. 56, p. 80-12, 2005. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/15383/5266-Sobre-o-chamado-Direito-Penal-do-Inimigo-Lus-Greco.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2021.
- IMMICH, Micheli. O Princípio do No Bis in Idem no Direito Penal Brasileiro. JusBrasil. 2016. Disponível em: <https://michellipimmich.jusbrasil.com.br/artigos/321836790/o-principio-do-no-bis-in-idem-no-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 24 ago. 2021.
- LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal [livro eletrônico]. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- LOUREIRO, Fernanda Batista. A condenação antecipada do acusado em face da exposição exacerbada da mídia e da revogada lei de imprensa. Monografia - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 73. 2012. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/123456789/407>. Acesso em: 26 ago. 2021.
- MACHADO, Fernando da Silveira. Análise sobre o garantismo penal e a sua observância pela mídia (ou não) pela mídia: um estudo de caso. 2013.
- MAIA, Daniel. O direito fundamental à imagem na persecução penal brasileira. 2011. 120 f.: Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, 2011.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal Comentada [livro eletrônico]. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MELIÁ, Manuel Cancio. De nuevo: ¿ “Derecho penal” del enemigo? Instituto de Derecho Penal, Madrid, n. 3, 2016. Disponível em: <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/51>. Acesso em: 08 ago. 2021.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Direito penal do inimigo. Enciclopédia jurídica da PUC-SP, 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/419/edicao-1/direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 08 ago. 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. UNICEF. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 ago. 2021.
- REIS, Diego Pessoa Costa. O princípio da presunção de inocência e sua (in) observância por parte da imprensa. 2004. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4120>. Acesso em: 23 ago. 2021.
- TAVORA, Nestor; Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal [livro eletrônico]. 11. ed. JusPodivm, 2016.

ORDEM ECONÔMICA COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA SOCIAL NA REALIDADE BRASILEIRA

Francisco Cardozo Oliveira¹, Mara Denise Poffo Wilhelm², Gustavo Afonso Martins³,
Alcides Wilhelm⁴

1 INTRODUÇÃO

A consolidação de uma prática de capitalismo humanista depende do equilíbrio entre o desenvolvimento da atividade empresarial e a preservação da dignidade do trabalho, em um contexto social comprometido com a preservação do meio ambiente.

A abrangência do preceito constitucional relativo à ordem econômica, sob um olhar voltado a promoção da Justiça Social, exige observar um conjunto de fatores que compõem o sistema econômico e seus efeitos na realidade social brasileira.

Trata-se de preservar a dignidade da pessoa humana, medida pelo trabalho, compatibilizada com a preservação da empresa.

Nesse sentido, é necessário valorizar o trabalho como fonte de dignidade humana, em termos de garantia aos direitos fundamentais, com liberdade, e na busca do pleno emprego, entendido como fator de subsistência e garantidor da subsistência da pessoa, do crescimento e do desenvolvimento na sociedade.

Para que existam empregos, imprescindível a existência também de empresas, as quais, são geradoras de riquezas, promotoras do desenvolvimento social, fomentadora dos empregos, e contribuem significativamente na arrecadação dos tributos.

A ordem social inscrita na Constituição brasileira tem entre seus escopos o de preservar as empresas, dar condições para que exista estabilidade e ambiente negocial, com cargas tributárias igualitárias e justas e com a observância da intervenção autorizada nos termos estritamente autorizados pelas regras constitucionais.

A estabilidade da ordem social passa pela preservação do livre comércio, pela repressão a concorrência desleal e pelo tratamento diferenciado para empresas de pequeno e médio porte.

¹ Doutor em direito pela UFPR, Professor do PPGD do Unicuritiba e juiz de direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail xikocardozo@msn.com

² Advogada, Contadora e Administradora Judicial. Advogada, Contadora e Administradora Judicial. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e em Direito Processual Civil pela FURB. Mestranda em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) de Brasília/DF.

³ Doutorando e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Curso em Direito Internacional Público e Direitos Humanos - organizado pelo Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos. Universidade de Coimbra-Pt. Advogado. E-mail: gustavoamartins.cwb@gmail.com

⁴ Mestre em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Formado em Ciências Contábeis e em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Tem especialização em Gerência Contábil e Auditoria pelo Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). É especialista em Finanças Empresariais pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).

Em face desse contexto, coloca-se como problema de análise o seguinte: de que modo a ordem econômica constitucional e os pressupostos do capitalismo humanista contribuem para o desenvolvimento econômico, a preservação da empresa e a justiça social na realidade brasileira?

Para enfrentar o problema, a análise inicia identificando os fundamentos do capitalismo humanista; na sequência, examina-se os fundamentos da ordem econômica constitucional; ao final, a análise converge para a análise da conjugação entre trabalho digno e preservação da atividade empresarial.

Adota-se uma metodologia dedutiva, com apoio em referências bibliográficas e documentais.

2 FUNDAMENTOS DO CAPITALISMO HUMANISTA

O desenho capitalismo como regime econômico no Brasil se baseia em três pilares: a liberdade da iniciativa, na propriedade privada e no direito à herança. Nesse sentido Sayeg⁵ escreve o seguinte:

O Brasil é capitalista, como a maioria do mundo globalizado; sendo isto tão nítido na nossa Constituição Federal, que enuncia a liberdade de iniciativa como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, no artigo 1º, inciso IV, e fundamento da ordem econômica, no caput do art. 170 e, aliás, se explicita a liberdade de atividade econômica, no respectivo parágrafo único.

Na sequência Sayeg⁶ complementa:

O regime capitalista comporta existir tanto sem intervenção do Estado no exercício destes direitos de livre iniciativa e propriedade privada, o qual estrutura o liberalismo econômico; quanto, com intervenção do Estado, inclusive, como agente econômico direto, em nome próprio e por conta própria, o qual estrutura o dirigismo econômico, igualmente capitalista.

O regime capitalista ou a economia de mercado em termos de configuração de uma ordem econômica, no plano jurídico, comporta abertura e possibilita diferentes configurações na realidade social. O regime capitalista sofre transformações ao longo da história e se modifica de acordo com os desafios, tanto de ordem econômica, como de ordem social. Atualmente, na realidade brasileira, as práticas de mercado incorporam práticas neoliberais, e exigem articulação do Estado de modo a viabilizar

⁵ SAYEG, Ricardo Hasson. Práticas Comerciais Abusivas, ed. Edipro, Bauru, 1995, pg. 41.

⁶ SAYEG, Ricardo Hasson. O Capitalismo Humanista no Brasil.

Dados consultados e extraídos do sítio eletrônico, em 08/07/21: https://www.pucsp.br/capitalismohumanista/downloads/o_capitalismo_humanista_no_brasil.pdf

a atividade empresarial e seu potencial de gerar lucros. Contudo, do ponto de vista social, os indicadores sociais apontam que as práticas de mercado neoliberais, em que pese possam reduzir graus de pobreza, aumentam a desigualdade e potencializam conflitos sociais. Nesse sentido, pelo menos no Brasil, o neoliberalismo tem se mostrado limitado para garantir a todos vida digna e plena, evitar situações de desrespeito, assim como para preservar direitos e garantias.

Nos últimos tempos, aumentaram as desigualdades sociais. A concentração de renda de investidores, aliadas a políticas atrativas para reter recursos no mercado nacional, como exemplo, a alta taxa de juros, geram mais pobreza e ameaçam os direitos e a preservação da dignidade humana.

A evidência da necessidade avançar na melhoria das condições de vida se mostra nos resultados do IDH - Índice de Desenvolvimento Humano⁷, cuja fórmula traduz a medida resumida do progresso a longo prazo em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: renda, educação e saúde. O Brasil, numa pesquisa entre 189 países, no ano de 2020, ficou em 84º lugar, com o índice 0,762⁸.

Não é admissível que em pleno século XXI, apesar de todas as tecnologias da informação, desenvolvimento das estratégias industriais, avanço das relações comerciais, ainda existam pessoas morrendo de fome, considerando que o país, ano a ano, bate recordes na produção de alimentos, conforme ressaltado pelo IBGE⁹ no sentido de que *“A safra de alimentos no Brasil deve atingir o recorde de 264,5 milhões de toneladas em 2021. A estimativa é que supere em 4,1% a do ano passado, que somou 254,1 milhões de toneladas.”*

Os pressupostos do capitalismo humanista podem reorientadas as finalidades da economia de mercado ao colocar o ser humano como centro, em que o desenvolvimento econômico deve atuar em prol da humanidade, a favor do homem e do planeta, garantindo-se a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido Sayeg e Ballera¹⁰ afirmam que,

As presentes reflexões representam uma proposta de caminho jurídico que, por meio da Lei Universal da Fraternidade, *dentro do ambiente capitalista, revê-se apta a conduzir a humanidade, com liberdade, igualdade, na marcha para a democracia e a paz.* Pretendemos assim, por meio da concretização universal dos direitos humanos em suas três dimensões subjetivas – liberdade, igualdade e fraternidade -, *lançar um novo olhar jurídico sobre a*

⁷ IDH – Índice de Desenvolvimento Humano. Dados consultados e extraídos do sítio eletrônico, em 08/07/21: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>

⁸ Agência Brasil. Brasil fica em 84º lugar em ranking mundial do IDH. Dados consultados e extraídos do sítio eletrônico, em 08/07/21: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-12/brasil-fica-em-84o-lugar-em-ranking-mundial-do-idh>

⁹ IBGE. Estimativa do IBGE de abril prevê safra recorde para 2021. Dados consultados e extraídos do sítio eletrônico, em 08/07/21: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/economia/audio/2021-05/estimativa-do-ibge-de-abril-preve-safra-recorde-para-2021>

¹⁰ SAYEG, R. H.; BALLERA, W. O Capitalismo Humanista. Filosofia Humanista de Direito Econômico. Rio de Janeiro: KBR Editora Digital, 2011. op. Cit. P. 18

economia, elevando o mercado, de sua conhecida e mítica condição de ambiente selvagem e desumano, a uma economia humanista de mercado para satisfação universal do direito objetivo inato, correspondente a dignidade da pessoa humana em suas dimensões de democracia e paz. Como afirma Marques da Silva, 'a dignidade decorre da própria natureza humana.

O capitalismo humanista atua ao mesmo tempo para preservar a economia de mercado e a atividade empresarial capitalistas e para promover os direitos humanos e assegurar a preservação do meio ambiente. Busca-se preservar os trabalhadores dos riscos à saúde e a integridade e de compatibilizar o escopo de geração de lucros pelas empresas com a realização da justiça social.

O meio ambiente, não pode ser explorado pelo regime capitalista de forma a destruir ou esgotar todos os seus recursos naturais, mas sim, de forma consciente e preservadora do meio ambiente, tal como prega, o capitalismo humanista. Segundo Sayeg¹¹, o capitalismo humanista aponta soluções para o equilíbrio; diz ele,

Ipsa facto, para conformar o capitalismo com as exigências da atualidade em favor do Homem, de todos os Homens e do Planeta, é necessária a formulação de uma teoria jus-humanista de regência jurídica da economia e do mercado, que, sem abominá-lo, seja estruturante de um direito planetário imanente que faz emergir um Planeta Humanista de Direito que reclama juridicamente a concretização multidimensional dos direitos humanos na satisfatividade planetária da dignidade da pessoa humana; e, com pragmatismo, no mínimo, a consecução dos oito objetivos gerais identificados nas metas do milênio de: (1) - erradicar a extrema pobreza e a fome; (2) - atingir o ensino básico universal; (3) - promover a igualdade de gênero e a autonomia das mulheres; (4) - reduzir a mortalidade infantil; (5) - melhorar a saúde materna; (6) - combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças graves; (7) - garantir a sustentabilidade ambiental; e (8) - estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.

A adoção dos fundamentos do capitalismo humanista pode ampliar formas de integração social, mediante a redução das desigualdades, preservando-se a atividade empresarial. Nesse sentido, o capitalismo humanista pode fornecer os elementos finalísticos necessários para a conformação da ordem econômica desenhada na Constituição brasileira de 1988.

3 ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A constitucionalização da ordem econômica surgiu no Brasil com a Constituição de 1934, na tentativa de organizar a desordem gerada pelo liberalismo, impondo condicionamentos à atividade econômica, dos quais derivam os direitos econômicos.

¹¹ Idem.

Na Constituição de 1988, a ordem econômica, disciplinada pelo artigo 170, está baseada na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa, na função social da propriedade e preservação da concorrência.

Sobre a atuação do Estado a partir do texto constitucional, Silva¹² entende que nada mais é do que uma tentativa de ordenar a vida socioeconômica e isso é especialmente significativo, uma vez que impõe condições às atividades econômicas das quais derivam o direito econômico.

A garantia constitucional da livre iniciativa e da concorrência na ordem econômica constitucional brasileira protege a atividade empresarial e as práticas de mercado e, ao mesmo tempo, a cidadania, em termos de proteção a toda forma de trabalho digno e de resguardo dos interesses de consumidores. Com efeito, a regulação da concorrência pela ordem econômica constitucional rompe com o paradigma de equilíbrio natural dos mercados e coloca o Estado como fiador da estabilidade da atividade econômica. Trata-se, portanto, de uma forma de regulação a favor dos mercados, em consonância com os pressupostos do neoliberalismo. Já a garantia da livre iniciativa permite o desenvolvimento não apenas da atividade empresarial mas de toda a forma de trabalho capaz de assegurar a dignidade da pessoa humana.

A regulação da atividade econômica pela Constituição deve ser vista no contexto das práticas da *Lex mercatoria*, que configura um conjunto de usos ou costumes decorrentes de práticas comerciais, cujas regras e condutas são seguidas como força de lei; sobre a evolução da *Lex mercatoria*, Pessoa esclarece que ¹³:

Em um primeiro momento de sua evolução doutrinária, a *Lex mercatoria* consistia no reconhecimento e identificação de que certas práticas e hábitos dentro de um determinado meio profissional no comércio internacional, e que eram quase por si só reguladores de toda uma atividade em nível mundial. Essa unificação dos parâmetros mercantis internacionais, que começou como o clássico exemplo da London Corn Trade Association, em 1886, expandiu-se aos demais contratos que integram o comércio internacional.

Tradicionalmente, as práticas comerciais se guiam pelos costumes. Assim, a regulação constitucional da ordem econômica deve observar parâmetros capazes de assegurar que a atividade comercial esteja alinhada com os escopos de desenvolvimento econômico e justiça social. Daí que, numa concepção liberal, a regulação da atividade econômica deve operar por meio de regras gerais ou de princípios abstratos, de modo a ampliar os espaços de liberdade de contrato e de proteção dos direitos de propriedade e, de forma indireta assegurar desenvolvimento e justiça social. Deve-se considerar, contudo, que a ordem econômica constitucional comporta abertura capaz de assimilar formas de regulação da atividade econômica que, sem descuidar da preservação dos

¹² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros. São Paulo. 2017. Página 800.

¹³ Pessoa, Fernando José Breda. A Consolidação da *Lex Mercatoria* como forma de harmonização do Direito Privado. Dados consultados em 06/07/2021, através do link: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P_PR_1310b3b63e5d9945def41ded075a2ff8

contratos e da garantia dos direitos de propriedade, esteja mais diretamente vinculada a promoção direta do desenvolvimento econômico e de promoção da justiça social.

Com a evolução social e dos mercados surgiram novos arranjos internacionais, principalmente na década de 1990, em torno de onda mundial em favor de maior liberdade econômica, com privatizações e abertura dos mercados. Esse processo acabou denominado de globalização econômica. Embora esse processo tenha sido relevante para o desenvolvimento econômico, muitas empresas brasileiras sucumbiram nesse período, por não estarem preparadas para enfrentar a globalização.

A dinâmica da economia globalizada exigiu novos métodos de regulação da atividade econômica, representada no Brasil pela adoção de agências reguladoras, com redução do espaço de atuação política na atividade econômica, com seus reflexos no desenho da ordem econômica constitucional.

A globalização econômica fortaleceu estruturas empresariais que, em face do poder econômico adquirido, passaram a pressionar os Estados em busca de benefícios, incentivos fiscais e transferência de externalidades, com a consequente redução da capacidade de formulação e implantação de políticas públicas. Nesse contexto, reduziu-se a capacidade do Estado de garantir o implemento de direitos sociais ao mesmo tempo em que o mercado passou a ser visto como ambiente propício ao empreendedorismo pessoal e a satisfação de necessidades. Sobre a globalização e os riscos para a soberania Sarmiento¹⁴ afirma o seguinte:

Num cenário de globalização, os Estados nacionais são muitas vezes forçados a adaptar seu ordenamento às imposições da *lex mercatória*, sob pena de serem abandonados pelas empresas e investidores, em prejuízo da sua economia e mercado de trabalho. Ocorre que a *lex mercatória* se orienta pela busca da eficiência econômica, mas muitas vezes entra em choque com outras demandas sociais democraticamente articuladas no âmbito dos Estados. Porém, a convergência entre a *lex mercatória* e as expectativas e imposições internacionais, como o FMI, o Banco Mundial e a OMC, acaba restringindo de forma significativa o leque de opções dos Estados na regulação da atividade econômica, o que atinge sobretudo os países periféricos e subdesenvolvidos, limitando, na prática, a sua soberania.

Cabe mencionar um exemplo de concentração de poder, fruto da pesquisa jornalística realizada pelo Jornal El País¹⁵,

Hoje, a concentração de poder é especialmente clara no setor tecnológico. As cinco grandes – Apple, Google, Microsoft, Facebook e Amazon – são as mais valiosas da Bolsa. Sua capitalização oscila entre os 500 bilhões de dólares (1,6 trilhão de reais) do Facebook e os 850 bilhões de dólares (2,7 trilhões) da Apple. Com esse critério

¹⁴ Sarmiento, Daniel. Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais. Dados extraídos do seguinte link: https://idp.instructure.com/courses/1788/files/2396770?module_item_id=47965

¹⁵ Jornal El País. Quando as Empresas são Mais Poderosas que os Países. Dados consultados e extraído do sítio eletrônico, em 06/07/21: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html

– um tanto volátil, mas indicador do potencial de uma empresa –, *se a Apple fosse um país, teria um tamanho similar ao da economia turca, holandesa ou suíça*. O Vale do Silício, além disso, tem uma presença considerável nos novos negócios: *o Google abocanha 88% da fatia de mercado de publicidade on-line. O Facebook (incluindo Instagram, Messenger e WhatsApp) controla mais de 70% das redes sociais em celulares. A Amazon tem 70% da fatia de mercado dos livros eletrônicos e, nos Estados Unidos, absorve 50% do dinheiro gasto em comércio eletrônico*.

Pode-se questionar se a ordem econômica baseada no modelo da fábrica está em vias de esgotamento em face da cultura digital. Os modelos de negócios estão se transformando de forma rápida. As tradicionais indústrias, que empregavam em três turnos centenas de funcionários, maquinários, estruturas, depósitos, visíveis aos olhos, migraram para formas de terceirização, o mundo ficou acessível para a realização de negócios, houve crescimento exponencial de negócios digitais, com pessoas alocadas em diversas regiões do mundo e a redução de estruturas físicas.

O que se observa, atualmente, é que globalização econômica parece encontrar limites na exata medida em que se reforçam práticas de protecionismo que podem exigir redirecionamento dos escopos inerentes a regulação constitucional da ordem econômica.

A regulação da ordem econômica constitucional, nesse contexto, precisa encontrar meios de inovar para preservar a legitimidade do Estado Democrático de Direito. Não se trata de cercear a economia ou querer impor barreiras, retroagindo aos primórdios, mas estabelecer regras que possam preservar a atividade empresarial e assegurar justiça social.

Resulta necessário, portanto, evidenciar o modo como a relação entre trabalho digno e efetividade do princípio de preservação da atividade empresarial pode contribuir para o escopo de finalidades da ordem econômica constitucional compatíveis com os pressupostos de um capitalismo humanista comprometido com o desenvolvimento econômico e a justiça social.

4 O TRABALHO COMO FONTE DA DIGNIDADE HUMANA

O trabalho está associado ao longo da história a organização social e econômica da vida em comunidade. Nesse sentido, Leite¹⁶, lembrando Marx, assinala que o trabalho surge da necessidade de transformar a natureza para a produção de bens voltados a atender as necessidades humanas. No trabalho, portanto, se manifestam duas ordens de necessidades humanas complementares: a necessidade de produzir coisas e a de, por meio dessa produção, suprir as necessidades de sobrevivência no

¹⁶ Leite, Ângelo Antônio Macêdo. O Trabalho e a Origem do Homem em Sociedade: Uma Análise através da Filosofia de Marx e Lukács. Cadernos Cajuína. V.2, N.2, 2017, p.79. Dados consultados e extraído do sítio eletrônico, em 04/07/21: <https://cadernoscajuina.pro.br/revistas/index.php/cadcajuina/article/view/151/100>

mundo. Na dinâmica história, contudo, a correlação entre essas duas necessidades assumiu contornos dramáticos bastando mencionar a questão da escravidão, de redução do homem à coisa. Assim, assume relevância a qualificação do trabalho como expressão da dignidade da pessoa humana. Sob essa ótica, Grau¹⁷ afirma que:

a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, sem sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar.

A Constituição brasileira de 1988 na regulação da ordem econômica respaldou o compromisso da ordem jurídica brasileira com a promoção do trabalho como expressão da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido Grau¹⁸ afirma que,

No quadro da Constituição de 1988, de toda sorte, da interação entre esses dois princípios e os demais por ela contemplados – particularmente o que define como fim da ordem econômica (mundo dos ser) assegurar a todos existência digna – resulta que valorizar o trabalho humano e tomar como fundamental o valor social do trabalho importa em conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores) tratamento peculiar.

Não há, portanto, como negar a essencialidade do trabalho tanto para a vida em sociedade como para própria sobrevivência. Contudo, a conexão entre trabalho e sobrevivência na sociedade de consumo precisa considerar o que assinala Tércio Sampaio Ferraz Junior a da diferenciação entre trabalho propriamente dito e labor; segundo ele, no mundo fabril, o trabalho ganha sentido como forma de produção de coisas, de objetos de uso; já na sociedade de consumo o trabalho se reduz a labor e, dessa forma, se transforma em instrumento de produção, similar as máquinas. Tércio Sampaio¹⁹ afirma que, com isso,

se instaura uma nova mentalidade, a mentalidade da máquina eficaz, que primeiro uniformiza coisas e seres humanos, para depois desvalorizar tudo, transformando coisas e homens em bens de consumo, isto é, bens não destinados a permanecer, mas a serem consumidos e confundidos com o próprio sobreviver, numa escalada em velocidade, que bem se vê na rapidez com que tudo se supera, na chamada civilização da técnica.

O desafio para a sociedade de consumo é evitar que o trabalho se reduza a

¹⁷ Grau, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18a. edição. Malheiros Editores. São Paulo, 2017. Pg. 192/193.

¹⁸ Idem, pg. 194.

¹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Editora Atlas, 1990, p. 31.

assegurar a sobrevivência da pessoa, no limite de transformá-la ela própria em objeto de consumo. Emerge desse risco a importância do escopo de assegurar o trabalho digno que não se restringe a preservar a sobrevivência da pessoa, mas permita o que é mais importante que a realização do seu projeto de vida.

E nessa direção que, na Constituição brasileira de 1988 o trabalho ganha contornos de direito fundamental o (art. 5, XIII)²⁰, reforçado quando vinculado a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (art. 170, VIII)²².

A garantia do trabalho digno, na realidade brasileira, observa uma dinâmica que não pode ser dissociada das crises econômicas e sociais, bem como dos escopos de gestão da atividade empresarial.

Em razão das novas exigências produtivas, o direito ao trabalho digno no Brasil sofre duas ordens de impacto, a da terceirização e da flexibilização da legislação trabalhista, que conduziram ao que tem sido denominado de precarização do trabalho e do emprego. Sobre essa questão Giovanni Alves²³ afirma que,

Por trás da lógica da precarização do trabalho, que atinge parcelas das firmas de subcontratação da cadeia produtiva está a necessidade das grandes empresas – e de seus fornecedores de primeira, segunda e terceira linha – de descentralizar a produção, com o objetivo de reduzir custos, repassando os riscos dos negócios para as pequenas empresas e, por conseguinte, para as condições de trabalho, emprego e salário.

Ao que parece, na sociedade em que a economia cada vez mais se apoia em tecnologias informativas e digitais, o modelo de emprego e de assalariamento entra em crise em face de um modelo de gestão empresarial comprometida com a redução de custos de produção. A redução de obtenção de renda por meio de empregos tem buscado compensação na difusão de formas de empreendedorismo, em que a própria pessoa se lança no mercado em busca de ganhos.

No limite, estão em causa os riscos inerentes a garantia na realidade social e econômica brasileira do direito ao trabalho digno, que não esteja limitado a assegurar a sobrevivência, que podem ser superados desde um compromisso da atividade empresarial com os escopos de justiça social.

²⁰ Constituição Federal. Art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”;

²¹ Constituição Federal. Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”;

²² Constituição Federal. Art. 170º: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VIII - busca do pleno emprego”;

²³ ALVES, Giovanni. O novo (e precário) mundo do trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 2000, p. 265.

5 EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DE PRESERVAÇÃO DAS EMPRESAS

As empresas constituem unidades sistêmicas geradoras de riquezas e de empregos, com papel de destaque na evolução da sociedade. Essa relevância está contemplada nos preceitos constitucionais, que se identifica no artigo 170²⁴, caput, (incisos I a IX) e seguintes da Constituição brasileira de 1988, principalmente quando se refere a que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho e da livre iniciativa, com o respeito a propriedade privada e a sua função social, a livre concorrência, emprego pleno, tratamento diferenciado a empresa pequena e de médio porte nacional. Sobre a importância deste preceito constitucional, Horta²⁵ afirma o seguinte:

A Ordem Econômica e Financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, uma parte do todo constitucional e nele se integra. A interpretação, a aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajustamento permanente das regras da Ordem Econômica e Financeira às disposições do texto constitucional que se espraiam nas outras partes da Constituição. A Ordem Econômica e Financeira é indissociável dos princípios fundamentais que a Constituição colocou na meta constitucional da República Federativa. A Ordem Econômica e Financeira é, por isso, instrumento para construção de uma Sociedade livre, justa e solidária. É a fonte das normas e decisões que permitirão à República garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação - grifos.

O desenvolvimento econômico está atrelado a atividade empresarial, conforme afirma Wilhelm²⁶:

É possível concluir que um sistema econômico sem empresas, dada a sua relevância no contexto econômico e social, é inimaginável. São elas, em regra, que determinam o quão forte pode ser a economia de um Estado. Quanto mais desenvolvidas forem as empresas, mais desenvolvido será o Estado, com geração de riqueza e bem-estar social, beneficiando-se o Estado deste círculo virtuoso para realizar seus objetivos.

Na regulação da ordem econômica constitucional brasileira a efetividade do princípio da preservação da empresa está atrelado a três principais propósitos: o do favorecimento e proteção da pequena empresa, tratamento tributário justo, e regulação eficaz das práticas de concorrência.

²⁴ Constituição Federal. Art. 170, parágrafo único: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

²⁵ HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 301.

²⁶ WILHELM, Alcides. A Efetividade da Recuperação Judicial e a Preservação da Empresa. Curitiba: Instituto Memória, 2020, p. 37.

A importância do favorecimento e proteção a pequena empresa resulta da capacidade desse tipo de atividade empresarial gerar renda e ocupação. Sobre o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, Grau²⁷ destaca o seguinte:

O último dos chamados princípios da ordem econômica é o do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (art. 170, IX, na redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n. 6/95). O preceito originariamente referia tratamento favorecido para *as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Trata-se, formalmente, de princípio constitucional impositivo (Canotilho), já que a Constituição como princípio o tomou; daí o seu caráter constitucional transformador. Não se consubstancia, no entanto, como os demais princípios da ordem econômica, uma diretriz (Dworkin) ou norma-objetivo. Ainda assim, fundamental a reivindicação, por tais empresas, pela realização de políticas públicas.*

Coloca-se para o Estado, portanto, a obrigação de elaborar políticas públicas de tratamento diferenciado para a pequena e média empresa que, nesse sentido, assume a natureza de meio de obtenção de renda e de realização do trabalho digno.

O compromisso com uma tributação justa para as empresas e pessoas físicas pode contribuir para ampliar a justiça social.

O Brasil historicamente possui uma carga tributária elevada, que segundo a pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Economia (IBRE)²⁸, em 2019 foi de 32,52% do PIB e em 2020 de 31,64%.

Mas o maior problema da tributação no Brasil não chega a ser o montante da carga de tributos e a complexidade de exigências fiscais que recai sobre empresas e pessoas, mas o fato dela atuar para concentrar renda e acentuar desigualdades. Com efeito, os impostos indiretos atingem indistintamente pessoas de baixa renda, enquanto as pessoas de renda média e alta são relativamente poupadas na cobrança de impostos diretos, como o imposto de renda.

Por outro lado, não se observa na tributação o princípio da isonomia. Ao invés do Estado atuar para proteger e gerar incentivos para indústria nacional, na verdade, ocorre o inverso, com tratamento benéfico para tecnologias importadas, que reduz o potencial de desenvolvimento tecnológico do país.

Os benefícios tributários a produtos importados foram introduzidos no ordenamento jurídico através da Resolução n. 13, de 25 de abril de 2012, em que estabelece alíquotas diferenciadas de Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Municipal e Comunicação (ICMS), dando tratamento tributário mais vantajoso ao produto

²⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 251.

²⁸ Observatório de Política Fiscal. Instituto Brasileiro de Economia. Dados consultados e extraído do sítio eletrônico, acesso em 23/06/21: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/posts/carga-tributaria-no-brasil-1990-2020>

importado. A forma como esse benefício ao produto importado ocorre esta elucidada por Wilhelm²⁹, no seguinte sentido:

A Resolução n. 13, em síntese, proporcionou a aplicação de uma alíquota de 4% nas operações interestaduais para bens ou mercadorias importadas do exterior, ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou recondicionamento, que resultem de mercadorias ou bens com conteúdo de importação superior a 40%; ou seja, os bens ou mercadorias nacionais possuem alíquotas, em regra, de 7% a 12% sobre operações interestaduais, prejudicando dessa forma a economia nacional e a preservação das empresas.

A questão de benefícios tributários evidencia o modo como o conflito distributivo resultante da desigualdade se espelha na partilha orçamentária. Já não são apenas os benefícios sociais que consomem recursos; os variados benefícios fiscais indicam que o mercado também se articula pela disputa de recursos orçamentários.

A crise de governabilidade debitada ao excesso de gastos com benefícios sociais, que teria conduzido aos limites do Estado de bem-estar social pode estar assumindo uma nova dinâmica em que a tributação e os recursos orçamentários atendem a interesses do mercado; essa situação, ao que parece, observada a realidade social e econômica brasileira, não reduz o potencial de crise na medida em o desatendimento de demandas sociais aprofunda os riscos de legitimidade do Estado, conduz a polarização e a anomia social.

O Estado também deve promover a livre concorrência e criar mecanismos para coibir práticas desleais no comércio.

Segundo João Bosco Leopoldino da Fonseca³⁰, para garantir o equilíbrio é necessário que existam políticas de proteção da concorrência, pois o mercado é baseado na livre iniciativa e ele se torna mais dinâmico e produtivo para os sistemas econômicos evitando formas nocivas de concentração.

A doutrina diferencia a concorrência desleal e a infração a ordem econômica, apesar de ambas serem reprimidas no Direito Brasileiro; nesse sentido Souza³¹ afirma que,

nota-se que a infração contra a Ordem Econômica abrange um universo muito maior, uma vez que são milhares e milhares de interesses que podem ser envolvidos, desse modo, a concorrência ilícita ameaça toda a estrutura da economia de mercado, sendo extremamente ampla, constituindo, assim, o plano macrojurídico.

²⁹ WILHELM, Alcides. A Efetividade da Recuperação Judicial e a Preservação da Empresa. Curitiba: Instituto Memória, 2020, p. 56.

³⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 8.

³¹ Souza, Simone Letícia Severo. Das Práticas Concorrenciais Ilícitas: as Diferenças entre a Concorrência Desleal e Infração à Ordem Econômica. Revista de Direito Brasileiro. São Paulo/SP, maio/ago. 2016. Dados consultados e extraídos do sítio eletrônico, em 02/07/21, pág. 222 <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2947/2734>

As lesões produzidas pela concorrência desleal não alcançam outros interesses imediatos, a não ser do próprio empresário vitimado pela prática irregular, além de não comprometer as estruturas da livre concorrência com interesse difuso, configurando, assim, o plano microjurídico. Desta forma a concorrência desleal envolve precipuamente demandante e demandado, enquanto a infração da Ordem Econômica com sua amplitude tem maior para toda a economia (sic).

Preservar a concorrência constitui tarefa que, para além de beneficiar a atividade empresarial, protege os consumidores no mercado e assegura a estabilidade do regime de preços.

A efetividade do princípio de preservação da empresa, considerado o regulado pela ordem econômica constitucional no Brasil, depende da proteção da pequena empresa e de sua capacidade de gerar ocupação e renda, do compromisso com uma tributação justa e da regulação eficiente da concorrência nos mercados.

Assegurar a preservação da empresa implica reconhecer o papel do mercado, nas sociedades contemporâneas, de atuar para ampliar formas de liberdade social, mediante o acesso a renda, bens e serviços necessários a realização do projeto de vida das pessoas. Consequentemente, por meio da preservação da empresa, assegura-se o propósito da ordem econômica de promover justiça social.

CONCLUSÃO

Colocou-se como problema de análise identificar o modo como a ordem econômica constitucional e os pressupostos do capitalismo humanista contribuem para o desenvolvimento econômico, a preservação da empresa e a justiça social na realidade brasileira.

No desenvolvimento da análise ficou evidenciado que entre os pressupostos do capitalismo humanista está o de promover a atividade empresarial comprometida com os valores da pessoa humana. Nesse sentido, os fundamentos do capitalismo humanista podem contribuir para os escopos finalísticos da ordem econômica tutelada na Constituição brasileira de 1988, fundamentada na realização da dignidade da pessoa humana, mediante a promoção do trabalho digno, da livre iniciativa e da regulação da concorrência.

A análise buscou particularizar a incidência dos fundamentos do capitalismo humanista na ordem econômica constitucional em torno da questão da promoção do trabalho digno e na efetividade do princípio da preservação da empresa.

A análise parece convergir para uma síntese indicativa de que a assimilação dos pressupostos do capitalismo humanista, na estrutura normativa da ordem econômica constitucional no Brasil, exige promover o trabalho digno, que não esteja restrito a assegurar a sobrevivência, mas permita atender minimamente o projeto de vida da pessoa, e garantir a efetividade do princípio da preservação da empresa, no propósito de reconhecer o papel do mercado de ambiente social e econômico de ampliação

da liberdade social. Nessa perspectiva, a defesa de um capitalismo humanista, que conecta a ordem econômica com os objetivos de justiça social, não corre o risco de reduzir-se a mera instrumentalização mercantil do cuidado fraterno com outro, magistralmente medido pelo Apóstolo Paulo na Carta aos Coríntios pela fé, pela caridade e pelo amor, sendo certo que, em termos de desenvolvimento econômica e justiça social, a caridade é sempre mais.

REFERÊNCIAS

- Agência Brasil. Brasil fica em 84º lugar em ranking mundial do IDH. Dados consultados e extraídos do sítio eletrônico, em 08/07/21: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-12/brasil-fica-em-84o-lugar-em-ranking-mundial-do-idh>
- ALVES, Giovanni. O novo (e precário) mundo do trabalho. São Paulo: Boitempo Editora, 2000.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1990.
- BORTOLETO, Leandro. Direito Administrativo. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ENGELS, F. Sobre o Papel do Trabalho na Transformação do Macaco em Homem. In: Antunes. R. (org.). A dialética do trabalho: Escritos de Marx e Engels. São Paulo: Expressão Popular, 2004.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Editora Atlas, 1990.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 18a. edição. Malheiros Editores. São Paulo, 2017.
- HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995
- IBGE. Estimativa do IBGE de abril prevê safra recorde para 2021. Dados consultados e extraídos do sítio eletrônico, em 08/07/21: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/economia/audio/2021-05/estimativa-do-ibge-de-abril-preve-safra-recorde-para-2021>
- IDH - Índice de Desenvolvimento Humano. Dados consultados e extraídos do sítio eletrônico, em 08/07/21: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>
- EL PAIS, Jornal. Quando as Empresas são Mais Poderosas que os Países. Dados consultados e extraído do sítio eletrônico, em 06/07/21: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html
- LEITE, Ângelo Antônio Macêdo. O Trabalho e a Origem do Homem em Sociedade: Uma Análise através da Filosofia de Marx e Lukács. Cadernos Cajuína. V.2, N.2, 2017, p.79. Dados consultados e extraído do sítio eletrônico, em 04/07/21: <https://cadernoscajuina.pro.br/revistas/index.php/cadcajuina/article/view/151/100>
- Observatório de Política Fiscal. Instituto Brasileiro de Economia. Dados consultados e extraído do sítio eletrônico, acesso em 23/06/21: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/posts/carga-tributaria-no-brasil-1990-2020>
- PESSÓA, Fernando José Breda. A Consolidação da *Lex Mercatoria* como forma de Harmonização do Direito Privado. Dados consultados em 06/07/2021, através do link: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/P_PR_1310b3b63e5d9945def41ded075a2ff8
- SAYEG, Ricardo Hasson. Práticas Comerciais Abusivas, ed. Edipro, Bauru, 1995.
- SAYEG, Ricardo Hasson. O Capitalismo Humanista no Brasil. Dados consultados e extraídos do sítio eletrônico, em 08/07/21: https://www.pucsp.br/capitalismohumanista/downloads/o_capitalismo_humanista_no_brasil.pdf
- SAYEG, R. H.; BALERA, W. O Capitalismo Humanista. Filosofia Humanista de Direito Econômico. Rio de Janeiro: KBR Editora Digital, 2011.
- SAYEG, Ricardo Hasson. Capitalismo Humanista. Dados consultados e extraídos do sítio eletrônico, em 08/07/21: <https://www.pucsp.br/capitalismohumanista/apesar.html#>
- SARMENTO, Daniel. Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais. Dados extraídos do seguinte link: https://idp.instructure.com/courses/1788/files/2396770?module_item_id=47965
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direito Constitucional Brasileiro. Edusp – Editora Universidade de São Paulo. 2021. São Paulo.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros. São Paulo. 2017.
- SOUZA, Simone Leticia Severo. Das Práticas Concorrenciais Ilícitas: as Diferenças entre a Concorrência Desleal e Infração à Ordem Econômica. Revista de Direito Brasileiro. São Paulo/SP, maio/ago. 2016. Dados consultados e extraídos do sítio eletrônico, em 02/07/21: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2947/2734>
- WILHELM, Alcides. A Efetividade da Recuperação Judicial e a Preservação da Empresa. Curitiba: Instituto Memória, 2020.

DIREITO À VIDA NA JURISPRUDÊNCIA PRÓ-ATIVA DO STF

Nicolli Cristine Fava ⁸⁶³, Luiz Gustavo de Andrade⁸⁶⁴

INTRODUÇÃO

Este artigo apresentará conceitos e, essencialmente, o processo de mutação de valores pelos quais passa uma sociedade, com foco voltado para certa evolução linear. Dados e casos julgados pelos Tribunais Estaduais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal serão descritos e meticulosamente analisados.

A importância deste estudo encontra-se, sobretudo, na análise e posicionamento do Direito frente às mudanças enfrentadas e vivenciadas pelo corpo social: se ele acompanha e como o faz. Abordará o *modus operandi* usado pela sociedade para promover, mesmo que de forma um tanto quanto mais lenta, as alterações necessárias e pertinentes para tanto, no ordenamento jurídico como um todo, ou seja, como a sociedade positiva, de fato, o Direito.

Tratará da vida como direito fundamental que é. Apresentará conceitos doutrinários e legais, bem como a forma como foram construídos. Exporá, também, seu tratamento legislativo no decorrer dos anos, pelas diferentes legislações vigentes no país, bem como breves comparativos com legislações e tratados estrangeiros. Abordará a íntima relação existente entre vida e dignidade da pessoa humana, além da forma como juntas são tratadas pelo ordenamento jurídico.

Apresentará casos de destaque no cenário jurídico brasileiro, todos eles com decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça. Entre eles a ADI 3.510 que trata de possível inconstitucionalidade na Lei de Biossegurança, essencialmente no que diz respeito à utilização de células-tronco embrionárias para pesquisas; a autorização judicial concedida pelo julgamento da ADPF 54 – o caso dos fetos anencéfalos – e toda discussão que perdurara oito anos nos tribunais, inclusive dando ensejo ao debate para possível elasticidade na lei para legalização do aborto em sentido *latu e*; finalmente do HC 124306/STF, que permitira, ainda que para um único caso, o aborto sob a justificativa de ocorrência até o terceiro mês de gestação.

Por fim trará a construção acerca dos valores sociais diretamente relacionados à vida e sobre os julgados até então demonstrados. À título de comparação – principalmente no que tange o ativismo do Poder Judiciário – fora mostrada

⁸⁶³ Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pelo Centro Universitário Uniamérica. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Integrante do Grupo de Pesquisa “Hermenêutica Constitucional e a Concretização dos Direitos Fundamentais na Pós-Modernidade”, no Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba).

⁸⁶⁴ Advogado. Mestre em Direito pelo Unicuritiba. Especialista em Direito Processual pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro. Graduado pela Faculdade de Direito de Curitiba (Unicuritiba) Professor da Graduação e da Pós-Graduação do curso de Direito da Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Membro da Comissão de Gestão e Controle da Administração Pública da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraná (OAB-PR). Membro Fundador do Instituto Mais Cidadania. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Política (ABRADEP).

a análise de inconstitucionalidade superveniente por omissão do caso da união estável homoafetiva, julgado pela ADPF 132 e como o pensamento do coletivo social muda e pode influenciar aquilo que está ou virá a ser positivado em lei.

1 VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Vida e dignidade da pessoa humana: ambos compõem a base do invólucro de direitos chamados fundamentais. Aqueles intrínsecos a todo e qualquer indivíduo humano e, conseqüentemente, essências à sua existência. Distinção bastante pertinente, nesse sentido, é aquela feita entre direitos fundamentais e direitos humanos. O primeiro deles é observado em âmbito nacional através de, por exemplo, Magnas Cartas e Constituições Republicanas; já o segundo refere-se à proteção em âmbito internacional, como por intermédio de tratados entre países. Também é possível, num mesmo paralelo, ligar o direito fundamental ao positivo – aquele efetivamente escrito como norma – e o humano ao natural, cuja definição serve de base ao primeiro deles. É, por assim dizer, a partir do direito natural que surgem as primeiras concepções acerca dos direitos fundamentais.

Ainda a esse respeito a doutrina, principalmente a jurídica, cria subdivisões. Espécies de caixas chamadas *dimensões dos direitos fundamentais*. Nelas, há preocupação em determinar o que o Direito protege em cada uma de suas bases ou fases históricas. São, especialmente, três: a primeira delas inseriu-se no contexto liberal-burguês, onde a intervenção estatal era minimamente ativa, permitindo ao particular agir de acordo, somente, com interesses próprios. Pode-se dizer que a preocupação e a proteção sobre a vida surgem nesse momento, mesmo não tratando efetivamente de coletividade, mas substancialmente de ideais como vida, liberdade e igualdade – os chamados ideais da Revolução Francesa – todos eles sob a ótica privada; a partir da segunda dimensão aborda-se o caráter social, fundado na preocupação com o bem estar social, ainda que voltado ao indivíduo. Sobre a primeira e segunda dimensões, Sarlet⁸⁶⁵ aponta a seguinte ligação: “[...] também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão”; a terceira delas passa a tutelar o indivíduo já deveras inserido num contexto social-coletivo. Sobre essa última, prossegue Sarlet:

[...] A nota distintiva destes direitos de terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.⁸⁶⁶

⁸⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 57.

⁸⁶⁶ SARLET, 2012. p. 58.

Vida é base. Diz-se que dela surgem todos os demais direitos pertencentes à raça humana. No Brasil, o regramento máximo para esta é encontrado na Constituição da República, datada de 1988. Sobre esse documento, a hoje Ministra Carmen Lúcia demonstra que, uma vez construída base acerca da vida e sua definição – que jamais única – atrela-se à essa o conceito de dignidade da pessoa humana. Assim, aquele que possuir vida deve ter garantida, também e por consequência, sua dignidade. Ela trata vida, dignidade, homem e direito como peças de um mesmo quebra-cabeça. Sobre isso: “[...] o direito põe-se como uma forma de se dotar de certeza a vida de cada um e a vida com os outros. É o bem supremo e primário a partir do qual os outros direitos se estruturam”.⁸⁶⁷ E segue pontuando: “[...] O direito cuida da vida. Qualquer vida. Quanto mais vida, mais direito. Quanto mais eficaz o direito, melhor a vida. Ou mais garantida em sua dignidade tranquila e segura do outro e com o outro”.⁸⁶⁸ Ainda pela mesma autora, uma última concepção acerca de vida e dignidade da pessoa humana:

A dignidade como princípio constitucional é de toda a existência, não apenas do viver humano. Põe-se, portanto, como valor moral e social que se faz princípio constitucional e se impõe como norma de que não se pode escusar qualquer pessoa e que estende os direitos e os deveres da vida para além do indivíduo. O direito à existência digna abrange o direito de viver com dignidade [...]. O direito contemporâneo não reconhece a garante apenas o direito à vida (ou o direito à existência), mas a vida digna (ou a existência digna).⁸⁶⁹

Não há que separar, portanto, vida e dignidade. Andam, ambas, de mãos dadas. Vida, no ordenamento jurídico brasileiro, encontrará proteção, para além da Magna Carta, no Código Civil – 2002 – observada proteção e relação com os chamados direitos de personalidade. Noutro documento, o Código Penal Brasileiro a protegerá como *ultima ratio*, ou razão extrema e finalista do direito.

Quanto à dignidade, há quem a poste como termo, ao mesmíssimo tempo, rico e raso de justificação. É, sobretudo, amplamente subjetivo, uma vez que não se possa defini-lo em poucas e breves palavras, sua lógica integra o senso comum. Mesmo que não de forma uníssona, todo e qualquer indivíduo sabe ou é capaz de compreender o peso que os termos dignidade da pessoa humana carregam consigo. Dentro dum apanhado de autores, Weyne, por exemplo, declara ser impossível precisar quando o termo surgira, em que pese afirmar que antes mesmo de pertencer ao direito positivo, pertencera às ideias relativas a filosofia e à teologia. Neste sentido é possível vislumbrar que, como tudo aquilo que o Direito positiva, esse tema fora profundamente pensado. Traz logo no início de sua obra, certa questão etimológica:

[...] “dignidade”, sem estar acompanhada do adjetivo “humana”, tem como ponto de partida o verbo latino decet (“ser conveniente”), de onde provém o adjetivo dignus (“que convém a”, “merecedor”,

⁸⁶⁷ ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 14.

⁸⁶⁸ ANTUNES ROCHA, 2004. p. 15.

⁸⁶⁹ ANTUNES ROCHA, 2004. p. 26.

“digno de”) e o substantivo dignitas (“dignidade”, “mérito”, “nobreza”, “excelência”). Em todo caso, a palavra “dignidade” remete à noção de “respeitabilidade”⁸⁷⁰

Se traçado paralelo entre dignidade e ordenamento jurídico, seus primeiros traços remontam ao período da Alemanha Nazista e, principalmente, nas duas Grandes Guerras Mundiais. Constituições espalhadas mundo afora, a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração dos Direitos do Homem (1948) são fortíssimos exemplos da positivação do princípio, hoje, além de Constitucional, universalmente reconhecido. Compreendido até mesmo quando se busca, propositadamente, feri-lo.

A Antiguidade Clássica trava dignidade humana sob escalas e graduações. Era espécie de título, concedido ao homem. Hoje já não se pode ser mais ou menos digno. Apenas digno é. Fazia-se a seguinte associação: quanto mais digno, maior e mais influente a posição socialmente ocupada, a exemplo de Roma, cujo significado da palavra dignidade, tornara-se sinônimo de status. Significações a esse respeito são encontradas, até mesmo, nas Sagradas Escrituras, que pontuam: “[...] inúmeros ensinamentos sobre o ser humano e sua relação com Deus, a partir dos quais é possível sustentar uma concepção teológica de dignidade humana”.⁸⁷¹

Diz-se, inclusive, que daqui surge a noção de que Deus fez do homem sua verdadeira imagem e semelhança, ainda que sob essa concepção, o homem deva provar o seu valor, para somente assim adquirir para si o caráter de ser digno. Uma palavra e diversas interpretações. Não se trata da inexistência de significado, mas de um saber particular do homem. É termo deveras amplo e, ainda que não se poste por palavras, conhece-se seu teor e aplicação. O homem, mais do que sabe, sente o viver digno. Sente mais ainda a ausência deste.

Além da difícil tarefa que reside em explicitar um termo tão carregado de significação, faz-se importante ressaltar que não há que se falar em dignidade da pessoa humana sem vida. São termos que não se separam. Por fim, cumpre mostrar que mesmo personagem de grande destaque no rol de princípios constitucionais, encontra-se, ainda e portanto, sob processo de construção conceitual.

2 PRINCIPAIS DECISÕES DO STF SOBRE O TEMA

As duas últimas décadas foram carregadas de decisões acerca do direito à vida, seus desdobramentos, mandamentos e consequências, sociais e jurídicos. Todas as discussões a esse respeito debatiam sobre o exato momento em que se inicia a vida. Daí, a proteção à esta, de incumbência do ente estatal. Ora, se não há vida, não há existência humana, nem tampouco o que tutelar o Direito.

No ano de 2004 fora filmado um curta metragem, de título “Uma história Severina”. O documento relata a história de uma família recifense cuja mãe carregava

⁸⁷⁰ WEYNE, Bruno Cunha. O Princípio da Dignidade Humana: a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31.

⁸⁷¹ WEYNE, 2013. p. 43.

em seu ventre uma criança diagnosticada com anencefalia. Etimologicamente, anencefalia quer dizer:

A origem da anencefalia vem do grego, onde *An* significa sem e *Enkephalos* significa encéfalo. Portanto, a anencefalia é uma malformação congênita resultante de defeito de fechamento do tubo neural. Esta estrutura fetal é a precursora do sistema nervoso central, e é a partir da formação do tubo neural que o sistema nervoso central se formará [...] Este defeito ocorre por volta do vigésimo quarto dia após a concepção.⁸⁷²

Severina encontrava-se no quarto mês de gestação, quando fora internada, tomando como base permissão do Supremo Tribunal Federal, através de liminar que autorizava tal procedimento médico. No dia imediatamente seguinte, a medida caíra, já que a Suprema Corte Federal voltara atrás sobre sua decisão. Durante a sessão em juízo, o Ministro Carlos Ayres Britto – também Relator da ADI 3.510/2005 -, sobre o feto, assevera: [...] o que se tem no ventre materno é algo, mas algo que jamais será alguém”. De outro lado, o também Ministro Cezar Peluso: [...] não me convence que o feto anencéfalo é um condenado à morte. Todos somos. O sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana”. Severina relatara que jamais sentira o movimento do feto. Disse também não existir alegria maior na vida, do que aquela que traz um filho. Alegria essa que não sentira naquela ocasião.

Essa família e tantas outras passaram pela mesma situação. Ela repetiu-se inúmeras vezes até que em 2012 fora julgada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, pelo Supremo Tribunal Federal. O requerimento da ADPF partiu da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, contando com o, à época, Advogado Luís Roberto Barroso e o já Ministro Marco Aurélio como Relator. Descreve a ementa:

FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.⁸⁷³

Dissecada a ementa as *liberdades sexual e reprodutiva* caminharão, nesse contexto, de mãos dadas. Trata-se da liberdade da mulher sobre seu corpo e a opção por não se indispor com sua vida emocional, afinal, do contrário, ela terá de gestar

⁸⁷² PACHECO, Eliane Descovi. O Aborto Anencefálico: À Luz do Ordenamento Jurídico Atual. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 15 jul. 2009.

⁸⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Voto da Min. Carmem Lúcia. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j.11/04/2012a. Informativo do STF n. 661.

e dar à luz a um feto natimorto; a *saúde*, nesse sentido, é espécie de complemento dos princípios anteriores, podendo causar danos físicos e, certamente, marcas emocionais à saúde psicológica da gestante; *dignidade* como direito nitidamente cerceado quando imposta a continuidade da gestação. Não é digno não poder escolher, não é digno prejudicar-se por outrem, quicá por uma vida que, infelizmente, não vingará; *autodeterminação* como ratificação da vontade. Também considerado direito cerceado quando observada ótica da gestante. Se não permitido aborto – nesse caso em específico – resta limitada a vontade e, conseqüentemente, a autonomia dessas mães de pôr em prática aquilo que desejam: a dignidade de não submeter-se à meses de gestação de uma criança que não poderá ver crescer. Por fim a invocação de afastabilidade do crime voltada à noção de que, uma vez ausente o corpo neural, não há atividade cerebral. Sem atividade cerebral, portanto, inexistente a vida de fato. Se não há vida, não há, por fim, bem jurídico a ser tutelado.

Severina deu à luz, em 2005, a um bebê natimorto. Decisões como as proferidas pela ADPF 54 são exemplos, não de prejuízo, mas de benefício à vida humana, à integridade da saúde física e mental, principalmente da gestante, mas, para além dela, também de uma família. De diversas famílias. Nesse sentido, o que busca salientar a decisão é de que além dos notados malefícios trazidos à mãe, não há sequer que se falar em vida. Sob aspecto biológico, nesses casos constatadamente, inexistente vida. Vida é aquela que se sobressai. Aquela que sobrevive. Ainda de acordo com o Relatório do Acórdão, o que se pleiteava na inicial era o reconhecimento da intervenção como procedimento puramente terapêutico, ao invés de abortivo. É possível resgatar, nesse contexto, inclusive, as noções acerca de autonomia da vontade, observadas por Immanuel Kant.⁸⁷⁴ Tem-se, de um lado, o que chama de leis da natureza, regidas pela vontade e demais causas subjetivas, de sorte que, por outro lado, as chamadas leis morais, cuja regulação faz-se pelo caráter de universalidade do ser. Em síntese, o homem possui, naturalmente, suas próprias leis, leis essas que vêm de suas vontades e, muitas vezes, das mais primárias delas.

Por óbvio temos, de um lado, a medicina e os avanços tecnológicos que ela traz à sociedade, mas, ainda assim, há que se compreender que fetos anencéfalos são recebidos pelo mundo não de hoje. Apesar disso, em que pese todo arcabouço técnico, do outro lado da balança encontramos a vida. Ela, que com toda sua grandiosidade e magnitude, invoca a tese de sustentação a qualquer custo, ainda que por ora deixada de lado a discussão sobre onde tem início sua proteção. A vida, simplesmente carece de tutela, por ser vida. De qualquer modo, nem tanto ao céu, nem tanto ao inferno. Se soubéssemos de uma maneira de, efetivamente, evitar a incidência dos cânceres e demais moléstias graves que há centenas de décadas assolam a população mundial, não o faríamos?

Além deste, outro caso de enorme destaque fora o da ADI 3.510 que tratara da utilização de células-tronco embrionárias. A ação em questão ocupara-se de pleitear a invalidade da Lei número 11.105 de 24 de março de 2005. Sob certo aspecto geral e a respeito das propriedades desse tipo celular recebem destaque: as capacidades de

⁸⁷⁴ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003.

autoperpetuação e autorreplicação, onde por divisões feitas a partir de si mesmas são capazes de originar células idênticas. Não bastasse isso, atesta-se que seu principal atrativo encontra-se na habilidade que algumas dessas células têm de converterem-se em outros tipos celulares especializados, responsáveis pela formação dos mais diversos órgãos do corpo humano.

Por fim, pontua-se o ativismo judicial trazido pelo julgamento da ADPF 132, bem como o que a doutrina chama de inconstitucionalidade superveniente por omissão. Aqui é pertinente recordar alguns pontos gerais, além de essenciais, tais quais o Estado Democrático, como aquele que confere soberania decisória ao povo; o poder do povo que é exercido por meio de representantes democraticamente eleitos; o poder constituinte chamado originário, como aquele que nasce com uma nova Constituição e; constituinte derivado ou reformador, por sua vez, que aparece sempre que necessária alteração no texto constitucional. A esse último conferimos tratamento especial: o poder derivado é conferido pelo constituinte originário e sempre limitar-se-á às imposições deixadas pelo poder originário, aparecendo, na prática, através de emendas constitucionais.⁸⁷⁵

É através de instrumentos como este – das emendas e do poder derivado/reformador – que o corpo social consegue promover mudanças legislativas com força constitucional. Essa é uma das formas de se atingir a chamada eficácia *erga omnes*, cujo efeito atinge a todos.

Antes mesmo de falar do caso em tópico, trataremos de expor algumas questões e conceitos mais. Não faz, nem jamais fizera parte do instinto humano o viver só. A família é agrupamento natural. Maria Berenice Dias diz que “(...) não importa a posição que o indivíduo ocupe na família, ou qual espécie de agrupamento familiar a que ele pertença – o que importa é pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar, onde é possível integrar sentimentos, esperanças, valores e sentir, por isso, o caminho da realização de seu projeto de felicidade.”⁸⁷⁶ Aqui reside a ideia central do Direito de Família, hoje: a afetividade, o sentimento de pertencimento.

Sob este mesmo molde, cumpre salientar que todas os documentos constitucionais anteriores à Constituição de 1989 - leia-se: Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969 – mencionaram a família como aquela constituída, obrigatoriamente por homem e mulher, estes ligados, necessariamente, pelo casamento, figura jurídica que chegara a receber tratamento de indissolubilidade até a Emenda Constitucional de número 9. Ora, o casamento aparece na ponta da caneta do legislador mesmo quando ele cria a norma permissiva para a união estável - com a alteração recepcionada pela Constituição da República, no artigo 226, § 3º, ao dizer que deve a lei facilitar sua convalidação em casamento – instituto este que perde forças e adeptos com o balanço da maré que hoje carrega a sociedade brasileira. Novamente presente a evolução dos valores sociais.

⁸⁷⁵ BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional I: Direito Constitucional e Constituição, Controle de Constitucionalidade, Teoria da Constituição, Ordem social. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 29-30.

⁸⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 37.

Como a legislação brasileira jamais aceitara ou positivara leis com termos que remetessem à homoafetividade, as uniões de pessoas do mesmo sexo passaram, inicialmente, pelo mesmo processo jurídico que as uniões heteroafetivas passaram antes do reconhecimento legal: eram conhecidas como sociedades de fato. Contratos, tal qual os de casamento, não nomeados como este, mas que serviam para a mesma finalidade, de acordo entre as partes.

A partir desse raciocínio a análise de caso da ADPF 132, julgada em conjunto com a ADI 4277, que pleiteava, em síntese, a igualdade de tratamento entre uniões homoafetivas e heteroafetivas. O caso ocorrera no Rio de Janeiro, em 2011 e tivera como requerente o Governador do Estado. Em favor da equiparação aparecem, segundo dados fornecidos pelo Acórdão os seguintes Estados: Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná; contrários: Distrito Federal e Santa Catarina. Em paralelo às manifestações dos Tribunais, a manifestação da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, que posicionara-se demonstrando possibilidade de averbação de companheiro do mesmo sexo, no rol de dependentes para fins previdenciários; a Advocacia Geral da União posicionou-se contrária até o julgamento da presente ADPF.⁸⁷⁷

O que se buscara com o julgado, sobretudo, fora a interpretação conforme à Constituição da República, ao artigo 1.723 do Código Civil, bem como a dispositivos do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro, a fim de estender-se o regime jurídico das uniões estáveis às relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda que não haja uniões homoafetivas, não há como deixá-las fora do atual conceito de família. Passando duas pessoas ligadas por um vínculo afetivo a manter relação duradoura, pública e contínua, como se casadas fossem, formam um núcleo familiar, independentemente do sexo a que pertençam. A única diferença que essa convivência guarda com a união estável entre um homem e uma mulher é a inexistência da possibilidade de gerar filhos.⁸⁷⁸

Curioso pensar que ao passar um pente fino no cotidiano encontraríamos diversos desses casos. Trata-se de evidente ferimento à Constituição, aqui, leia-se à igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. É possível, inclusive, estender uma ponte com o título anterior, com como as pessoas agem e reagem às mudanças à sua volta e, além disso, como elas as provocam. Porque elas são agentes provocadores de mudanças. O caso em voga veio à tona pelo mesmo motivo levantado pelo título anterior, a sujeição das minorias.

O relatório do julgado em questão, em dado momento, aponta:

(...) o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar pela ordem infraconstitucional brasileira priva os parceiros destas entidades de uma série de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, e revela também a falta de

⁸⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJE de 14-10-2011.

⁸⁷⁸ DIAS, 2017. p. 287.

reconhecimento estatal do igual valor e respeito à identidade da pessoa homossexual.⁸⁷⁹

Ora, o raciocínio, bastante lógico, nos conduz ao já tão conhecido pelos acadêmicos de Direito, conceito de igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Portanto de que deve importar com quem o sujeito decide constituir família? Mesmo a exemplo dos casos de aborto, ainda que se mostre as sagradas escrituras, desde que o mundo é mundo, o homem é guia de suas próprias vontades e, se preciso for, as tornará lei. Prevalecerão, por fim. É do que trata o trecho que segue, descrito pelo Ministro Relator Ayres Britto:

Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso social que reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão sexual da heterossexualidade. É a velha postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.⁸⁸⁰

O Ministro traz ainda trecho da obra de Maria Berenice Dias, relatando surgimento do termo homoafetividade:

Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chama-se “homossexualismo”. Reconhecida a inconveniência do sufixo ‘ismo’, que está ligado a doença, passou a falar em ‘homossexualidade’, que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais (Homoafetividade: um novo substantivo)⁸⁸¹

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski é taxativo ao demonstrar que não fosse o presente julgado as uniões homoafetivas não seriam, de fato, reconhecidas, vez que mesmo citada união estável no artigo 1.723 do Código Civil – que praticamente repete o texto do art. 226, § 3º, da Constituição da República – como equiparada ao casamento, jamais mencionaram sujeitos que não apenas o homem e a mulher como partes da relação conjugal. Eis aqui o motivo da introdução inicial, especialmente sobre o poder constituinte reformador. Lewandowski relata que a Assembleia Constituinte tivera o debate e a possibilidade de abarcar o tema e inseri-lo como matéria constitucional. Do contrário, não o fez. O caso ocorrera quando da discussão sobre a inserção do termo e definição de união estável no texto constitucional.⁸⁸² Quando

⁸⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJE de 14-10-2011.

⁸⁸⁰ BRASIL, loc. cit.

⁸⁸¹ BRASIL, loc. cit.

⁸⁸² BRASIL, loc. cit.

trata, em seu manual de Direito de Família, das vias judiciais, Maria Berenice Dias ⁸⁸³ relembra o artigo 140, CPC, quando não se exime o juiz de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade no ordenamento jurídico.

Sob esse molde que se fala em inconstitucionalidade superveniente por omissão. Ora, a inconstitucionalidade existe, vez que reconhecido desrespeito aos direitos à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana, por parte do constituinte, vez que quando oportunizado optara por não fazer a adequação textual. Neste sentido, exatamente aqui faz-se pertinente colocação trazida pela citação que segue:

O poder constituinte derivado reformador, que deveria ser usado com o fim de adaptar a Constituição aos novos preceitos sociais, acabou sendo negligenciado pelo Congresso Nacional que, como visto, manteve-se inerte. Suprindo tal inércia e concretizando princípios como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana, o STF atuou como concretizador da Constituição. Conforme explicou Cristóvão, “o Poder Judiciário se transforma em instância de efetivação da cidadania participativa, um canal aberto aos cidadãos para pleitearem a implementação de ações governamentais voltadas à efetivação dos direitos”. ⁸⁸⁴

Superveniente porque passado esse episódio outrora oportuno, entra em cena o Supremo Tribunal Federal, a exemplo desta ADPF, a fim de suprir a lacuna legislativa, afinal, ainda que exista a separação de poderes de Montesquieu, valem-se os juízes de instrumentos outros:

Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretativo*. ⁸⁸⁵

A omissão, nesse caso, é mera consequência do fato, aqui, a inconstitucionalidade. O constituinte, que mesmo tomando conhecimento do vácuo na lei fora omissor, deixando para a Suprema Corte a tarefa, ainda que provisória, de suprir a lacuna. Lewandowski expõe a pretensão da Corte:

O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a

⁸⁸³ DIAS, 2017. p. 288.

⁸⁸⁴ ANDRADE, Luiz Gustavo de, BORBA, Dalton José. O conflito entre legislativo e judiciário nos 25 anos da Constituição de 1988. 25 anos da Constituição. Curitiba: Juruá, 2013, p. 416-417.

⁸⁸⁵ BRASIL, loc. cit.

existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo.⁸⁸⁶

O que reconhecera o Supremo neste caso não foi a união estável, quicá o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas a união estável homoafetiva, como uma nova forma de entidade familiar, tal qual o é o próprio casamento, a união estável e a família monoparental. Trata-se da ratificação da noção apresentada acerca do poder constituinte derivado reformador, neste caso exercido pela Suprema Corte brasileira. É exatamente aqui que o presente trabalho encontra o auge e apresenta como a pressão exercida pelo corpo social é capaz de provocar a atividade estatal em âmbito necessariamente judicial. O processo em questão fora feito de forma analógica àquilo que a lei já contempla. Segundo Maria Berenice Dias, o que traz a Constituição “Trata-se de cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade e ostensividade”.⁸⁸⁷ E ainda que “Não de pode deixar de reconhecer que relacionamentos, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos, por terem origem em um vínculo afetivo.”⁸⁸⁸

O que se pedia, à época, não era equiparação ao casamento, mesmo porque isso envolveria imensa bagagem e discussão essencialmente moral e religiosa. Casamento sempre fora instituição intocável, principalmente por conta da íntima relação com a igreja católica. Talvez isso, somado ao grande movimento da sociedade tenha feito com que sua prática caísse, ainda que aos poucos, em desuso, afastado por óbvio, qualquer juízo de valor a respeito. A grande questão sempre foi a união em si e todos os demais reconhecimentos jurídicos que dela advém.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decisões como a ADPF 54, 132 e a ADI 3510 reforçam o caráter de ativismo judicial do Supremo, preenchendo lacunas não supridas pelo nosso legislativo. Em tese, esses são assuntos dos quais deviam tratar os senhores legisladores, por emendas constitucionais, do constante caminhar social. Novamente a omissão constitucional superveniente. Ora, se o Direito é expressão da vontade do povo, nada mais justo que as leis sejam seu exercício escrito e efetivamente positivado. De acordo com o Artigo 1º da Constituição da República, todo poder emana do povo e será exercido por meio de representantes por ele democraticamente eleitos.

Assim, somente a ordem que deriva da vontade da nação – do povo – é poder legítimo a constituir ou alterar as regras fundamentais da estrutura do corpo social; o ato legislativo-constitucional que emana do representante político não é produto do poder, mas de mero exercício de funções outorgadas pelo verdadeiro (único) detentor do

⁸⁸⁶ BRASIL, loc. cit.

⁸⁸⁷ DIAS, 2017. p. 286.

⁸⁸⁸ Ibid., p. 288.

poder, quais sejam, as de instrumentalizar as coordenadas básicas de estruturação e direcionamento do Estado.⁸⁸⁹

Este é o posicionamento que o STF passara a adotar na última década: o de suprir as lacunas deixadas pelo legislativo em prejuízo dos cidadãos brasileiros. A exemplo disso o Mandado de Injunção 107/DF e o Mandado de Injunção 721/DF. Ora, e por que falar em omissão constitucional superveniente? E qual sua relação com ativismo judicial? A relação está justamente no fato de que se não houver atuação do judiciário em casos como esses, apontando que a sociedade mudou, que está, de fato, em constante mudança e enxerga, hoje, que uma mãe não precisa gestar um filho que não tem qualquer chance de sobreviver, por exemplo, ela será obrigada a fazê-lo a contragosto. O Supremo é guarida, é salvaguarda, é tábua de salvação. É a quem se recorre quando nada mais funciona. Quando uma lei não existe ou quando não será – ao menos por ora - criada. É cuidado, é instrumento de proteção e garantia

⁸⁸⁹ ANDRADE, Luiz Gustavo de, BORBA, Dalton José. O conflito entre legislativo e judiciário nos 25 da constituição de 1988. 25 anos da Constituição e o direito do trabalho. Curitiba: Juruá, 2013, p. 403.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Luiz Gustavo de, BORBA, Dalton José. O conflito entre legislativo e judiciário nos 25 da constituição de 1988. 25 anos da Constituição e o direito do trabalho. Curitiba: Juruá, 2013, p. 403.
- BERNARDES, Juliano Taveira. FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional I: Direito Constitucional e Constituição, Controle de Constitucionalidade, Teoria da Constituição, Ordem social. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 29-30.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Voto da Min. Carmem Lúcia. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j.11/04/2012a. Informativo do STF n. 661.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJE de 14-10-2011.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 37.
- KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. São Paulo: EDIPRO, 2003.
- PACHECO, Eliane Descovi. O Aborto Anencefálico: À Luz do Ordenamento Jurídico Atual.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 57.
- WEYNE, Bruno Cunha. O Princípio da Dignidade Humana: a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31.

INADIMPLEMENTO CONTRATUAL RELATIVO E ABSOLUTO DOS USUÁRIOS DE PLANO DE SAÚDE DIANTE DA PANDEMIA DO COVID-19 E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Thaísa Vieira de Melo⁸⁹⁰

1 BREVES NOTAS SOBRE INADIMPLEMENTO CONTRATUAL RELATIVO E ABSOLUTO

Segundo o Direito das Obrigações, uma regra nasce para ser cumprida, termo em latim conhecido com *pacta sunt servanda*, o que ocorre através de pagamento ou adimplemento da obrigação. O termo pagamento se exaure em sua própria definição, já o termo adimplemento pode abarcar diversas definições de acordo com a obrigação a ser cumprida pela parte, ainda, tem sua definição contrária, que é o inadimplemento.

O termo inadimplemento em face do princípio da dignidade da pessoa humana, que é a principal discussão a ser analisada no presente artigo, significa o não cumprimento de determinado acordo por uma ou ambas as partes e contém duas espécies: inadimplemento absoluto e relativo e suas consequências. O inadimplemento absoluto impossibilita o cumprimento da obrigação, já o inadimplemento relativo é considerado espécie de inadimplemento parcial, uma vez que ainda há possibilidade/interesse de cumprimento da obrigação, mesmo que não em sua integralidade.

Nesse sentido, para o Direito das Obrigações, o inadimplemento de uma obrigação, seja ela de dar, fazer ou não fazer, leva a não satisfação do credor devido a não realização da prestação pelo devedor ou por terceiro quando ainda não fora extinta a obrigação.

Segundo Caio Mario (2004) em seu livro Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações⁸⁹¹:

O inadimplemento é o descumprimento da obrigação assumida, voluntária ou involuntariamente, do estrito dever jurídico criado entre os que se comprometeram a dar, a fazer ou a se omitir de fazer algo, ou o seu cumprimento parcial, de forma incompleta ou mal feita.

A inadimplência opera-se no descumprimento das obrigações nas seguintes formas:

- Obrigações de dar: quando o devedor recusa a entrega, devolução ou restituição da coisa.
- Obrigações de fazer: quando se deixar de cumprir a atividade devida.
- Obrigações negativas: quando se executa o ato de que se devia abster
- Obrigações personalíssimas: quando a obrigação de fazer não

⁸⁹⁰ Mestranda pela Universidade Veiga de Almeida. Advogada, Sócia do Escritório Maia e Vieira Advogados Associados, Assessora Jurídica do Município de Japeri, Email: thaisamelo@gmail.com

⁸⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Disponível em: https://pt.wikiversity.org/wiki/Direito_das_Obriga%C3%A7%C3%B5es/Inadimplemento. Acesso em: 05 set. 2020.

é executada pela pessoa determinada, cujas qualidades pessoais são essenciais ao cumprimento da prestação, não podendo ser substituída.

Nesse contexto, diante das diversas interpretações que podem ser dadas ao conceito de inadimplemento, o estudo do presente artigo visa a análise aprofundada do inadimplemento nos contratos de plano de saúde em razão da pandemia da COVID-19, com uma análise na importância da vida versus a economia, mediante fato imprevisível e alheio a vontade de toda a humanidade, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1 DO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL EM RAZÃO DA PANDEMIA DO COVID-19

A lei que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde é a Lei 9.656 de 3 de junho de 1998, a mesma dispõe em seu artigo 13, inciso II, que o contrato de plano de saúde poderá ser cancelado em situações de fraude ou inadimplência do consumidor, por período superior a 60 (sessenta) dias, consecutivos ou não, nos últimos 12 (doze) meses de vigência do contrato, podendo tal contagem se dar de forma contínua ou em separado dentro dos 12 meses. Em sendo alcançados os 60 dias conforme disposto na lei, verifica-se a possibilidade de rescisão contratual.

Além do inadimplemento, a lei exige que o consumidor seja notificado, com aviso de recebimento, sendo aceito que a resposta se dê através do próprio ou de terceiros, desde que no endereço do devedor, até o 50º de inadimplência. Tal medida visa conceder a oportunidade ao consumidor para quitar os débitos nos 10 dias seguintes, antes de completados os 60 dias previstos em lei que ensejam o cancelamento do contrato por inadimplência.

Ainda, a lei prevê, que sempre deve preponderar a vida em detrimento das relações econômicas, que a rescisão, mesmo que por inadimplência, não pode ocorrer durante a ocorrência de interação do titular do plano de saúde, conforme o art. 13, inciso III, da Lei nº 9.656/98.

De acordo com MARQUES (2016, apud SUZART, 2020)⁸⁹²:

os contratos de planos e seguro-saúde são contratos cativos de longa duração, a envolver por muitos anos a um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, que é assegurar para o consumidor o tratamento e ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a sua saúde, de sua família, dependentes ou beneficiários.

Ronaldo Porto corrobora o pensamento de MARQUES:

⁸⁹² MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 554 apud in SUZART, Ana Clara. Uma análise sobre a rescisão por inadimplência nos Contratos de Planos de Saúde. Disponível em: <https://anaclarasuzart.com.br/uma-analise-sobre-a-rescisao-por-inadimplencia-nos-contratos-de-planos-de-saude/>. Acesso em: 06 set. 2020.

Desse modo, tais instrumentos contratuais são de cooperação de solidariedade, apresentando como essência a consciência da interdependência de cada um de seus participantes e da necessidade de direcionar-se para o mesmo fim⁸⁹³.

E conclui: “confiar é ter a expectativa mútua de que [em um contrato] nenhuma parte irá explorar a vulnerabilidade da outra”⁸⁹⁴.

Conclui-se com toda exposição acima apresentada, que o momento vivenciado exige a aplicação do princípio de manutenção dos contratos, que “aliado à boa-fé exige uma conduta de cooperação do parceiro contratual mais forte, de forma a evitar a ruína do consumidor”⁸⁹⁵.

As operadoras, portanto, em conjunto aos consumidores de plano de saúde devem negociar, observando o art. 6º, inciso V, do CDC, que garante a revisão de cláusulas contratuais, em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, justamente com o intuito de conservar os contratos⁸⁹⁶.

Desse modo, a ideia central deveria ser pela manutenção dos contratos e não do rompimento contratual com os consumidores que nesse momento tanto necessitam da prestação do serviço de saúde, inclusive sendo observada a função social do contrato, uma vez que em caso de milhares de rescisões, todos esses consumidores migrarão do sistema privado de saúde, para o público, ocasionando um Sistema Único de Saúde ainda mais sobrecarregado do que já é em tempos comuns.

2 DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO DOS CONTRATOS DIANTE DA PANDEMIA

Com o cenário aparente diante da existência da pandemia do COVID-19, os órgãos públicos mundiais, responsáveis pelas análises junto aos setores econômicos, ainda em março de 2020, começaram a prever a maior recessão econômica mundial desde a grande depressão de 1929, tudo isso inclui desemprego em massa, traz ainda mais moradores para as ruas, retira milhares de jovens e crianças em idade escolar das escolas e universidades, revela profunda desvalorização monetária e como efeito cascata afeta a todos os setores da economia, no Brasil e no mundo.

⁸⁹³ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 171 apud in SUZART, Ana Clara. Uma análise sobre a rescisão por inadimplência nos Contratos de Planos de Saúde. Disponível em: <https://anaclarasuzart.com.br/uma-analise-sobre-a-rescisao-por-inadimplencia-nos-contratos-de-planos-de-saude/>. Acesso em: 06 set. 2020

⁸⁹⁴ *Ibidem*, p. 179.

⁸⁹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Op. Citi apud in SUZART, Ana Clara. Op. Citi.

⁸⁹⁶ SILVA LUIZ, Antônio Estival da Silva. O Código de Defesa do Consumidor e a teoria do rompimento da base objetiva do negócio jurídico. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/o-codigo-de-defesa-do-consumidor-e-a-teoria-do-rompimento-da-base-objetiva-do-negocio-juridico/#_edn9. Acesso em: 23 jun. 2020.

Nos mais diversos países o legislador foi chamado para, antecipadamente, intervir em contratos de cunho social, restaurando o equilíbrio perdido. Aqui não foi diferente e em junho entrou em vigor a Lei 14.010/2020, que estabelece um regime jurídico emergencial e temporário para as relações jurídicas de direito privado⁸⁹⁷.

As medidas de combate à Covid-19, sempre tomadas em prol da vida por todas as autoridades mundiais, provocaram em contrapartida diversas ameaças a vida econômica, porque paralisaram o desenvolvimento dos negócios e cumprimento de contratos em todo o mundo e nos mais variados setores. Embora possa-se afirmar que alguns setores foram e serão mais atingidos que outros, além daqueles que crescerão e até se manterão imunes, é certo que o mundo inteiro foi atingido e assim todos os contratos previstos podem sofrer impactos, reajustes e até seu total inadimplemento, por perda do objeto ou por descumprimento de uma das partes envolvidas.

Pode-se afirmar que todos os ramos do Direito Civil foram impactados sem que a legislação pudesse suprir as necessidades surgidas para o momento do caos da pandemia, diferentemente não foi para os contratos de plano de saúde.

A lei diz que os contratos privados, atingidos pela pandemia, terão que ser submetidos ao Poder Judiciário ou aos tribunais arbitrais se as partes não repactuarem, de comum acordo, suas condições⁸⁹⁸.

E o primeiro passo é analisar o impacto concreto que a pandemia provocou no contrato.

Ocorre que, embora a COVID-19 tenha saído lá da China ainda no ano de 2019 e chegado ao Brasil em meados de fevereiro de 2020, pegando a todos de surpresa, não se pode atribuir toda e qualquer culpa ao vírus, atribuindo ao mesmo a hipótese de caso fortuito e força maior ensejador de revisão em todo e qualquer tipo de contrato, liberando o consumidor de suas obrigações, sem que o mesmo fosse condenado a qualquer tipo de responsabilização, e onerando de forma desarrazoada o fornecedor de serviços. Nesse sentido, a lei não fala ou menciona qualquer aplicabilidade aos contratos de plano de saúde.

A ANS (Agencia Nacional de Saúde) está desde o início da pandemia, em conjunto com as autoridades de saúde do país discutindo diariamente com o setor de planos de saúde na tentativa de criar medidas efetivas de combate ao Corona vírus, porém ao longo de todos os meses não houve qualquer medida que beneficiasse o consumidor no que se refere ao seu adimplemento. A conclusão é certa no que se refere ao pagamento das mensalidades: mantém-se a aplicação da lei dos planos de saúde – Lei 9.656 de 3 de junho de 1998 e assim, aqueles que restarem inadimplentes por mais

⁸⁹⁷ FRITZ, Karina Nunes. Como fica a revisão dos contratos diante da Lei 14.010/2020? Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-fica-a-revisao-dos-contratos-diante-da-lei-14-010-2020-20072020. Acesso em: 06 set. 2020.

⁸⁹⁸ Ibidem.

de 60 dias consecutivos ou não, terão seus contratos rescindidos, independentemente da existência ou não do COVID-19.

Ressalta-se que a cobertura dos planos de saúde está preservada, para os consumidores adimplentes, não havendo qualquer restrição de atendimento aos seus beneficiários. As medidas visam a preservação do risco de contaminação e prioridade no atendimento dos casos considerados graves de COVID-19. Assim, embora o contrato de plano de saúde seja um contrato privado entre consumidor e fornecedor, o mesmo não pode ser incluído nas benesses da Lei 14.010/2020. Os contratos devem ser cumpridos, mesmo quando estamos diante de uma crise mundial como a que se atravessa, não bastando a existência de evento extraordinário, imprevisível e irresistível.

É certo que a pandemia de COVID-19 abalou diversos setores da economia, muitas atividades foram atingidas como um efeito dominó e assim impedindo que muitos beneficiários de planos de saúde ficassem impossibilitados de cumprir com suas obrigações de manter em dia o pagamento de suas mensalidades, tanto em âmbito individual como em contratos coletivos, onde empresas viram seus faturamentos despencarem e assim restaram impossibilitados do cumprimento de suas obrigações em todos os setores.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a pandemia não torne impossível o adimplemento do contrato, porém torna-se deveras oneroso para uma das partes o cumprimento de suas obrigações, uma vez que foram alteradas de forma significativa as circunstâncias das partes envolvidas no contrato, porém tal fato não pode ser atribuído as operadoras de planos de saúde, as mesmas possuem diversas obrigações como todo e qualquer negócio e ainda, se viram com demandas aumentadas em meio à crise sanitária que elevou demasiadamente a procura pelos serviços de saúde em todo o mundo.

O Código Civil regula essas hipóteses nos arts. 317 e 478. Ressalte-se, porém, a pouca utilidade do art. 478 em tempos de Covid-19, pois a norma exige rígidos requisitos, como a extrema vantagem para o credor, difíceis de configuração, vez que a pandemia atinge, em regra, ambos os contratantes⁸⁹⁹.

Assim, as dificuldades que a pandemia do COVID-19 trouxe para a vida dos consumidores, não justificam a manutenção dos contratos de plano de saúde, fora dos prazos previstos em lei, mediante a mera alegação do consumidor de não poder adimplir com suas obrigações em razão de suas dificuldades financeiras particulares.

Logo, “a Covid-19 é evento extraordinário que alterou profundamente as condições macroeconômicas mundiais, afetando a base de muitos negócios e dificultando o cumprimento das obrigações”⁹⁰⁰, porém a Lei que discute os contratos privados em tempo de pandemia não permite a possível atuação estabilizadora do Poder Judiciário, embora milhares de demandas tenham sido distribuídas em todo o Brasil nesse sentido.

⁸⁹⁹ Ibidem.

⁹⁰⁰ Ibidem.

Em quase todos os contratos privados do Brasil, o entendimento é que os impactos da pandemia não podem ser suportados por apenas uma das partes, uma vez que nenhuma delas poderia prever tais acontecimentos quando do fechamento do negócio, porém tal entendimento não se aplica aos contratos de plano de saúde.

Nesse sentido, conclui-se que a busca pelo Poder Judiciário em referência as revisões pretendidas pelos usuários de plano de saúde não se torna medida efetiva, tal interferência não vem sendo vista com bons olhos pelos operadores do Direito, uma vez que é certo que a pandemia afetou a todos os setores da economia, nas mais variadas classes sociais e com o efetivo aumento na demanda pela procura dos serviços de saúde, não podem as operadores arcarem com prejuízos expressivos mediante o inadimplemento dos usuários sob a simples alegação de que a pandemia é evento extraordinário e nunca previsto, o que ensejaria descontos imediatos e revisão dos contratos.

3 DO CANCELAMENTO DOS PLANOS DE SAUDE POR INADIMPLENCIA – CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em meio à crise do COVID-19, a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) tentou de diversas formas realizar acordos junto as operadoras de planos de saúde, porém não obteve sucesso. O consumidor que não conseguiu pagar seu plano de saúde não terá direito a regime especial durante a pandemia da covid-19, estando sujeito a perder a assistência de saúde após 60 dias de atraso. A ideia proposta às operadoras pela ANS, trazia a liberação de verba para que as empresas pudessem lidar com a crise, mediante inadimplência e aumento na procura pelas redes de saúde privada, em contrapartida, a assistência aos consumidores, mesmo inadimplentes após mais de 60 dias como disposto em lei, não poderia ser cortada até o dia 30 de junho, medida, entretanto que não obteve sucesso.

Fazendo dois pesos e duas medidas em relação a pandemia que assolou todo o mundo no fim do ano de 2019 e perdurando até hoje, meados de 2021, a saúde pública no Brasil e o princípio da dignidade da pessoa humana, somos remetidos a Constituição Federal de 1967, uma vez que somente a partir dela a dignidade da pessoa humana se fez presente em nosso país. Nesse tempo, a dignidade era relacionada com a ordem econômica, sendo condição para realização da justiça social, com base em vários princípios que já norteavam a sociedade àquela época.

Sobre a dignidade da pessoa humana Daniel Sarmento aduz:

“O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico (...) pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado”.

Ainda, nas palavras do meu professor e orientador no PPGD da UVA Cleyson Mello:

Os princípios que permeiam a dignidade da pessoa humana estão firmados no rol dos direitos da personalidade, bem como ancorados no conjunto de direitos fundamentais, de tal sorte que, caso ocorra desrespeitado a vida, pela integridade psicofísica, moral, ou imagem do ser humano, ou suas condições mínimas de existência sejam maculadas, estar-se-á diante da violação da dignidade da pessoa humana. (MELLO, 2010, p. XXXIII).

Fala-se muito que diante da importância da dignidade da pessoa humana como valor fundamental da República, ele deveria estar no inciso I do artigo 1º da Constituição Federal, podendo-se afirmar até que a existência da pessoa humana com dignidade demanda, necessariamente e de forma inevitável, assegurar o pleno exercício dos direitos fundamentais.

De acordo com Immanuel Kant:

“O homem, e de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim.”

A intenção deste discurso se pauta no sentido de afirmar que a dignidade da pessoa humana consiste no valor base da República Federativa do Brasil, formando em relação a ele um núcleo, que deve ser respeitado e protegido pelo Estado e por todos.

Nesse núcleo, temos o direito à vida. A proteção a dignidade da pessoa humana demanda, inevitavelmente, a proteção do direito à vida. É certo que, dentre os valores constitucionais protegidos no artigo 5º o primeiro deles, e não poderia ser diferente, é a da inviolabilidade do direito à vida.

Em síntese, o direito à vida é a essência e a base material da dignidade da pessoa humana. E como consequência lógica do direito à vida se liga o direito de manter-se vivo, com atuação do Estado na proteção, entre outros, do direito social à saúde.

Dentre os direitos sociais estabelecidos no artigo 6º da Constituição Federal o presente texto trata de forma específica do direito à saúde, uma vez que o direito à vida e o direito de manter-se vivo mantém relação direta com o direito à saúde.

Considerando que a saúde é um direito social, inerente a todos e dever do Estado, é certo que a própria Constituição Federal obrigou a formulação e execução de políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, o que certamente não aconteceu em meio a pandemia mundial junto aos órgãos de saúde pública no Brasil, ou seja, embora textualmente falando, o Brasil tenha toda a base para formação de uma saúde digna, não é a realidade prática dos brasileiros.

É obrigação do Estado agir efetivamente com o fim de: (i) promover ações e serviços de saúde; (ii) proteger a saúde, com redução do risco de doenças e de outros agravos; (iii) adotar ações de recuperação da saúde. O cidadão, por sua vez,

com fundamento em seu *status activus* tem o direito de exigir do Estado a prática dessas ações, o que infelizmente não vimos acontecer nos últimos meses, tendo o país alcançado no último fim de semana a marca de 500 mil mortos.

A intenção deste discurso tem a finalidade de demonstrar que a dignidade da pessoa humana, como valor da República, tem em seu núcleo material a especial proteção da vida. A proteção à vida, na perspectiva do direito à saúde, garante ao cidadão a possibilidade de exigir do Estado ações efetivas não só para evitar o risco de doenças ou outros agravos, mas também, com o fim especial de proteção, com a prática de atos que visem ao tratamento e recuperação em caso de doença, o que infelizmente não vimos acontecer. Ocorre que, nesse momento que o país atravessa, não houveram meios de cobrar do Poder Público, qualquer medida efetiva, onde nem a rede pública e nem a privada, sabia exatamente o que e como fazer. Os mais abastados, conseguiam vagas para seus atendimentos, muitas vezes ainda assim, de forma precária, enquanto a população pobre em geral, que é a grande massa do Brasil, aguardava a própria sorte por ar, o que deveria ser garantido como premissa máxima diante da dignidade da pessoa humana.

A doutrina traz o conceito moderno de saúde entendendo no mesmo sentido da legislação, afirmando que a conquista e a preservação da saúde impõem políticas em favor da vida social e não há como o Estado deixar de ser responsável por este bem da população. (FRANÇA, 2013, p. 101). Em meio a pandemia, não houve vida social, uma vez que não houve preservação da vida em nosso país.

Assim, há de se notar, que, embora a norma constitucional que trata da saúde como um direito social é uma norma programática, não se pode dizer que é incapaz de produzir efeitos, indicando apenas diretrizes a serem observadas pelo poder público, pois significaria negar a força normativa da constituição e a sua interpretação não pode torná-la em promessa constitucional inconsequente (MENDES, 2011, p. 686).

Em linhas gerais, a saúde é uma consequência constitucional indissociável do direito à vida. Conquanto haja essa bilateralidade entre o setor público e o privado, inúmeros problemas teóricos e práticos na ordem social, acabam por dificultar em diversos aspectos o acesso à saúde no Brasil principalmente diante do desrespeito visível aos princípios e direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana e à justa expectativa dos consumidores destes serviços de verem garantidos seus direitos.

As práticas abusivas, para os doutrinadores, são aquelas que extrapolam a normalidade no exercício da prestação de serviço entre o fornecedor e o consumidor. E enfrentar a cláusula abusiva nos contratos é a grande batalha a ser travada pelos consumidores no campo das prestações dos serviços médicos. (FRANÇA, 2013, p. 81). Sob esse aspecto, o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS encontra-se incompatível com o da OMS (Organização Mundial da Saúde), donde depreende-se total afronta ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana colocando em risco o bem jurídico maior, a vida. E, por fim, por frustrar o princípio da boa-fé objetiva que deve estar presente em todos os contratos conforme artigo 51o do Código de Defesa do Consumidor. Em meio a pandemia, muitos planos de saúde se negaram a efetuar exames básicos ligados a doença, uma vez que não eram previstos. A pandemia também não era prevista, portanto tais cláusulas contratuais também não poderiam

sê-lo, motivo pelo qual milhares de ações judiciais de cumprimento de obrigações foram ajuizadas em todo o país nos últimos meses. É apenas o retrato do cidadão que vê o seu direito básico garantido constitucionalmente sendo violado, sem qualquer proteção daquele que deveria protegê-lo: o Estado.

A efetivação do direito à saúde passa, necessariamente, por questionamentos sobre a viabilidade de intervenção do Poder Judiciário e, mais ainda, em relação às medidas a serem adotadas, em caso de o descumprimento do pronunciamento judicial.

Nesse aspecto entendemos, conforme será demonstrado, que o Poder Judiciário deve garantir especial proteção aos valores fundamentais da República, sem que o seu agir configure uma indevida intromissão em outro poder, embora esteja o Judiciário impondo decisões para cumprimento de obrigações que deveriam ser cumpridas de forma simples e objetiva, tudo pautado na Carta Magna de 1988.

CONCLUSÃO

Em suma, a pandemia do novo Corona vírus chegou ao Brasil em meados de fevereiro de 2020, trouxe para os brasileiros a realidade do isolamento social, diminuição abrupta de emprego e renda, empresas fecharam, escolas e universidades se viram impedidas de receber seus alunos, estabelecimentos comerciais dos mais variados ramos foram impedidos de funcionar, isso em março de 2020, com previsão inicial de 15 dias de duração. Hoje, mais de 01 ano depois, muitas atividades já foram retomadas, porém o país não é o mesmo.

Após mais de 500 mil mortos, é certo que o sistema de saúde em geral foi impactado, as medidas de isolamento objetivaram evitar o colapso no sistema público de saúde, mas no platô da doença, até as unidades particulares não tinham vagas. Embora hoje a situação seja de estabilidade, muitos perderam seus empregos e não retomaram aos seus postos de trabalho até a presente data, tornando inviável a manutenção dos seus contratos junto as operadoras de planos de saúde, o que indiretamente, mas diretamente, afetou o direito à vida de diversos brasileiros que precisaram de assistência médica e não foram atendidos.

Certo é que as operadoras não poderiam arcar com toda essa conta de forma isolada em benefício dos consumidores, muitos dos quais não teriam qualquer condição de arcar com suas obrigações financeiras essenciais por longos meses, talvez anos, uma vez que não há data para que a economia se restabeleça depois do alcance da pandemia, de escala mundial.

De certo que o consumidor é a parte mais fraca na relação, porém, impor que os planos de saúde mantenham sua rede de atendimento por período superior aos 60 dias já estabelecidos em lei, mesmo diante de inadimplemento, levaria certamente a falência das operadoras, uma vez que em meio a uma crise sanitária da magnitude atual, não há data ou garantia para que a procura dos atendimentos médicos diminua na mesma proporção em que os empregos e rendas serão retomados. Aqui, é o momento em que o Estado, responsável pela garantia do direito à vida e dignidade da pessoa humana, conforme prescrito na nossa Constituição Federal de 1988, deveria ter agido, na defesa de todos e não o fez, levando ao milenar número de mortos em todo o país.

Não há dúvida de que nossos tribunais sofrem com o problema representado pela incrível quantidade de ações e recursos para tão poucos julgadores, o que se agrava com a exigência por celeridade no trâmite dos processos judiciais, em meio a realidade virtual que o Poder Judiciário teve que se adaptar repentinamente. Nesse cenário, aumentam os riscos de decisões judiciais baseadas em interpretações erradas da lei e em se tratando do cenário em que milhares de vidas são perdidas todos os dias, decisões de caráter extremamente subjetivo podem ser cada dia mais recorrentes, porém ao que parece não serão prevalecentes na jurisprudência nacional.

Por fim, deve-se refletir se meras alterações legais serão suficientes para resolver os desafios trazidos pela crescente demanda que a pandemia do COVID-19 trouxe a todo o mundo, principalmente no que diz respeito a manutenção dos contratos de plano de saúde, que podem significar no Brasil a manutenção em prolongação da vida, em detrimento de uma crise econômica sem precedentes, ou se não seria a hora, mais do que ultrapassada, das autoridades públicas reverem a capacidade do sistema público de saúde. Ele existe, é uma realidade para a maioria dos brasileiros, funciona, porém, não fossem todas as fraudes que tramitam no meio, talvez os brasileiros pudessem optar pela sua utilização em maior escala, ao invés de reverterem boa parte de sua renda para a manutenção de dignidade mínima em momento de total vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

- ANS divulga Termo de Compromisso que permitirá movimentação de recursos para combate ao coronavírus. Agência Nacional de Saúde Complementar. 20-abr-2020. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5481-ans-divulga-termo-de-compromisso-para-liberacao-de-recursos-as-operadoras>. Acesso em: 13/06/2021.
- ANS edita regras para rescisão ou suspensão por inadimplência. Agência Nacional de Saúde Suplementar. 04-dez-2015. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/3094-ans-edita-regras-para-rescisao-ou-suspensao-por-inadimplencia>. Acesso em: 13/06/2021.
- ANS flexibiliza uso de mais de R\$ 15 bilhões em garantias financeiras e ativos garantidores. Agência Nacional de Saúde Complementar. 09-abr-2020. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19/coronavirus-todas-as-noticias/5475-ans-flexibiliza-uso-de-mais-de-r-15-bilhoes-em-garantias-financeiras-e-ativos-garantidores>. Acesso em: 14/06/2021.
- BRASIL. Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Lei 14.010 de 10 de junho de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.
- BRASIL. Código Civil. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.
- BRASIL. Código de Defesa ao Consumidor. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 16 jun. 2021.
- CASCIONE, Fabio. Caso fortuito, força maior e a COVID-19. Migalhas. 31-mar-2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323084/caso-fortuito-forca-maior-e-a-covid-19>. Acesso em: 17 jun. 2021.
- Coronavírus (Covid-19). Agência Nacional de Saúde Suplementar. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/coronavirus-covid-19>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- Empresas de seguro contestam lei do RJ que veda cancelamento de plano de saúde durante a pandemia. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=444256&ori=1>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- FERNANDES, Alexandre Boccaletti. Aviso de inadimplência com plano de saúde pode ser entregue a terceiro. Conjur. 22-out-2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-22/aviso-inadimplencia-plano-saude-entregue-terceiro>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- FRITZ, Karina Nunes. Como fica a revisão dos contratos diante da Lei 14.010/2020? Em busca de uma melhor solução sob o ponto de vista econômico. 20-jul-2020. JOTA. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-fica-a-revisao-dos-contratos-diante-da-lei-14-010-2020-20072020. Acesso em: 20 jun. 2021.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei da Pandemia (Lei 14.010/2020). Jun-2020. Disponível em: [https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/859582362/comentarios-a-lei-da-pandemia-lei-14010-2020#:~:text=1.242%2C%20CC\)%2C%20h%C3%A1%208,computado%20o%20lapso%20j%C3%A1%20transcorrido](https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/859582362/comentarios-a-lei-da-pandemia-lei-14010-2020#:~:text=1.242%2C%20CC)%2C%20h%C3%A1%208,computado%20o%20lapso%20j%C3%A1%20transcorrido). Acesso em: 20 jun. 2021.
- GUIMARÃES, Viviane. Cancelamento de planos de saúde por inadimplência em época de coronavírus – Considerações jurídicas. Migalhas. 09-abr-2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324169/cancelamento-de-planos-de-saude-por-inadimplencia-em-epoca-de-coronavirus---consideracoes-juridicas>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- Idec propõe mais proteção aos consumidores de planos de saúde. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. 25-mar-2020. Disponível em: <https://idec.org.br/noticia/idec-propoe-mais-protecao-a-consumidor-de-planos-de-saude>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- JAKITAS, Renato. 91 milhões de brasileiros deixaram de pagar pelo menos uma conta em abril. 19-abr-2020. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,91-milhoes-de-brasileiros-deixaram-de-pagar-pelo-menos-uma-conta-em-abril,70003275934>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 171.
- MALTA, Alberto. ORY, Davi. SCARTEZINI, Julia. Coronavírus: a mitigação dos impactos nos novos contratos. Como pactuar novos negócios jurídicos em uma época com tamanha instabilidade econômica e social? Jota. 28-mar-2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-a-mitigacao-dos-impactos-nos-novos-contratos-28032020>. Acesso em: 20/06/2021.

- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.317.
- MOREIRA, Assis. Coronavírus: 25 milhões podem ficar sem emprego, diz OIT. *Valor Econômico*. 18-mar-2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2020/03/18/coronavirus-25-milhes-podem-ficar-sem-emprego-diz-oit.gh.html>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: Editora RT, 2002. p. 193.
- PALMA, Luiz Fernando de e PRANDINI JUNIOR, Alex. Os efeitos da Pandemia no universo dos contratos. 19-mar-2020. *Migalhas*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/321974/os-efeitos-da-pandemia-no-universo-dos-contratos>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Disponível em: https://pt.wikiversity.org/wiki/Direito_das_Obriga%C3%A7%C3%B5es/Inadimplemento. Acesso em: 20 jun. 2021.
- PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0009749-61.2020.8.17.9000, 4ª Câmara Cível, Des. Relator Eurico de Barros Correia Filho, julgado em 31/07/2020.
- Planos de Saúde poderão ser impedidos de excluir clientes inadimplentes. *O Fluminense*. 12-mai-2020. Disponível em: <https://www.ofluminense.com.br/saude/3073-planos-de-saude-poderao-ser-impedidos-de-excluir-clientes-inadimplentes>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- PONSAM, Ana Luíza Momm. A possibilidade de rescisão contratual por inadimplência nos planos de saúde. 25-mar-2017. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-25/ana-ponsam-rescisao-contratual-inadimplencia-plano-saude>. Acesso em: 21 jun. 2021.
- SILVA LUIZ, Antônio Estival da Silva. O Código de Defesa do Consumidor e a teoria do rompimento da base objetiva do negócio jurídico. *Âmbito Jurídico*. 01-set-2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/o-codigo-de-defesa-do-consumidor-e-a-teoria-do-rompimento-da-base-objetiva-do-negocio-juridico/#_edn9. Acesso em: 20 jun. 2021.
- SUZART, Ana Clara. Uma análise sobre a rescisão por inadimplência nos Contratos de Planos de Saúde. 23-jun-2020. Disponível em: <https://anaclarasuzart.com.br/uma-analise-sobre-a-rescisao-por-inadimplencia-nos-contratos-de-planos-de-saude/>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- TEIXEIRA, Lucas Borges. Quem não pagar conta pode ter plano de saúde cortado em meio à pandemia. *UOL*. 09-mai-2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/05/09/quem-nao-pagar-conta-pode-ter-plano-de-saude-cortado-em-meio-a-pandemia.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- VITAL, Danilo. Cancelamento de plano de saúde por dívida deve considerar epidemia, diz TJ-PE. *Conjur*. 07-ago-2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-07/cancelamento-plano-saude-divida-considerar-covid>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- SILVA, Geraldo Humberto Alves Junior. A efetivação da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito à saúde. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-efetivacao-da-dignidade-da-pessoa-humana-na-perspectiva-do-direito-a-saude/>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- SCHMIDT, Ayeza. O Direito fundamental à saúde e o contrato de plano de saúde: a essencialidade do bem contratado. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/03/mestrado_unibrasil_AYEZA-SCHIDT.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.
- MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à Filosofia do Direito, à Metodologia da Ciência do Direito e Hermenêutica Contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.
- MELLO, Cleyson de Moraes. *Dignidade da pessoa humana: a compreensão existencial da Constituição*. Editora Processo. Rio de Janeiro, 2020.

ESTUDOS INICIAIS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Julio Cesar Reccanello Magalhães⁹⁰¹

INTRODUÇÃO

No Brasil há um debate acerca da classificação e do uso da Interpretação Conforme a Constituição, tendo diversas correntes doutrinárias que debatem e divergem sobre a sua caracterização, sua aplicação entre outras divergências. Uma primeira corrente a chama de princípio de interpretação conforme a constituição (ICC); a segunda diz tratar-se de um método de interpretação e uma terceira vertente, mais moderna, a trata como uma técnica de interpretação.

Para que se tenha uma organização das ideias e das correntes doutrinárias, possibilitando uma compreensão da Interpretação Conforme a Constituição propõe-se utilizar do procedimento de organização do raciocínio científico sistemático. Também se adota o procedimento investigativo histórico por meio do estudo e da pesquisa bibliográfica, onde se procura trazer uma visão, mesmo que breve, sobre as diversas correntes.

Para tanto, realiza-se uma análise da Interpretação Conforme a Constituição, qual a sua conceituação, demonstrando as divergências doutrinárias sobre a sua classificação, apontando deste modo qual a classificação que as três principais correntes lhe dão. Para que haja uma efetiva compreensão sobre a sua aplicação no plano concreto estuda-se algumas decisões do Egrégio Supremo Tribunal Federal, analisando, brevemente, como o Pretório Excelso se utiliza da ICC.

Desse modo, procurando instigar a pesquisa acerca da interpretação constitucional é que se propõe uma reflexão sobre o presente tema, trazendo mais dúvidas do que certezas, é que se pontua por uma classificação do instituto jurídico em voga. A interpretação legal é de fundamental importância, mesmo que por vezes seja relegada a segundo plano, porque é dela que a norma exsurge; é do exercício dialético entre o objeto cognoscível e o sujeito cognoscente, este último com suas vivências socioeconômicas. Por isto que o brocardo latino *in claris cessat interpretatio* não cabe mais ser aplicado em nossa sociedade.

1 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

A Interpretação Conforme a Constituição (ICC), também é chamada de Princípio da Interpretação Conforme a Constituição por muitos autores como Canotilho⁹⁰²: “O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição é fundamentalmente um princípio de controlo [...]”(sic). Trata-se de uma forma de se entender e dar sentido a norma conforme o texto da *Lex Legum*, também se trata de

⁹⁰¹ Bacharel em direito pela Faculdade de Ibaiti/UNIESP S.A., Pós-Graduado em Direito Público pelo Centro Universitário Claretiano, Advogado, com endereço a Rua Gerânio, 84, Jardim Parque das Laranjeiras, na cidade de Figueira, Estado do Paraná. E-mail: reccanelomagalhaes@gmail.com.

⁹⁰² CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional E Teoria Da Constituição. 7. ed. Livraria Almedina, 2003, p. 1226.

uma das ferramentas mais utilizadas pelos magistrados no momento de julgar se uma determinada norma é constitucional ou não.

1.1 O CONCEITO E A QUESTÃO DA SUA NATUREZA JURÍDICA

A *priori* faz-se necessário esclarecer que há autores que a denominam como Método de Interpretação - nesse diapasão pode-se citar Bonavides⁹⁰³, outros de Princípio da Interpretação Conforme a Constituição e ainda aqueles que como Virgílio Afonso da Silva⁹⁰⁴ entendem que tal instituto não se trata nem de um método nem de um princípio. Nesta toada Silva⁹⁰⁵ assevera que a Interpretação Conforme a Constituição não é utilizada para interpretar a própria Constituição:

É um fato curioso que essa forma de interpretação seja incluída entre os chamados princípios de interpretação constitucional, visto que é fácil perceber que, quando se fala em interpretação conforme a constituição, não se está falando de interpretação constitucional, pois não é a constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as leis infraconstitucionais. A interpretação conforme a constituição pode ter algum significado, então, como um critério para a interpretação das leis, mas não para a interpretação constitucional.

Quando trata da ICC Bonavides⁹⁰⁶, demonstrando a vertente de ser um método, pontua da seguinte forma: “Método especial de interpretação, floresceu basicamente durante os últimos tempos à sombra dos arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, que o perfilhou decididamente, sem embargo das contradições de sua jurisprudência a esse respeito.”

Agora, é pertinente trazer a luz o conceito dado por Streck⁹⁰⁷:

Existe uma técnica para salvar um texto jurídico, chamada “interpretação conforme a Constituição”, (*verfassungskonforme*

⁹⁰³ BONAVIDES. Paulo. Curso De Direito Constitucional. 13. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

⁹⁰⁴ SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional E Sincretismo Metodológico. Virgílio Afonso da Silva (org.), Interpretação Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143. Disponível em: http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-Interpretacao_e_sincretismo.pdf. Acesso em: 09 mar. 2017.

⁹⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Constitucional E Sincretismo Metodológico. Virgílio Afonso da Silva (org.), Interpretação Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143. Disponível em: http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-Interpretacao_e_sincretismo.pdf. Acesso em: 09 mar. 2017, p. 132-133.

⁹⁰⁶ BONAVIDES. Paulo. Curso De Direito Constitucional. 13. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 518.

⁹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. Supremo E A Presunção Da Inocência: Interpretação Conforme A Quê? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>. Acesso em: 07 out. 2016, online.

Auslegung, em que *Verfassung* é Constituição, *konforme* é conforme e *Auslegung* é interpretação – peço desculpas pelo detalhamento; é que, no Brasil, significantes e significados se tornaram inimigos nos últimos tempos). A chamada surgiu para os casos em que a nulificação de uma lei pode vir a causar maiores problemas do que se ficasse hígida no sistema. Esta é a *ratio*. Caso contrário, a lei seria fulminada. Sempre. Por isso, nesses casos, dá-se uma interpretação à lei, adaptando-a à Constituição. Salva-se-a. A ICC é, na verdade, uma adição de sentido. O texto permanece como está e se adiciona (*Sinngebung* – atribuição de sentido) um sentido que adequa a lei à Constituição. A fórmula é: este dispositivo só é constitucional se entendido no sentido de x.

Segundo Coelho⁹⁰⁸, que a trata como sendo um princípio, é:

Instrumento situado no âmbito do controle de constitucionalidade e não apenas uma simples regra de interpretação – como o STF enfatizou em decisão exemplar –, princípio da *interpretação conforme a Constituição* consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política ou, se quisermos, de política constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o princípio da unidade da Constituição e o da correção funcional.

Lenza⁹⁰⁹ por sua vez conceitua da seguinte maneira: “Diante das normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, que não seja contrária ao texto constitucional [...]”

A interpretação constitucional, como já dito acima, consiste em dar uma interpretação, a norma – seja ela uma emenda constitucional, pois sobre esta cabe controle de constitucionalidade, seja uma lei, ou qualquer outro ato normativo que não seja a própria CF em suas partes ‘originais’ – que seja ‘compatível’ com o sistema constitucional, vez que desta forma estará sendo privilegiado o sistema da tripartição dos poderes constitucionais garantidos em nossa CF/88 em seu artigo 2º e será dado o balanceamento necessário que é idealizado pela *Theory of Checks and Balances*.

Diz-se isto porque se for dada uma interpretação que privilegie a manutenção da norma no sistema jurídico será evitado que, *exempli gratia*, uma determinada pessoa ou um grupo social que foi beneficiado por determinada norma seja prejudicado quando está de ter vigência/eficácia.

E, quando se diz que há no uso da ICC uma prelação da separação dos poderes o se faz porque o Judiciário quando atua anulando uma norma ele está sim exercendo o seu poder atípico de legiferar vez que estará a revogando. Todavia, quando ele diz que

⁹⁰⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento Jurídico, Constituição E Norma Fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso De Direito Constitucional. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. cap.1, p. (179 e 180).

⁹⁰⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 18. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 173.

se for dada determinada interpretação ao texto legal e que a norma seja compreendida de determinada maneira o Poder Judiciário está a confirmar que o papel de legisferar é do Poder Legislativo, e que aquele somente atuará como *ultima ratio* para defender a *Lex Legum*.

Seguindo este pensamento é pertinente trazer à baila a lição de Coelho⁹¹⁰:

Essa prudência, por outro lado, não pode ser excessiva, a ponto de induzir o intérprete a salvar a lei à custa da Constituição, nem tampouco contrariar o sentido inequívoco da lei, para constitucionalizá-la de qualquer maneira. No primeiro caso porque isso implicaria interpretar a Constituição conforme a lei e, assim, subverter a hierarquia das normas; no segundo, porque toda conformação exagerada implica, no fundo, usurpar tarefas legislativas e transformar o intérprete em legislador, na exata medida em que a lei resultante dessa interpretação conformadora, em sua letra como no seu espírito, seria substancialmente distinta daquela resultante do trabalho legislativo.

Importante ressaltar que segundo Streck⁹¹¹ esta técnica deve ser utilizada positivamente, ou seja, quando houver uma lide que pede que haja a declaração de inconstitucionalidade da norma o órgão julgador poderá declarar a sua inconstitucionalidade ou valer-se da ICC, onde deverá, se se utilizar do ICC, fazer uma declaração positiva declarando a constitucionalidade por ter adotado uma interpretação “mais ampliativa”.

Contudo, não é deste posicionamento que se filia, vez que a ICC pode ser utilizada em qualquer ação do controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, vez que o instituto em voga é um auxiliador na interpretação legal.

Neste sentido é que Streck⁹¹² pontua que:

A ICC é uma declaração positiva, ou seja, a ICC é uma decisão interpretativa de rejeição (da ação que visava inquina-la de inconstitucional!), que ocorre quando uma determinada lei é considerada como constitucional pelo tribunal (constitucional), *desde que ela seja interpretada num sentido conforme a Constituição* (interpretação adequada).

Assim pugna-se que o processo interpretativo conforme a Constituição deve ser utilizado com parcimônia para que não se desvirtue a norma constitucional, assim perdendo a *mens legislatoris* com o fito de salvar uma lei à custa da Constituição ou

⁹¹⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Métodos E Princípios Da Interpretação Constitucional*. In: Revista de Direito Administrativo, v. 230. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46340/45111>. Acesso em: 14 out. 2016, p. 184.

⁹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Supremo E A Presunção Da Inocência: Interpretação Conforme A Quê? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>. Acesso em 07 out. 2016, online.

⁹¹² STRECK, Lenio Luiz. Supremo E A Presunção Da Inocência: Interpretação Conforme A Quê? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>. Acesso em 07 out. 2016, online.

de fazer uma lei ter sentido diverso do que tem, utilizando-se de um desvirtuamento da Carta Constitucional.

1.2 CASOS DE INTERPRETAÇÃO PELO PRETÓRIO EXCELSO

Observando algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) onde foi utilizada a ICC foi possível ver que em determinados casos há uma aplicação anômala. Neste sentido, pode-se citar o voto do Ministro Edson Fachin que votou pela constitucionalidade, com base na ICC, do artigo 283 do Código de Processo Penal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44. Destarte, pontuou o Ministro da seguinte maneira:

Posto isso, voto por declarar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, que afasta aquela conferida pelos autores nas iniciais dos presentes feitos segundo à qual referida norma impediria o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação confirmada em segundo grau, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.⁹¹³

Todavia se se seguir o pensamento de Streck não haveria um porquê do Tribunal Constitucional Brasileiro se utilizar deste método vez que os demais países que se utilizam da ICC não têm em seu ordenamento constitucional a previsão de uma ação para declarar a constitucionalidade de uma norma, assim sendo este era o fim desejado pelos autores das ADC's 43 e 44. Porém, não se filia a posição de Streck, vez que a ICC é uma forma de interpretar a norma, as leis e as normas constitucionais não originárias, ela não se trata de uma ação do controle de constitucionalidade e sim de um meio de se atingir a função de guardar a CF/88.

Nestes termos Streck⁹¹⁴ pontua que:

E, aqui o argumento derradeiro: nenhum ministro dos que formaram a maioria *disse que o artigo 283 fere a Constituição em algum ponto*. Não há uma palavra no sentido de que o artigo 283 era, minimamente, inconstitucional. Ora, isso tem consequência: *Se em nenhum ponto ele fere a CF, então ele é constitucional*. Ou o STF deve confessar que agiu como Poder Constituinte. Simples assim. *Tertius non datur*. Dar-lhe uma interpretação conforme sem dizer em que ponto ele é inconstitucional é fazer um julgamento *citra e extra petita*.

⁹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória De Constitucionalidade 44 Distrito Federal: Voto Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 e 44*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília. 5 out. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2017, p. 22.

⁹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Supremo E A Presunção Da Inocência: Interpretação Conforme A Quê?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>. Acesso em: 07 out. 2016, *online*.

Por isto entende-se que a decisão de possibilitar o cumprimento de pena a partir do 2º grau de jurisdição com base na ICC foi equivocada, pois isto contraria, a nosso ver o texto da CF/88 que garante a todos o direito de ser tratado como inocente até que haja uma decisão transitada em julgado.

Outras duas ações que também utilizaram da ICC foram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 2.139 e 2.160, as quais foram apensadas, e ambas versavam sobre a inconstitucionalidade da Comissão de Conciliação Prévia – fulcro no artigo 625 – D da CLT. Como pode ser observado nos votos dos Ministros, exigia que os reclamantes primeiramente passassem pela comissão de conciliação prévia só assim podendo peticionar ao judiciário, o que violava o acesso à justiça. Já a segunda tratava da exclusão da citação por edital no procedimento sumaríssimo da Justiça do Trabalho.

Deste modo na Medida Cautelar da ADI 2.139⁹¹⁵ e 2.160 – Cabe salientar que os votos citados são os mesmos tanto na ADI 2.139 como na ADI 2.160, uma vez que elas foram julgadas de forma conjunta – o Ministro Marco Aurélio (relator) votou da seguinte maneira:

Dispensável é esforço maior para atribuir-se ao que se contém no novo artigo 625-D interpretação conforme o texto constitucional. Faço-o para assentar que as normas inseridas em nossa ordem jurídica pelo artigo 1º da Lei nº 9.958/2000, mais precisamente pelo novo preceito da Consolidação das Leis do Trabalho, dele decorrente – artigo 625-D –, não encerram obrigatória a fase administrativa, continuando os titulares de direito substancial a terem o acesso imediato ao Judiciário, desprezando a fase que é revelada pela atuação da Comissão de Conciliação Prévia.

Defiro a liminar em tais termos, ou seja, emprestando às regras do artigo 625-D, introduzido na Consolidação das Leis do Trabalho pelo artigo 1º da Lei 9.958, de 12 de abril de 2000, interpretação conforme a Constituição Federal, no que assegurado, sob o ângulo dos dissídios individuais de trabalho, o livre acesso ao Judiciário.⁹¹⁶

No mesmo sentido, na mesma ADI 2160 o Ministro Joaquim Barbosa (Deve-se pontuar que segundo consta na página 63 o Ministro Joaquim Barbosa votou com o infra citado voto tanto na ADI 2.139 como na 2.160) seguiu a divergência inaugurada pelo Ministro Marco Aurélio⁹¹⁷ e no fim de seu voto assim asseverou: “Com

⁹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar Da Ação Direta De Inconstitucionalidade 2.139-7*. Requerentes: Partido Comunista do Brasil; Partido Socialista Brasileiro; Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Originário: Min. Octavio Gallotti. Relator para o Acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 13 maio 2009a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604545>. Acesso em: 24 ago. 2017.

⁹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar Da Ação Direta De Inconstitucionalidade 2.160-5*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Originário: Min. Octavio Gallotti. Relator para o Acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 13 maio 2009b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604547>. Acesso em 24 ago. 2017, p. 155 e 156.

⁹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar Da Ação Direta De Inconstitucionalidade 2.160-5*. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio. Requeridos: Presidente da

essas considerações, e com as vênias de estilo, acompanho a divergência, para dar *interpretação conforme* aos dispositivos impugnados e afastar a obrigatoriedade das demandas trabalhistas à comissão de conciliação prévia.”

Na ADI 4901, quando o STF foi instado a manifestar-se sobre a constitucionalidade do Código Florestal, o Procurador Geral da República requereu que o artigo 48 parágrafo 2º fosse interpretado conforme a constituição para onde lê-se “situado no mesmo bioma” fosse autorizado “apenas a compensação entre áreas com identidade ecológica” (Tal trecho consta na petição inicial da ADI 4901, parte 1)⁹¹⁸. Nesse sentido foi que o provimento jurisdicional da mais alta corte.

A decisão de julgamento assim pontua:

ix) por maioria, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 48, § 2º, do Código Florestal, para permitir compensação apenas entre áreas com identidade ecológica, vencidos o Ministro Edson Fachin e, em parte, os Ministros Luiz Fux (Relator), Cármen Lúcia (Presidente), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Gilmar Mendes;⁹¹⁹

Foram realizadas estas análises com o fito de demonstrar um pouco da forma como é utilizada a ICC pelo órgão máximo, o qual tem como principal função a defesa da CF/88.

Nesta esteira, pode-se observar a lição de Coelho, que criticando a atuação do judiciário como legislador positivo, nos mostra que se deve ter um cuidado por parte do Poder Judiciário para que não usurpe a competência do Poder Legislativo. Assim sendo Coelho⁹²⁰ pontua que:

Afinal de contas, como lembra Cappelletti, uma coisa é a inevitável criação judicial do direito – no âmbito das causas e controvérsias em que se travam os conflitos de interpretação –, e outra, bem diversa, é aceitar que os juízes atuem como autênticos legisladores, olvidando aquelas virtudes passivas ou limites processuais que tão profundamente diferenciam os processos judiciais dos processos de natureza política e que milênios de sabedoria humana consagraram em fórmulas lapidares, tais como *nemo iudex in causa própria*,

República e Congresso Nacional. Relator Originário: Min. Octavio Gallotti. Relator para o Acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 13 maio 2009b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604547>. Acesso em 24 ago. 2017, p. 189 e 190.

⁹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade 4901. Requerente: Procurador Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator atual: Min. Luiz Fux. Brasília, 28 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4355097>. Acesso em 23 mar. 2018, p.29.

⁹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade 4901. Requerente: Procurador Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator atual: Min. Luiz Fux. Brasília, 28 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4355097>. Acesso em 23 mar. 2018, online.

⁹²⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento Jurídico, Constituição E Norma Fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso De Direito Constitucional. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. cap.1, p. 184.

nemo iudex sine actore, ubi non est actio, ibi non est iurisdictio e
audiatur et altera pars, entre tantas outras de idêntica inspiração.

A experiência mais recente, no entanto, parece condenar ao esquecimento a concepção kelseniana do *legislador negativo*, tantas têm sido as decisões das Cortes Constitucionais – e. g. as diversas espécies de sentenças *normativas* – por via das quais, a pretexto de otimizar e/ou realizar a Constituição, esses supertribunais assumem nítida postura legislativa, criando normas de caráter geral e vinculante, como atestam a jurisprudência nacional e a estrangeira, esta em maior expressão.

É neste sentido que a Interpretação Conforme a Constituição causa euforia e ao mesmo tempo temor, visto que do mesmo modo que ela pode ser um incrível instrumento para a realização e a efetivação do direito e da CF/88, tal instituto também pode ser usado como uma ferramenta de usurpação da função dos demais Poderes Constitucionais.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, utilizando-se dos procedimentos de organização do raciocínio científico sistemático e do investigativo histórico observou-se que a Interpretação Conforme a Constituição traz os mais efervescentes debates acerca da sua conceituação, uma vez que a doutrina é discrepante quando trata de tal assunto. Inclusive o Pretório Excelso não tem uma posição firmada sobre tal tema.

Assim, tem-se parte da doutrina, minoritária cabe frisar, que diz que a ICC se trata de um método de interpretação constitucional, tal posicionamento, como exposto alhures, é encampado por Paulo Bonavides.

De outro lado pode-se observar autores que defendem que a ICC é um princípio da interpretação constitucional, o que não é o mais adequado, uma vez que ele não se enquadra. A críticas da doutrina majoritária, o que se pode observar no dizer de Virgílio Afonso da Silva, o qual fora exposto acima.

A doutrina majoritária, hodiernamente, pontua que a ICC se trata de uma técnica de interpretação constitucional, esta defendida por autores como Streck (como demonstrado) que pontua que a ICC é utilizada em países onde não à Ação Declaratória de Constitucionalidade, razão pela qual faz a crítica da aplicação no Brasil.

Contudo, acredita-se que a Interpretação Conforme a Constituição trata-se de um instituto jurídico que auxilia o interprete no processo cognoscente, onde sujeito interpretação X conforme a Constituição.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. Curso De Direito Constitucional. 13. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória De Constitucionalidade 44 Distrito Federal: Voto Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 e 44. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília. 5 out. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2017.
- BRASIL. Medida Cautelar Da Ação Direta De Inconstitucionalidade 2.139-7. Requerentes: Partido Comunista do Brasil; Partido Socialista Brasileiro; Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Originário: Min. Octavio Gallotti. Relator para o Acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 13 maio 2009a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604545>. Acesso em: 24 ago. 2017.
- BRASIL. Medida Cautelar Da Ação Direta De Inconstitucionalidade 2.160-5. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Originário: Min. Octavio Gallotti. Relator para o Acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 13 maio 2009b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604547>. Acesso em: 24 ago. 2017.
- BRASIL. Ação Direita de Inconstitucionalidade 4901. Requerente: Procurador Geral da República. Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator atual: Min. Luiz Fux. Brasília, 28 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4355097>. Acesso em: 23 mar. 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional E Teoria Da Constituição. 7. ed. Livraria Almedina, 2003.
- COELHO, Inocência Mártires. Métodos E Princípios Da Interpretação Constitucional. In: Revista de Direito Administrativo, v. 230. 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46340/45111>. Acesso em: 14 out. 2016.
- COELHO. Ordenamento Jurídico, Constituição E Norma Fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso De Direito Constitucional. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. cap.1.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta Dos Intérpretes Da Constituição: Contribuição Para A Interpretação Pluralista E “Procedimental” Da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SILVA, Virgílio Afonso. Interpretação Conforme A Constituição: Entre A Trivialidade E A Centralização Judicial. Revista DIREITO GV 3. V. 2, p. 191, 2006. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/interpretacao-conforme-constituicao-entre-trivialidade-centralizacao-judi>. Acesso em: 21 fev. 2017.
- SILVA. Interpretação Constitucional E Sincretismo Metodológico. Virgílio Afonso da Silva (org.), Interpretação Constitucional, São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143. Disponível em: http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2005-Interpretacao_e_sincretismo.pdf. Acesso em: 09 mar. 2017.
- SILVA. Ponderação e Objetividade Na Interpretação Constitucional. Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), Direito E Interpretação: Racionalidades E Instituições, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011: 363-380. Disponível em: http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2011-Interpretacao_objetividade.pdf. Acesso em: 09 mar. 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. Supremo E A Presunção Da Inocência: Interpretação Conforme A Quê? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>. Acesso em: 07 out. 2016.
- STRECK. Hermenêutica Jurídica E(M) Crise, Uma Exploração Hermenêutica Da Construção Do Direito. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- STRECK. Dicionário De Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

O JUDICIÁRIO NA PANDEMIA E O “ANYWHERE OFFICE”

José Laurindo de Souza Netto ⁹²¹, Bruno Smolarek Dias ⁹²²,
Lilian Cristina Pinheiro Goto ⁹²³, Anna Fernanda Scalla Menotti ⁹²⁴

INTRODUÇÃO

A pandemia provocada pelo coronavírus aliada aos avanços da tecnologia possibilitaram a realização de profundas mudanças na cultura laboral no Brasil e no mundo. As medidas de isolamento social lançaram novas luzes sobre temas merecedores de atenção, dentre eles o trabalho remoto, permitindo aos profissionais a realização de suas atividades à distância. Na esfera jurídica o teletrabalho outrora permitido e possível em situações bem específicas surge agora como necessidade de continuidade da prestação de serviços, visando a diminuição da curva de contaminação para não colapsar o sistema de saúde. Tais transformações foram intensas, sendo objeto de preocupação de estudiosos que abordam as vantagens e desvantagens de sua implementação. Dentre os pontos positivos estão a melhoria da produtividade, mais tempo livre ou com a família, redução de custos para empresa (aluguel, água, luz, materiais de limpeza e higiene) e para o funcionário (transporte), diminuição da carga de estresse (decorrente de trânsito congestionado, por exemplo) e aumento da capacidade criativa. Noutro giro, os pontos negativos como falta de contato pessoal e de infraestrutura (equipamentos, scanner, impressora, mesa, computador de qualidade, cadeira), podem e devem ser objeto de atenção, para que sejam devidamente sanados, proporcionando a boa prestação de serviços.

Nesta esteira, o debate acadêmico é sempre importante e assertivo, principalmente diante das transformações tecnológicas que possibilitam a implementação da

⁹²¹ Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Conselho de Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil – CONSEPRE. Docente do Curso de Mestrado na Universidade Paranaense – UNIPAR e do Curso de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Docente do Curso de Especialização em Direito Aplicado da Escola da Magistratura do Paraná –Email: professorlaurindojn@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>.

⁹²² Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR, mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Doutor em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - SC, ex-bolsista CAPES para Doutorado Sanduíche na Universidade do Minho - Portugal (2012) e Doutorado em co-tutela com a Università degli Studi di Perugia - Itália.

⁹²³ Discente do Mestrado em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR, Pós-graduada em Direito do Consumidor pelo Dâmasio Eduacional, Pós-graduada em Direito Ambiental pela Faculdade Unyleya, Extensão em FACS 3.0, ministrado pelo F-M Group Internacional, em parceria com o Laboratório de Expressão Facial da Emoção (FEELab) da Universidade Fernando Pessoa, Porto, Portugal (Codificadora e Instrutora), Extensão em Neuropsicologia, Cognição e Emoção pela PUC/SP, Pós graduanda em Psicologia Jurídica pela Faculdade Metropolitana, servidora do Tribunal de Justiça do Paraná – TJPR e Mediadora voluntária desde 2019.

⁹²⁴ Discente do Mestrado em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Pós-graduada em Direito Processual do Trabalho e Direito do Trabalho na PUC-PR. Advogada. Juíza Leiga no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. anna_menotti1@hotmail.com.

denominada Justiça 4.0., com foco na otimização da produção. Por fim, busca-se demonstrar que os índices positivos de produtividade obtidos durante a pandemia, em especial durante a realização do trabalho remoto, possibilitam repensar o futuro dos métodos de trabalho no judiciário, acrescentando métodos novos, como o *anywhere office* que podem ser grandes responsáveis pela disseminação de práticas promotoras de efetividade e produtividade, ampliando o próprio sistema de justiça que sobreviverá no universo jurídico pós-pandemia.

1 A PANDEMIA DA COVID-19

A crise global enfrentada pela humanidade talvez seja uma das maiores dessa geração, ela atingiu todos os campos, econômico, cultural e político, estendendo-se às instituições públicas e privadas.

No início do ano de 2020, foi declarado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) o estado de Emergência de Saúde Pública em escala Internacional, decorrente da expansão do novo Coronavírus⁹²⁵.

Diante deste cenário, a crise sanitária de impacto internacional, foi responsável por uma transformação. A implementação do trabalho remoto foi responsável pela continuidade dos serviços que melhor atendessem a critérios de produtividade e qualidade. Balcões virtuais de atendimento, realização de audiências virtuais utilizando-se das mais diversas plataformas (Teams, Cisco Webex, WhatsApp, Zoom, dentre outras), controle remoto de produtividade e uso maciço de ferramentas como telefone, vídeo conferência, e-mails, mensagem de texto e SMS são apenas alguns exemplos de mudança de hábitos ocorrida mais expressivamente neste período, mas que indica o inevitável prolongamento quando a pandemia se dissipar, já que “medidas temporárias possuem o hábito de sobreviver às emergências” (HARARI, 2020, p.35).

Neste cenário, destacam-se técnicas interessantes na condução de audiências remotas, que buscam dar maior efetividade ao ato realizado virtualmente.

Este é um momento ideal para repensar as formas de se fazer justiça, considerando que a “onlização” processual já é uma realidade na prática.

2 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS FORMAS DE TRABALHO E O AVANÇO TECNOLÓGICO

2.1 O TELETRABALHO

A relação de trabalho, em particular do que se entende por trabalho subordinado, é uma das mais antigas da história, e sua evolução e adaptação a novas formas é constante. Com essa evolução a ideia de que o trabalho deveria ser prestado dentro de um local físico fornecido pelo empregador, com horário delimitado também se transformou, de forma que na atualidade se pode debater acerca do teletrabalho de forma positiva.

A conceituação de teletrabalho pode ser de difícil delimitação se observada do ponto de vista jurídico, por tratar-se de um conceito aberto, que pode abarcar diversos tipos de prestação de serviços.

⁹²⁵ <https://covid19.who.int/>

O termo *telework* surgiu em 1973, quando Jack Nilles (1994) se referiu a possibilidade da utilização da tecnologia para que se pudesse permitir que trabalhadores não precisassem se deslocar até a empresa, permitindo a instrumentalização do trabalho à distância.

O teletrabalho é uma forma de trabalho subordinado (ou não), exercido à distância, utilizando-se de ferramentas de telecomunicação (telefone, videoconferência, e-mails, mensagem de texto, SMS) em que há compromisso entre empregado e empregador.

De acordo com ARANDA (2001, p. 28) o teletrabalho se traduz em:

“Forma de organização e ou execução do trabalho realizado em grande parte, ou principalmente, à distância e mediante o uso intensivo das técnicas de informática e ou da telecomunicação.”

No mesmo sentido BANGEMANN (2009), aduz que teletrabalho pode ser definido como “qualquer atividade alternativa de trabalho que faça uso das tecnologias de comunicação, não exigindo a presença do trabalhador no ambiente tradicional de trabalho.”

Para Organização Internacional do Trabalho (OIT) o teletrabalho é considerado uma forma de trabalho efetuada num lugar diferenciado do escritório central ou do centro de produção e que implica nova tecnologia que permite a separação e facilita a comunicação. (OIT, 2021).

O teletrabalho é uma forma de trabalho realizada fora das dependências providas pelo empregador, inclusive com a utilização de recursos viabilizados por ele, opondo-se a ideia de trabalho interno, mas não se enquadrando na ideia de trabalho externo, como se classifica o trabalho exercido por motoristas, representantes comerciais, vendedores entre outros.

Dessa maneira, para que se caracterize o teletrabalho é necessário que ele não seja enquadrado como trabalho externo, que sejam empregados recursos tecnológicos para o desempenho da atividade e que na maior parte do tempo ele ocorra fora das dependências providas pelo empregador.

Destaca-se que grande parte da Doutrina brasileira classifica o teletrabalho como gênero que abrange diversos tipos de trabalho, como trabalho remoto, home office, anywhere office, trabalho em coworking, cafeterias, etc, exercido em sua maior parte fora das dependências do empregador.

Para o ordenamento Jurídico brasileiro o trabalho a distância foi previsto primeiramente pela Lei 12.551/2011 que alterou a legislação trabalhista em 2011, incluindo na redação do artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para incluir essa nova modalidade de trabalho.

Posteriormente, em 2017, foi necessário um maior desenvolvimento do tema diante das necessidades da popularização e frequente utilização do teletrabalho, foi quando a reforma trabalhista, Lei 13.467/2017, incluiu na CLT um capítulo inteiro tratando do tema.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (BRASIL, 1943) descreve em seu artigo 75-B o que se entende por teletrabalho, sendo:

“Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.”

O mesmo dispositivo legal deixa certo em seu parágrafo único que caso o empregado tenha que comparecer ao estabelecimento para a realização de algumas atividades específicas, não ficará automaticamente descaracterizado o regime de teletrabalho.

Mesmo com a forma de trabalho sendo consagrada anteriormente no ordenamento jurídico brasileiro, após a crise do Corona Vírus, a decretação de estado de calamidade pública e a publicação da Medida Provisória 927/2020, o teletrabalho tomou uma nova dimensão frente aos direitos assegurados aos trabalhadores, afinal muitos contratos foram alterados passando do regime presencial para o teletrabalho, e mesmo a medida tendo sido encerrada em 19 de julho de 2020, os contratos realizados durante sua vigência continuam válidos.

Hoje, passados mais de um ano do que se considera uma das maiores crises em saúde pública da humanidade, o teletrabalho deixou de ser uma opção ou alternativa, e se tornou modelo adotado por grande parte das empresas, para que possam continuar com seu funcionamento habitual.

Por mais que se estabeleça ligação direta entre o teletrabalho e o home office, trabalho realizado em casa, esta não é a única forma em que a atividade pode ser desenvolvida, existindo também, entre outros o anywhere office (trabalho remoto).

No período da pandemia, dados de 2020, indicam que no Brasil, 7,9 milhões de pessoas trabalharam de forma remota. Estima-se que o país tenha potencial para que até 20,8 milhões de pessoas trabalhem remotamente, o que corresponde a aproximadamente 22% da população que está trabalhando (IBGE, 2020).

2.2 O ANYWHERE OFFICE

A pandemia da Covid-19 aliada ao desenvolvimento tecnológico deixou clara a necessidade de flexibilização como forma de sobrevivência das instituições públicas e privadas, permitindo novas modalidades de realização do trabalho.

O Anywhere Office, modalidade que permite a realização do trabalho de qualquer lugar, pode se mostrar como uma tendência para os próximos anos, pois tem se popularizado a cada dia, permitindo mudanças nos hábitos de trabalhadores urbanos que podem pensar em migrar para cidades menores com menores custos e melhor qualidade de vida, já que o “ir ao escritório” para trabalhar, em grande parte dos trabalhos sofreu uma mudança drástica e em caráter de urgência.

A implementação do teletrabalho trouxe novos desafios e possibilitou a inserção de novos hábitos, modificando a realidade de trabalhadores e empresários, tornando a vida mais flexível, o tempo mais otimizado, libertando os trabalhadores das amarras físicas e de padrões comportamentais circunscritos à espaços delimitados. Mas o que isso significa? Que nos próximos anos trabalhadores de grandes centros

urbanos podem migrar para o interior, que grandes corporações podem dissolver prédios físicos para se tornarem 100% virtuais, que há uma grande chance de que haja o reinvestimento dos gastos com infraestrutura física para virtualização das atividades e que os reflexos das mudanças certamente devem refletir no sistema judiciário.

Muitas empresas já se decidiram pela utilização do trabalho remoto, deixando a critério do empregado o comparecimento pessoal, permitindo exercer sua função em casa, no café, na praça, no aeroporto, ou sejam em qualquer lugar.

Essa flexibilidade deixa certo que um novo leque de possibilidades está adentrando ao mercado de trabalho, ou seja, o conceito de anywhere office está se tornando cada vez mais popular, e como consequência as atividades laborais podem ser realizadas em qualquer lugar do mundo.

O termo acima mencionado deixa certo que os adeptos do anywhere office podem trabalhar de onde estiverem, desde que tenham acesso à internet e a um local confortável para que possa alocar seu equipamento de trabalho, o computador, tablet ou smartphone.

O modelo de trabalho remoto é benéfico não somente para o trabalhador, mas também para as empresas. O trabalhador não terá que lidar com as preocupações de como chegarão ao local de trabalho, se de carro particular ou se de transporte público, se o trânsito afetará no horário previsto para o início do trabalho, o que certamente diminuirá o estresse e o cansaço desses indivíduos dentro e fora do contexto laboral.

Com relação as empresas, os benefícios também são inúmeros, isso porque as companhias acabam economizando um valor relevante por não terem que manter escritórios, e com essa economia podem investir no crescimento da empresa e estimular o desenvolvimento pessoal de seus funcionários, o que implicaria em crescimento do negócio.

Não foi só o ambiente privado que adotou o trabalho remoto nos últimos anos, mas o setor público também, em especial o Poder Judiciário.

O TST já em 2012, através da Resolução Administrativa 1.499, deu início a utilização do teletrabalho, que a princípio se deu de forma experimental e posteriormente, em 2013, foi efetivada.

O documento trazia como requisito a estipulação de metas de desempenho diárias, semanais ou mensais, que deveriam ser, no mínimo, 15% superiores às estipuladas para os servidores que executavam o trabalho presencialmente. Além disso, o normativo ainda trazia um limite máximo de 30% de teletrabalho por unidade e monitoramento das atividades por meio de formulário de planejamento e acompanhamento (TST, 2021, p.15).

Após o sucesso e a aprovação pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, da Resolução CSTJ 109/2012 é que o Conselho Nacional de Justiça, ainda em 2016, apresentou ao Judiciário a Resolução CNJ 227/2016.

Importa destacar que desde a publicação da Resolução 227/2016 do CNJ, foi autorizado que todos os servidores do Poder Judiciário pudessem executar suas atividades de forma remota, denominando tal prática como teletrabalho.

Foi definido, naquele momento o que se entende por teletrabalho no âmbito do poder judiciário, sendo “modalidade de trabalho realizada de forma remota, com a utilização de recursos tecnológicos” (CNJ, 2016).

O que se objetiva com a implementação do teletrabalho nos órgãos do Judiciário é o aumento da produtividade e a qualidade do trabalho dos servidores, a promoção de mecanismos que possam atrair os servidores e motivá-los e comprometê-los com os objetivos da instituição a qual se está vinculado, a redução de custos de deslocamento dos servidores e também a economia de tempo para chegar ao local de trabalho, contribuição com a melhoria de programas socioambientais, com a diminuição de poluentes, redução de consumo de água, energia, papel e outros serviços disponibilizados pelo Poder Judiciário, a ampliação de possibilidades de trabalho aos servidores que tem dificuldade de deslocamento, o aumento na qualidade de vida dos servidores, o estímulo no desenvolvimento de talentos, trabalho criativo e inovação, o respeito a diversidade entre outros.

Corroborando com a ideia de liberdade de escolha dos métodos mais adequados de trabalho, as diretrizes do CNJ parecem apontar nesta mesma direção reafirmando que cada órgão terá a liberdade de estipular se irá aderir ou não ao teletrabalho, podendo, desde que observadas as vedações da Resolução, estabelecer uma quantidade de 30 a 50 por cento dos servidores trabalharem remotamente (CNJ, 2012).

Como é de conhecimento a eficiência é um dos princípios que rege as organizações que compõe a administração pública além de ser uma das características do serviço público. Assim, para que se possa cobrar a eficiência dos servidores que estão exercendo suas atividades de forma remota, a Instituição a qual se está ligada pode estipular metas de avaliação de desempenho.

3 A AVALIAÇÃO DA PRODUTIVIDADE REMOTA NO JUDICIÁRIO

Com a declaração de emergência em saúde pública mundial que aconteceu em janeiro de 2020 pela Organização Mundial da Saúde, e posteriormente declaração de pandemia em decorrência do Covid-19 em março de 2020, momento em que a orientação dada pelas autoridades sanitárias mundiais foi de que a medida adequada para o enfrentamento da pandemia seria o isolamento social.

Normativas foram criadas com o intuito de alertar a população brasileira e a Portaria 356/2020 do Ministério da Saúde tratou especificamente das medidas que deveriam ser tomadas para o enfrentamento da pandemia do Covid-19 em todo o território nacional.

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, tomou providências sobre o assunto a partir da Portaria n. 52, de 12 de março de 2020, na qual são estabelecidas medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo novo coronavírus – covid-19. Tal portaria foi seguida de uma série de outros atos relativos ao acompanhamento, à regulamentação e à supervisão das medidas de prevenção ao contágio pelo novo coronavírus tomadas pelos tribunais brasileiros, conforme Portaria CNJ n. 53, de 16 de março

de 2020 ao estabelecimento de regime de plantão extraordinário para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pela covid-19 e garantir o acesso à justiça nesse período emergencial (Resolução CNJ n. 313, de 19 de março de 2020); à realização de perícias em meios eletrônicos ou virtuais em ações em que se discutem benefícios assistenciais ou previdenciários por incapacidade, enquanto durarem os efeitos da crise ocasionada pela pandemia (Resolução CNJ n. 317, de 30 de abril de 2020); à adoção de medidas de urgência, durante a pandemia, para a proteção da integridade física, psíquica e da vida de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher (Recomendação CNJ n. 67, de 17 de junho de 2020), dentre tantas outras (CNJ, 2020, p. 7).

Foram editados 53 atos normativos desde o início da pandemia para a organização e orientação do trabalho relativo ao Poder Judiciário diante do cenário pandêmico, sendo

28 atos normativos da Presidência do CNJ, sendo 8 Resoluções, 8 Recomendações, 11 Portarias e 1 Nota técnica; 22 atos normativos da Corregedoria Nacional de Justiça, sendo 10 Provimentos, 2 Recomendações, 9 Portarias e 1 Orientação; e 3 Portarias da Diretoria-Geral (CNJ, 2020, p. 7).

Acresça-se que no início do estado de calamidade sanitária, quando se passou a ser necessário o distanciamento social e conseqüentemente foi adotada pelos órgãos da gestão administrativa o trabalho remoto, o questionamento que surgia era com relação a produtividade, se ela continuaria efetiva ou se os números diminuiriam pela ausência de controle por parte da chefia de forma pessoal, presencial e direta.

De acordo com dados do CNJ (2020, p. 32) 84% dos servidores encontra-se trabalhando remotamente. O que se observa na prática é que os Tribunais tiveram excelência em se adaptarem aos impactos da pandemia, inclusive cada um deles editou ato normativo para que a nova forma de trabalho pudesse ser regulamentada.

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o teletrabalho foi instituído em março de 2020 após a publicação do Decreto Judiciário 172/2020 que determinou que todos os edifícios da Justiça Estadual fossem fechados. Desde então, mais precisamente entre os dias 12 de março de 2020 e 16 de maio de 2021, o TJPR informou que, de forma remota, seus servidores realizaram mais de 9,2 milhões de atos processuais, sendo que a 1ª instância proferiu 4.566.801 decisões e 3.410.101 despachos. Por sua vez, a 2ª instância proferiu 716.995 decisões e 594.344 despachos (TJPR, 2021).

O Tribunal do Estado de São Paulo, por sua vez, durante o período pandêmico, atingiu marca de 36,3 milhões de atos processuais, entre 16 de março de 2020 e 23 de maio de 2021, sendo no 1º grau 11.756.628 Despachos, 17.998.322 Decisões Interlocutórias, e 4.248.441 Sentenças. Já no 2º grau foram 1.111.483 Despachos, 122.317 Decisões monocráticas e 1.128.691 Acórdãos (TJSP, 2021).

3.1 A JUSTIÇA 4.0

Outros Tribunais demonstraram resultados igualmente positivos nos índices de produtividade após a realização do trabalho remoto, o que demonstra que de fato as mudanças serão significativas após a pandemia, e, ao que tudo indica, haverá um grande incentivo nas formas de realização do trabalho à distância.

Harmoniza-se a este entendimento o conceito da “Justiça 4.0”, programa do Conselho Nacional de Justiça para inovação e efetividade na realização da Justiça para todos, que tem por objetivo promover o acesso à justiça por meio de ações e projetos desenvolvidos para a utilização de novas tecnologias e inteligência artificial, oportunizando um diálogo entre o real e o digital, aproximando o cidadão e reduzindo gastos.

A “Justiça 4.0” tem como meta a implantação de um Juízo 100% digital, balcões virtuais, criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ), auxílio dos Tribunais com aprimoramento de registros processuais, implantação, tutoria, treinamento, higienização e publicização da Base de Dados Processuais do Poder Judiciário (DataJud), dentre outras. (CNJ, 2020).

3.2 A AGENDA 2030

De acordo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em um esforço para atingir os desafios postos durante a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável da Assembléia Geral das Nações Unidas, da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2015, na qual foi aprovado o documento “Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável”, assinada por 193 Estados-membros, foi traçado um plano de ação reconhecendo vários desafios ligados ao desenvolvimento sustentável, estabelecendo-se os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS) e 169 metas que exigem uma parceria global para sua efetivação.

Dentre os objetivos apresentados pelo ODS 8 está o aumento da produtividade abordando o trabalho descente e o desenvolvimento econômico, que se ajusta com as vantagens na realização do trabalho remoto, responsável pelo aumento dos níveis de produtividade e diminuição dos custos tanto para empregadores quanto para empregados, além de ser responsável por diminuir os acidentes de trajeto e consequentemente a violência, pois há menos circulação nas vias urbanas, melhorando também a própria segurança pública.

Além destes os ODS 11, abordando a questão da Cidade Sustentável, e a ODS 12, que trata do Consumo Responsável, se ajustam perfeitamente ao fomento das atividades remotas, que são responsáveis pela diminuição de poluentes nocivos ao meio ambiente.

A “Agenda 2030”, agenda de Direitos Humanos da ONU foi integrada ao Poder Judiciário no Brasil pela Meta 9 do Poder Judiciário Brasileiro:

Meta 9 – Integrar a Agenda 2030 ao Poder Judiciário (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados). (CNJ, 2021).

O teletrabalho possibilita essa nova construção, que preza pela sustentabilidade e está amparada pela Agenda 2030. Assim, o trabalho remoto, que durante a pandemia foi a melhor alternativa encontrada para que os atos processuais pudessem continuar a serem cumpridos, deve permanecer nos próximos anos com os ajustes necessários para que se mantenha a excelência na prestação de serviços no judiciário com cada vez maior ganho social, mesmo com ou sem a presença do vírus da Covid-19.

4 A OTIMIZAÇÃO DE RECURSOS PELA UTILIZAÇÃO DAS VIAS REMOTAS NO JUDICIÁRIO

Diante dos macrodesafios da Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário (ENTIC-JUD) e diante da necessidade de assegurar a convergência dos recursos humanos, administrativos e financeiros empregados pelo Poder Judiciário, foi editada a Resolução do CNJ nº 370, de 28 de janeiro de 2021, que tem como objetivo a promoção da melhoria de governança, gestão e colaboração tecnológica que vise melhorar a eficiência, eficácia, efetividade e economicidade dos órgãos da justiça, maximizando os resultados por meio da otimização de recursos, cujos objetivos a serem atingidos devem ser alcançados de forma colaborativa e participativa. (CNJ, 2021).

Neste sentido, em consonância com os objetivos almejados na Resolução, a disseminação de métodos de trabalho mais eficientes e menos onerosos otimizam a produção, criando condições mais favoráveis para realização do trabalho remoto. Nele, é possível pensar em subgêneros de realização remota da atividade laboral, tal como o anywhere office.

Além disso, a assistência jurídica prestada por diversos meios e livre para ser realizada de onde quer que esteja pode ser uma nova forma de propiciar acesso à justiça de qualquer lugar, pois serve a todos, às instituições e às partes que utilizam as plataformas virtuais, já que o que se propõe é justamente demonstrar que a forma mais eficiente de trabalho, a remota, enseja maior autonomia dos servidores, empregadores e usuários dos serviços da justiça, além de significar custos efetivamente mais baixos.

A internalização desta nova forma de prestação jurisdicional no Poder Judiciário tem ganhado força, pois ultrapassa os aspectos meramente econômicos, mas demonstra, por meio de dados estatisticamente comprovados, ser uma estratégia de resultados favoráveis, com ganho em produtividade e maior celeridade e eficiência na prestação dos serviços ofertados, conforme se depreende dos índices apresentados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade deste cenário de pandemia na esfera judicial carece de detida análise a fim de possibilitar a realização efetiva dos trabalhos com menor custo e melhor qualidade, utilizando-se de todas as ferramentas disponíveis para que seja oportunizado o pleno acesso à justiça.

Neste sentido o trabalho remoto, subsidiado pelos avanços tecnológicos, possibilitou que novas formas de realização das atividades se mostrassem efetivas e viáveis, como comprovam os índices de produtividade apresentados.

A realização do gênero de trabalho denominado home office se ramifica em espécies como o anywhere office, possibilitando uma nova visão futura de trabalho remoto, prezando pela autodeterminação de escolha dos métodos laborais e dando consequentemente maior liberdade de atuação.

O que se pretende demonstrar é que o trabalho não deve ser restringido à espaços físicos pré-determinados, levando a justiça a todo lugar e podendo fazer com que ela seja realizada em qualquer local.

Contudo, em que pese tal liberdade possibilite a realização do trabalho em locais de livre escolha, isso não significa que ele não tenha critérios elevados de avaliação da performance e produtividade, mas, ao contrário, sugestiona-se que ele seja possível e que haja critérios de avaliação dos índices de produtividade, estando ele adstrito à tais critérios de alta performance, passíveis verificações contínuas e em tempo real.

Assim, em consonância com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, da Agenda 2030, da Justiça 4.0 e com amparo nos índices de alta produtividade decorrentes do período de pandemia mundial no trabalho remoto do judiciário, mostra-se cada dia mais viável um sistema de justiça que não esteja amarrado à critérios formalistas, mas que esteja conectado com as mudanças tecnológicas essenciais para uma prestação de serviços de excelência e qualidade.

REFERÊNCIAS

- BANGEMANN, Martin. Comissão Européia. Apud, Patrizio Di Nicola. Telelavoro, ripensamenti ravvicinati del terzo tipo. Disponível em: <http://www.lex.unict.it/eurolabor/default.htm>. Acesso em: 26 mai. 2021.
- BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943.
- Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 mai. 2021.
- BRASIL. IBGE. Pnad covid-19 trabalho. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>. Acesso em: 26 mai. 2021.
- BRASIL. Declaração da OMS, disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-declara-coronavirus-emergencia-de-saude-publica-internacional/>. Acesso em: 27 mai. 2021.
- BRASIL. Declaração da OMS, disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/03/1706881>. Acesso em: 27 mai. 2021.
- BRASIL. Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: www.ilo.org. Acesso em: 28 mai. 2021.
- BRASIL. Portaria MS n. 188/2020, disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 27 mai. 2021.
- BRASIL. Portaria MS n. 356/2020, disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 27 mai. 2021.
- BRASIL. Portaria CNJ n. 52/2020, disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3231>. Acesso em: 27 mai. 2021.
- BRASIL. Portaria CNJ n. 53/2020, disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3241>. Acesso em: 27 mai. 2021.
- BRASIL. Resolução CNJ n. 313/2020, disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>. Acesso em: 27 mai. 2021.
- BRASIL. Resolução CNJ n. 317/2020, disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3302>. Acesso em: 27 mai. 2021.
- BRASIL. Recomendação CNJ n. 67/2020, disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Recomendacao67-2020_17062020_DJE190_19062020.pdf. Acesso em: 27 mai. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Agenda 2030, disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/agenda-2030/>. Acesso em: 27 de mai. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Agenda 2030, disponível em: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Agenda 2030, disponível em: <https://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 27 mai. 2021. Acesso em: 27 de mai. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Avaliação dos impactos da pandemia causada pela covid-19 nos processos de trabalho dos tribunais. Brasília: CNJ, 2020.
- HARARI, Yuval Noah. Notas sobre a pandemia. São Paulo, Companhia das Letras, 2020.
- NILLES, Jack. Making telecommuting happen. Sacramento: VRN, 1994.
- NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro. Forense, 2001.
- THIBAUT ARANDA, Javier. El teletrabajo: analisis jurídico-laboral. 2. ed. Madrid: Consejo Economia y Social, 2001.
- TJPR. COVID-19: Em 432 dias de trabalho remoto, a Justiça estadual realizou mais de 9,2 milhões de atos processuais. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: COVID-19: Em 432 dias de trabalho remoto, a Justiça estadual realizou mais de 9,2 milhões de atos processuais - Notícias - TJPR. Acesso em: 27 mai. 2021.
- TJSP. Corte paulista contabiliza 36,3 milhões de atos processuais desde o início do trabalho remoto. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=67219&pagina=2> nal de Justiça de São Paulo (tjsp.jus.br). Acesso em: 27 mai. 2021.
- OIT. Organização Internacional do Trabalho. 2021. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/lang-es/index.htm>. Acesso em: 27 mai. de 2021.
- World Health Organization. WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard [Internet]. 2020 [cited 2020 sep 9]. Available from: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 27 de mai. 2021.

CONFLITOS DE TERRA E PODER JUDICIÁRIO: A DESOCUPAÇÃO DO PINHEIRINHO

Mário Montanha Teixeira Filho⁹²⁶

INTRODUÇÃO

A desocupação do Pinheirinho por tropas da Polícia Militar de São Paulo, no início de 2012, é o tema central deste artigo⁹²⁷. O episódio, que alcançou grande repercussão, nacional e internacional, refletiu, em primeiro plano, a crise de habitação que atinge os centros urbanos no Brasil. Mais do que isso, ele fortaleceu os debates sobre a forma como o Poder Judiciário é utilizado para reprimir a expansão das lutas por direitos sociais.

O Pinheirinho corresponde a uma área de um milhão e trezentos mil metros quadrados situada no município de São José dos Campos, no Vale do Paraíba, interior paulista. Viviam ali mais de sete mil pessoas⁹²⁸, reunidas numa ocupação que teve início em 2004, organizada por trezentas famílias que haviam sido expulsas de um terreno próximo, no bairro Campo dos Alemães. Vinculado à Selecta Comércio e Indústria S.A., o imóvel permaneceu abandonado durante mais de duas décadas, até ser transferido, no início dos anos 1980, para o domínio daquela empresa, cuja falência foi decretada em 1989⁹²⁹. Na madrugada de 22 de janeiro de 2012, uma operação militar comandada pela Justiça Estadual de São Paulo, responsável pela concessão de liminar de reintegração de posse ao grupo que se apresentava como dono do terreno, arrasou o Pinheirinho. Essa intervenção considerou o pressuposto de que o Estado, diante de conflitos individuais ou coletivos, atua como aparelho ideologicamente neutro e descomprometido, uma ideia que, transportada para a esfera jurídica, reduz o direito ao âmbito das prescrições normativas (FARIA, 1986, p. 85).

No papel de mediador que lhe caberia formalmente nessa estrutura, o Poder Judiciário, pela sua cúpula regional, anunciou uma posição equidistante e livre

⁹²⁶ Titulação acadêmica: graduado em Direito (UFPR), especialista em Direito Privado (UFPR) e mestre em Ciência Política (Unicamp). Vínculo institucional: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (consultor jurídico aposentado). E-mail: mariomontanha@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6430547253391121>. Orcid: 0000-0002-7619-2729

⁹²⁷ Este artigo reúne trechos e informações extraídos diretamente da seguinte pesquisa | TEIXEIRA FILHO, Mário Montanha. *A atuação do Poder Judiciário nos conflitos de terra: o caso do Pinheirinho*. 247 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, Campinas (Unicamp), 2016. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/322689>. Acesso em: 23 nov. 2021.

⁹²⁸ Os números apurados pelos antigos moradores do Pinheirinho indicam que o terreno desocupado abrigava aproximadamente duas mil famílias. Na época do restabelecimento da liminar de reintegração de posse em favor da Selecta Comércio e Indústria S.A. (2011), cadastramento realizado pela Prefeitura de São José dos Campos estimava em 1659 o número de famílias instaladas na ocupação, formando um contingente de 5488 pessoas. Após o despejo, o Município, em ação conjunta com o Governo de São Paulo, iniciou o pagamento de auxílio-aluguel aos desabrigados, no valor de quinhentos reais. O benefício atingiu 1728 famílias, montante que não inclui todos os sem-teto. O mais provável, de acordo com esses dados, é que o acampamento tenha reunido 1840 famílias (aproximadamente 7400 pessoas).

⁹²⁹ O processo de falência da Selecta Comércio e Indústria S.A. tramitou na 18ª Cível de São Paulo (Fórum José Mendes Júnior), nos autos nº 583.00.1989.713297-0 (000.04.078454-1).

de interferências políticas, que lhe permitiria determinar, com base apenas em critérios legais, qual dos dois institutos postos em confronto seria mais importante. Entre a propriedade privada e a moradia, a preferência ficou com a primeira. O resultado dessa escolha foi um despejo gigantesco, acompanhado da destruição de casas e elementos urbanos, em nome da preservação de um patrimônio individual. Os órgãos encarregados de “dar eficácia” ao direito procuraram enquadrar a tarefa hermenêutica nos limites da lei abstrata, generalizante e desprovida de reflexos sociais, sem ponderar que o conceito de neutralidade e completude que esse pensamento carrega é, ele mesmo, eminentemente ideológico (FREITAS, 2006, p. 7).

As controvérsias em torno do Pinheirinho envolvem, entre muitos outros incidentes, ações judiciais com tramitação nas comarcas de São Paulo e São José dos Campos, em juízos subordinados estruturalmente ao Tribunal de Justiça, além de passagens pela Justiça Federal. Mas é no campo político que se travaram os embates mais significativos, que chegaram a anunciar, poucos dias antes da intervenção policial, uma possibilidade de solução negociada para o impasse. Paralelamente a isso, existiram entendimentos discordantes sobre quais regras procedimentais deveriam ser aplicadas naquele momento. Enquanto a Justiça Estadual autorizava o desalojamento, dando respaldo técnico-jurídico à intervenção da Polícia Militar, a Justiça Federal despachava, mediante provocação de entidades ligadas à organização dos moradores, de modo a impedir, na prática, a remoção das casas edificadas no terreno.

Nesse quadro tumultuado, o comando formal de desocupação, consubstanciado em despacho liminar da 6ª Vara Cível de São José dos Campos, revelou o engajamento político das autoridades que o sustentaram, em contradição com o tecnicismo – ou a não preferência movida por fatores ideológicos – que lhes exige o dogmatismo predominante no sistema de aplicação da lei. Essa distorção faz parte de uma lógica na qual a propriedade privada se apresenta como direito irrestrito e absoluto, e se expõe com maior intensidade em contextos de luta, como no caso dos conflitos que marcaram o Pinheirinho.

Compreender a maneira como funcionou a máquina judiciária nesse caso é tarefa que demanda um esforço de superação do dogmatismo jurídico, que concebe o direito como um sistema fechado e definidor das relações em sociedade. Feito isso, será possível identificar o caráter oscilante do discurso impulsionado por essa corrente doutrinária. A ordem de reintegração de posse se baseou na aplicação literal e assistemática da norma – e só isso –, ignorando que, no período anterior ao despejo, havia sido desencadeada uma negociação entre as partes, na tentativa de rompimento do cerco burocrático imposto pela rigidez do processo. Essa articulação foi ampla, e envolveu, além dos interessados diretos, o Ministério Público, juízes de direito e parlamentares, num cenário marcado pela presença do “novo sujeito coletivo” definido por Wolkmer (1998, p. 94)⁹³⁰.

⁹³⁰ Conforme Wolkmer (1998, p. 94), ‘se o metafísico *sujeito em si*, o sujeito privado da tradição liberal-nacionalista, é o sujeito *cognoscente a priori*, que se adequa às condições do objeto dado e à realidade global estabelecida, o novo sujeito coletivo é um sujeito vivo, atuante e livre, que participa, autodetermina-se e modifica a mundialidade do processo histórico-social’.

Ainda assim, mesmo diante da possibilidade de interpretações que, por exemplo, deslocassem o caso Pinheirinho da Justiça Estadual de São Paulo para a Justiça Federal, a liminar de reintegração de posse, fundada na noção individualista de tutela de direitos, se manteve. O percurso não foi isento de controvérsias. A mesma noção positivista que se aplicou ao despacho liminar, de totalidade do sistema legal, deveria, no mínimo, adiar a desocupação, uma vez que se formava, na fase imediatamente anterior às ações militares, um conflito de competência a ser julgado por tribunais superiores. O imediatismo que cercou o cumprimento da decisão judicial feriu essa lógica, e fez com que o processo fosse contaminado por discursos e decisões de conteúdo político e ideológico bastante acentuado.

É que se buscará demonstrar na sequência.

1 O DIREITO E A SUA APLICAÇÃO

Fruto do déficit de habitação nas grandes cidades, o Pinheirinho acompanhou as modificações estruturais dos bairros de São José dos Campos verificadas no curso de pelo menos cinco décadas⁹³¹. O acampamento, localizado na Zona Sul, rapidamente se integrou às comunidades vizinhas, urbanizando-se e aumentando a expectativa de se transformar em área legalizada. Ao se deslocar para a esfera das demandas judiciais, a disputa por aquele território revelou como funciona o Poder Judiciário no Brasil, qual é a essência do direito e como se identifica o conteúdo “de classe” das leis impostas pelo Estado.

Em artigo publicado no jornal *Folha de S. Paulo* de 29 de fevereiro de 2012, com o título “Pinheirinho: ideologia e fatos”⁹³², o juiz Rodrigo Capez, então assessor da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao afirmar a legitimidade das decisões que culminaram com o despejo, ressaltou que “a Constituição prevê o direito à moradia e também o direito de propriedade”. Essa formulação parte da ideia de que os dois institutos, por estarem inscritos no Capítulo I do Título I da Constituição Federal, que consagra os “direitos e garantias fundamentais” e os “direitos e deveres individuais e coletivos”, ocupam o mesmo grau hierárquico no sistema normativo. A questão, todavia, é muito mais complexa. Pode-se afirmar, sem erro, que a Constituição protege, em seu artigo 5º, tanto a moradia quanto a propriedade. Acontece que o inciso XXIII, que diz que “a propriedade atenderá a sua função social”, estabelece uma restrição que não alcança o direito à moradia.

A ação de reintegração de posse que tramitou no juízo cível de São José dos Campos preservou, aparentemente, o conteúdo da lei. Mais do que isso, as decisões produzidas naquela demanda observaram uma linha doutrinária que se assenta na visão de positividade atribuída ao direito uno, estatal e racional, em cujo núcleo está a

⁹³¹ Na análise histórica do desenvolvimento de São José dos Campos, a pesquisa que fundamenta este artigo adotou como ponto de partida a inauguração da rodovia Presidente Dutra, em 1951. Essa estrada, que faz a ligação entre São Paulo e Rio de Janeiro, contribuiu para transformar o município em polo tecnológico e industrial, sede da Região Metropolitana do Vale do Paraíba, criada pela Lei Complementar Estadual nº 1166, de 9 de janeiro de 2012.

⁹³² CAPEZ, Rodrigo. Pinheirinho: ideologia e fatos. *Folha de S. Paulo*, 29 fev. 2012. *Tendências/Debates*, Primeiro Caderno, p. A.3.

convicção de que todas as respostas se colocam explícita ou implicitamente no sistema, não sendo lícito buscá-las fora dele (COELHO, 1987, p. 317). Mesmo nos marcos dessa corrente de pensamento de traços conservadores, no entanto, a existência da lei, por si só, não basta para solucionar conflitos.

Ainda que se argumente que os direitos à moradia e de propriedade se equivalem, como fez o juiz Capez, em algum momento o julgador, para embasar a ordem judicial favorável aos que se diziam donos do terreno do Pinheirinho, se viu na contingência de emitir um juízo de valor – ou seja, fez uma eleição impregnada de elementos subjetivos. É que, “de certo modo, tudo no direito se refere à interpretação” (AZEVEDO, 1989, p. 14). A opção “transformadora”, aqui, seria interpretar a norma de acordo com um processo histórico que tem a sociedade como centro. Mas o despacho de reintegração, aliado à maneira como foi executado, incorporou uma escolha que ignora as restrições constitucionais ao direito de propriedade, prestigiando um formalismo cujo alcance é reduzido à “vida” documentada no processo.

A Justiça de São Paulo anunciou uma decisão *técnica*, amparada nos dogmas da completude, do abstracionismo e da coerência do sistema legal, “típicos do positivismo interessado em fazer da jurisdição eminentemente técnica, de um juiz acima das partes, imparcial e neutro, veículos da ‘lógica’ do poder elitizado” (CRESCI SOBRINHO, 1991). Ao mesmo tempo, quando confrontada com despachos da Justiça Federal, assumiu uma postura claramente *política*, que ignorou a formação de um conflito de competência⁹³³ que marcava a profundidade da disputa e impunha o adiamento da solução de mérito, tudo para permitir a investida policial, um ato precipitado diante das tensões que cercavam a desocupação. Esse atropelo de formalidades – ou a negação da lei num ambiente de prevalência da lógica positivista – é analisado por Lyra Filho (1985): “A legislação abrange, sempre, em maior ou menor grau, direito e antidireito – isto é, direito propriamente dito, reto e correto, e negação do direito, entortado pelos interesses classísticos e caprichos continuístas do poder estabelecido”.

Os acontecimentos do Pinheirinho constituem objeto de investigação relevante, que passa pelo estudo dos detalhes jurídicos que o envolvem, mas não se limita a ele. Pelo contrário, o significado extraído dos documentos que integram os autos de falência da Selecta e da ação de reintegração de posse é político, e mostra que a propriedade privada, na estrutura de poder do Estado brasileiro, prevalece como direito irrestrito e absoluto. Esse entendimento, de traço ideológico, foi reproduzido por agentes do Poder Judiciário – primeiro, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que sustentou uma decisão baseada na interpretação literal e assistemática da lei; depois,

⁹³³ Conforme se verá no curso deste trabalho, a organização dos moradores do Pinheirinho buscou transferir o julgamento do caso para a Justiça Federal. No dia da desocupação (12 de janeiro de 2012), havia duas decisões, oriundas de dois juízos diferentes, que se opunham: enquanto a 6ª Vara Cível de São José dos Campos determinava a reintegração de posse em favor da massa falida da Selecta Comércio e Indústria S.A., o Tribunal Regional Federal da 3ª Região proibia o despejo. A solução para o impasse deveria ser dada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de um conflito de competência que ainda não havia sido formalizado no dia da operação policial. A antecipação do cumprimento da liminar, ordenada pelo presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo em ofício endereçado à Polícia Militar, subverteu as regras processuais e assegurou, com base num mecanismo administrativo não previsto em lei, a devolução do terreno ao grupo empresarial que se apresentava como o seu proprietário.

pela Justiça Federal, que silenciou diante do fato consumado da desocupação feita à revelia dos pronunciamentos de alguns dos seus juízes.

O uso da força se deu em torno de uma ação concreta, de impacto definitivo⁹³⁴, extraída de um contencioso que ainda não estava resolvido. Lembre-se que o poder de polícia, monopólio de órgãos estatais, deve ser contido pelo reconhecimento de garantias inseridas na Constituição, por meio de instrumentos normativos que funcionam como uma espécie de proteção aos destinatários das ações governamentais. Para Canotilho (1999, p. 56), o advento do Estado de Direito submeteu a administração pública à lei, em razão do que o poder de polícia passou de ilimitado a limitado. É que, no Estado de Direito, o ordenamento jurídico é chamado a desempenhar três funções: i) a de instrumento da ordem e da estabilidade do grupo social (como expressão normativa do poder de governo); ii) a de aparato legislativo de limitação do poder político; e iii) a de garantia de direitos subjetivos.

Daí a constatação de que o destino do Pinheirinho, ligado a interferências de órgãos estatais diante de um fenômeno social de luta por direitos, se distanciou dos princípios doutrinários de formação do Estado Democrático de Direito, no qual o poder político, na expressão de Hannah Arendt⁹³⁵, citada por Habermas (2012, p. 187), “não é um potencial para a imposição de interesses próprios ou a realização de fins coletivos, nem um poder administrativo capaz de tomar decisões obrigatórias coletivamente, [...] [caracterizando-se], ao invés disso, [como] uma força autorizadora que se manifesta na criação do direito legítimo e na fundação de instituições”.

1.1 ENTRE A REALIDADE E A LETRA FRIA DA LEI

Os órgãos do Poder Judiciário responsáveis pela desocupação do Pinheirinho não consideraram, em suas sentenças, o alcance social do problema que lhes foi apresentado. Num primeiro momento, optaram pela aplicação mecânica da lei para resguardar o direito de propriedade afetado pela ação dos ocupantes do terreno. Em seguida, com o acirramento da disputa na via judicial, o Tribunal Justiça de São Paulo, na defesa da sua prerrogativa de decidir, ameaçada pela perspectiva de ingresso da União no conflito, contrariou explicitamente as regras procedimentais aplicáveis ao caso. Resta saber se essa atuação foi contraditória com o caráter imparcial do processo, sustentado pela dogmática positivista, ou se apenas reproduziu técnicas comuns à prática judiciária.

Há, de fato, uma aparente contradição entre as justificativas utilizadas na ordem de despejo e o afastamento de requisitos legais para que ela fosse cumprida. Ao menos em tese, a mesma ideia que se incorporou ao despacho liminar, de totalidade do sistema normativo, deveria ter impedido ou adiado a desocupação. A busca de eficácia

⁹³⁴ A desocupação do Pinheirinho foi seguida da demolição das casas que haviam sido construídas no terreno a partir de 2004, transformando em deserto uma área onde até então existia uma comunidade com características de bairro. Isso deu ao evento um caráter irreversível, sem possibilidade de reconstituição do estado anterior caso a decisão de mérito fosse favorável aos ocupantes.

⁹³⁵ ARENDT, Hannah. *Macht und gewalt*. Munique: 1970. p. 45.

do comando judicial, com o conseqüente acionamento das forças repressivas contra os moradores, fez com que essa lógica fechada cedesse a uma estranha subversão da lei, que permitiu a desocupação com amparo num ato administrativo do presidente do Tribunal de Justiça.

Esse tipo de paradoxo se coloca no campo da interpretação da norma jurídica, que oscila conforme as posições assumidas pelos julgadores em face do direito⁹³⁶. Para Azevedo (1989, p. 13), “a questão da interpretação guarda indissociável vinculação com a ideia que se tem do direito, em certo contexto histórico-cultural, bem como do modo por que se liga essa ideia à vida, às necessidades e finalidades humanas”. No Pinheirinho, o atropelo de formalidades processuais serviu para afirmar a propriedade privada como direito absoluto. Prevaleceu, com isso, a negativa de legitimidade de questões relacionadas ao interesse coletivo ou de reforma, a partir da rejeição do seu caráter científico e da colocação do juiz como ator socialmente desengajado (AZEVEDO, 1989, p. 15).

Sob outro ângulo, o movimento de ocupação, empenhado em afirmar a sua conquista, materializada no levantamento de residências e na formação de uma coletividade submetida a regras de controle interno rigorosas, se envolveu, também, em disputas mediadas pelo Poder Judiciário – o engajamento na via judicial se fez acompanhar de outras formas de contato com a institucionalidade, entre as quais se destacaram as reiteradas negociações com parlamentares e representantes das administrações federal, estadual e municipal. Essa alternativa ofereceu espaços, ainda que limitados, de busca da aplicação de preceitos constitucionais que reconhecem a moradia como direito fundamental.

1.2 A IMPARCIALIDADE COMPROMETIDA

Os fatos que cercaram a desocupação do Pinheirinho deram à máquina judiciária uma conotação de parcialidade, exibida, principalmente, pela cúpula do Tribunal de Justiça de São Paulo. Esta, empenhada em tornar efetiva a ordem de desocupação da 6ª Vara Cível de São José dos Campos – o despacho que autorizou o uso da força militar para a execução do despejo –, ignorou a existência de decisões conflitantes proferidas pela Justiça Federal. Ao agir administrativamente em defesa do grupo que se colocava como titular do domínio da área em litígio, o Poder Judiciário praticou uma interpretação assistemática da lei, conferindo valor absoluto ao direito de propriedade.

Essa postura não impediu que os antigos moradores utilizassem a forma jurídica para preservar seus interesses, o que caracteriza “a aposta feita por vários movimentos sociais brasileiros, em estreita conexão com determinados atores da arena político- institucional, na luta ‘por dentro do Estado’ como estratégia de transformação

⁹³⁶ Ao adotar o pressuposto de que direito e política têm implicações recíprocas, Koerner (2013, p. 25 e 30) defende que o pesquisador da ciência política, quando analisa uma tomada de posição jurídica, deve estar atento à relação de poder que envolve, de forma implícita, os conceitos e as teorias utilizados, as peculiaridades da linguagem jurídica e o conhecimento compartilhado pelos agentes do campo. Esse cuidado se aplica aos estudos sobre o Pinheirinho e sua história.

social” (TATAGIBA, 2010, p. 66). Ocorre, porém, que os mecanismos de garantia de direitos coletivos propiciados pela legalidade são, ainda, muito restritos, o que funciona como ponto de contenção da eficácia das normas ou das interpretações de conteúdo minimamente progressista ou transformador, dependentes do reconhecimento de um sistema judiciário que é conservador em essência.

Os acontecimentos verificados no Pinheirinho mostram que a Justiça, em situações de conflitos coletivos, tende a se submeter a pressões econômicas e abandonar a neutralidade recomendada pelo formalismo dominante no discurso e nas decisões dos seus agentes. Em termos específicos, observa-se que: i) o debate em torno do Pinheirinho é fundamentalmente político, uma vez que as controvérsias técnico-jurídicas que o caso suscitou deveriam encontrar solução na ordem jurídica em vigor, que contém normas de proteção de direitos individuais e coletivos que, se fossem aplicadas, eliminariam a hipótese de cumprimento do despacho de reintegração de posse do terreno ocupado; e ii) o desfecho do caso Pinheirinho mostra a fragilidade institucional do Estado brasileiro, cujas forças controladoras das esferas política, social e econômica dispõem de mecanismos de persuasão que impedem ou dificultam a efetividade de direitos (individuais e coletivos) incorporados pela Constituição Federal de 1988.

2 UM BREVE RECORTE TEÓRICO

As manobras militares que resultaram na desocupação do Pinheirinho foram respaldadas não apenas por uma sucessão de ordens administrativas e judiciais, mas, muito além disso, pelo engajamento político dos seus prolores, que assumiram a tutela dos interesses dos supostos proprietários do terreno. Essa postura contrariou o discurso de neutralidade que costuma acompanhar ações desse tipo, ensaiando uma resposta previsível à pergunta: a serviço de quem funcionam os órgãos da Justiça?

Para fundamentar suas decisões, as autoridades judiciárias utilizaram a dogmática jurídica, corrente apoiada na teoria pura do direito, do filósofo austríaco Hans Kelsen, que pretende “garantir um conhecimento [...] dirigido do direito e [a] excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto” (KELSEN, 1962, p. 1). Tem-se, a partir daí, um mecanismo de produção de comandos fundados na interpretação isolada das leis. O pensamento do jurista, então, passa a ser dogmático “não porque se apegue a dogmas, mas porque deriva da normatividade das fontes formais do direito, que a teoria tradicional enumera como legislação, direito costumeiro e jurisprudência [...]” (COELHO, 1981, p. 45).

Por conceber uma realidade em que o direito se impõe como manifestação exclusivamente estatal, o positivismo jurídico esbarra em limites intransponíveis quando está diante de conflitos não alcançados pela previsão da norma – mesmo porque ele traduz uma ideia que não admite soluções afastadas da legalidade. Esse mecanismo serve para estabilizar as expectativas em torno da decisão judicial, sem compromisso com a extração da sua legitimidade. Os principais teóricos dessa corrente, Kelsen e H. L. A. Hart⁹³⁷, buscaram, conforme Habermas (2012, p. 250), o

⁹³⁷ HART, H.L.A. *The concept of law*. Oxford: University Press, 1984.

sentido normativo das proposições jurídicas e a construção de um ordenamento capaz de garantir a consistência das decisões ligadas a ele, o que tornaria o direito independente da política. Por isso, “a interpretação positivista da prática de decisão judicial faz com que, no final das contas, a garantia da segurança jurídica eclipse a garantia da correção” (HABERMAS, 2012, p. 251).

O Poder Judiciário ocupou posição nuclear e decisiva no caso Pinheirinho. Confrontados com uma situação de instabilidade social, seus representantes – ou a parte majoritária dos agentes públicos envolvidos no processo – decretaram a primazia do direito de propriedade, individualmente considerado, para reprimir a organização coletiva dos moradores desalojados, que reivindicavam o direito elementar à moradia. O discurso inspirador das suas decisões adotou um enquadramento positivista, no qual as normas – ou os padrões de conduta ditados pelo poder social, com ameaça de sanções organizadas (medidas repressivas, expressamente indicadas, com órgãos e procedimentos especiais de aplicação) – significam a completude do direito (LYRA FILHO, 1985, p. 43).

A contradição entre o tecnicismo do processo e a parcialidade exibida pelos responsáveis pela ordem de desocupação não chega a surpreender. Pelo contrário, tudo é decorrência lógica do sistema de aplicação da lei, no qual a propriedade privada se mantém, de fato, como garantia individual absoluta. O direito, em sentido amplo, representaria um elemento da sua proteção, funcionando para manter desigualdades políticas, sociais e econômicas. É que o discurso jurídico, destacado por Faria (1986, p. 44), oculta as relações sociais concretas e privilegia a formalidade da ordem positiva e a estrutura burocrática da Justiça, com seus rituais processualísticos e o culto à intangibilidade dos juízes, encarados como intérpretes da vontade coletiva expressa na norma.

Pretende-se, com esse esquema, evitar indagações sobre o teor da lei e sobre a sua aplicação mecânica e assistemática, sem a consideração de que ela (a lei) “sempre emana do Estado e permanece, em última análise, ligada à classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção” (LYRA FILHO, 1985, p. 117).

Para os teóricos marxistas, o direito burguês, ao estabelecer a igualdade formal entre os agentes de produção e ao tratar os indivíduos como sujeitos de obrigações e garantias, direciona o conceito de segurança jurídica à satisfação das pautas da classe economicamente dominante, de modo a estabilizar as relações de exploração (SAES, 1998, p. 38). Esse tipo de apontamento é indicativo de como a obra de Marx e Engels contribuiu para a elaboração das teorias críticas, que buscam maior aproximação entre direito e sociedade⁹³⁸. A interpretação dada por essas correntes

⁹³⁸ Entre os anos 1960 e 1970, os debates travados no campo das ciências sociais intensificaram o que Costa e Assis (2010, p. 5898) denominam, em sentido largo, de ‘atitude crítica’. A intenção dos movimentos que adotam essa postura é estabelecer um contradiscurso às teorias jurídicas consideradas ‘hegemônicas’. A partir daí, várias correntes se formaram, entre as quais algumas se destacam: *Critical legal studies*, *Association critique du droit*, *Pluralismo crítico*, *Direito achado na rua* e *Justiça alternativa*. Também Wolkmer (1998 e 2006) se ocupou do tema, descrevendo a trajetória das teorias críticas em países da América Latina e resumindo as características do direito em face da realidade brasileira. As contribuições de Andrade (1996) e Faria (1978, 1986, 1992 e 2010) seguem essa mesma linha descritiva.

de pensamento tende, no fim, a denunciar a afetação ideológica da Justiça, compreendida como “Justiça de classe”, e a ilegitimidade de processos como o que levou à expulsão dos antigos moradores do Pinheirinho.

A questão das ocupações urbanas e do déficit habitacional no Brasil é tema de uma literatura dedicada a esmiuçar a realidade vivida por trabalhadores sem-teto em grandes concentrações urbanas, especialmente nas décadas de 1970 e 1980⁹³⁹. Essa literatura também se aplica à análise dos fatos que marcaram os conflitos jurídicos e sociais registrados em São José dos Campos. Da mesma forma, o estudo de caso exige, para a compreensão do alcance das medidas que os agentes do Estado adotaram antes, durante e depois do despejo, a abordagem do direito de propriedade (e sua função social) em face do direito à moradia, os dois inscritos no título dos direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988⁹⁴⁰.

O Pinheirinho buscou, desde o início do acampamento, em 2004, apoios externos para a sua consolidação, além de acionar o Poder Judiciário com relativa frequência. Essa estratégia pretendeu efetivar uma garantia constitucional – a moradia –, e não, necessariamente, obter conquistas novas. A quantidade de demandas, incidentes processuais, pedidos administrativos, denúncias e reclamações a organismos de proteção dos direitos humanos, nacionais e internacionais, na tentativa de preservar a integridade da área ocupada, é significativa, e revela o impacto do engajamento dos usuários da Justiça numa espécie de “mobilização do direito” (McCANN, 2010, p. 183).

Houve, em todas as etapas da disputa pela posse da terra, um plano destinado a pressionar o Estado a reconhecer o fato jurídico da ocupação, com o acionamento de uma complexa rede de normas e ritos processuais. Estavam em curso, entre as lideranças populares, cálculos sobre os espaços deixados pela lei para interpretações de caráter até certo ponto transformador. Essa agenda, conforme Maciel (2011, p. 98), é bastante contemporânea, e tem sido abordada por setores influentes da literatura norte-americana, que dedicam esforços para compreender como os tribunais se comportam quando postos diante de situações de conflito social. Em contextos assim, organizações como a que levou à formação do Pinheirinho estabelecem uma relação com o Estado (Judiciário, governo e partidos políticos) que rompe o pressuposto de “oposição natural, radical e imutável entre os campos”, de tal modo que “a própria relação entre sociedade civil e sociedade política se constitui como questão empírica e teórica a ser enfrentada” (TATAGIBA, 2010, p. 68).

O estudo da desocupação, como se vê, reúne várias correntes teóricas que se contrapõem ao dogmatismo jurídico prevalente no discurso e nas decisões majoritárias

⁹³⁹ Uma das coletâneas de artigos mais importantes sobre o assunto está no livro *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*, organizado por Joaquim de Arruda Falcão (Rio de Janeiro: Forense, 1984). Na apresentação do tema, um detalhe é ressaltado: ‘No Recife, como provavelmente no Rio, São Paulo ou Belo Horizonte, no final da década de setenta, início dos anos oitenta, o modo dominante de aquisição da propriedade privada não foi, como reza o Código, por escritura pública passada e registrada em cartório. [...] Quantitativamente falando, o modo dominante de aquisição da propriedade imobiliária foi através de invasões urbanas’ (p. VII).

⁹⁴⁰ Sobre a moradia como direito social, verificar estudo de Thiago dos Santos Acca | (*Teoria brasileira de direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013).

dos membros que integram o aparato da Justiça. São teorias que servem para aprofundar a compreensão dos fatos e respaldar as análises sobre as circunstâncias em que se deu a trágica destruição promovida por forças policiais comandadas pelo chefe do Poder Judiciário do Estado economicamente mais importante do País.

3 O CONTEÚDO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O Pinheirinho desencadeou uma grande e intrincada batalha judicial, cujos procedimentos vêm acompanhados de questões incidentais, manobras mais ou menos legítimas e interferências políticas. O estudo técnico-jurídico dos vários processos que cuidam do assunto é fundamental para vislumbrar como o Poder Judiciário atuou no caso. Basicamente, as ações se distribuíram em três partes: a falência da Selecta Comércio e Indústria S.A., na 18ª Vara Cível de São Paulo (Capital), a reintegração de posse, na 6ª Vara Cível de São José dos Campos, e o conflito de competência estabelecido entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual de São Paulo (a União foi acionada pela organização do movimento com base no pressuposto de que teria interesse em regularizar a ocupação). Esses feitos se interligam e revelam aspectos peculiares das principais decisões, que vão desde a concessão de liminar de reintegração de posse pelo juiz da falência – que não era a autoridade competente para isso – ao restabelecimento, por ato de ofício da 6ª Vara Cível de São José dos Campos, dos efeitos de uma ordem de despejo que estava revogada.

Para a compreensão das circunstâncias em que ocorreu o despejo, foram examinadas as manifestações judiciais mais importantes relacionadas ao caso⁹⁴¹. Trata-se de despachos ordenadores dos processos, liminares e acórdãos que deram resposta a diversas questões suscitadas pelas partes.

3.1 AS PRIMEIRAS POLÊMICAS

Em 2004, a Selecta Comércio e Indústria S.A., qualificando-se como proprietária do imóvel onde se localizava o Pinheirinho, solicitou uma liminar de reintegração de posse na 18ª Vara Cível de São Paulo, onde tramitava o seu pedido de falência. O encaminhamento se baseou no princípio de que todas as questões relacionadas à massa falida deveriam ser submetidas a um único juízo – o juízo universal da falência –, já que o patrimônio da empresa se encontrava indisponível. Acontece, porém, que essa regra não se aplica às hipóteses de ações possessórias, que devem ser julgadas no local do imóvel. Ainda assim, um despacho de deferimento foi dado pelo juiz Beethoven Fiffoni Ferreira, que era o titular daquele cartório.

Em São José dos Campos, onde a determinação de origem deveria ter sido executada por carta precatória⁹⁴², o juiz Marcius Geraldo Porto de Oliveira,

⁹⁴¹ O estudo em que se baseia este artigo analisou 39 decisões judiciais relacionadas diretamente à desocupação, proferidas em diferentes instâncias da Justiça de São Paulo e da Justiça Federal.

⁹⁴² Conforme explicação de França (1977, p. 329), carta precatória é um documento expedido ‘por um juiz a outro de igual categoria funcional, a fim de requisitar a prática de ato processual que deva realizar-se fora

da 6ª Vara Cível, antecipou vários problemas que poderiam ocorrer se a Justiça não adotasse nenhuma providência urgente para evitar o agravamento da crise social que se anunciava. No dia 21 de outubro de 2004, ele determinou que a liminar ficasse suspensa até que as medidas políticas que apontou fossem realizadas⁹⁴³. Como era de se esperar, a massa falida não se conformou com esse despacho. Ingressou com agravo de instrumento no Tribunal de Justiça, sob a alegação de que a liminar da 18ª Vara Cível de São Paulo deveria ser restabelecida e cumprida⁹⁴⁴. Obteve a resposta que queria. Acontece, porém, que decisões subsequentes, proferidas em grau de mandado de segurança e recursos a tribunais superiores, decretaram a competência da 6ª Vara Cível de São José dos Campos para julgar a causa, o que significou a suspensão formal do despejo que havia sido ordenado pelo juízo da falência. Naquele momento, mais de mil famílias moravam no Pinheirinho.

3.2 AS DECISÕES DA 6ª VARA CÍVEL DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS

Com a definição da 6ª Vara Cível de São José dos Campos como juízo competente para apreciar a demanda possessória, a liminar que havia sido dada pelo juiz Beethoven, da 18ª Vara Cível de São Paulo, perdeu eficácia. O processo, então, deveria seguir o seu curso ordinário, com a realização de audiências, a produção de provas e a prolação de sentença de mérito. Esse caminho chegou a ser apontado pela própria massa falida, numa petição protocolada no dia 19 de abril de 2011. Ali, a suposta proprietária do terreno ocupado observou que “a medida liminar deferida em favor da autora não mais subsiste em razão do provimento do recurso especial interposto por José Nivaldo de Melo [um dos antigos moradores do Pinheirinho] consoante [...] decisão monocrática [...]”⁹⁴⁵. Em seguida, veio o seu pedido: “[...] prosseguimento [da] ação mediante a prolação de despacho saneador, nos termos do artigo 331, § 2º, combinado com o artigo 931, ambos do Código de Processo Civil”.

A decisão mencionada pela massa falida consta dos autos de recurso especial nº 967.823-SP (2007/0160656-6), nos quais o relator, ministro João Otávio de Noronha, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), reconheceu a “inadmissibilidade do agravo de instrumento [ajuizado pela massa falida, que restabeleceu a liminar de reintegração de posse oriunda do juízo da falência] e, conseqüentemente dos julgados nele proferidos”.

dos limites territoriais da comarca onde exerça jurisdição’.

⁹⁴³ O juiz Marcius Geraldo Porto de Oliveira seria acusado, logo em seguida, de se exceder em suas funções. Por esse raciocínio, exposto por vários magistrados que atuaram direta ou diretamente no caso, ele deveria ter se limitado a encaminhar as providências necessárias ao despejo dos moradores. Ocorre que, ao contrário do que se disse, ele não revogou o comando de reintegração de posse, mas simplesmente demonstrou que, diante do fato consumado da ocupação, o restabelecimento do estado anterior, com a devolução do terreno aos detentores do título de propriedade, era impossível – ou, quando muito, demandaria um conjunto de diligências altamente complexo.

⁹⁴⁴ O agravo de instrumento que a massa falida da Selecta Comércio e Indústria S/A ajuizou (autos nº 7.020.067-8) foi distribuído ao desembargador Cândido Pedro Alem Júnior, da 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça.

⁹⁴⁵ Petição juntada aos autos nº 577.05.273059-9 (1097/2005), da 6ª Vara Cível de São José dos Campos, pela massa falida da Selecta Comércio e Indústria S.A.

Não parecia haver dúvida de que à 6ª Vara Cível de São José dos Campos cabia, apenas, ordenar o procedimento com base nas provocações formais das partes. Ocorre que, a partir desse ponto, o caso ganhou uma conotação política mais evidente.

No dia 1º de junho de 2011, a juíza Márcia Faria Mathey Loureiro, que havia assumido a 6ª Vara Cível de São José dos Campos, ratificou, de ofício, a liminar que havia sido concedida pelo juízo da falência, determinando “a expedição do competente mandado de reintegração da autora na posse da área objeto da ação [...]”. Depois, em novo despacho, de 17 de outubro de 2011, corrigiu o primeiro, mas manteve o comando original, com a garantia de devolução da gleba à massa falida. O que se deu, na prática, foi a restituição, em 2011, dos efeitos de uma liminar que havia sido proferida em 2004, numa realidade completamente diferente. Uma coisa seria desalojar pouco mais de trezentas famílias de um acampamento estruturado precariamente (essa era a situação em 2004). Outra, bem distinta, foi expulsar mais de sete mil pessoas – ou 1800 famílias – de uma área com características consolidadas de bairro (essa era a situação em 2011/2012). A ficção jurídica colocou todos esses elementos num só e único conceito, o de “esbulho”, sem explicar por que, afinal, a ordem de despejo foi restaurada.

3.3 AS INTERVENÇÕES DA JUSTIÇA FEDERAL

Depois de confirmado que seria a juíza Márcia Faria Mathey Loureiro a encarregada de julgar a ação de reintegração de posse, os moradores do Pinheirinho se empenharam em transferir a causa para o âmbito federal. Isso porque os órgãos estaduais, com a chancela da cúpula do Tribunal de Justiça, já haviam demonstrado afinidade de interesses com a massa falida. Quando a ordem de desocupação emitida pela 6ª Vara Cível de São José dos Campos foi executada, em janeiro de 2012, esse objetivo estava parcialmente atingido. Existia, na época, uma determinação da Justiça Federal para que forças policiais comandadas pelo Governo do Estado e pelo Município de São José dos Campos “se abstivessem de intervir” no conflito. Ao mesmo tempo, membros do Poder Judiciário de São Paulo sustentavam que o despacho da juíza Márcia somente poderia ser revogado por decisão de instâncias superiores, como o STJ ou o Supremo Tribunal Federal (STF). Estabeleceu-se um conflito de competência que seria oficializado somente quando estava em curso a desocupação.

Uma das manifestações importantes nessa fase foi feita pela juíza Roberta Monza Chiari, plantonista da Justiça Federal em São José dos Campos. Provocada pela defesa dos sem-teto, ela constatou haver “indícios de interesse da União Federal na solução da questão posta em lide, de modo a atrair a competência [...] [da Justiça Federal] para analisar o pedido”. Em seguida, suspendeu liminarmente a execução do despejo, uma ameaça que atormentava as lideranças do movimento desde o dia 1º de junho de 2011, data do despacho da juíza Márcia Loureiro que “ressuscitou”, de ofício, a liminar concedida em 2004 pela 18ª Vara Cível de São Paulo.

O pronunciamento da juíza Roberta Chiari, assinado na madrugada de 17 de janeiro de 2012, evitou uma tragédia de proporções incalculáveis, com riscos objetivos de mortes de civis e militares – naquele dia, os habitantes da ocupação

estavam preparados para resistir, com armas improvisadas⁹⁴⁶, à investida policial. Mas o caso teria desdobramentos, ainda. Depois de ser derrubada pelo juiz titular da 3ª Vara Federal, Carlos Alberto Antonio Júnior, a orientação favorável aos moradores foi reexaminada pela 5ª Turma do Tribunal Federal da 3ª Região (TRF-3). Lá, um agravo de instrumento relatado pelo desembargador federal Antonio Cedenho recompôs a eficácia da liminar obtida pelo movimento. Com isso, as forças policiais convocadas para expulsar os ocupantes da área do Pinheirinho, com apoio da Presidência do Tribunal de Justiça, estavam proibidas de agir. Essa era a situação vigente em 22 de janeiro de 2012 – o acórdão do TRF-3 havia sido proferido dois dias antes.

3.4 ORDEM ADMINISTRATIVA E CONFLITO DE COMPETÊNCIA

No sábado, 21 de janeiro de 2012, o Pinheirinho foi palco de comemorações. Um acordo que suspendia a reintegração de posse havia sido formalizado na 18ª Vara Cível de São Paulo (juízo da falência da Selecta), reforçando a decisão do TRF-3 que declarava que os batalhões policiais convocados pelo Estado e pela Prefeitura de São José dos Campos estavam proibidos de avançar. Por conta dessas “conquistas”, a assembleia daquele dia, no pátio central da ocupação, foi pautada por discursos expansivos de parlamentares, advogados e outras lideranças políticas. Todos eles indicavam que o caminho para a regularização da área estava pavimentado. O arsenal de defesa do Pinheirinho, então, não seria mais necessário. Os moradores se “desarmaram”.

Longe desse clima festivo, representantes do Estado se preparavam para realizar a operação policial, independentemente dos acordos existentes ou da posição da Justiça Federal. Envolveram-se nessa manobra várias autoridades que ocupavam cargos importantes na época: o presidente do Tribunal de Justiça, Ivan Ricardo Garisio Sartori, o juiz titular da 18ª Vara Cível de São Paulo, Luiz Beethoven Fiffoni Ferreira, a juíza da 6ª Vara Cível de São José dos Campos, Márcia Faria Mathey Loureiro, o governador Geraldo Alckmin, no comando da Polícia Militar, e o prefeito de São José dos Campos, Eduardo Cury. O objetivo era apresentar uma “surpresa” aos sem-teto, cuja capacidade de resistência estava anulada.

Articulações entre Polícia Militar do Estado, Poder Judiciário e Prefeitura de São José dos Campos estabeleceram todos os detalhes da desarticulação (ou destruição) do Pinheirinho. Os moradores foram surpreendidos durante a madrugada. Estavam sem defesa, incapacitados de reagir ao avanço dos dois mil soldados que os retiraram de suas casas. As forças militares usaram uma tática de saturação.

⁹⁴⁶ No final de 2011, o Pinheirinho estava sob ameaça de despejo, e os seus habitantes se preparavam para resistir. Eles formaram um batalhão munido de paus e pedras, recrutado na própria comunidade, com a pretensão de enfrentar o aparelho repressivo do Estado, se fosse preciso. Diante desse pequeno agrupamento, a mídia tradicional evocou o cenário de um conhecido filme italiano sobre uma trupe de maltrapilhos da Idade Média em busca de terras e sobrevivência: ‘O incrível exército de Brancaleone’, de Mario Monicelli (1966), clássico da comédia satírica inspirado na obra ‘Dom Quixote’, de Miguel de Cervantes. Assim como os despossuídos que marchavam ao lado do cavaleiro Brancaleone de Nórncia, os ‘soldados do Pinheirinho’ foram retratados como personagens bizarros, atores de uma derrota iminente – ou de um sonho impossível.

Com o cerco da área, os ocupantes ficaram sem nenhuma rota de fuga. Não lhes restou alternativa a não ser abandonar a zona atingida. Com a rede de comunicação regional interrompida, todos os celulares emudeceram. O local ficou completamente isolado. A partir daí, a violência se espalhou. Concluída a operação, coube ao Tribunal de Justiça, pelo juiz auxiliar Rodrigo Capez, fazer a entrega solene da gleba desocupada a um preposto da massa falida.

Sobre o conflito de competência que se antecipava desde que as lideranças dos ocupantes buscaram transferir a causa para a Justiça Federal, a controvérsia chegou ao STJ quando a desocupação já estava sendo executada pelas tropas militares. Naquele dia 22 de janeiro de 2012, uma intensa movimentação processual mobilizou dois campos distintos: a União Federal, que estava engajada nas tentativas de negociação entre as partes, levadas a efeito no juízo da falência (18ª Vara Cível de São Paulo), e o Ministério Público Federal. Os dois órgãos ingressaram, ao mesmo tempo, com conflitos de competência, que foram analisados, em caráter liminar, pelo ministro Ari Pargendler, que ocupava a Presidência do STJ. Imediatamente, o entendimento foi pela efetividade da ordem expedida pela Justiça Estadual, que teria a prerrogativa de decidir. Algum tempo depois, no dia 22 de maio de 2013, a Segunda Seção do STJ deu contorno definitivo a essa interpretação, conforme acórdão relatado pelo ministro Antonio Carlos Ferreira.

Houve, nitidamente, um desencontro temporal, uma vez que o STJ se manifestou sobre um fato que estava consumado antes da formalização do conflito de competência. Quando os moradores do Pinheirinho foram expulsos, existiam dois comandos opostos: i) o da Justiça paulista, que ordenava o cumprimento da liminar de reintegração de posse; e ii) o da Justiça Federal, que proibia o ingresso da força armada no acampamento. De concreto, a direção do Tribunal de São Paulo impôs a sua vontade, unilateralmente, para em seguida obter a “legitimação” da violência estatal que ela mesma autorizou.

3.5 OS INTERESSES PROTEGIDOS

Uma análise preliminar das decisões que envolvem o Pinheirinho poderia sugerir que os órgãos da Justiça tendem, invariavelmente, a beneficiar os proprietários individuais, colocando em plano secundário a luta pelo direito à moradia. Ou que os antigos sem-teto não encontraram espaço nem condições adequadas para uma disputa nos marcos do aparelho de Estado. Tais conclusões, que são perfeitamente plausíveis, não se extraem da leitura simples e isolada dos números. Estes revelam, sem dúvida, uma proximidade entre Estado e poder econômico, mas são insuficientes para apontar o conteúdo ideológico das sentenças judiciais. Vários fatores, além de uma espécie de senso comum que tem a propriedade como direito absoluto, podem ter formado o quadro de desequilíbrio que levou à desocupação violenta, chancelada pelo Poder Judiciário. Por mais que a convicção particular dos julgadores tenha pesado em seus pronunciamentos, elaborados, no mais das vezes, com base numa plataforma liberal que encara o direito sob o prisma da igualdade entre as partes, nem todas as manifestações se orientaram por esse prisma ideológico. Muitas delas aplicaram as técnicas processuais recomendadas pela legislação, sem favorecimento a ninguém.

Talvez o indicador mais sensível dos interesses “de classe” protegidos pela Justiça venha da constatação de que, entre os despachos e sentenças analisados, somente um tenha mencionado um dado fundamental em conflitos pela posse da terra: a função social da propriedade⁹⁴⁷. Para piorar, nenhuma decisão apurou a regularidade do título de domínio apresentado pela massa falida – segundo os antigos moradores do Pinheirinho, esse título foi obtido à custa de práticas ilegais, como a “grilagem”⁹⁴⁸. As evidências de ilegalidades nos assentos documentais da gleba ocupada sempre foram grandes, mas não mereceram nenhuma atenção do Poder Judiciário. Prevaleceu a tendência de reconhecimento pleno da documentação formal da propriedade privada, independentemente da sua origem.

Além do mais, existiu, ao que tudo indica, uma articulação entre a cúpula do Tribunal de Justiça de São Paulo e o juízo da 6ª Vara Cível de São José dos Campos para desmobilizar o Pinheirinho. As razões dessa manobra não se tornaram explícitas – e nem poderia ser de outro modo – nos julgamentos. Mesmo assim, os indícios de parcialidade se tornaram mais fortes a partir do despacho dado pela juíza Márcia Faria Mathey Loureiro, em julho de 2011, que restabeleceu, de ofício, a ordem de reintegração de posse emitida em 2004 pela 18ª Vara Cível da Capital. Os motivos podem estar vinculados ao cenário político da cidade. A desocupação era uma das prioridades do grupo que comandava a Prefeitura, e a participação técnica do Poder Judiciário foi determinante para que se chegasse a tal objetivo. O discurso político, então, se incorporou ao jurídico, apesar da proclamada “equidistância” deste, numa retórica apoiada no papel mediador atribuído aos magistrados. Enquanto a Justiça dava respaldo às forças dominantes no Executivo municipal, o Tribunal de São Paulo se movimentava para garantir o controle do processo de falência, colocando-se em posição de “defesa” de uma das partes, a Selecta Comércio e Indústria S.A. Isso tudo está nas movimentações processuais e nos recursos apresentados em nome das partes.

CONCLUSÃO

A centralidade do Poder Judiciário no caso Pinheirinho constitui o fator de análise principal deste artigo. Abstraido o caráter hermético – e, também por isso, ideológico – da linguagem utilizada nas sentenças e nos despachos que levaram à desocupação, elegeu-se como tarefa prioritária a identificação dos interesses e das

⁹⁴⁷ Trata-se da decisão proferida em 21 de outubro de 2004 pelo juiz Marcius Geraldo Porto de Oliveira, da 6ª Vara Cível de São José dos Campos, que impediu que a reintegração de posse do Pinheirinho ocorresse naquele momento. Outros despachos, como o da juíza federal Roberta Monza Chiari, que atuava em regime de plantão e conteve a ação policial de despejo (em 17 de janeiro de 2012), ressaltaram o ‘interesse social’ contido no processo, mas não chegaram e fazer referência expressa à função social da propriedade, prevista na Constituição da República.

⁹⁴⁸ A expressão ‘grilagem’ está relacionada a uma espécie de fraude documental. Trata-se de dar aparência de autenticidade a papéis falsificados, envelhecendo-os artificialmente com o emprego de produtos químicos ou outros artifícios. Via de regra, essa técnica é utilizada pelo grileiro com o objetivo de vender imóveis que não lhe pertencem (SODERO, 1977, p. 180). Em pesquisa sobre o Pinheirinho, Andrade (2010) também considera a hipótese de grilagem das terras vizinhas ao Campo dos Alemães, na Zona Sul de São José dos Campos.

posições políticas que marcaram o processo de reintegração de posse, em particular em suas fases cumpridas na cidade de São José dos Campos. A primeira conclusão propiciada por esse raciocínio se aproxima do senso comum que atribui à Justiça brasileira um conservadorismo estrutural.

No universo das leis e dos tribunais, tudo se passaria como se o campo do direito fosse efetivamente autônomo, neutro e desligado da exterioridade social. Isso daria às sentenças judiciais o caráter de objetividade, coerência e racionalidade. Tais predicados, todavia, nunca chegaram a fazer parte do mundo real, até mesmo porque, segundo Andrade (1996, p. 95), as práticas jurídicas ainda dominantes do País estão presas a conceitos do século XIX, ligados à escola da exegese, que impõe ao julgador a tarefa de “cumprir a lei e ponto”. Tem-se, aí, uma simplificação normativista que “reduz o legítimo ao legal, afirmando que o poder se torna legítimo quando sustentado por qualquer legalidade” (LAFER, 1978, p. 11). Nessa linha de interpretação, temas de natureza social, como as desigualdades, a concentração de renda e a pobreza, se colocam na categoria dos fatos juridicamente irrelevantes. É que “até mesmo o positivismo jurídico, de Hans Kelsen, e a sua revisão sociológica, efetuada por Hart, onde se admitem espaços de não-direito, são teorias muito avançadas para a quase totalidade dos juízes do Brasil” (ANDRADE, 1996, p. 95).

O Pinheirinho pôs em xeque a tese segundo a qual o direito se coloca à margem de fatores sociais, políticos e econômicos. Esse raciocínio contém a ilusão de que o aparelho estatal, pelos seus órgãos dotados de jurisdição, produz comandos e aplica sanções conforme a própria sociedade autoriza ou reclama. Ao enfrentar o tema da decisão judicial, Hart (1984, p. 138) enxergou nos tribunais superiores as instâncias de definição do direito por excelência, de tal modo que a questão da sua (da decisão judicial) falibilidade teria pouco ou nenhum reflexo na preservação do equilíbrio do sistema. O problema surge quando os tribunais fixam, no mesmo plano temporal, regras diferentes ou conflitantes para uma situação comum, subvertendo o caráter estático, fechado e hierarquizado do edifício normativo assim concebido.

Não foi por acaso, conseqüentemente, que a defesa dos moradores do Pinheirinho deu prioridade à indicação de *quem*, em cada uma das fases da demanda, estava à frente do procedimento. A consideração dos preconceitos sociais que envolvem as ocupações de terra no País, entre outras intenções não declaradas em muitas das sentenças que levaram à ordem de despejo, foi importante para o desenho da estratégia jurídica adotada.

Os conflitos que marcaram a desocupação do Pinheirinho traduzem uma questão de fundo ideológico. Na prática, existiriam contradições entre as respostas dadas pelo aparelho judicial, identificado formalmente como órgão mediador de conflitos, titular de uma função “moderadora” e “neutra”, e os compromissos de seus agentes com a preservação do sistema. Numa abordagem estritamente lógica, esse mesmo sistema impõe ao julgador um comportamento padrão, limitado pela norma estatal. Segundo Azevedo (1989, p. 54), trata-se de “um discurso jurídico ideológico, que termina por desembocar no formalismo lógico-jurídico, cuja premissa fundamental consiste justamente na pretensão de conhecimento do direito separado de toda e qualquer ideologia”.

A interferência do Poder Judiciário em aspectos políticos da vida em sociedade, seja provocada pela mobilização de grupos organizados, seja pelo impulso

conservador de proteção de direitos de ordem privada, como a propriedade, não exclui a verificação de brechas no ordenamento jurídico e nas técnicas de interpretação da lei, de modo a conferir à ação dos chamados operadores do direito um aspecto transformador da realidade. Trata-se, aqui, de ultrapassar a identificação entre direito e lei, própria da dogmática positivista, e de estabelecer pontos de contato entre a ação coletiva e a produção e a aplicação de normas.

O mito da neutralidade aplicado à função jurisdicional do Estado tem a pretensão de elevar o direito ao plano da sacralidade, fazendo-o de instrumento garantidor da paz – ou, mais detalhadamente, da “paz do bem-estar social, a qual consiste não apenas na manutenção da vida, mas da vida mais agradável possível” (FERRAZ JR., 1984, p. 109). Foi essa visão idealista, que ignora o pressuposto de que “todo o direito é ideológico, porque na sua reivindicação desconhece sempre seu condicionamento social e histórico” (FETSCHER, 1970, p. 231), que serviu de apoio à expulsão de milhares de habitantes de uma área urbana consolidada como bairro popular, com a destruição completa de suas casas, em favor do direito de propriedade – uma garantia constitucional que não se coloca, em nenhuma hipótese valorativa possível, acima da garantia constitucional da moradia.

REFERÊNCIAS

- ACCA, Thiago dos Santos. Teoria brasileira dos direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ANDRADE, Inácio de Carvalho Dias de. Movimento social: uma etnografia da questão identitária dos sem-teto. 183 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) - Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: file:///C:/Users/user/Downloads/2010_InaciodeCarvalhosDiasdeAndrade.pdf. Acesso em: 30 set. 2014.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. Introdução ao direito alternativo brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- ARENDT, Hannah. Macht und gewalt. Munique, 1970.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPEZ, Rodrigo. Pinheirinho: Ideologia e fatos. Folha de S. Paulo, São Paulo, 29 fev. 2012. Tendências/ Debates, Primeiro Caderno, p. A3.
- COELHO, Luiz Fernando. Lógica jurídica e interpretação das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do direito. Curitiba: Livros HDV, 1987.
- COSTA, Alexandre Bernardino, e ASSIS, Vivian Alves. O direito achado na rua: reflexões para uma hermenêutica jurídica. In: Encontro Nacional do Conpedi, 19, 2010, Fortaleza. Anais... Florianópolis: Conpedi, 2010. p. 5896-5908. Disponível em: <http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/direito-achado-na-rua-hermeneutica-critica.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2013.
- CRESCI SOBRINHO, Elicio de. Justiça alternativa. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.). Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- FARIA, José Eduardo. O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas. Brasília: Centro de Estudos Judiciários. Conselho da Justiça Federal, 1992.
- FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da Justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 94-112.
- FARIA, José Eduardo. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 39-64.
- FARIA, José Eduardo. Poder e legitimidade. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O oficial e o inoficial. In: FALCÃO, Joaquim de Arruda (Org.). *Conflito de direito de propriedade*: invasões urbanas. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 103-124.
- FETSCHER, Iring. Direito e justiça no marxismo soviético. In: FETSCHER, Iring. *Karl Marx e os marxismos*: da filosofia do proletariado à visão proletária do mundo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1970. p. 229-251.
- FRANÇA, R. Limongi. Carta precatória. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord.). *Enclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 13. p. 329-340.
- FREITAS, Lorena de Melo. Marxismo, direito e a problemática da ideologia jurídica. In: COLÓQUIO MARX E ENGELS, 4, 2005, Campinas. *Anais...* Campinas: Cemarx, 2006. Disponível em: <http://www.unicamp.br/cemarx/ANALIS%20IV%20COLOQUIO/comunica%E7%F5es/GT2/gt2m2c4.pdf>. Acesso em: 12 set. 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962.
- KOERNER, Andrei. A análise jurídica do direito, do Judiciário e da doutrina jurídica. In: WANG, Daniel Wei Liang (Org.). *Constituição e política na democracia*: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 23-52.
- LAFER, Celso. Prefácio. In: FARIA, José Eduardo de. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 9-13.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Nova Cultural/Brasiliense, 1985.
- MACIEL, Débora Alves. Ação coletiva, mobilização do direito e instituições políticas: o caso da campanha da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 26. n. 77, p. 97-111, out. 2011.
- McCANN, Michel. Poder Judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos 'usuários'. In: SEMINÁRIO

NACIONAL SOBRE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. *Anais...* Rio de Janeiro: Emarf - TRF 2. Região / RJ, dez. 2010. p. 175-196. Disponível em: <http://www.trf2.gov.br/emarf/documents/revistaemarfseminario.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2015

SAES, Décio. *Estado e democracia: ensaios teóricos*. Campinas: Unicamp - IFCH, 1988.

SODERO, Fernando Pereira. Grileiro. In: FRANÇA, R. Limongi (Coord). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977 v. 40. p. 180-181.

TATAGIBA, Luciana. Desafios da relação entre movimentos sociais e instituições políticas: o caso do movimento de moradia da cidade de São Paulo. *Colombia Internacional*. p. 63-83, jan./jun. 2010. Disponível em: file:///C:/Users/user/Downloads/-data-Revista_No_71-ColombiaInternacional71-04-Analis-Tatagiba.pdf. Acesso em: 30 dez. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO EM FACE DA AUTOMAÇÃO COMO MECANISMO CONSTITUCIONAL DE TUTELA CONTRA O DESEMPREGO TECNOLÓGICO

Luciana de Aboim Machado⁹⁴⁹, Bruno Freire Moura⁹⁵⁰,
José Ricardo de Santana Filho⁹⁵¹

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de novas tecnologias impactou em grande medida a dinâmica social contemporânea, tendo desencadeado diversos desafios. Certamente um dos maiores é a questão do futuro do trabalho. Essa preocupação é antiga, remontando aos tempos da primeira revolução industrial.

Desde a época do movimento ludista, que pregava a quebra de máquinas como forma de buscar a preservação dos empregos, há a candente preocupação de que as inovações tecnológicas, sobretudo com o desenvolvimento das máquinas, possam gerar desemprego entre os trabalhadores. Com o advento da indústria 4.0 e das novas tecnologias da informação e comunicação, as mudanças se tornam cada vez mais rápidas em um mundo extremamente conectado no qual grande parte das transações econômicas e sociais ocorre no ambiente virtual. Com a pandemia da covid-19, essa tendência acabou por ser acelerada. Desse modo, aumentando ainda mais as preocupações com o futuro do trabalho.

Diante da preocupação se de fato haverá trabalho para todos em um futuro não tão distante, é preciso verificar qual o papel do Estado para assegurar que essas transformações tecnológicas não sejam prejudiciais, não olvidando do dever estatal de assegurar o trabalho em condições dignas.

O legislador constituinte brasileiro, preocupado com o potencial das máquinas em substituir o trabalho humano, inseriu no texto constitucional, no art. 7º, XXVII, da CRFB/88, o direito à proteção do trabalhador em face da automação, reservando à lei a regulamentação da matéria. No entanto, mesmo passados mais de trinta anos

⁹⁴⁹ Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia e pela Università Degli Studi G. d'Annunzio (Itália). Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo-USP. Mestre em Direito do Trabalho e especialista em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil, todos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Associada III e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação "stricto sensu" em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Avaliadora de Instituição de Ensino Superior do INEP/MEC. Coordenadora da Rede de Pesquisa Direitos Humanos e Transnacionalidade. Consultora da Ergon Associates (London) em projetos da União Europeia. Vice-presidente da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Guillermo Cabanellas. Membro do Conselho de Direção do Mestrado em Direito Privado Europeu e do Pós-Doutorado da Università Mediterranea de Reggio Calabria (Itália) e do Mediterranea International Centre for Human Rights Research – MIRCH. E-mail: lucianags.adv@uol.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5724-6368>.

⁹⁵⁰ Mestrando em Direito na Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Direito Processual Civil pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Única de Ipatinga (MG). Técnico judiciário (área judiciária) do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. E-mail: bfmoura16@hotmail.com.

⁹⁵¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS) e advogado. E-mail: jrsantana0696@gmail.com.

da promulgação do texto constitucional e do dispositivo em comento, poucas medidas concretas foram tomadas.

Nesse contexto, o presente estudo se propõe a analisar a efetividade do direito fundamental à proteção em face da automação como mecanismo constitucional de tutela contra o desemprego tecnológico.

Para tanto, o primeiro objetivo específico será caracterizar as mudanças da nova era da informação com o advento da Indústria 4.0 e os efeitos do desemprego tecnológico. O segundo objetivo consiste em verificar a extensão do direito fundamental à proteção em face da automação. Por fim, o terceiro objetivo específico será analisar a suficiência do direito fundamental à proteção em face da automação enquanto mecanismo constitucional de tutela contra o desemprego tecnológico.

Parte-se da hipótese de que é necessário complementar a proteção constitucional com outras medidas que confirmem efetividade a esse direito basilar. Será utilizado o método hipotético-dedutivo com o procedimento de pesquisa bibliográfica. Além desta introdução, o trabalho está composto por mais três seções, que abordam cada um dos objetivos específicos, e uma seção final que traz as principais conclusões.

1 MUDANÇAS TECNOLÓGICAS E DESEMPREGO TECNOLÓGICO

A invenção de novas tecnologias proporcionou um aumento da qualidade de vida da população em geral e produziu mudanças no campo econômico, social e político. Esse processo permeia toda a história da civilização, desde o surgimento das tecnologias mais rudimentares, mas é com o advento da indústria que ele se amplificou.

É com o aparecimento das indústrias no bojo das revoluções industriais que o conjunto de paradigmas até então estabelecidos sofreu profundas alterações. As revoluções industriais foram períodos de intenso desenvolvimento tecnológico que garantiram a consolidação do sistema capitalista moderno, de modo a provocar mudanças no processo produtivo, na organização e na estrutura social (LIMA, OLIVIERA NETO, 2017).

Na primeira revolução industrial, surgiu a máquina a vapor e o tear mecânico, que substituíram a manufatura artesanal, o que marcou a transição de métodos produtivos artesanais para processos produtivos mecanizados (SANTOS et al., 2018). Isso trouxe mudanças significativas para a economia e para sociedade. Outrossim, a intensa migração da população do campo para as cidades levou a um intenso crescimento das regiões urbanas e propiciou a concentração de grande parte dos trabalhadores nas fábricas. Tal situação deu ensejo ao surgimento de nova classe de trabalhadores, os operários, que passaram a ser assalariados do capital (CAVALCANTE, SILVA, 2011).

A segunda revolução industrial é caracterizada pelo surgimento da eletricidade e linhas de montagem, que possibilitaram a produção em larga escala. Por fim, a terceira revolução industrial é marcada pelo uso da robótica e da computação. O desenvolvimento da *internet* ocorreu nessa etapa e provocou grandes transformações na dinâmica econômica e social, alterando padrões de consumo, modelos de produção e as formas como o trabalho é realizado (SANTOS et al., 2018).

Essas transformações tecnológicas apenas se intensificaram com o passar do tempo e continuam acelerando, contribuindo para alterações profundas no modo de se organizar e produzir riqueza da sociedade, sobretudo na dinâmica das relações de trabalho.

Atualmente já se considera que o conjunto das novas tecnologias que estão sendo implementadas no ambiente de produção inaugura o que vem sendo chamado de Quarta Revolução Industrial. Tal etapa é marcada por um conjunto de tecnologias inovadoras, dentre as quais: computação em nuvem; *cyber physical systems*; *smart factories*; *big data* e *analytics*; robôs autônomos; simulação; sistemas horizontais e verticais de integração; IoT, ciber-segurança; impressão 3D e realidade aumentada (TESSARINI; SALTORATO, 2018).

Acerca da terminologia que foi usada para definir a nova revolução tecnológica, GRAGLIA (2018, p. 114) aponta o seguinte:

O termo Indústria 4.0 começou a ser disseminado na Alemanha a partir da Hannover Messe ..., uma das principais feiras de tecnologia industrial do mundo O termo é um trocadilho que consiste em três partes. O termo "indústria 4.0" ilustra o foco claro na indústria. A parte "0" é usada para estabelecer a associação com a tecnologia da Internet, com base em termos como Web 1.0, Web 2.0, Web 3.0. Finalmente, o "4" representa a quarta revolução industrial que, após o desenvolvimento do poder de vapor e água, eletricidade e tecnologia da informação para apoiar a força de trabalho humana, agora descreve o uso dos chamados sistemas *ciber* físicos.

Nesse sentido, tal como ocorreu nas revoluções tecnológicas anteriores, a Quarta Revolução Industrial é marcada pelo advento de novas tecnologias inovadoras capazes de alterar em grande medida o *status quo* produtivo. Especificamente em relação a essa nova etapa do desenvolvimento tecnológico, sua característica essencial é a profusão de um conjunto de tecnologias aplicadas ao ambiente de produção.

A Indústria 4.0 é o produto de uma profusão de tecnologias aplicadas ao ambiente de produção, o que Schwab (2016) nomeia de "megatendências". Entre elas, avultam-se os Cyber-Physical Systems (CPS), a Internet of Things (IoT), a Internet of Services (IoS), veículos autônomos, impressoras 3D, robôs avançados, inteligência artificial, Big Data, nanomateriais e nanosensores (TESSARINI; SALTORATO, 2018, p. 746)

O modelo de produção adotado pela quarta revolução industrial é caracterizado pela interação entre máquinas, ferramentas e processos conectados à *internet* através de sistemas cyber-físicos, que interagem entre si com capacidade de operar de maneira praticamente autônoma (TESSARINI; SALTORATO, 2018).

Observam-se inúmeros benefícios decorrentes dos avanços tecnológicos e do advento de um novo paradigma de revolução tecnológica, com uma série de tecnologias disruptivas. Segundo Swab (2019), a Quarta Revolução Industrial se diferencia das etapas anteriores por sua maior velocidade (tecnologias se propagam muito mais rápido), amplitude (modificações mais profundas na economia e sociedade) e impacto sistêmico (transformação de sistemas inteiros entre países).

Nesse contexto, a despeito de todos os benefícios e transformações positivas, essa nova grande etapa de desenvolvimento tecnológico traz consigo grandes desafios. Nessa linha de intelecção, importa ressaltar que um dos seus efeitos mais temidos diz respeito aos impactos prejudiciais que a adoção de novas tecnologias pode produzir no mercado de trabalho, sobretudo em relação à extinção de empregos e redução de postos de trabalho em decorrência da automação (TESSARINI; SALTORATO, 2018, p. 757).

A aplicação de novas técnicas e tecnologias visa precipuamente proporcionar o aumento da produtividade e a minimização dos custos das empresas. Isso acaba por gerar perdas de postos de trabalho até então estabelecidos, ocasionando o que se chama de desemprego estrutural. Tal processo é decorrente da introdução de novas tecnologias no ambiente de trabalho, a fim de automatizar total ou parcialmente funções que antes eram desempenhadas por trabalhadores:

O desemprego tecnológico assim ocorrerá quando o posto de trabalho que era originariamente ocupada pelo homem é substituído por máquina, robô ou qualquer outra forma artificial e não humana. O desemprego, por si só, faz parte da economia onde o trabalhador desempregado constitui um exército de reserva, mas a tendência mundial é que o desemprego cresça cada vez mais nas atividades do primeiro setor (NOGUEIRA; VELAZQUEZ, 2017, p. 164)

Decerto que a perda de postos de trabalho em virtude do desenvolvimento tecnológico quase sempre dá lugar a novas ocupações que demandam uma maior qualificação, que na maioria das vezes é inacessível aos obreiros que perderam seus empregos. Tal circunstância, geralmente, causa temor de aumento de desemprego em virtude das inovações tecnológicas e gera reações por parte da classe dos profissionais potencialmente afetados. Um fato histórico que demonstra a antiguidade desse problema foi o movimento ludista, por meio do qual trabalhadores industriais da Inglaterra realizaram movimentos coletivos de destruição de máquinas nas fábricas por medo de perderem seus postos de trabalho.

Diante do atual cenário de iminência de mais uma revolução tecnológica capaz de alterar sobremaneira as condições de vida da população e gerar efeitos dos mais diversos na sociedade, mais uma vez surgem dúvidas sobre quais serão suas consequências. Tal situação reacende o debate entre visões diametralmente distintas: a daqueles que vislumbram um futuro brilhante e as que temem as consequências adversas da tecnologia (GRAGLIA, 2018).

No que diz respeito a primeira visão, há crença de que os avanços tecnológicos seriam extremamente benéficos para o trabalho, pois livrariam a humanidade de tarefas repetitivas e desestimulantes. Com isso, além de possibilitar o desenvolvimento de capacidades criativas do ser humano, haveria uma redução de doenças ocupacionais e outros males causados por trabalhos extenuantes. De outro lado, em uma visão antagônica, há aqueles que temem as consequências prejudiciais do desenvolvimento tecnológico, notadamente o desemprego estrutural.

Certo é que a implementação de novas tecnologias no ambiente produtivo trará grandes mudanças nas relações de trabalho. Todavia, as principais mudanças não serão sentidas na indústria. Esta nova revolução tecnológica, se visualizada em sua abrangência e complexidade, não deveria ser denominada de industrial. Isso porque

a indústria perdeu participação na geração de riqueza. Ao contrário das duas primeiras revoluções industriais, o eixo de transformações deslocou-se do produto (bem) para os serviços e o desenvolvimento de *softwares*, bem como para as novas tecnologias da informação (GRAGLIA, 2018).

Os avanços no campo da automação, robótica e inteligência artificial podem representar riscos de substituição não só para funções de menor qualificação técnica, mas também causa o temor de que funções mais intelectuais sejam atingidas. Um exemplo de um impacto causado por novas tecnologias em postos de trabalho ocupados por profissionais intelectuais altamente qualificados refere-se ao robô-advogado ROSS, desenvolvido pela multinacional americana IBM. Trata-se de uma inteligência artificial que é capaz de compreender a linguagem humana, rastrear mais de 10 mil páginas por segundo e formular respostas a questões legais muito mais rápido que qualquer advogado (ÉPOCA NEGÓCIOS ONLINE, 2019).

Isso significa dizer que as consequências desse fenômeno vão muito além do chão das fábricas e não se limitam a funções cujo trabalho é meramente repetitivo e desprovido de uma maior qualificação. Tal circunstância certamente cria um mercado mais competitivo em que os profissionais precisarão desenvolver novas habilidades e mudar sua forma de atuação se não quiserem ser substituídos por robôs.

É difícil prever com exatidão qual será o impacto real das novas tecnologias sobre as relações de trabalho, ou seja, em que medida haverá perda de postos de trabalho e alteração das funções já existentes. De maneira geral, a discussão a respeito do impacto das novas tecnologias sobre os postos de trabalho tem sido polarizada por visões opostas. Uns defendem que os empregos gerados compensarão eventuais perdas, enquanto outros possuem uma visão mais pessimista, prevendo uma maciça redução da necessidade de mão-de-obra.

Diante desse cenário desafiador, alguns estudos se propõem a quantificar de maneira aproximada as tendências provocadas pelo impacto da automação no mercado de trabalho de alguns países e no mundo. Nesse sentido, importante mencionar o trabalho realizado por Frey e Osborne (2017), que analisou a probabilidade de automação de 702 (setecentas e duas) ocupações no mercado de trabalho dos Estados Unidos.

Para o estudo, distinguiram a probabilidade de automatização das funções em três categorias: alta, média e baixa. De acordo com os resultados obtidos na investigação, os pesquisadores concluíram que cerca de 47% das funções analisadas possuíam alto risco de automação, esperando que sejam automatizadas em 10 (dez) ou 20 (vinte) anos. Nesse particular, integram o grupo de alto risco de automação em sua maioria ocupações ligadas a transporte e logística, juntamente com trabalhadores de suporte administrativo e escritório, além de uma parcela considerável dos empregos do setor de serviços (FREY; OSBORNE, 2017).

Em outro vértice, merece menção um relatório produzido por um instituto vinculado à consultoria Mckinsey que, em 2017, avaliou o número e os tipos de empregos que poderão surgir a partir de diferentes cenários até o ano de 2030 e comparou com os postos de trabalho que poderão desaparecer em decorrência da automação. A análise cobriu 46 países - com foco na China, Alemanha, Índia, Japão,

México e Estados Unidos - que abrangem uma significativa parcela da força de trabalho mundial. Para cada país, formulou modelos com cenários de mudanças de emprego para mais de 800 ocupações (MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, 2017).

Nos resultados do estudo, identificou-se que, com a tecnologia contemporânea, cerca de 50% das atuais atividades desempenhadas no mundo são suscetíveis de automatização. Nesse cenário, 6 em cada 10 ocupações têm pelo menos 30% de suas atividades automatizáveis, o que implica mudanças substanciais no local de trabalho e mudanças para todos os trabalhadores. Além disso, foi calculado que o potencial de eliminação de postos de trabalho pode variar de 400 a 800 milhões de funções em todo o mundo, a depender do nível de adoção das tecnologias (MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, 2017).

No que diz respeito ao cenário de automação das ocupações no contexto do Brasil, um recente estudo analisou o potencial de automação de cerca de 2.500 ocupações do mercado de trabalho nacional, a partir da base de dados da Secretaria de Trabalho do Ministério da Economia. A investigação identificou que cerca de 60% da força de trabalho brasileira, ou 26,9 milhões de trabalhadores, irão experimentar grandes impactos com a automação. Dentre as dez ocupações com mais trabalhadores, oito delas apresentam alto risco com a automação (LIMA et al., 2021).

A despeito desses números revelarem um cenário extremamente desafiador, o problema fica ainda pior quando se leva em conta o despreparo do país para enfrentar os problemas decorrentes da automação no mercado de trabalho. Nesse sentido, o Brasil ficou em 19ª posição de um total de 25 no *ranking* The Automation Readiness Index – um *ranking* criado pelo *The Economist Intelligence Unit* para calcular o quão preparados estão 25 países para os desafios da automação, levando em conta o ambiente de inovação, as políticas educacionais e políticas do mercado de trabalho (THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, 2018). Isso mostra a importância de avaliar o cenário trazido por essa atual revolução tecnológica e os seus efeitos sobre o mundo do trabalho.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO EM FACE DA AUTOMAÇÃO

Diante dos desafios trazidos pela nova realidade tecnológica, impõe-se a adoção de condutas positivas por parte dos Estados nacionais para mitigar os efeitos negativos apontados no capítulo anterior. No contexto brasileiro, o legislador constituinte, antevendo os problemas que a tecnologia poderia causar à geração de empregos e as consequências prejudiciais aos seus detentores, alçou a proteção do trabalhador contra a automação ao *status* de direito fundamental.

Com efeito, o direito ao trabalho constitui um direito de grande relevância para a manutenção do padrão de vida e bem-estar econômico do trabalhador. Não foi por outra razão que tal instituto foi previsto no título II da Constituição Brasileira, dentre da categoria de Direitos e Garantias Fundamentais. Ocorre que cabe ao Estado, mediante atuação positiva, implementar medidas que viabilizem o exercício desse direito fundamental pelos cidadãos.

Portanto, não basta reconhecer a existência, bem como a importância, do direito ao trabalho, é necessário que o Estado possa assegurar-lo, por meio da criação

de mecanismos de tutela efetiva. No caso em apreço, em face das ameaças causadas a esse direito fundamental em decorrência da tecnologia – o que culmina com o desemprego tecnológico – faz-se necessária a atuação estatal para protegê-lo contra os efeitos adversos das novas tecnologias.

Com o intuito de proteger os trabalhadores contra os perigos da automação tecnológica, o constituinte inseriu no art. 7º, XXVI, da CRFB/88, o direito fundamental à proteção em face da automação⁹⁵². Esse direito não foi previsto em constituições anteriores em decorrência do processo de industrialização tardio do Brasil, de modo que ainda não havia preocupação com o fenômeno do desemprego estrutural e o impacto da tecnologia dentro das empresas (MARTINS, 2000, p. 262). Esse dispositivo constitucional teve inspiração da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual previu em seu artigo XXIII o direito ao trabalho em condições justas e favoráveis, bem como a proteção contra o desemprego (MACHADO; CÔRTEZ, 2020).

No processo de discussões para a aprovação desse direito na Assembleia Nacional Constituinte, importante mencionar que a redação originária previa não só a preocupação com a realocação e capacitação dos trabalhadores, como também com a participação de organizações de trabalhadores no processo de formulação de políticas públicas de introdução de novas tecnologias. Ocorre que, na fase de discussões, a redação original sofreu grandes alterações, retirando do trabalhador qualquer possibilidade de participação nas vantagens proporcionadas pela automação, bem como a elaboração de políticas relacionadas a introdução delas. Houve, portanto, o predomínio do interesse do empresariado na positivação desse direito fundamental (MARTINEZ; MALTEZ, 2018).

No que diz respeito a sua interpretação, a norma prevista no art. 7º, XXVII, da CRFB/88 deve ser interpretada em conjunto com outros valores e princípios do ordenamento jurídico, dos quais o da dignidade da pessoa humana é o mais relevante. Isso porque ele constitui um dos fundamentos da Constituição Brasileira (art. 1º, III, CRFB/88), de sorte que todas as normas jurídicas devem ser funcionalizadas para o novo paradigma constitucional inaugurado com o advento da nova Carta.

Outro ponto relevante que deve ser levado em consideração na análise do tema em estudo diz respeito aos valores nucleares que se podem extrair do direito à proteção em face da automação no contexto de maximização dos lucros por meio do uso de novas tecnologias que podem levar à extinção de postos de trabalho, destacando-se os seguintes: a) manutenção dos postos de trabalho; b) garantia de subsistência do trabalhador e promoção de uma vida digna por meio do trabalho; c) promoção da circulação de riquezas com a manutenção do poder aquisitivo do trabalhador (MELO; SOUSA; OLIVEIRA, 2020).

Nesse sentido, deve-se observar que o texto constitucional prevê a necessidade de regulamentação desse direito fundamental para que possa surtir efeitos jurídicos. No entanto, ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro uma lei

⁹⁵² “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...)XXVII -proteção em face da automação, na forma da lei;”

efetiva e específica que possibilite a concretização dessa matéria. Por isso, muito se discute acerca da possibilidade de sua aplicação imediata.

A partir da classificação exposta por José Afonso da Silva (2001), em sua Teoria Tricotômica, parte da doutrina considera que essa norma possui eficácia limitada, sendo desprovida de autoaplicabilidade. Por esse entendimento, normas que reservam à lei o tratamento de suas disposições não teriam eficácia senão por meio da intervenção legislativa. Desse modo, seria necessário a atuação do legislador infraconstitucional para assegurar a concretização desse importante direito trabalhista. Por fim, o autor aponta ainda que esse direito poderia ser enquadrado como norma constitucional programática, uma vez que depende de alguns requisitos para sua plena aplicação no meio social.

Outros entendem que o posicionamento acima é incompatível com a ordem constitucional vigente, tendo em vista que é preciso dar máxima efetividade às normas consagradas na Constituição. Nessa segunda vertente de pensamento, as normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais devem ter aplicação imediata, independente de sua concretização por parte do poder legislativo, de acordo com o que se compreende dos art. 5º, §1º, da CRFB/88, art. 5º, XXXV, CRFB/88 e art. 4º da LINDB (MARTINEZ; MALTEZ, 2018).

A despeito da controvérsia, reconhece-se que os preceitos constitucionais não são inteiramente desprovidos de eficácia. Nesse sentido, ainda que existam normas dependentes de legislação para se materializar integralmente, não se pode dizer que não possuem qualquer eficácia. Com efeito, apresentam, ao menos, eficácia negativa, o que significa que se constituem como um diretriz para atuação do poder público. Assim, suas disposições seriam aptas a impedir a edição de leis em sentido contrário (FONSECA ALVES, 2011).

Essa eficácia, além de vincular os poderes públicos por meio de uma eficácia vertical, no sentido de se abster de qualquer ato que possa violar esse direito, também vincula particulares. Diante disso, pode-se concluir que o direito de proteção em face da automação, conquanto não possua meios de assegurar sua total eficácia, por ausência de norma regulamentadora no plano legislativo, pode apresentar efeitos no plano horizontal por ser um direito constitucional. Possui, portanto, eficácia horizontal negativa (ALVES, 2011).

Diante dessa constatação, qualquer forma de automação tendente a impedir o pleno exercício do direito fundamental ao trabalho, de modo a reduzir oportunidades e extinguindo postos de trabalho, não deve prevalecer em confronto ao disposto no art. 7º, XXVII, da CRFB/88. Por essa mesma linha de raciocínio, não seria razoável admitir que normas integrantes de regulamentos de empresas ou em instrumentos de negociação trabalhista coletiva possam instituir regras tendentes a abolir as proteções em favor dos trabalhadores em face da automação (ALVES, 2011).

Portanto, não cabe somente ao Estado velar pela proteção do direito ao trabalho em face da automação, mas esse dever compete a todos os atores sociais em maior ou menor medida. Contudo, deve-se destacar que isso não deve servir como empecilho para o desenvolvimento e implementação de tecnologias na ordem privada. É relevante salientar que a lei constitucional estabeleceu que a ordem econômica está fundada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, sendo funcionalizada para assegurar

uma existência digna a todos (art. 170 da CRFB/88). Assim, o mandamento constitucional determina a busca da coexistência entre esses dois valores fundamentais.

No âmbito legislativo, já houve algumas tentativas de regulamentar esse direito, mas a maioria das propostas foram rejeitadas, sob o argumento de que os efeitos mais pronunciados da automação já haviam sido superados. Uma das consequências dessa inação legislativa é a ausência de um microsistema infraconstitucional que trace satisfatoriamente os objetivos gerais e as diretrizes relacionadas à proteção contra o desemprego estrutural (MARTINEZ; MALTEZ, 2018).

Em que pese não haver uma regulamentação específica que possa especificar os pormenores do direito de proteção em face da automação, podem ser observadas, no ordenamento jurídico brasileiro, algumas legislações esparsas que se propõem a mitigar os efeitos adversos dos avanços tecnológicos no mercado de trabalho. Uma delas é a Lei Federal 7.232/1984 (Lei da Informática), que trata dos princípios e diretrizes da Política Nacional de Informática.

Em seu art. 2º, X, a referida lei prevê como política nacional da informática o “estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar o equilíbrio entre os ganhos de produtividade e os níveis de emprego na automação dos processos produtivos”. Portanto, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, já havia uma preocupação por parte do legislador com a proteção dos empregos contra a automação dos processos produtivos.

Por sua vez, já na vigência do atual texto constitucional, a Lei 9.956/2000 foi editada com a clara intenção de resguardar a classe dos frentistas contra a perda de postos de trabalho. Em seu art. 1º a lei proíbe expressamente o funcionamento de bombas de autosserviço operadas pelo próprio consumidor nos postos de abastecimento, em todo o território nacional. A esse respeito, há que se considerar os efeitos prejudiciais de uma normativa instituindo uma proibição como essa, apesar de suas boas intenções, notadamente quanto ao excesso de intervenção estatal na livre iniciativa, além do aumento dos custos no produto final para o consumidor resultante dessa política trabalhista.

No que se refere a projetos de lei que visavam regulamentar a matéria, merece destaque o projeto nº 2.902/1992 proposto pelo então senador Fernando Henrique Cardoso, que trazia em seu bojo algumas medidas contra a automação. Dentre elas, pode-se citar a tipificação das demissões decorrentes da automação como demissões por justa causa, criação de centros de pesquisa e comissões com a finalidade de qualificar trabalhadores. A despeito dos esforços na tentativa de regulação desse direito, o projeto foi arquivado em 2009 (MELO; SOUSA; OLIVEIRA, 2020).

No âmbito do Judiciário, merece registro o julgamento do Mandado de Injunção nº 618/MG pelo Supremo Tribunal Federal. O remédio constitucional foi impetrado por um funcionário do Bando do Estado de Minas Gerais S/A que foi exonerado sem justa causa no ano de 1998. O impetrante alegou que foi demitido em virtude da automação e das inovações tecnológicas na agência bancária onde trabalhava. Em seu pedido, requereu que a corte suprema determinasse a adoção de providências legislativas, uma vez que a ausência de regulamentação inviabiliza o exercício do direito previsto no art. 7º, XXVII, CRFB/88 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

A ação acabou sendo julgada somente no ano de 2014 e teve como relatora a Ministra Cármen Lúcia, que rejeitou o pedido considerando o seguinte:

“O art. 7º, inc. XXVII, da Constituição não estipula como direito do trabalhador proteção contra “inovações tecnológicas”, mas sim “em face da automação”, conceitos diferentes. Na automação substitui-se o trabalho humano pelo de máquinas. A inovação tecnológica está relacionada a mudanças na tecnologia, não havendo necessariamente a substituição do homem por máquina” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

Percebe-se que foi adotada uma interpretação literal do dispositivo, deixando de apreciar o caso concreto e a mora legislativa em regular o direito fundamental por realizar uma diferenciação rígida que só dificultou o trabalhador de provar suas alegações. Ademais, não considerou a relação existente entre inovação tecnológica e automação, o que redundou em um reducionismo da vontade constitucional do espírito de proteção do trabalhador em face da automação (MATA; ALMEIDA, 2020).

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO EM FACE DA AUTOMAÇÃO ENQUANTO MECANISMO CONSTITUCIONAL DE TUTELA CONTRA O DESEMPREGO TECNOLÓGICO

Conforme exposto, o direito de proteção em face da automação evidencia a clara preocupação do legislador constituinte com as severas consequências do desemprego tecnológico, ou seja, a perda de postos de trabalho causada pelos avanços tecnológicos que transformam o mercado de trabalho.

Com efeito, o aumento da competitividade no mercado ocasiona uma pressão cada vez mais forte pelo aumento dos lucros e redução dos custos. Nesse sentido, o trabalho humano, visto como um insumo para a atividade econômica da empresa, passa a ser visto como um recurso que precisa ser otimizado na estrutura de produção. Dentro dessa lógica, o trabalho perde sua função social e é rebaixado aos interesses econômicos.

A automação é uma consequência do processo de inovação tecnológica na economia. Ela otimiza a produção, reduzindo custos e elevando a produtividade das empresas. Ocorre que sua implementação desmedida e desacompanhada de alternativas empregatícias vulnera em grande medida os trabalhadores, que passam a perder seus postos de trabalho e ficam desamparados em decorrência da obsolescência dos seus antigos postos de trabalho.

Sem adentrar no mérito de possíveis espaços de trabalho que poderão surgir para compensar as eventuais perdas provocadas pela automação da produção, é essencial que o Estado garanta a tutela do trabalho digno aos trabalhadores, o que inclui a proteção contra os perigos adversos das inovações tecnológicas. Portanto, fundamental considerar o trabalho sobre o prisma de um direito fundamental da pessoa humana.

É evidente que, na nova ordem constitucional, o indivíduo considerado como sujeito de direitos é o ponto central de qualquer interpretação normativa. Desse modo, compete aos Estados assegurarem condições mínimas que permitam a concretização

do direito a um trabalho digno. Trilhando por este caminho, o legislador constituinte estabeleceu o compromisso do Estado Brasileiro em proteger o trabalhador contra o desemprego estrutural ao inserir no texto constitucional, como direito fundamental do trabalhador, a proteção em face da automação. A despeito da eficácia limitada dessa disposição, dela já decorrem importantes consequências, como a sua eficácia negativa.

Diante do paradigma da constitucionalização do direito, toda a ordem jurídica passa a ser funcionalizada em prol da concretização dos valores constitucionais. A constituição deixa de ser uma mera carta de intenções, e se converte em um marco normativo dotado de supremacia e eficácia. A ideia de constitucionalização está associada ao efeito expansivo das normas constitucionais para todo o sistema jurídico, de modo a vincular todos os poderes da República e, inclusive, a conduta dos particulares (BARROSO, 2005).

Nessa toada, conclui-se que a norma constitucional em comento é dotada de eficácia normativa e deve vincular a conduta, tanto do Estado, quanto de agentes privados. Como decorrência lógica de sua inserção no texto constitucional, ela pode ser utilizada como parâmetro de controle de constitucionalidade, de modo a adequar atos normativos que estejam em desacordo com seu preceito.

Além disso, a despeito de não ter uma eficácia positiva imediata, ela não pode deixar de ser respeitada. Fala-se, portanto, em uma eficácia negativa que impede a adoção de condutas que possam reduzir oportunidades de emprego em decorrência da automação. No entanto, sua eficácia limitada impede a produção de todos os efeitos desejados.

Desse modo, percebe-se que, apesar de ser importante para a tutela de um direito fundamental do trabalhador, a simples proteção contida na Constituição é insuficiente, sendo necessária a adoção de outras medidas em conjunto. Entende-se que a inércia legislativa por mais de trinta anos da promulgação da Constituição reproduz um inegável déficit democrático que inviabiliza a concretização dos planos da sociedade (MACHADO; CÔRTEZ, 2020).

Diante disso, é inegável que a proteção constitucional possui grande relevância, mas não basta por si só para a tutela efetiva dos direitos do trabalhador. Nesse sentido, são apontadas algumas medidas tendentes a complementar esta proteção.

Em um primeiro momento, é preciso salientar que a solução para o problema deve necessariamente conciliar os valores constitucionais que determinam a ordem econômica. Com efeito, a Constituição brasileira consagrou uma ordem econômica que tem por princípios basilares a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano. Além disso, ela deve respeitar a busca do pleno emprego e a autonomia tecnológica. Por essa razão, uma medida que estipule por via legal a proibição de avanços tecnológicos não parece razoável justamente por desestimular o desenvolvimento tecnológico almejado pelo constituinte (SANTOS; SOARES, 2015).

Há que se considerar que a nova realidade tecnológica exigirá novas competências por parte dos profissionais da atualidade. No cenário corrente, os melhores empregos estão concentrados entre aqueles que possuem a qualificação e os conhecimentos adequados requeridos pelo mercado. De outra banda, as inevitáveis mudanças e evoluções econômicas exigem uma robusta capacidade de atualizações

constantes por parte dos trabalhadores, de modo que seja possível adequá-los aos novos desafios e exigências do mercado, sob pena de serem eles atingidos pelo desemprego estrutural, ou mesmo serem excluídos do mercado de emprego em razão da sua defasagem profissional.

Portanto, se faz necessário o investimento na qualificação dos trabalhadores para que eles possam estar preparados para encarar os desafios dessa nova realidade dinâmica. Tanto o governo, quanto os empregadores podem ser chamados a auxiliar no cumprimento dessa medida, como forma de concretizar a garantia prevista no art. 7º, XXVII, da CRFB. Ademais, a possibilidade de exigir investimentos em qualificação do empregador pode ser vista como uma forma de cumprimento à função social da empresa (MACHADO; CÔRTEZ, 2020).

Outrossim, é premente a necessidade de um marco regulatório para a concretização do direito fundamental em estudo, no entanto, alguns vislumbram a viabilidade de negociação coletiva para superar essa lacuna. A negociação coletiva é apontada pela Convenção nº 158 da OIT como medida a ser adotada quando o empregador prever o término da relação de trabalho por motivos tecnológicos e estruturais.

Nesse particular, aponta-se que o caminho da negociação tem a vantagem de buscar um interesse comum entre empregadores e empregados, mas não basta por si. Isso porque ela é um processo que não possui um desfecho compulsório e a complexidade dos fatores econômicos sociais e jurídicos dificilmente pautam uma negociação marcada por interesses corporativos (SANTOS; SOARES, 2015). É preciso negociar com base em parâmetros mínimos que devem ser estipulados por uma legislação.

Portanto, percebe-se que a proteção constitucional atua como uma diretriz para a concretização desse direito básico, mas não garante sua concretização. Para tanto, são necessárias medidas complementares, as quais foram expostas nesse trabalho, para garantir a efetividade do direito de proteção em face da automação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços tecnológicos provocaram intensas mudanças no mercado de trabalho. Nesse sentido, o fenômeno da automação coloca em risco o direito fundamental ao trabalho, na medida em que extingue diversos postos de trabalho, ocasionando o desemprego tecnológico.

O desemprego decorrente das inovações tecnológicas é um dos grandes problemas e incertezas de nossa realidade. Ainda há dúvidas se o futuro do trabalho será amplo o suficiente para garantir o bem-estar de todos ou se haverá um abismo entre trabalhadores qualificados bem remunerados e as pessoas que se tornariam obsoletas frente às novas tecnologias.

Por essa razão, a fim de preservar o direito fundamental ao trabalho digno, os Estados precisam se comprometer a garantir o acesso de tal direito a todos os indivíduos, o que inclui a proteção contra a automação. No caso do Brasil, esse direito foi inserido no texto constitucional em virtude da preocupação do legislador constituinte com as consequências adversas do avanço tecnológico no mercado de trabalho.

O presente estudo teve por objetivo verificar se o direito fundamental ao trabalho previsto no art. 7º, XXVII, da CRFB/88 é um mecanismo de proteção ao emprego frente a ameaça do desemprego tecnológico. Nesse sentido, foi possível observar que o texto constitucional é uma diretriz de grande importância para tal finalidade, todavia ele não basta por si só.

A despeito de toda a preocupação do legislador constituinte na tutela contra o desemprego tecnológico, ainda existe uma lacuna legislativa no que diz respeito à regulamentação integral e efetiva desse direito. O que se verifica é a existência de legislações esparsas que pouco contribuem para a regulamentação e racionalização da matéria, a exemplo da lei que proíbe o autosserviço nas bombas de combustível.

A constitucionalização do direito à proteção em face da automação, conquanto não consiga produzir todos os efeitos a que se dispõe, por ser uma norma de eficácia limitada, produz efeitos imediatos e vincula tanto a Administração Pública quanto os particulares. Nesse sentido, mesmo não produzindo efeitos positivos, a norma constitucional serve como parâmetro de controle para qualquer ato que tenha por finalidade reduzir as oportunidades de trabalho em decorrência da automação.

Pela atividade investigativa desenvolvida, verifica-se que a norma constitucional é insuficiente para garantir a efetivação desse direito. Apesar de sua importância como parâmetro de controle contra atos do Poder Público e dos particulares que acarretem risco de desemprego tecnológico para os trabalhadores, há a necessidade de medidas suplementares.

Certamente a regulamentação do direito por meio de legislação infraconstitucional é importante para estabelecer critérios mínimos que assegurem a proteção do trabalhador. Todavia, essa regulamentação não pode simplesmente se limitar a proibir inovações tecnológicas, sob pena de tornar inviável o processo de inovação. A esse respeito, destaca-se que o Estado brasileiro consagra a livre iniciativa como princípio basilar da ordem econômica (art. 170 da CRFB/88) e o dever estatal de fomentar o desenvolvimento tecnológico e de inovação (art. 218 da CRFB/88).

Sendo assim, é necessário fixar balizas para a proteção do trabalhador sem comprometer o desenvolvimento tecnológico do país. Nesse sentido, parte relevante da doutrina pátria cita a necessidade de promover cursos de qualificação para que os trabalhadores possam se adequar às novas exigências de um mercado em constante evolução. Também é possível a realização de negociação coletiva prévia para o caso de demissões decorrentes da automação, seguindo o que preceitua a Convenção nº 158 da OIT. Diante disso, pode-se concluir que, para assegurar a tutela contra a automação e o desemprego tecnológico, a norma constitucional é importante por ser um norte, mas ela não basta por si. Sendo necessária a adoção de outras medidas para assegurar a efetividade desse direito, seja no campo legislativo, seja no empresarial, seja no trabalhista.

REFERÊNCIAS

- ALVES, H. Fonseca. Proteção em face da automação e a eficácia dos direitos fundamentais. *Sapientia – Revista de Direito do Centro Universitário Estácio de Sá de Belo Horizonte*, v. 1, n. 1, 2011.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1, 21 jan. 2005.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção 618 / MG. Mandado De Injunção. Constitucional E Trabalhista. Alegada Ausência De Norma Regulamentadora Do Art. 7º, Incs. Xxi E Xxvii, Da Constituição Da República. Proteção contra a Automação: Não Demonstração da Inviabilidade do Exercício do Direito Constitucional. Aviso Prévio Proporcional Ao Tempo De Serviço: Aplicação Da Lei N. 12.506/2011. Precedentes. Mandado De Injunção Parcialmente Conhecido, Na Parte Conhecida, Parcialmente Concedido. Rel: Min. Cármen Lúcia. Data de julgamento: 29/09/2014, Data de publicação: DJe-192 02/10/2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho448347/false>. Acesso em: 29 jun. 2021.
- CAVALCANTE, Zedequias Vieira; SILVA, Mauro Luis Siqueira da. A importância da revolução industrial no mundo da tecnologia. VII EPCC – Encontro Internacional de Produção Científica Cesumar, 2011.
- ÉPOCA NEGÓCIOS ONLINE. Startup canadense desenvolve robô-advogado que interpreta leis - Época Negócios | Tecnologia. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Tecnologia/noticia/2019/02/startup-canadense-desenvolve-robo-advogado-que-interpreta-leis.html>. Acesso em: 29 jun. 2021.
- FREY, C. B.; OSBORNE, M. A. The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation? *Technological Forecasting and Social Change*, v. 114, p. 254–280, 1 jan. 2017.
- GRAGLIA, M. A. V. As novas tecnologias e os mecanismos de impacto no trabalho. Tese (Doutorado em Tecnologias da Inteligência e Design Digital) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 330, 2018.
- LIMA, Elaine carvalho de; OLIVEIRA NETO, Calisto rocha de. Revolução Industrial: considerações sobre o pioneirismo industrial inglês. *Revista Espaço Acadêmico*, n. 194, julho/2017.
- LIMA, Y. et al. Exploring the future impact of automation in Brazil. *Employee Relations: The International Journal*, v 43, n. 5, pp. 1052-1066, 2021.
- MACHADO, L. DE A.; CÔRTEZ, P. C. O direito fundamental à proteção em face à automação e à indústria 4.0. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, v. 1, n. 26, p. 139, 5 jan. 2020.
- MARTINEZ, L.; MALTEZ, M. O direito fundamental à proteção em face da automação. *Revista Nova Hileia*, v. 2, n. 2, dez. 2018.
- MATA, A. L. DOS S. DA; ALMEIDA, S. N. DE C. Automação laboral e as novas relações trabalhistas: perquirições introdutórias da proteção jurídica do trabalhador. *Argumenta Journal Law*, v. 32, p. 155–174, 2020.
- MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. Jobs lost, Jobs gained: workforce transitions in a time of automation. São Francisco, 2017. Disponível em: www.mckinsey.com/mgi. Acesso em: 26 jun. 2021.
- MELO, L. S. de; SOUSA, J. M. de; OLIVEIRA, L. P. S. A proteção do trabalhador em face das inovações tecnológicas: a emblemática decisão do mandado de injunção 618/MG. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano, v. 6, n. 5, p. 1379–1403, 2020.
- NOGUEIRA, W. L.; VELAZQUEZ, V. H. T. Os fatores econômicos e a tecnologia no desemprego estrutural. *Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho*, v. 3, n. 1, p. 157, 1 jun. 2017.
- SANTOS, R.; SOARES, É. O direito à proteção em face da automação e desemprego tecnológico: parâmetros constitucionais para regulamentação. 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Anais. Santa Maria: 2015. Disponível em: <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em: 26 jun. 2021.
- SANTOS et al. INDÚSTRIA 4.0: DESAFIOS E OPORTUNIDADES. *Revista Produção e Desenvolvimento*, v.4, n.1, p.111-124, 2018. Disponível em: <http://revistas.cefet-rj.br/index.php/producaoedesenvolvimento>. Acesso: 10 out. 2021
- SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*; tradução Daniel Moreira Miranda. – São Paulo, Edipro, 2019.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- TESSARINI, G.; SALTORATO, P. Impactos da indústria 4.0 na organização do trabalho: uma revisão sistemática da literatura. *Revista Produção Online*, v. 18, n. 2, p. 743–769, 15 jun. 2018.
- THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. The Automation Readiness Index. Disponível em: <https://www.automationreadiness.eiu.com/>. Acesso em: 28 jun. 2021.

RISCOS ÀS DEMOCRACIAS MODERNAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PENSAMENTO DE GÜNTHER JAKOBS E ZYGMUNT BAUMAN

Angela dos Prazeres⁹⁵³

INTRODUÇÃO

O direito penal do inimigo, também conhecido como direito penal de terceira velocidade, é um direito de emergência, de exceção. Seu fundamento está pautado numa punição com base no autor, e não no ato praticado, ou seja, caberia ao sistema de persecução criminal punir o indivíduo pelo o que ele é, pelo o que ele representa e, não pelo desvalor da conduta criminosa praticada⁹⁵⁴. Tal denominação tem ganhado certa evidência na atualidade, sobretudo em virtude de atentados terroristas, os quais têm ocorrido em todo o mundo⁹⁵⁵.

Diante de tal quadra, nas linhas que se seguem buscar-se-á analisar quais os efeitos negativos decorrentes da adoção de um sistema de persecução criminal baseado na teoria direito penal do inimigo, considerando as experiências vividas no holocausto e que são muito bem destacadas por Zygmunt Bauman em sua obra intitulada Modernidade e Holocausto.

1 ESTRUTURA DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do direito penal do inimigo foi proposta por Günther Jakobs, um penalista alemão que passou a sustentar, a partir de 1985, que suas ideias importariam em uma medida eficaz contra a criminalidade nacional e internacional.

Em sua teoria, Jakobs promove uma separação entre o “cidadão de bem” e o inimigo, na qual o primeiro pode até infringir uma norma, mas os seus direitos de cidadão, ainda que acusado da prática de um crime, serão preservados. Já o inimigo não estaria vinculado às normas de direito, portanto, nada impediria a completa transgressão de seus direitos, até os direitos humanos. Para Jakobs, essa seria a única forma de combater a periculosidade do sujeito inimigo⁹⁵⁶.

Günther Jakobs considera que o delinquente-inimigo infringe o contrato social de tal forma que ele não mais faz jus ao *status* de cidadão. Todavia, essa qualidade

⁹⁵³ Possui Especialização MBA em Auditoria Integral (UFPR), bacharelado em Ciências Contábeis (UTFPR) e em Direito (FAE – Centro Universitário). É pesquisadora-adjunta do Núcleo de Pesquisa Sistema Criminal e Controle Social (UFPR), membro da International Association for Court Administration (EUA), professora universitária (FAE– Centro Universitário), assessora jurídica (TJPR), auditora quality management system (BSI) e articulista da revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Currículo lattes <http://lattes.cnpq.br/4094213818593054>. E-mail: angela.utfpr.pb@gmail.com

⁹⁵⁴ SILVA SANCHEZ, J. M. La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001, p. 167.

⁹⁵⁵ GRECO, V.; CORREA, L. A banalidade do mal e o direito penal do inimigo. Disponível em: <http://www.egovufsc.br>. Acesso em: 05 jul. 2016.

⁹⁵⁶ JAKOBS, G. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 66.

de inimigo não é destinada a qualquer um, mas, tão somente, àqueles representantes do mal, ou seja, pessoas refratárias que não representam apenas uma ameaça ao ordenamento jurídico, como também simbolizam o perigo, alto risco à sociedade, justificando assim, o adiantamento da sua punição. Para esses indivíduos, assinala o autor, que o direito penal do cidadão não tem vigência⁹⁵⁷.

Daí que aquele que se afasta de modo permanente do direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel ao ordenamento jurídico é inimigo, pelo que não haveria nenhuma subordinação desses indivíduos para com o Estado, e isso autorizaria retirar-lhes o direito de serem considerados como cidadãos⁹⁵⁸.

Considera-se inimigo o autor de condutas que revelam alta traição, o indivíduo que assume uma atitude de insubordinação jurídica, uma base subjetiva real capaz de produzir um estado de guerra contra a sociedade, com a permanente frustração das expectativas normativas da comunidade, perdendo a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque desafia o sistema social.

Veja-se:

“Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. Quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que o contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano e passa a um estado de ausência completa de direitos.⁹⁵⁹”

Nessa toada, o direito penal do inimigo se funda sob três pontos: a antecipação da punição do inimigo; a desproporcionalidade das penas e relativização ou supressão de certas garantias processuais; e a criação de leis severas direcionadas a uma clientela específica, como terroristas, facções criminosas, traficantes, etc.⁹⁶⁰.

No que se refere à antecipação da punição do inimigo, o direito penal se dirigiria à eliminação de um perigo. Nesta vereda, defende-se uma ampla antecipação da punibilidade no curso do *iter criminis*, ocupando-se de punir fatos futuros, eventuais, e não atual ou passado como se espera⁹⁶¹.

Em relação à desproporcionalidade das penas e relativização ou supressão de certas garantias processuais, as penas previstas na norma penal são desproporcionalmente altas, em especial a antecipação de barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Ademais, regras de imputação e critérios processuais podem ser relativizados ou suprimidos⁹⁶².

⁹⁵⁷ JAKOBS, G. Op. Cit. p. 65.

⁹⁵⁸ Ibidem, 67.

⁹⁵⁹ Ibidem, 67.

⁹⁶⁰ Ibidem, 67-81.

⁹⁶¹ Ibidem, 67-81.

⁹⁶² Ibidem, 67-81.

Quanto à criação de leis severas direcionadas a uma classe específica, a sanção que lhe é imposta se trataria de medida de segurança para a sociedade e não para os transgressores, sendo ainda possível a punição de meros atos preparatórios ou cogitação.

Destarte, o direito penal do inimigo busca tratar o sujeito delinquente como se este fosse um transgressor inato, sem qualquer capacidade ou probabilidade de ressocialização, devendo, portanto, ser retirado da sociedade, haja vista que não conseguiria com ela interagir. Assim, como ser não humano que é, não poderia ser punido com leis confeccionadas para um ser humano⁹⁶³.

2 MODERNIDADE E HOLOCAUSTO

Em sua origem etimológica, a palavra grega *holokauston* significa, entre os hebreus, sacrifício em que a vítima (um animal) era totalmente consumida pelo fogo; imolação; e, em outras acepções que reforçam a primeira, oferenda completa e generosa, sacrifício; também imolação de si mesmo. Com o acontecimento da Segunda Guerra Mundial, a palavra holocausto passou a designar os assassinatos em massa de crianças, mulheres e homens, judeus e não judeus⁹⁶⁴.

De acordo com Zygmunt Bauman, o holocausto não foi simplesmente um problema judeu nem fato da história judaica apenas. Este nasceu e foi executado na nossa sociedade moderna e racional, em alto estágio de civilização e no auge do desenvolvimento cultural humano, e, por esta razão, trata-se de um problema desta sociedade, desta civilização e cultura⁹⁶⁵.

O holocausto significou um teste da modernidade, isto é, um experimento ilimitado e sanguinário da máquina de funcionamento de uma ideologia. Bauman propõe o holocausto como um teste raro, mas importante e confiável das possibilidades ocultas da sociedade moderna totalitária, do saber e de práticas modernas que usou como cobaia o próprio homem despidido de direitos, personalidade e valores⁹⁶⁶.

Naquele terrível episódio, viu-se que o Estado Moderno foi pautado na ambivalência do caos e da ordem, na obsessão de incluir e excluir, de separar o joio do trigo. A eliminação de ervas daninhas era *conditio sine qua non* para o surgimento de uma sociedade perfeita, no caso dos nazistas, a raça ariana. Tratava-se de viver sob o planejamento, classificação, manipulação, administração e vigilância do Estado. Isso fez com que a intolerância surgisse como algo espontâneo na modernidade⁹⁶⁷.

Bauman buscou sustentar a tese de que a modernidade se constituiu, de um lado, sobre um excesso, uma compulsão pela ordem e, de outro, uma escassez de liberdade, de modo que a relação equilibrada entre segurança e liberdade continua um desafio da pós-modernidade. A dita modernização dos arranjos sociais, promovidos pelas práticas dos poderes modernos, buscava o rígido estabelecimento e perpetuação

⁹⁶³ Ibidem, 67-81.

⁹⁶⁴ GRANDE Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Nova Fronteira, 1999. p. 4-174.

⁹⁶⁵ BAUMAN, Z. Modernidade e holocausto. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998, p. 19.

⁹⁶⁶ Ibidem, p. 24-31.

⁹⁶⁷ Ibidem, p. 24-31.

de certo controle. Um aspecto decisivo no processo modernizador foi, portanto, a prolongada guerra travada em nome da reorganização do espaço⁹⁶⁸.

A busca por segurança no mundo atual, um verdadeiro desafio que marca o mal-estar da civilização pós-moderna, pode ser sintetizada como “A segurança e a liberdade são dois valores igualmente preciosos e desejados que podem ser bem ou mal equilibrados, mas nunca inteiramente ajustados e sem atrito”⁹⁶⁹.

Segundo Bauman, a compulsão pela ordem caminhou em parceria com o ideal de pureza, conferindo, assim, “justificativa” às ideologias segregadoras dos regimes totalitários. Subjacente ao ideal de pureza dos referidos regimes, estava a construção social dos estranhos, dos anômalos. A purificação da ordem foi feita, em termos levi-straussianos, a partir das estratégias antropofágicas (aniquilamento dos estranhos), da assimilação (conformidade com a ordem e diluição das diferenças), e da antropogenia (exclusão e confinamento dos estranhos – da diferença – nos guetos)⁹⁷⁰.

Nesse sentido, toda engenharia do holocausto teve, sua origem na própria emancipação do Estado Político Moderno com seu monopólio da vida e suas técnicas violentadoras, as quais foram utilizadas sob o viés de controlar socialmente os indivíduos. Isso significa dizer que o holocausto foi forjado dentro de uma lógica totalitária de suspensão de direitos e liberdades fundamentais, de modo especial daqueles tidos como alvo do sistema⁹⁷¹.

O Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou doze anos. O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político⁹⁷².

Apenas a traidores e apátridas, impuros, criminosos, enfermos sociais ou grupos estranhos e hostis, o processo civilizatório não os protegia, pois estes eram considerados indesejáveis e descartáveis para o que deveria ser perfeito e harmônico. Leia-se: judeus, opositores políticos, doentes mentais, homossexuais, ciganos, existentes na Alemanha de Hitler. Por extensão, hodiernamente, seria possível ler: marginalizados, negros, mulheres, pobres e idosos⁹⁷³.

Quando Hitler, em 1933, sob o pretexto da proteção do Estado e do povo alemão, revogou a Constituição de Weimer, suspendendo os artigos que garantiam os direitos individuais, estava decretada, a partir daí a legitimidade jurídica, mesmo por meio de um direito excepcional, para os abusos e carnificinas⁹⁷⁴.

⁹⁶⁸ LIMA, F. J. G. Reflexões sobre a modernidade e o holocausto a partir de Zygmunt Bauman. Disponível em: <http://www.egovufsc.br>. Acesso em: 07 jul. 2016.

⁹⁶⁹ Ibidem.

⁹⁷⁰ Ibidem

⁹⁷¹ Ibidem.

⁹⁷² BAUMAN, Z. Op. cit. p. 51.

⁹⁷³ REGERT, V. S. Em defesa da herança de Auschwitz: releitura da história do holocausto por meio da escritura autobiográfica das vítimas. Santa Cruz do Sul, 2007. 141 p. Dissertação (Mestrado em Leitura e Cognição) – Programa de Pós-graduação em Letras, Universidade de Santa Cruz do Sul, 2007, p. 21.

⁹⁷⁴ LIMA, F. J. G. Op. cit.

Para Bauman, o holocausto é um fenômeno possível na modernidade. Representa para a modernidade seu desajuste, seu desencaixe, sua perversa noção de progresso infinito que não conduziu a humanidade à supressão de suas mazelas mais profundas, antes, estabeleceu discórdia e perseguição, antissemitismo e racismo⁹⁷⁵.

3 RISCOS ÀS DEMOCRACIAS MODERNAS À GUIA DE CONCLUSÃO

À luz da abordagem proposta, extraem-se as seguintes conclusões:

1. O direito penal do inimigo está pautado na aplicação de uma punição voltada exclusivamente para o autor e não para o ato que este praticou. Ou seja, pune-se o indivíduo pelo o que ele é e não pela conduta praticada. Desta feita, o inimigo não estaria vinculado às normas de direito, sendo possível, portanto, a supressão de seus direitos, até mesmo os direitos humanos.

2. O holocausto funcionou como um terrível projeto da sociedade moderna que usou como cobaia o próprio homem, sendo que isso, somente foi possível, porque o homem foi complementarmente despido de direitos, personalidade e valores. Foi forjado dentro de uma lógica totalitária de suspensão de direitos e liberdades fundamentais, de modo especial daqueles tidos como alvo, “inimigos” do sistema.

3. A adoção de um sistema de persecução criminal baseado na teoria do direito penal do inimigo se mostra deveras perigoso, uma vez que a sua principal característica é distinguir os cidadãos considerados como “cidadãos de bens” daqueles que seriam inimigos, sendo que a estes últimos, poderia o Estado, plenamente suspender ou suprimir os direitos fundamentais, sob o simples argumento de combater a criminalidade.

⁹⁷⁵ BAUMAN, Z. Op. cit. p. 65.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Z. Modernidade e holocausto. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.
- GRANDE Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Nova Fronteira, 1999. p. 4.174.
- GRECO, V.; CORREA, L. A banalidade do mal e o direito penal do inimigo. Disponível em: <http://www.egovufsc.br>. Acesso em: 05 jul. 2016.
- JAKOBS, G. Direito penal do inimigo: noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LIMA, F. J. G. Reflexões sobre a modernidade e o holocausto a partir de Zygmunt Bauman. Argumentos, Fortaleza, v. 6, n. 11, p. 281-297, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.egovufsc.br>. Acesso em: 07 jul. 2016.
- REGERT, V. S. Em defesa da herança de Auschwitz: releitura da história do holocausto por meio da escritura autobiográfica das vítimas. 2007. 141. Dissertação (Mestrado em Leitura e Cognição) – Programa de Pós-graduação em Letras, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2007. p. 21.
- SILVA SANCHEZ, J. M. La expansión del Derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

A CORRUPÇÃO E A GRAMA DO VIZINHO: UM ENSAIO SOBRE OS BONS EXEMPLOS

Adriano Vottri Bellé⁹⁷⁶

INTRODUÇÃO

Na seara das ciências sociais aplicadas – e na Academia, de maneira geral – é possível encontrar um sem-número de possibilidades, de maneiras de tratar certas temáticas, com um esforço sempre muito nítido de se distanciar, tanto quanto possível, de ambientes comuns de discussões e de máximas que se esvaziam em suas próprias expressões. Esta observação parece ser ainda mais evidente quando a abordagem se direciona para fenômenos cuja explicação depende de mais de uma área do conhecimento, porque força os especialistas/pesquisadores a saírem do itinerário usual de raciocínio.

Ainda sobre este prólogo, o estudo de fenômenos que transcendem análises individualizadas desafia o escritor/pesquisador a gastar todo o repertório com vistas a uma comunicação de ideias tão eficiente quanto técnica e assertiva. Malgrado o mencionado desafio e a importância transcendência de ideias para uma abordagem multissetorial, o contraponto parece ser exatamente a precisão de elementos de comunicação para fixação de pontos de partida, os quais, ainda que soem deslocados, auxiliam na dura tarefa de se fazer compreender.

Assim é que uma das perspectivas do presente estudo transita exatamente pelo uso de expressão massivamente conhecida, com o pressuposto de que sua função é trazer a perspectiva da comparação para o trabalho, além de transmitir um conjunto de concepções, agora sob outro viés. Naturalmente, o texto que segue trará maiores ensaios acerca da ‘grama do vizinho’ e seus elementos comparativos, jocosos e até de cobiça, além, é claro, de se ressignificar para um sentido positivo e de incentivos.

Ora, e se a grama do vizinho for, de fato, mais verde e mais bem cuidada? E se os exemplos de instituições, práticas, entendimentos e resultados se mostrarem tão adequados que mereçam outro olhar? Qual o problema de se admitir e de buscar readequações estruturantes e sérias para que o seu quintal seja melhor tratado?

Entende-se que tais indagações há muito já deveriam fazer parte dos debates sócio-políticos a nível de Brasil, e na mesma intensidade das acaloradas discussões sempre que se aborda a temática da corrupção, do seu enfrentamento e de seus nefastos efeitos. Isto porque, parece ser possível afirmar com segurança que há, na vizinhança, bons exemplos de práticas eficazes para mitigar pontos fundamentais e sensíveis das práticas corruptas.

⁹⁷⁶ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional UNINTER, em Direito Público pela Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais, FEAD, e em Metodologias Ativas de Aprendizagem pela UNYLEYA, Brasil. Mestre em Direito das Relações Internacionais e Integração da América Latina na Universidad de La Empresa, UDE – Montevideú, Uruguai. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e Professor do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Paranaense – UNIPAR –, Campus de Francisco Beltrão/PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5045435164371914>. E-mail: adrianobelle@gmail.com. Número ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8699-8032>.

Não é de hoje, pois, que o Uruguai se mostra um exemplo positivo para a América Latina e, por que não, para a comunidade internacional, no tocante ao enfrentamento à corrupção e à adoção de boas práticas de gestão pública, transparência e ideais modernos de governança. Como se verá, há instituições, índices e fatos capazes de afirmar e aclarar tais evidências e assegurar ao país vizinho lugar de destaque quando o assunto é a ética pública.

Já o Brasil – ver-se-á – encara sistematicamente um misto de estagnação com arrefecimento, e o resultado disso no campo da luta contra a corrupção é a falta de resultados concretos e visíveis, além de índices nada compatíveis com os anseios de uma sociedade que há muito sofre no cotidiano com os efeitos de um Estado que, no mais das vezes, culmina por ser ineficiente.

Mas então, se há bons exemplos – um verde gramado – geograficamente tão próximos, o que separa o Brasil de seu vizinho? Haveria, pois, a possibilidade de que o Uruguai e sua trajetória nas últimas décadas sirva de inspiração para a adoção de políticas públicas em terras tupiniquins? Ou será que a grama verde e cultivada no âmbito da ética pública é mesmo uma aspiração apenas do campo das ideias, e de nada servem as comparações?

Logo, os objetivos desta breve abordagem da luta contra a corrupção em um contexto local perpassam pela necessária análise de constatações do *status quo* do momento paradigmático em que se situam Brasil e Uruguai, tanto em termos de números quanto de práticas e instituições. Na sequência, tem-se que é necessária a análise de similitudes e discrepâncias entre os contextos sociais e o avento de possibilidades para a necessária evolução no enfrentamento ao problema. Por fim, objetiva-se responder de maneira direcionada à simples pergunta: “o que um verde gramado pode ensinar?”.

As hipóteses da pesquisa se centram na possibilidade ou não de que boas práticas adotadas por um país (Uruguai) – que geram inegáveis bons resultados – no campo do enfrentamento às práticas corruptivas e na construção de instituições públicas eficientes e com credibilidade possam ser adotadas ou, no mínimo, inspirar outro país (Brasil) a trilhar caminhos análogos, com objetivo de evoluir e construir melhores resultados.

Para a abordagem metodológica, a pesquisa bibliográfica e a técnica de documentação indireta, com a utilização de dados de levantamentos de instituições de credibilidade assente trazem o necessário suporte e a intentada credibilidade às análises, para que as lições de importantes autores sobre os assuntos abordados possam ser conjugadas, com o fim de conferir clareza e assertividade ao debate proposto.

1 CONSTATAÇÕES

A afirmação inaugural destas breves constatações pode ser encontrada em praticamente todo material – acadêmico, técnico, jornalístico – que aborda frontal ou tangencialmente da temática da corrupção no Brasil: trata-se de um problema crônico, difuso e extremamente prejudicial para as instituições, para a economia, para as políticas sociais, para a credibilidade internacional e para a própria noção que os brasileiros têm de sua nação. Esta primeira anotação figura como premissa deste

trabalho e não será aprofundada, sobretudo por se entender que se o assunto não tivesse reconhecida relevância sequer se estaria tratando dele.

E nem é preciso demandar grandes esforços para se chegar a diversos exemplos de grandes descobertas envolvendo figuras importantes e simbólicas do aparato político-social brasileiro nas últimas três décadas. Com efeito, tecidas as devidas considerações e feitos recortes temporais e espaciais importantes, não parece mesmo ser exagero afirmar que em algum grau e em alguma dimensão é mesmo possível fixar-se na ideia de que há corrupção sistêmica no Brasil (BELLE, 2021a).

Por certo que tal impressão/verificação é reforçada sobremaneira sempre que novos e perniciosos escândalos de corrupção são descobertos e amplamente divulgados, e a matriz deste pensamento em alguns momentos chega a parecer confusa e paradoxal. Explica-se: a cada grande esquema descoberto e noticiado, gera-se uma dupla sensação acerca deste contexto, de modo que em um primeiro momento há a noção de que o ‘mal’ está sendo combatido – evolução –; ao passo que, quase que de imediato, percebe-se que, potencialmente, há ainda um longo caminho a ser percorrido – frustração.

Afinal, quanto ainda haveria ser descoberto, então? Ou melhor: é um problema sem solução? Entende-se que a melhor matriz interpretativa é aquela que busca a relação de causa e de efeito, didaticamente explicada por Cortella (2013). Em apertada síntese, defende o aclamado professor brasileiro que nas ciências não há que se procurar explicações ou soluções mágicas para problemas reais, mas “é preciso ser incansável na busca das causas em qualquer área para se entender seus efeitos” (CORTELLA, 2013, p. 73).

Embora mencionada análise possa parecer lugar-comum, também a busca pelas causas das práticas corruptivas tende a ser subestimada em seu grau de dificuldade. Por isso entender a fonte do problema e suas decorrências auxilia a situá-lo no grau de complexidade que representa para determinada sociedade.

As discussões sobre as origens da corrupção no Brasil já duram décadas e há uma tendência acadêmica histórica a associar o patrimonialismo (ZACANARO, 1994) e a perspectiva da cordialidade (HOLANDA, 2014) como possíveis origens da organização político-administrativa e verdadeiras essências do que se convencionou englobar no conceito de práticas corruptivas.

Do conceito de Patrimonialismo deriva o de Estado Patrimonial. Weber constata que a autoridade patrimonial patriarcal precisou se adequar às características e necessidades de grandes territórios conquistados e submetidos politicamente, gerando em decorrência verdadeiros Estados Patrimoniais. Qualifica de Estado Patrimonial aquele tipo de dominação política onde prevalecem padrões domésticos de organização e condução dos negócios do Estado. O Estado Patrimonial caracteriza-se por uma extrapolação da política e da administração domésticas para fora de seu círculo familiar. Há, pois, uma adaptação de métodos e posturas éticas às novas circunstâncias, mas em essência prevalece o espírito original. Reproduz-se no Estado o modelo da política e da administração domésticas (ZACANARO, 1994, p. 20).

Com efeito, daí pode decorrer importante verificação de como as sociedades urbanas se desenvolveram a partir do período que sucede à independência do Brasil,

com a inevitável distinção social de classes e disseminação das influências dos núcleos familiares (HOLANDA, 2014). Resulta, pois, de um estudo conjunto dos autores a observação de que tais mecanismos e modelos de formação social contribuem para a disseminação de práticas que nem sempre se coadunam com os anseios sociais, podendo se converter nas mais diversas formas de corrupção.

Outrossim, no que tange ao Uruguai, país vizinho ao Brasil também integrante do Mercosul, é possível verificar como a corrupção já não é mais tema recorrente das primeiras páginas dos veículos de imprensa – ao menos não o é com conotação negativa. O vizinho do Sul atualmente alcança índices que são invariavelmente considerados como exemplo de gestão pública na esfera internacional, sobretudo em decorrência de um passado menos glorioso quando o assunto é lavagem de capitais e outras formas de corrupção (LOPES, 2018).

Ainda conforme Lopes (2018), o Estado uruguaio logrou êxito na árdua tarefa de fortalecer instituições e de criar mecanismos com alto grau de assertividade para fiscalização e punição de práticas corruptas, consolidando-se como líder na luta contra a corrupção no contexto regional. Pelas análises propostas, não é difícil constatar que foi da percepção das causas – intensa circulação de capital estrangeiro ilícito, entre outras – e das consequências – máculas à ética pública, ineficiência estatal, violência – que se criou uma agenda ampla, perene e positiva de medidas, políticas e instituições com foco nos desvios que ocorriam.

Fala-se, pois, do exemplo uruguaio com a perspectiva de que uma agenda anticorrupção – semelhante àquela adotada no país vizinho – também possa ser implementada com significativo acerto em solo brasileiro. E os índices que analisam, condensam, sistematizam e divulgam dados buscando aferições da incidência da corrupção nos países são capazes de trazer à tona de maneira objetiva tais exemplos, reforçando a visão de que há modelos a se seguir

Para evitar grandes, extensas e cansativas digressões, basta analisar um dos mais relevantes quantitativos referentes ao tema da atualidade: o Índice de Percepção da Corrupção, da Transparência Internacional. Em sua mais recente divulgação, o chamado “IPC” (CPI, na sigla original, em inglês) trouxe dados estatísticos que expressam e praticamente resumem o que se verifica ciclicamente há cerca de dez anos: estabilização e excelente posição do Uruguai; e oscilação, instabilidade e má colocação do Brasil (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, 2022).

Para o bem e para o mal, o fato é que dificilmente estes dados causam algum tipo de surpresa. Em linhas gerais e em apertada síntese, é possível constatar um distanciamento significativo do Uruguai em comparação ao Brasil, e isso se deve notadamente à adoção de práticas modernas de controle interno e externo de instituições e da consolidação de organismos de controle em grau de efetividade compatível com o que se verifica nos resultados.

As abordagens seguintes buscam estudar estes e outros pontos.

2 SIMILITUDES E POSSIBILIDADES

A perspectiva de comparar, adiante abordada, traz consigo tarefas subjacentes que não são de somenos importância para a credibilidade do trabalho proposto. Talvez

o ponto de partida seja a análise dos ordenamentos jurídicos de ambos os países e seus potenciais mecanismos à disposição das instituições para um controle adequado da ética pública e da retidão de conduta na gestão da *res pública*.

Logo, verifica-se de plano que os dois Estados se encontram em situações teoricamente semelhantes em termos de organização burocrática: democracias consolidadas já por décadas, com sucessão de governantes seguindo regras pré-estabelecidas e – com alguma ou outra instabilidade – demonstram continuidade e perenidade que se espera de regimes que buscam respeitar direitos e garantias elementares da existência humana.

No tocante à ratificação de convenções internacionais referentes ao tema do enfrentamento à corrupção, Ramina (2009) pontua que ambos os países têm histórico de recepção nos ordenamentos internos dos três principais documentos neste campo: A Convenção Interamericana da Organização dos Estados Americanos Contra a Corrupção, a Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Retomando as verificações de Lopes (2018), um ponto fundamental para a evolução uruguaia é a transparência, sobretudo pela prestação de contas. Como decorrência e a par desta importante ferramenta, o fortalecimento de instituições de controle permite que haja diversas camadas pelas quais os gastos e as ações dos agentes públicos passam para aprovação, havendo possibilidades de reanálises posteriores.

De seu turno, no ordenamento jurídico brasileiro e na organização estrutural das instituições públicas tem-se buscado desenvolver regimentos e mecanismos de controle de fomento da transparência, além da busca pela gestão pública assemelhada ao que se tem de inovador na esfera privada. Estes institutos – em uma ampla acepção – cumprem seu papel original, que é oferecer as condições elementares para a divulgação e o conhecimento das práticas da administração.

No entanto, não obstante esta massiva presença no setor público, na prática não são constatados grandes avanços quando o assunto é o enfrentamento amplo da corrupção e dos desvios éticos desde a sua essência. Não se olvida das estruturas do problema, acima defendidas, mas também não é exagero afirmar que bons resultados já poderiam ser visualizados se estes mecanismos, da forma como se colocam na atualidade, estivessem surtindo efeitos.

Também nesta toada, o controle social, ainda que em escalas diferentes é determinante para o já mencionado êxito, muito em função de mecanismos de participação direta da sociedade civil. Parece, pois, que no Uruguai tal perspectiva sai da esfera teórica do discurso e evolui para rodas de conversa, associações civis e é incorporada como parte integrante de um contexto maior. Como ignorar, pois, tais exemplos?

3 O QUE UM VERDE GRAMADO PODE ENSINAR?

Na introdução deste artigo buscou-se justificar desde logo o uso de um provérbio popular para trazer à discussão elementos de comparação e a justificativa

central ali exposta foi a clareza e a assertividade da mensagem a ser transmitida. Entende-se, porém, imperioso retomar o raciocínio.

Isto, pois, como rememoram Nogueira e Santos (2014, p. 1), a afirmação de que ‘a grama do vizinho é sempre mais verde’ “[...] remete à prática dos indivíduos de comparar sua vida à dos demais sujeitos sociais, considerando-se sempre em desvantagem [...], caracterizando o comportamento de inveja [...]”. É certo, pois, não ser este o foco da presente proposta, porque, diga-se, as mudanças decorrem de adoção de posturas práticas, não de mera comparação, tampouco da cobiça

Há, contudo, uma interpretação diferente do mero sentimento de inveja: o fator comparativo inerente à utilização do provérbio em questão e isso, sim, serve à proposta em análise. Até porque os aspectos comparativos, por mais subjetivos que sejam, permitem situar o estudo frente a outros sujeitos/objetos e, então, dinamizar, aperfeiçoar e categorizar resultados.

E comparar traz consigo a inerente ideia de “estabelecer paralelo entre. Cotejar; [...] ter como igual ou semelhante” (RIOS, 2001, p. 171). Este paralelo pode ser, como já tratado, a existência simultânea de Estados Democráticos de Direito em ambos os países analisados – e sua decorrente ordem jurídica –, bem assim a composição e organização pautadas em constituições e em tripartição de poderes, que pressupõem os tradicionais freios e contrapesos. Por isso mesmo é que se permite cotejar aspectos discrepantes em um universo de paridades.

Ora, então soa natural que todo e qualquer resultado de estudos de abrangência internacional permita confrontar dados de países, e não pode ser diferente com a corrupção. Se os índices que atualmente trazem certas aferições apontam grandes discrepâncias em sociedades que integram um mesmo contexto socioeconômico e uma mesma macrorregião territorial, parece ser consequência lógica as observações mais atentas e as comparações mais direcionadas.

É neste ponto que se chega à ideia norteadora da proposta até então discutida: sendo, pois, os resultados uruguaios sensivelmente melhores do que os brasileiros, qual seria o ponto de contato, o momento-chave, a causa desta consequência? Ou, ainda: deve a sociedade brasileira observar com atenção estes resultados e, talvez, buscar alguma inspiração para ajustes ou é apenas reflexo das tantas diferenças existentes entre os povos?

Para tanto, parece importante trazer a concepção de que a mudança de posturas é gradativa e muito mais ampla do que apenas a criação e a estruturação de instituições. Assim não fosse, o Brasil estaria muito melhor no contexto em análise, dada a existência de ouvidorias, tribunais de contas, controladorias, leis de transparência e de acesso à informação. Mas sabidamente isso não se verifica.

Já se verificou com segurança que o cerne da problemática não é a inexistência de leis, mecanismos, institutos e práticas voltadas ao enfrentamento à corrupção, mas sim a falta de aplicação efetiva, ampla e sistemática (BELLE, 2021). Alie-se a isto a falta de inserção/disseminação social de práticas voltadas à fiscalização civil de práticas no âmbito do setor público ou da gestão da coisa pública em sentido amplo.

Basicamente, entende-se que é a partir do interesse concreto e contínuo do corpo social que se fomenta – e se exige – e a implementação de sistemas que permitam o acompanhamento fidedigno e periódico de processos de gestão pública.

O conhecimento e a capacidade de intervenção – com denúncia a órgãos competentes – têm o condão de aliar o destinatário das políticas públicas e o financiador essencial de sistemas públicos nesta inglória luta: o cidadão.

Esse, então, parece ser o grande mérito do país vizinho: além de permitir formalmente a participação social – leis de transparência, órgãos de controle externo, corregedorias, ouvidorias, entre outros –, também encurta distâncias, reduz ao máximo a burocracia e, conseqüentemente, torna menos penosa a tarefa de acompanhar e, se for o caso, denunciar irregularidades de gestão ou de conduta.

Sabe-se que este processo – assim como qualquer um que envolva mudança de comportamento geral – é lento e gradual. Mas toda mudança tem um ponto de partida, e a impressão cada vez mais evidente é de que há um atraso lamentável neste ‘*start*’.

Evidentemente, no tocante ao Brasil, assente-se à posição de Gomes (2017, p. 96), segundo o qual “[...] eliminar a corrupção completamente é impossível, mas acabar com ambiente institucional que a favorece, que a torna impune, é um projeto totalmente factível”. Por certo, é de se crer que sequer o Uruguai logrou êxito em extirpar tal mazela de sua realidade, mas, como citado acima, os esforços para diminuir a aceitação – ou, no mínimo, a convivência – do sistema existente a tais práticas é algo possível e desejável.

Por derradeiro e diante de tudo o que foi analisado, possivelmente o grande ensinamento que um verde gramado pode transparecer é de que apenas o cuidado contínuo, conjunto e efetivo – não ‘de faz de conta’ – pode trazer resultados verdadeiros. E isso, salvo melhor juízo, aplicado ao tema central do enfrentamento à corrupção tende não depender de fatores como o tamanho das nações, os ordenamentos jurídicos ou a disposição da sociedade civil em contribuir para tal tarefa: é, outrossim, muito mais uma questão de aplicar os bons exemplos e não ter pressa em ver o gramado prosperar.

CONCLUSÃO

O trabalho se iniciou com a verificação de que abordar problemas de origem social no âmbito das ciências sociais aplicadas é sempre desafiador, além de depender essencialmente da roupagem que é conferida à proposta. No caso em apreço, entende-se que a brevidade e a assertividade das ponderações tendem a contribuir para desencadear debates mais aprofundados e mais delongados a respeito de aspectos comparativos sobre os bons exemplos.

Afinal, não se está afirmando que o Uruguai logrou êxito em extirpar para todoo sempre de sua realidade institucional a corrupção, nem que que no Brasil tal tarefa é irreal, e que qualquer tentativa neste sentido seja inócua desde sua concepção. Naturalmente, não. Outrossim, não é tarefa hercúlea observar que os vizinhos do Sul parecem ter obtido êxito na tarefa de desenraizar e desvincular as práticas corruptivas da gestão pública, a ponto de serem destaques no contexto internacional sempre que os índices de maior credibilidade atualmente são divulgados e noticiados. Inegavelmente, existe um verde gramado no quintal do vizinho.

Ora, o Brasil, de seu turno, tem verificado sucessivos resultados aquém do que se espera, e tal fator se agrava quando se compara com outros regimes de governo e outras economias mundo afora em contextos divergentes da realidade aqui verificada.

Então, tornam-se quase que inevitáveis as comparações acerca de tais discrepâncias e dos motivos pelos quais os dois países objetos das comparações encontram-se em posições tão diferentes.

Verifica-se, como decorrência destas concisas observações, que não há fórmula mágica para a inversão – para melhor, naturalmente – de quadros críticos no que se refere à ética pública e ao enfrentamento à corrupção, e o exemplo uruguaio demonstra isso com clareza: toda a evolução que lá se verifica é fruto de constantes, sistemáticos e consolidados sistemas, instituições, políticas públicas e participação social ao longo de, pelo menos, duas décadas.

Não há fórmulas mágicas. Não há que se desejar, pois, a inversão imediata de quadros sociais e políticos que, como visto acima, mostram-se como estruturantes da acomodação brasileira. Tampouco, registre-se, a mera criação de instituições e a propagação de políticas públicas com a temática do enfrentamento à corrupção – ainda que massivas – parecem ter efeitos sérios e duradouros.

Mas, então, quais aspectos do verde gramado poderiam ser objetos de ‘apropriação’ pelo Brasil? Ora, aparentemente facilitar a efetiva participação da sociedade civil na tomada de decisões e na fiscalização de agentes e agências públicas parece ser o caminho fundamental. As instituições hoje existentes em terras brasileiras parecem consolidadas e devidamente estruturadas, mas são vazias sem denúncias de distorções ou sem o efetivo uso das informações publicadas. Ora, de que adiantam as informações se não há caminhos claros e desburocratizados para a adoção de atitudes frente a situações suspeitas?

Denota-se, por fim, que este parece ser o ponto de contato e a chave para uma inversão do *status quo* do quadro ora existente no Brasil. E não obstante as discrepâncias geográficas, demográficas e históricas – neste particular, de formação das sociedades –, parece haver, em conclusão, todas as condições para que os bons exemplos possam ser incorporados, aplicados e surtirem os efeitos. Basta, então, que se busque; que se queira. E é aí que pode residir o problema.

REFERÊNCIAS

- (1) BELLÉ, Adriano Vottri. Pode-se falar em corrupção sistêmica no Brasil?. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 15-28, abr. 2021a.
- (2) CORTELLA, Mario Sergio. Pensar nos faz bem! Petrópolis, RJ: Vozes; São Paulo, SP: Ferraz & Cortella, 2013.
- (3) ZANCANARO, Antônio Frederico. A corrupção político-administrativa no Brasil. São Paulo/SP: Editora Acadêmica, 1994.
- (4) HOLANDA, Sergio Buarque de. Raízes do Brasil. 27. ed. 12. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- (5) LOPES, Rodrigo. Exemplos de gestão pelo mundo: a receita uruguaia no combate à corrupção. GaúchaZH, Porto Alegre, 14 set. 2018. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/eleicoes/noticia/2018/09/exemplos-de-gestao-pelo-mundo-a-receita-uruguaia-no-combate-a-corrupcao-cjm2skp2x03j101mnntvuav2y.html>. Acesso em: 2 mar. 2022.
- (5) TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Corruption Perception Index. Berlin, Germany, 2022. Disponível em: <https://www.transparency.org/en/cpi>. Acesso em: 28 fev. 2022.
- (6) RAMINA, Larissa L. O. Ação Internacional contra a corrupção. 1. ed. 4 reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.
- (7) NOGUEIRA, Joanna Ribeiro; SANTOS, Gustavo Souza. Linguagens Múltiplas: as possibilidades da fusão entre oralidade e escrita no texto publicitário. Fórum Fepeg. Unimontes. Set. 20214. Disponível em: http://www.fepeg2014.unimontes.br/sites/default/files/resumos/arquivo_pdf_anais/resumo_expandido_pesquisa_fepeg_2014_linguagens.pdf. Acesso em: 10 fev. 2022.
- (8) RIOS, Dermival Ribeiro. Dicionário Global da Língua Portuguesa ilustrado. São Paulo, DCL, 2001.
- (10) BELLE, Adriano Vottri. Ética Pública e Enfrentamento à Corrupção no Mercosul: mecanismos de combate regional entre 2015 e 2019. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade De la Empresa, Montevidéu, Uruguai, 2021b.
- (11) GOMES, Luiz Flávio. O jogo sujo da corrupção. São Paulo/SP: Astral, 2017.

O SISTEMA MULTIORTAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E OS SERVIÇOS NOTARIAIS: UMA ANÁLISE SOBRE SUA APLICAÇÃO AOS TABELIONATOS DE PROTESTOS

Horácio Monteschio⁹⁷⁷, Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr⁹⁷⁸, Adriane Garcel⁹⁷⁹,
José Laurindo de Souza Netto⁹⁸⁰

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal a análise atual quadro jurídico envolvendo os meios alternativos (ou adequados), para a solução dos conflitos de interesses. A pergunta que se pretende responde é: A inovação produzida pelo Provimento nº 72 do Conselho Nacional de Justiça, o qual assegura a possibilidade dos Cartórios de protestos a realizarem audiência de concitação e mediação representa avanço normativo e facilitador na solução dos conflitos? A hipótese reside na pertinência da atuação dos notários de protestos, nesse contexto inovador, incorporado pelo Código de Processo Civil e as Resoluções do Conselho Nacional de Justiça. Por conseguinte, para uma melhor compreensão sobre a temática se utiliza de uma revisão bibliográfica e doutrinária adotando o método dedutivo. Os resultados alcançados, dentro da metodologia utilizada contemplam que havendo um número maior de possibilidades para os jurisdicionados de alcançarem seus objetivos, de modo reflexo haverá uma redução de demandas tramitando perante o Poder Judiciário.

As atividades notariais e de registro constituem em funções públicas no Brasil com fulcro no art. 236 da Constituição Federal, as quais não são executadas

⁹⁷⁷ Pós-Doutor na Universidade de Coimbra - Portugal e pelo UNICURITIBA, Paraná - Brasil. Pós-Doutorado Mediterranea International Centre for Human Rights Research, MICHR, Itália. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo - FADISP. Mestre em Direitos da Personalidade - UNICESUMAR. Docente do Programa de mestrado da UNIPAR. Professor colaborador do mestrado do CERS – Pernambuco. Integrante do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP).

⁹⁷⁸ Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. É advogada. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba / UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra.

⁹⁷⁹ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público – Estado Democrático de Direito - pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA. Graduada em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná e Graduada em Letras – Licenciatura plena em Língua Portuguesa e Inglesa. Assessora Jurídica do TJPR, Mediadora Judicial e Docente de Ciência Política e Teoria Geral do Estado no Curso de Direito da Faculdade Anchieta. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br - ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>

⁹⁸⁰ Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Conselho de Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil – CONSEPRE. Docente do Curso de Mestrado na Universidade Paranaense – UNIPAR e do Curso de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Docente do Curso de Especialização em Direito Aplicado da Escola da Magistratura do Paraná. Email: professorlaurindoijn@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>. Lattes id: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>.

diretamente pelo Estado, mas por meio de delegação a particulares, “os notários e registradores, portanto, são profissionais do direito que exercem uma função pública delegada pelo Estado. Tais atividades são desempenhadas em caráter privado, sem que com isso tais profissionais venham a integrar o corpo orgânico do Estado”⁹⁸¹.

Ao regulamentar o art. 236 da Constituição Federal, a Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994, veio a reforçar a ideia da prestação de serviços feita na forma de delegação, impondo seu exercício a cargo de bacharéis em direito como regra, e para aqueles que estejam vinculados ao serviço notarial há mais de 10 anos. Para tanto, exige-se aprovação em concurso público de provas e títulos, cuja realização é feita pelo Poder Judiciário, contando com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público.

Em nada se confunde a delegação das atividades notariais e registrais dos modelos de concessão ou permissão, pois se trata de atividade jurídica do Estado, na dicção do art. 236 da Constituição Federal, e não simplesmente de atividade material, cuja prestação é transferida para os particulares mediante uma relação contratual, através de concessão ou permissão.

Desta forma, a delegação feita ao notário ou registrador é feita à pessoa natural, sendo atividade estatal, de natureza pública, cujo ingresso se dá por concurso público de provas e títulos, não por adjudicação em processo licitatório, sendo os seus titulares, fiscalizados pelo Poder Judiciário Estadual, não sendo, porém, servidores públicos e tampouco ocupando cargo público.

Em razão da própria história da formação do Estado brasileiro, no qual em um primeiro momento era atribuição dos “registros paroquiais” o registro dos imóveis, posteriormente, com o desenvolvimento essa atribuição passou a ser prestado pelo Estado. Com a presença religiosa e do Estado, em face à importância do direito de propriedade a atividade notarial e registral assumiu contornos de “capilaridade nacional”, sendo inegável a transferência para o Estado da atividade registral e notarial.

Paralelamente ao aspecto da capilaridade, as atividades prestadas pelos registradores e notários tem o intuito de desonerar e auxiliar a prestação de um serviço relevante a todos os brasileiros. Ademais disso, existem atos que são prestados por notários e registradores em caráter gratuito, os quais são garantidores da cidadania e dos direitos da personalidade, bem como em alguns casos, registre-se, os inventários e divórcios acabaram por impor um novo regime procedimental no Brasil, que prestigia a agilidade e a desburocratização.

Neste pensar, de impor um novo contorno ao acesso a justiça, cabe ressaltar as “ondas” de reforma consagradas na doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à

⁹⁸¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 1.

justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.⁹⁸²

Ao fazer referencia as ondas de acesso à Justiça Kim Economides, leciona a presença e importância da terceira onda a qual está por ganhar cada vez mais espaço. Desse modo, alude que a terceira onda defendida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

refere-se à assistência jurídica, ou *judicare*; a segunda traduz-se pela justiça de interesse público (a articulação da representação de direitos coletivos mediante ações de classe e de interesse público); e, a terceira, conhecida hoje como “abordagem de acesso à justiça”, inclui a justiça informal, o desvio de casos de competência do sistema formal legal e a simplificação da lei.⁹⁸³

Convergindo aos raciocínios até aqui expostos, mas servindo-se de outro enfoque, é justificável afirmar que os serviços prestados pelos notários e registradores estão presentes em praticamente todos os 5.570 Municípios do Brasil, comprovando a presença do Estado brasileiro em toda extensão continental brasileira, oportunizando experiências positivas e enriquecedoras tanto ao Poder Público, quanto aos particulares, nas práticas cotidianas em um mundo impulsionado em conexões cibernéticas, cujas necessidades dos cidadãos tornam-se cada vez mais urgentes.

De outra banda, os que pensam de forma diferente centram suas críticas aos serviços prestados pelos notários e registradores sob o enfoque do elevado custo dos serviços prestados. Sob a nossa ótica, sem razão tal posicionamento pelo fato de que a desburocratização e agilidade empregadas pelos notários e registradores representam um dos seus principais predicados. Ademais, as custas e honorários dos notários são fixados por lei, que por sua vez são elaboradas pelos legisladores, e, portanto, dentro de um ambiente democrático. Além disso, os serviços delegados são fiscalizados pelo Poder Judiciário.

Sobreleva enfatizar que os serviços notários implicam na desoneração dos cofres públicos, pois, do contrário, o Estado deveria manter uma estrutura especializada para prestação destes serviços, ampliando a “máquina administrativa” e o “custo Brasil”. Por derradeiro, em razão das vicissitudes brasileiras, os serviços prestados pelos notários e registradores, pelo atual sistema, ficam imunes às pressões políticas, em face da fiscalização feita pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, cabe pinçar os dados coletados pela Agência Brasil: o Poder Público economizou mais de quatro bilhões de reais com a delegação às serventias extrajudiciais dos processos de divórcio e inventário:

⁹⁸² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988 p. 31.

⁹⁸³ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? In: CIDADANIA, JUSTIÇA E VIOLÊNCIA, Organizadores Dulce Pandolfi... [et al]. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. 248p. p. 71.

Desde que foi aprovada, em 2007, a lei que autorizou que separações e divórcios consensuais podem ser feitos em processos extrajudiciais, os cartórios brasileiros fizeram mais de 2 milhões de escrituras. Processos que antes iriam parar em tribunais. Segundo cálculos do Colégio Notarial do Brasil, a mudança significou uma economia de cerca de R\$ 4 bilhões para o Sistema Judiciário.⁹⁸⁴

Os dados mais atualizados, com toda certeza devem expressar cifras muito maiores e representam uma maior economia ao Estado brasileiro. Como se verá em linhas a seguir, a convergência de forças e interesses entre a desjudicialização e o “sistema multiportas” somente tem produzido efeitos favoráveis e de desenvolvimento. No caso vertente, a atuação feita pelos cartórios de protestos, por igual, se apresenta como alternativa célere e útil a conjunção de forças entre o Poder Público e os delegatários do serviço público.

Neste sentido, vem a calhar a doutrina de Adriana Pereira Campos: “a desjudicialização não consiste no afastamento do Judiciário, mas a adequação às necessidades sociais atuais, de modo a promover outras formas de acesso à justiça por meio de métodos de tratamento de conflitos diversos”.⁹⁸⁵

Feitas essas considerações iniciais, demonstra-se que o interesse do presente trabalho é tornar cada vez mais visível a importância do sistema multiportas para a solução dos conflitos de interesses, tendo como enfoque principal o serviço prestado pelos notários e registradores, especificamente, pelos cartórios de protesto. Ao final se conclui que os objetivos de credores em receber seus valores são alcançados e, aos devedores, dá-se uma oportunidade de conciliar e negociar os valores pretendidos fora do Poder Judiciário.

1 RESOLUÇÃO Nº 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O SISTEMA MULTIPORTAS

Dentro do processo de implantação de políticas públicas que busquem uma positivação e reconhecimento da terceira onda de acesso à Justiça, ou seja, das formas alternativas de solução de conflitos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem exercendo um papel extremamente importante para essa consolidação. Além disso, o CNJ vem contribuindo decisivamente para a construção de um ambiente de promoção dessas formas consensuais e alternativas de resolução de conflitos. Para tanto, registre-se, por meio da publicação da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, regulamentou, pela primeira vez, a mediação e conciliação em âmbito brasileiro, instituindo a chamada “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses” no âmbito do Judiciário. Nas palavras de Gabbay (2011):

Nesse sentido, no Brasil o CNJ tem determinado que os órgãos judiciários ofereçam, além da solução adjudicada mediante

⁹⁸⁴ ANOREG BR, 2018, on-line.

⁹⁸⁵ CAMPOS, Adriana Pereira. Mediação Escolar como Caminho para a Desjudicialização: Potencialidades. Argumentum, Marília, v. 19, n. 3, set./dez. 2018. p. 831.

sentenças dos juízes, mecanismos de resolução consensual de controvérsias entre as partes, bem como a prestação de atendimento e orientação aos cidadãos, incentivando a autocomposição de litígios e a pacificação social por meio da conciliação e mediação.⁹⁸⁶

Cabe ressaltar a importância da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010, a qual veio a dar contornos mais adequados e céleres para a solução de conflitos, como claro intuito de fomentar, no sistema jurídico procedimental brasileiro, um novo olhar sobre a solução dos conflitos de interesses denominado de “sistema multiportas” de resolução de controvérsias.

A fonte que serviu de inspiração ao sistema multiportas (ou tribunal multiportas) ao sistema brasileiro foi o norte-americano denominado de “Multi-door Courthouse System”, o qual possui contornos de não impor formas restritivas para a solução de controvérsias exclusivamente ao Poder Judiciário.

A expressão “Sistema Multiportas de Justiça” (multidoor courthouse system) foi criada pelo Professor Frank Sander, da Escola de Direito da Universidade de Harvard, no ano de 1976, com o argumento de que com o conflito sendo tratado de forma adequada, será possível a utilização eficiente dos recursos pelos tribunais, reduzindo custos e tempo de um processo normal e, conseqüentemente, diminuindo a ocorrência de conflitos subsequentes, visto que o objetivo precípua do sistema multiportas é a solução real da discordância causada pelo conflito.⁹⁸⁷

Como decorrência do “Multi-door Courthouse System”, oferecem-se meios alternativos e, muitas vezes, mais adequados ao tipo de conflito, visando a solução, tais como: negociação, conciliação, mediação e arbitragem. Nas palavras de Luis Fernando Guerrero, o “sistema multiportas é uma tendência, não necessariamente nova, de se buscar formas de solução de conflitos que possam coexistir ou até mesmo fazer as vezes do tradicional sistema judicial de solução de conflitos. Essas formas podem ser realizadas a partir de uma postura amigável ou adversarial das partes.”⁹⁸⁸

Ao adotar o “Multi-door Courthouse System” com o formato brasileiro a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça fixou suas premissas na possibilidade de ofertar ambiente adequado às partes envolvidas para tentarem a conciliação e mediação.

A exemplo do que ocorreu com a Lei da Arbitragem Lei nº 9.307/96, o sistema multiportas sofreu críticas ao argumento de violação ao art. 5º, XXXV da Constituição

⁹⁸⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. São Paulo: USP, 2011, 273 p. Tese (Doutorado) – Direito Processual, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011. p. 11.

⁹⁸⁷ GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *A Justiça Consensual do Tribunal Múltiplas Portas e a Política Pública. Norte-Americana de Tratamento de Conflitos: Contribuições ao Modelo Brasileiro*. In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 20, 2017. p. 84-111.

⁹⁸⁸ GUERRERO, Luis Fernando. *Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios*. São Paulo: USP, 2012, 255 p. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Processual – DPC, São Paulo, 2012. p. 13.

Federal (a lei não pode afastar a prestação da tutela jurisdicional). Tais críticas se mostraram açodadas e sem fundamento jurídico, em razão de que não se está afastando a prestação da tutela jurisdicional, mas sim, ofertando-se uma alternativa àquele que livre e espontaneamente assim o queira. Neste sentido, cabe ressaltar a posição de Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha:

Enquanto não for quebrada a ideologia estatal do ciclo vicioso recorrente, qualquer transformação que se faça, na tentativa de conter a sobrecarga de processos das Cortes Superiores, restará inoperante. o incentivo a métodos alternativos de resolução de controvérsias, tais como a mediação e a arbitragem, quando forem possíveis, ou ainda, o estímulo à solução de conflitos ainda na esfera administrativa são algumas das saídas extrajurisdicionais viáveis, para além das reformas de descongestionamento apresentadas anteriormente.⁹⁸⁹

Destarte, tanto a arbitragem quando o sistema multiportas estão a prestar, com a sua presença no sistema normativo brasileiro, um grande serviço ao desenvolvimento e desburocratização do país.

Neste sentido, cabe ressaltar a doutrina formulada por Maria Tereza Aina Sadek, a qual se destaca que o Poder Judiciário não é a única porta de acesso à Justiça:

O Poder Judiciário não possui o monopólio da efetivação dos direitos e da resolução de conflitos. Não é a única porta de acesso à justiça. Outros espaços têm se constituído para a garantia de direitos e para a solução de controvérsias. Dentre essas instituições, deve-se citar o Ministério Público, a Defensoria Pública, além das organizações erigidas a partir de princípios orientados pela pacificação, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.⁹⁹⁰

Feitas essas considerações, o sistema multiportas veio para aprimorar, desburocratizar, tornar mais ágil a solução dos conflitos existentes em nossa sociedade. Não é a solução para todos os problemas, mas uma alternativa viável para desafogar o Poder Judiciário.

2 MEIOS ALTERNATIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Uma das principais inovações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 2015 consiste na possibilidade de as partes adotarem, para solução da controvérsia existente, meios alternativos. Cabe ressaltar que a destinação de um capítulo na legislação processual civil a esses meios representa a possibilidade para os envolvidos em buscar a solução da pendência de forma mais célere e conveniente. Nestes termos

⁹⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Julgamento de casos repetitivos. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 403.

⁹⁹⁰ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um Direito e seus obstáculos. In: Revista USP, nº 101 (maio), 2014, pp. 55-66.

leciona Daniel Amorim Assumpção Neves:

A valorização das formas alternativas de solução dos conflitos já é demonstrada no art. 3º do Código de Processo Civil. Nos termos do § 2º, o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, enquanto o § 3º prevê que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo.

O Código de Processo Civil, entretanto, não trouxe apenas disposições principiológicas no que se refere às formas consensuais de solução dos conflitos. Há uma seção inteira de um capítulo destinada a regulamentar a atividade dos conciliadores e dos mediadores judiciais (arts. 165-175), inclusive fazendo expressamente a distinção entre conciliação e mediação.⁹⁹¹

A mediação é forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, o que é suficiente para ser considerada espécie de forma consensual do conflito, mas não deve ser confundida com a autocomposição. Trata-se de uma das modalidades de solução de conflitos judicial ou extrajudicial, por essência informal, na qual partes envolvidas na disputa buscam o entendimento com ajuda de um terceiro neutro, que em momento algum propõe uma solução, apenas os ajuda de forma empática na facilitação do diálogo utilizando as técnicas de comunicação não violenta. Esta modalidade propicia o encontro das partes para que tratem das disputas e, conjuntamente, ofereçam possíveis encaminhamentos, pactuando de forma autônoma, com o objetivo de preservar os laços que as uniram. Sob esse enfoque da mediação é importante citar a doutrina de Rosemiro Pereira Leal:

é nomeado um terceiro ou terceiros neutros, com o fito de pacificar a controvérsia de seus interesses particulares, ou seja, restabelecer a comunicação com a meta de encontrarem a solução da disputa, sem a intervenção do Estado. Trata-se de um procedimento em que as partes são verdadeiramente os protagonistas do processo. O mediador ou o co-mediador apenas auxiliam na restauração e sinalização caminhos para preservação dos laços de afetividade e respeito entre as partes.⁹⁹²

No mesmo sentido Juan Carlos Vezzulla assevera que a “mediação é uma técnica de resolução de conflitos não adversarial, que, sem imposições de sentenças ou de laudos e com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo em que as duas partes ganhem.”⁹⁹³

⁹⁹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil - volume único. Salvador: Juspodium, 2021, p. 381.

⁹⁹² LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.105.

⁹⁹³ VEZZULA, Juan Carlos. Teoria e Prática da Mediação. Curitiba: IMAB, 1998. p. 16.

É imprescindível ressaltar que todas as afirmações e citações formuladas convergem para a admissibilidade e importância da presença de um terceiro desinteressado que tem como função a conciliação das partes. O que representa exatamente o pensamento de Luis Alberto Warat:

Um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual as partes têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterpretando, no simbólico, o conflito com o auxílio de um mediador, que as ajuda, com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que elas encontrem os caminhos de resolução, sem que o mediador participe da resolução ou influa em decisões ou mudanças de atitude (nisso se baseia sua imparcialidade, é imparcial porque não resolve nem decide).⁹⁹⁴

No presente caso, o delegatário do serviço público, em face da confiabilidade e da fé pública de que é detentor, perante a sociedade e garantida pela Constituição, somente vem a reforçar a possibilidade, dentro do serviço notarial de protesto, da prestação desse relevante serviço, ao facilitar o diálogo e a recolocação do conflito entre as partes em um cenário em que todos os entes ganham.

A primeira, e talvez, a principal diferença entre mediação e conciliação é a inexistência de sacrifício total ou parcial dos interesses das partes na crise jurídica. É nesse sentido a previsão de solução com “benefícios mútuos” presente no § 3º do art. 165 do CPC.⁹⁹⁵

Para que seja possível uma solução consensual sem sacrifício de interesses, diferente do que ocorre na conciliação, a mediação não é centrada no conflito em si, mas sim em suas causas.

Diferente do conciliador, o mediador não propõe soluções do conflito às partes, mas as conduz a descobrirem as causas, de forma a possibilitar sua remoção e assim cheguem à solução do conflito. Portanto, as partes envolvidas chegam por si sós à solução consensual, tendo o mediador apenas a tarefa de induzi-las a tal ponto de chegada.

Por sua vez, o conciliador interfere na condução do processo propondo possíveis encaminhamentos/acordos entre as partes. Ressalta-se que a autonomia

⁹⁹⁴ WARAT, Luis Alberto. Em nome do acordo: a mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998. p. 31.

⁹⁹⁵ Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

da vontade das partes aqui é também plenamente preservada, pois mesmo quando o conciliador ou conciliador propõe uma solução esta ação constitui-se, como o próprio nome declara, uma “proposta”, que jamais poderá ser imposta.

Nestes termos, para Pedro Calmon, a conciliação se constitui: “meio judicial ou extrajudicial de resolução de controvérsias no qual as partes envolvidas delegam a uma terceira pessoa (neutra), que terá como missão promover a aproximação das mesmas, bem como orientá-las na consecução de um acordo. O terceiro neutro – conciliador – tem como missão facilitar o diálogo entre as partes e seu possível acordo.”⁹⁹⁶

De mesmo modo, vale ressaltar a análise referente ao tema, trazida por Daniela Monteiro Gabbay:

A respeito da postura do terceiro imparcial frente à autonomia das partes, o conciliador pode assumir um lugar de poder, pois embora ele não tenha autoridade para impor uma decisão às partes, as técnicas de que se utiliza buscam conduzir as partes à realização do acordo. Essa situação é especialmente comum nas conciliações institucionais, como as que ocorrem no Judiciário, tanto nas sessões de conciliação dos juizados especiais quanto nas audiências de conciliação e julgamento presididas pelo juiz.⁹⁹⁷

Após essas considerações importantes, cabe relatar que a forma de resolução de conflitos nas sociedades perpassa pelo direito, a cultura e o ritual. Assim, para Oscar G. Chase,

Os processos de resolução de litígios são, em grande medida, um reflexo da cultura em que estão inseridos; não se trata de um sistema autônomo que seja, predominantemente, o produto de especialistas e experts isolados. Mais, eles são instituições através das quais a vida social e cultural é mantida, provocada e alterada, ou como a mesma ideia foi expressa, “constituída” ou “construída”.⁹⁹⁸

Desse modo, pode-se dizer que a conciliação é uma atividade mediadora direcionada ao acordo, qual seja, tem por objetivo central a obtenção de um acordo, com a particularidade de que o conciliador exerce leve ascendência hierárquica, pois toma iniciativas e apresenta sugestões, com vistas à conciliação.⁹⁹⁹

É relevante lembrar que o sistema multiportas e os meios alternativos só se justificam pelo fato de que quanto mais conflitos forem resolvidos fora da jurisdição,

⁹⁹⁶ CALMON, PETRÔNIO. Fundamentos da mediação e da conciliação, Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 143.

⁹⁹⁷ GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. Tese (Doutorado na área de Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. p. 49.

⁹⁹⁸ CHASE, Oscar G. Direito, cultura e ritual: Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Tradução Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. Editora Marcial Pons, São Paulo, 2014. (Coleção Processo e Direito). p. 21.

⁹⁹⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.p. 65.

haverá menos processos a serem julgados pelo Poder Judiciário e, por consequência, esse Poder poderá funcionar de maneira mais célere e adequada nas causas em que foi infrutífera a conciliação e a mediação, tornando mais reais às aspirações do acesso à ordem jurídica justa. Nestes termos Valéria Lagrasta formula sua doutrina:

Uma forma de organização judiciária na qual o Poder Judiciário funciona como um centro de resolução de disputas, com vários e diversos procedimentos, cada qual com suas vantagens e desvantagens, que devem ser levadas em consideração, no momento da escolha, em função das características específicas de cada conflito e das pessoas nele envolvidas. Em outras palavras, o sistema de uma única 'porta', que é a do processo judicial, é substituído por um sistema composto de vários tipos de procedimento, que integram um 'centro de resolução de disputas', organizado pelo Estado, composto de pessoas treinadas para receber as partes e direcioná-las ao procedimento mais adequado para o seu tipo de conflito.¹⁰⁰⁰

O conciliador e o mediador em termos de atuação são equiparados. Há que destacar a exigência prevista no § 1º do art. 167 do CPC.¹⁰⁰¹ Registre-se que o art. 11 da Lei nº 11.140/2015 cria um novo requisito não previsto no CPC: graduação há pelo menos dois anos em curso se ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação.

Não há necessidade dos conciliadores e mediadores serem advogados, o que deve ser saudado. As técnicas de conciliação e mediação não dependem de conhecimentos jurídicos, sendo imprescindível que, além de operadores do Direito, outros profissionais, em especial aqueles acostumados a lidar com pessoas e conflitos entre eles, possam atuar como mediadores e conciliadores.

Desta forma, cabe aos notários e registradores, dentro da sua competência pessoal e profissional, as quais são eficientes, tornar o mais acessível possível a regra prevista no provimento 72 do Conselho Nacional de Justiça.

3 PROVIMENTO Nº 72 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Em 27 de junho de 2018, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento do CNJ nº 72, o qual passou a dispor sobre medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas nos tabelionatos de protesto do Brasil.

¹⁰⁰⁰ LUCHIARI, Valeria Feriolo Lagrasta. Histórico dos métodos alternativos de solução de conflitos. In: GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). *Mediação no judiciário: teoria na prática*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, 283-320.

¹⁰⁰¹ Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

Neste sentido é imprescindível trazer o conceito extraído do próprio diploma legal que disciplina a matéria, ou seja, o art. 1º da Lei nº 9.492/97:

Art. 1º O protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Destarte, o ato público e extrajudicial do protesto, o qual é feito por agente delegado que tem fé pública, ocorre quando uma pessoa física ou jurídica não cumpre o pagamento de um título no prazo estabelecido e o credor registra essa impontualidade em cartório.

Cabe destacar a Lei nº 8.935/94, dispondendo sobre serviços notariais e de registro, denominada simplesmente de “Lei dos cartórios”, a qual regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, quanto à competência do Tabelião de Protesto, em seu art. 11, consigna:

Art. 11. Aos tabeliães de protesto de título compete privativamente:

- I - protocolar de imediato os documentos de dívida, para prova do descumprimento da obrigação;
- II - intimar os devedores dos títulos para aceitá-los, devolvê-los ou pagá-los, sob pena de protesto;
- III - receber o pagamento dos títulos protocolizados, dando quitação;
- IV - lavrar o protesto, registrando o ato em livro próprio, em microfilme ou sob outra forma de documentação;
- V - acatar o pedido de desistência do protesto formulado pelo apresentante;
- VI - averbar:
 - a) o cancelamento do protesto;
 - b) as alterações necessárias para atualização dos registros efetuados;
- VII - expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis.

Parágrafo único. Havendo mais de um tabelião de protestos na mesma localidade, será obrigatória a prévia distribuição dos títulos.

Em razão da não ausência, entre as atribuições dos tabeliães de protesto, a prática de Conciliação e Mediação é indispensável reiterar que o Conselho Nacional de Justiça é órgão competente para editar normas que regulamentem o serviço notarial, evidenciado no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Mandado de Segurança 28.957/DF, da relatoria do Min. Teori Zavaski.

Uma das grandes vantagens do protesto de título é o fato dele possuir um elevado índice de recuperação de crédito. Aliando-se à possibilidade de conciliação e mediação, como vem descrito do Provimento 72 do Conselho Nacional de Justiça, possibilita-se que os já elevados índices de sucesso na recuperação do crédito sejam ainda mais ampliados. Segundo dados oficiais do IEPTB-SP, 60% dos títulos encaminhados a protesto são pagos em até cinco dias úteis. Ou seja, o serviço é rápido, fácil e econômico.¹⁰⁰²

¹⁰⁰² Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61864/tabelionato-de-protesto>. Acesso em: 22 de abr. 2021.

Com a Mediação e Conciliação, com certeza serão ampliados esses percentuais, por que é possível às partes fixarem condições e termos para a resolução da controvérsia. Portanto, corrobora o que é aqui defendido de que os cartórios de protesto funcionam como um mecanismo indispensável para desafogar o Judiciário, pois contam com o respaldo da lei, sem necessitar da estrutura dos tribunais.

Por sua vez, especificamente o art. 10 do Provimento nº 72 do Conselho Nacional de Justiça, autorizou a designação de sessão de conciliação ou mediação, consagrando interessante e útil instrumento, aplicando-se as disposições previstas no Provimento do CNJ nº 67 de 2018. Nestes termos:

Art. 10. O credor ou o devedor poderão requerer a designação de sessão de conciliação ou de mediação, aplicando-se as disposições previstas no Provimento CN-CNJ n. 67/2018.

Dentro desse ambiente de ampla visão sobre os fatos e acontecimentos que vivenciamos há algum tempo, com a globalização, com os efeitos decorrentes da informática, com o acesso a justiça e a confirmação dos direitos fundamentais, e ainda, dentro de um enfoque transversal, deve-se buscar em searas fora dessas fronteiras a fundamentação para afastar os pensamentos que não convergem para a conciliação. Cita-se Zygmunt Bauman:

A habilidade de que mais necessitamos para oferecer à esfera pública alguma chance de ressuscitação é a da interação com os outros - de manter um diálogo, de negociar, de obter a compreensão mútua e de administrar ou resolver os inevitáveis conflitos em qualquer instância da vida compartilhada.¹⁰⁰³

A experiência cotidiana dos advogados e a proximidade da Justiça cegam a profissão jurídica em relação a concepções mais profundas de justiça (interna ou social) e, conseqüentemente, fazem com que a profissão ignore a relação entre justiça civil e justiça cívica, “assim, indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico.”¹⁰⁰⁴

CONCLUSÕES

Como se buscou estabelecer no presente trabalho, destacar a eficiência e agilidade que se espera nos dias atuais em todas as áreas, os quais são denominados de “digitais”, os meios de solução de controvérsias não podem ficar no formato analógico. Desta forma, guardando a devida congruência e simetria com que os serviços prestados pelos notários e registradores, o Conselho Nacional de Justiça tem assumido postura de vanguarda ao incrementar os meios e matérias colocados à disposição para a solução dos conflitos servindo-se dos serviços notariais e registrais.

¹⁰⁰³ BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 12.

¹⁰⁰⁴ ECONOMIDES, Kim. op. cit. p. 72.

Desta forma, caminha em conjunto a legislação processual civil com o Provimento do Conselho Nacional de Justiça nº 72, dispondo sobre medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas nos tabelionatos de protesto do Brasil. Esta é a resposta ao problema formulado, pois, em razão da análise feita, dentro do contexto dedutivo, ao ofertar ao cidadão um meio mais rápido e célere, aceito pelo Poder Judiciário, como alternativa para a solução da controvérsia significa avanço inexorável para as partes envolvidas. É evidente que ao garantir uma nova alternativa, com amparo legal para a solução da controvérsia, importa em avanço para vencer a morosidade e tornar efetiva a prestação dos serviços, ainda mais quando delegados do serviço público.

Com a adoção dessa prática, perante os tabelionados de protestos, evidencia-se o prestígio ao “sistema multiportas” que é um instrumento hábil a ofertar respostas rápidas e eficientes para o desenvolvimento do Estado brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAMARGO, Rodrigo Moreira. *Tabelionato de protestos: especialidade extrajudicial*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/61864/tabelionato-de-protesto>, Acesso em: 22 de mar. 2021.
- CAMPOS, Adriana Pereira. *Mediação Escolar como Caminho para a Desjudicialização: Potencialidades*. *Argumentum*, Marília, v. 19, n. 3, p. 823-844, set./dez. 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. Editora Marcial Pons, São Paulo, 2014. (Coleção Processo e Direito).
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- ECONOMIDES, Kim. *Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia versus metodologia?* In: *CIDADANIA, JUSTIÇA E VIOLÊNCIA*, Organizadores Dulce Pandolfi... [et al]. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. São Paulo: USP, 2011.
- GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *A Justiça Consensual do Tribunal Múltiplas Portas e a Política Pública Norte-Americana de Tratamento de Conflitos: Contribuições ao Modelo Brasileiro*. In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 20, 2017.
- GUERRERO, Luis Fernando. *Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios*. São Paulo: USP, 2012, 255 p. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Processual – DPC, São Paulo, 2012. 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 14 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- LUCHIARI, Valeria Feriolo Lagrasta. *Histórico dos métodos alternativos de solução de conflitos*. In: GROSSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). *Mediação no judiciário: teoria na prática*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil - volume único*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- SADEK, Maria Tereza Aina. *Acesso à Justiça: um Direito e seus obstáculos*. In: *Revista USP*, nº 101 (maio), 2014.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
- VEZZULA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Curitiba: IMAB, 1998.p. 16.
- WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.
- ANOREG BR, 2018, on-line. Disponível em <https://www.anoreg.org.br/site/>, Acesso em: 22 de mar. 2021.

IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: A OPERACIONALIDADE DO MANDATO TRANSFORMADOR NO CONTEXTO REGIONAL

Sandro Gorski Silva¹⁰⁰⁵

INTRODUÇÃO

As duas primeiras décadas do século XXI estão marcadas por um contexto de ascensão de movimentos ideológicos conversadores, retrógrafos e autoritários em diversos países do mundo. No continente americano, não são raros os exemplos de atores políticos que se utilizam de um discurso populista para implementar políticas antidemocráticas, violar os direitos humanos e negar os fatos mais básicos da ciência.

Nesse cenário, têm se atribuído às Cortes Constitucionais a função de salvaguardar o Estado de Direito, a democracia e os direitos humanos, a partir do papel tradicional que esses Tribunais têm de vocalizar, de forma derradeira, o sentido das Constituições.

Ocorre, no entanto, que essa tarefa hermenêutica não se dá de maneira neutra, como sugere a corrente do positivismo exclusivista, cuja influência ainda é bastante presente nos sistemas jurídicos latino-americanos. Aspectos ideológicos, culturais e históricos, percurso de vida pessoal e trajetória profissional são elementos implicados nas leituras que os juristas fazem das normas jurídicas.

Daí decorre o papel preponderante do operador do direito no processo de interpretação, em especial, das normas constitucionais e, mais precisamente, a possibilidade de adesão desses profissionais a uma interpretação da Constituição comprometida com o constitucionalismo transformador.

Partindo dessa premissa, o presente artigo tem como objetivo avaliar como o projeto do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) pode contribuir na reversão do esvaziamento da democracia, dos direitos humanos e das Constituições na região. Pretende-se, portanto, analisar como o controle de convencionalidade pode contribuir para a implementação de um mandato constitucional transformador.

O artigo se divide em três partes. Num primeiro momento, apresenta-se um contexto jurídico, político e social da região latino-americana. Em seguida, estudar-se-á os contornos do controle de convencionalidade, a fim de descortinar a sua operacionalização prática. Na última seção, objetiva-se demonstrar como a utilização do controle de convencionalidade pode ser a porta de entrada para a implementação de um mandato constitucional transformador, comprometido com o projeto do ICCAL.

¹⁰⁰⁵ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Titular do diploma de Master em Direitos Humanos pela *Université Paris Nanterre La Défense* (França). Mestre em Direito pela PUCPR. Pós-Graduado em *Fundamentos Críticos: Los Derechos Humanos como Proceso de Lucha por la Dignidad* pela *Universidad Pablo de Olavide* (Espanha). Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela PUCPR. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Tem passagem profissional pela Comissão Nacional Consultiva de Direitos Humanos da França e pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Suíça). Atualmente, é Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: sandrogorski@gmail.com

1 O CONTEXTO LATINO-AMERICANO NO SÉCULO XXI: EXCLUSÃO, DESIGUALDADE E VIOLÊNCIA

Os Estados latino-americanos vivem, neste início de século XXI, uma centralização autoritária de poder, decorrente dos regimes ditatoriais na região, níveis elevados de impunidade e uma fraca tradição de respeito aos direitos humanos. São sociedades que compartilham o mesmo histórico pós-colonial, as altas taxas de violência e desigualdade, bem como democracias ainda não consolidadas.¹⁰⁰⁶

Alastra-se, ainda, no continente, a figura do hiperpresidencialismo, caracterizado pelo excesso de poderes conferidos ao Executivo, colocando-o acima dos demais, com superpoderes. Tanto Legislativo quanto Judiciário atuam referendando a vontade presidencial, há elevado nível de discricionariedade na formação do governo e muitas alternativas legais para contornar o processo legiferante. Compromete-se, assim, a ideia de freios e contrapesos e o sistema democrático.¹⁰⁰⁷

Na política externa, exsurtem tentativas equivocadas de promover uma revisão das obrigações assumidas perante a comunidade internacional, a exemplo da coalização formada, em 2019, por Estados do continente latino-americano, com o objetivo de questionar a legitimidade do sistema regional interamericano e reivindicar mais autonomia no processo de implementação das decisões da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por meio de carta enviada à Comissão, em abril de 2019, Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai solicitaram que os Estados e os órgãos do sistema possam assumir a responsabilidade de promover e proteger os direitos na região, sem que os órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA) invadam a competência de cada Estado. Pleitearam, ainda, que a Comissão e a Corte Interamericana adotem medidas que permitam melhorar o sistema regional interamericano, diante dos desafios do século XXI, e que as medidas de reparação sejam proporcionais, bem como respeitem as ordens jurídicas nacionais e as Constituições dos Estados partes.¹⁰⁰⁸

Em verdade, o que se busca é um claro retorno à visão tradicional de soberania e um distanciamento do sistema regional interamericano, a fim de enfraquecer a consolidação do *humans rights based approach*¹⁰⁰⁹ na região. Esse é apenas um exemplo de uma série de processos que tem como tendência o esvaziamento da democracia, dos direitos humanos e da Constituição, tanto no plano interno quanto por meio da política externa defendida em fóruns regionais e globais.

¹⁰⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. Latin American Human Rights Institutionalism: A common constitutionalism and the Inter-American Human Rights System: Perspectives and Challenges, *in* Revista Direito e Práx, v. 8, n. 2, p. 1356–1388, 2017.

¹⁰⁰⁷ BOGDANDY, Armin von, Institutionalism in Latin America. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador, *Revista de Direito Administrativo*, v. 269, 2015, p. 32.

¹⁰⁰⁸ DUCHIADE, André. Brasil e mais quatro países pedem “mais autonomia” à comissão de direitos humanos da OEA, *in* O Globo, disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/brasil-mais-quatro-paises-pedem-mais-autonomia-comissao-de-direitos-humanos-da-oea-23617611>, acesso em: 21 maio 2019.

¹⁰⁰⁹ Trata-se de um conceito estrutural no processo de desenvolvimento humano que é fundamentado nos parâmetros protetivos de direitos humanos. Esse pensar reflete práticas de promoção e proteção dos direitos humanos, e objetiva, ainda, fornecer uma resposta às vítimas que tiveram seus direitos humanos violados, compensando os danos causados e responsabilizando os violadores.

Nas duas últimas décadas, verifica-se que os espaços de efetiva participação do cidadão no processo de tomada de decisão têm se reduzido consideravelmente. Quem passa a tomar as decisões, tanto na esfera pública quanto na arena privada, são líderes tecnocratas que desqualificam e criminalizam a luta por direitos humanos e a possibilidade de maior participação dos movimentos sociais.¹⁰¹⁰

O objetivo é enfraquecer as bases populares e sociais. Os cidadãos só podem participar onde precisamente não oferecem perigo e nem causam danos ao sistema. Com efeito, a participação cidadã e social deixa de ser enaltecida, na medida em que o indivíduo está apartado da tomada de decisões sobre a maioria dos assuntos que afeta diretamente a sociedade. A noção de democracia acaba sendo reduzida a sua mínima expressão: o exercício do sufrágio universal a cada período eleitoral.¹⁰¹¹

O processo de erosão democrática se completa com as instituições sendo condicionadas às regras de mercado. O poder popular dá lugar a cidadãos objeto de consumo, concebidos como mercadoria, criando uma filosofia de vida em que o ter é mais valorizado que o ser e uns são mais e outros menos. Mercantilizados, os processos da vida humana perdem a dimensão e o referencial axiológico da dignidade humana.¹⁰¹²

De outro lado, a partir de um discurso universalista professado pelo norte global, imprime-se aos direitos humanos uma visão estatal, abstrata, formal e estritamente normativa, isto é, direitos que somente aparecem quando são violados e reclamam uma sanção. Somada à essência da modernidade – que promete, entre outros, a proteção da propriedade e a garantia dos direitos individuais – essa concepção contribui para uma cultura de direitos humanos pensada de forma paternalista, egoísta e negligente, o que resulta em exclusões importantes e concretas de vários segmentos sociais. Ataca-se, em suma, os âmbitos de garantia e eficácia desses direitos, a fim de retirar o seu potencial emancipatório reclamado por aqueles que o defendem.

Para David Sánchez Rubio, essa visão serve para legitimar um discurso hegemônico, radicado na discriminação, na desigualdade e na exclusão. É o que denominou de dimensão de desencanto dos direitos humanos, que:

[...] pode aparecer no instante em que os direitos humanos se fixam sobre discursos e teorias, instituições e sistemas estruturais que sociocultural e sociomaterialmente não permitem que estes sejam factíveis e nem possíveis, devido às assimetrias e hierarquias desiguais sobre as quais se mantêm. Além disso, através [*sic*] de diversos mecanismos de ocultação, pode-se construir um imaginário aparentemente emancipador e, por isso, com um encanto sedutor, falsamente universal.¹⁰¹³

¹⁰¹⁰ RUBIO, David Sánchez, Derechos humanos (vaciados), constitucionalismo (oligárquico democracia de los negocios) democracia democracia (sin demócratas) en el mundo contemporáneo, *in* Revista da Faculdade de Direito da FMP, v. 13, n. 2, 2018, p. 109.

¹⁰¹¹ RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 124.

¹⁰¹² RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 124.

¹⁰¹³ RUBIO, David Sánchez, Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 18.

Arremata-se esse processo de esvaziamento da democracia e dos direitos humanos com modificações no texto constitucional, que serão levadas a efeito também a fim de adaptar a Constituição aos interesses do mercado. O Estado, assim, torna-se um gestor privado de bens públicos que, paulatinamente, serão privatizados em benefício do capital.¹⁰¹⁴ O poder constituinte fica limitado à função fundacional originária, perdendo a capacidade de intervir e de manter-se vivo, apesar da institucionalidade.¹⁰¹⁵

Essas alterações são geralmente implementadas de forma totalitária ou aparentemente democrática, criando uma ficção de harmonia e estabilidade, inclusive, em tempos crise. A despeito de manter-se presente de forma dinâmica e ativa, o poder constituinte permanece anestesiado, sem poder utilizar de seu potencial para dar sentido às normas jurídicas.¹⁰¹⁶

Assim, os grupos oligárquicos conquistam o poder de reescrever as Constituições, dando-lhe uma efetividade simbólica que, em verdade, é insuficiente para fazer frente às mazelas sociais. O texto constitucional acaba sendo modificado para consolidar uma aparente igualdade e liberdade abstrata e inclusiva que, em última análise, beneficia apenas uma pequena minoria dominante em detrimento do restante da sociedade. A problemática está justamente em ocultar essa ficção, conferindo uma pretensa legitimidade a sistemas constitucionais e democráticos que são utilizados para sustentar e consolidar uma lógica contrária a que se propõem conceitualmente.¹⁰¹⁷

Esse contexto institucional, comum à América Latina, reclama uma resposta regional, compatível com o momento vivenciado pelos países da região. Emerge, com urgência, a necessidade de reverter esse cenário de exclusão, desigualdade e deterioração institucional.

Quando se fala da América Latina, fala-se da região mais desigual do mundo. No caso do Brasil, trata-se do país mais desigual do continente. Torna-se emergencial, portanto, a efetivação dos direitos humanos, de modo a recuperar a sua dimensão qualitativa, a fim de que seja assegurado a todo ser humano uma vida digna, com condições materiais e imateriais de existência.

Vale dizer, há que se conjugar aos direitos humanos formalmente consagrados, tanto no plano nacional quanto internacional, a sua dimensão não jurídica, sua expressão não estatal e pluralista, recuperando a sua carga política, característica da luta por direitos. Daí porque reconhecer que os direitos humanos não aparecem tão somente quando são violados, mas que há infinitos mundos prévios de construção, reconhecimento e efetividade que se iluminam quando se tornam políticas públicas.¹⁰¹⁸

No que diz respeito à democracia, é preciso reconhecê-la para além da mera ideia de forma de governo. Há que se enaltecer o conjunto de ações, conceitos e mediações, a possibilitar o poder do povo para o povo, as práticas plurais, de modo

¹⁰¹⁴ RUBIO, David Sanchez, 2018, p.125.

¹⁰¹⁵ RUBIO, David Sanchez, 2018, p.126.

¹⁰¹⁶ RUBIO, David Sanchez, 2018, p.126.

¹⁰¹⁷ RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 126.

¹⁰¹⁸ RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 132.

cooperativo e conjunto, de controle e exercício do poder por parte dos cidadãos soberanos, a partir de um consenso prévio, sem discriminação baseada na distinção “nós” versus “eles”.¹⁰¹⁹

Ademais, é preciso atuar de forma responsiva à história colonial latente na região, tratando da questão dos povos tradicionais e de parcelas da sociedade historicamente negadas, vitimizadas e excluídas. A perspectiva constitucional deve abraçar o social da forma mais abrangente possível, abrindo espaço para uma construção de “baixo para cima”, a fomentar uma democracia popular, participativa e influente, incorporando e implementando uma cultura multigarantista, radicada num paradigma pluralista do direito, de modo a abarcar estruturas estatais e não estatais, a exemplo das Constituições da Bolívia e Equador.¹⁰²⁰

Para dar cabo dessa tarefa, o controle de convencionalidade tem se mostrado um interessante instrumental para adoção do *corpus iuris interamericano*¹⁰²¹ pelos Estados latino-americanos, tornando possível a difusão de parâmetros protetivos de direitos humanos, a contribuir para o fortalecimento da democracia e do Estado de Direito. Com efeito, na sequência, abordar-se-á os contornos de operacionalização desse instituto.

2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A mais recente e influente ferramenta criada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), com o objetivo de efetivar o cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) no âmbito nacional, é a doutrina do controle de convencionalidade. Nas palavras do juiz da Corte, Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

Esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.) de conformidad con la CADH y, en general, con el corpus juris interamericano (a manera de lo que hemos denominado “bloque de convencionalidad”). En caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional democracia el corpus iuris interamericano, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Así, las autoridades estatales deben ejercer ex officio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno de los Estados.¹⁰²²

¹⁰¹⁹ RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 133.

¹⁰²⁰ RUBIO, David Sanchez, 2018, p. 136–137.

¹⁰²¹ Compõem o *corpus iuris interamericano* as disposições do Direito Internacional dos Direitos humanos, da Convenção Americana de Direitos humanos e demais tratados de direitos humanos criados pela Organização dos Estados Americanos, além da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive, em matéria não contenciosa (opinião consultiva, procedimento de supervisão de sentença, interpretação de julgados e medidas cautelares).

¹⁰²² MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte

Trata-se, portanto, de uma criação jurisprudencial da Corte IDH¹⁰²³ que estabeleceu uma obrigação a toda e qualquer autoridade nacional – necessário ressaltar, seja ela judicial, legislativa ou executiva – de interpretar, de forma *ex officio*, as normas nacionais em conformidade com a CADH. Havendo incompatibilidade da norma doméstica com as disposições do Direito Internacional dos Direitos Humanos, da CADH e dos tratados de direitos humanos criados pela OEA ou da jurisprudência da Corte Interamericana – inclusive os standards interpretativos proferidos em Opiniões Consultivas emitidas pelo Tribunal –, a autoridade estatal deve abster-se de aplicá-la, a fim de evitar violações aos direitos humanos.

Em síntese, a norma nacional contrária ao *corpus iuris interamericano* carece de efeitos jurídicos, porque viola o bloco de convencionalidade, gerando, assim, responsabilização internacional. Vale destacar que o controle de convencionalidade deve ser exercido dentro das respectivas competências internas e em observância às regras processuais competentes.

Segundo Mac-Gregor, a doutrina do controle de convencionalidade encontra fundamento jurídico nos artigos 1.1 e 2º da CADH (obrigação de desenvolver práticas estatais condizentes com a efetiva observância dos direitos e liberdades previstos no instrumento), 25 da CADH (direito a um recurso simples, rápido e efetivo, perante a autoridade judiciária competente, contra atos que violem os direitos humanos) e 29 da CADH (obrigação de permitir a fruição e o exercício dos direitos previstos no tratado, da maneira mais favorável à sua efetividade), bem como nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre os direitos dos Tratados (proibição de utilizar o direito interno como justificativa para o não cumprimento dos tratados). Subsidiariamente, o magistrado sugere, ainda, como fundamento os princípios da boa-fé, do resultado útil e do *pacta sunt servanda*.¹⁰²⁴

Importa reconhecer, ainda, que a interpretação que o Tribunal dá ao *corpus iuris interamericano* vincula não só as partes envolvidas nos casos perante à jurisdição convencional, sejam contenciosos ou não (medida cautelares, procedimentos de supervisão de sentenças, de interpretação de julgados ou opiniões consultivas), como também são de observância obrigatória aos demais Estados-membros não diretamente envolvidos nas questões em debate no órgão, vez que essa tarefa hermenêutica se converte em um precedente qualificado, definindo a integração da jurisprudência da Corte IDH, a fim de criar um parâmetro protetivo regional sobre a aplicabilidade e efetividade do *corpus iuris interamericano*.¹⁰²⁵

A despeito de a realização do controle de convencionalidade poder ser realizada por toda e qualquer autoridade nacional, como indicado, tal tarefa tem

Interamericana de Derechos Humanos, *in*: Controle de Convencionalidade, Brasília: CNJ, 2016, p. 13.

¹⁰²³ Ver casos *Suárez Rosero vs. Equador* (1997), *Barrios Altos vs. Peru* (2001) e *Olmedo Bustos e outros vs. Chile* (2001). A expressão controle de convencionalidade é cunhada no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003). Outros registros conceituais se extraem dos casos *Tibi vs. Equador* (2004), *Vargas Areco vs. Paraguai* (2006) e, especialmente, em *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* (2006) e *Aguado Alfaro e outros vs. Peru* (2006).

¹⁰²⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, 2016, p. 29.

¹⁰²⁵ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, 2016, p. 32.

maior peso e particular importância para o Poder Judiciário. Os juízes devem atuar na função preponderante de proteger os direitos previstos na Convenção Americana, a fim de desincumbir-se das obrigações previstas no instrumento. Como sugere MacGregor, os juízes nacionais se convertem em uma espécie de juízes interamericanos.¹⁰²⁶

No caso do Brasil, que ratificou a CADH e reconhece a competência da Corte IDH, o exame de conformidade, feito tanto na forma concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal, quanto no formato difuso, por todos os juízes brasileiros, resulta da aplicação, por analogia, da previsão de direito interno relativa ao controle de constitucionalidade.

Isso porque, tendo em vista a noção de fundamentalidade material das normas definidoras de direitos humanos, aperfeiçoada pela cláusula de abertura constitucional prevista no art. 5, §2º, da Constituição de 1988, a ordem jurídica brasileira admite a existência de outros direitos e garantias individuais não elencados formalmente no seu texto, mas que por força de seu conteúdo, somam-se à gama de prerrogativas nele estabelecido.

Ademais, a dignidade da pessoa humana, elevada ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, é também referencial hermenêutico de toda a ordem constitucional. Com efeito, as normas jurídicas brasileiras devem ter o princípio *pro persona* como valor-guia de leitura, de modo a conferir-lhes a interpretação que encontrar a melhor realização, efetividade e primazia da pessoa humana.

Segundo Flávia Piovesan, ao atribuir-se aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos fundamentais, a ordem jurídica nacional tornou “possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”¹⁰²⁷.

Ocorre, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal (STF), ao interpretar o texto constitucional, posicionou-se de forma controversa a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Até 1977, o Tribunal consagrava o primado do Direito Internacional sob a ordem jurídica interna. Com a decisão do Recurso Extraordinário nº 80.004, em 1977, a Corte mudou o seu entendimento, equiparando os tratados à lei federal, sendo aplicável, inclusive, o princípio da *lex posterior derogat priori* para solução de antinomias, isto é, a lei posterior derogaria a anterior sobre a mesma matéria. Em 1995, o tema foi novamente trazido ao plenário do STF no julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.131, referente à prisão civil por dívida do depositário infiel. Conquanto já estivesse em vigor a Constituição Federal de 1988 e a composição da Corte fosse outra, foi mantida a paridade entre tratado e lei federal. No ano de 2008, contudo, esse entendimento, que prevalecia há mais de 30 anos, foi revisitado criticamente, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343. Diante de uma estrutura composta por novos ministros, foi conferido um tratamento especial aos tratados internacionais – criou-se a ideia de supralegalidade, mas de infraconstitucionalidade.

¹⁰²⁶ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer, 2016, p. 30.

¹⁰²⁷ PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 152.

Ressalta-se que esse entendimento se deu de maneira majoritária, ficando vencidos os ministros Celso de Mello, Cesar Pelluso, Ellen Gracie e Eros Grau que sustentaram a constitucionalidade dos direitos humanos previstos em tratados internacionais.¹⁰²⁸

O precedente, proferido em dezembro de 2008, tornou-se referência para a jurisprudência nacional, porquanto propiciou a incorporação de parâmetros protetivos internacionais na esfera doméstica e inaugurou definitivamente o controle de convencionalidade no país. À medida que a Corte Suprema reconheceu que o ordenamento interno passou a se submeter ao crivo dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, tornou-se inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja posterior ou anterior ao ato de adesão.

Há que se mencionar, ainda, a intenção de apaziguar a celeuma causada pelos entendimentos dissonantes levada a efeito pelo Congresso Nacional. Em 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, que incluiu o §3º no art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo que, na hipótese de a recepção dos tratados e convenções sobre direitos humanos se realizar com a aprovação em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam os documentos internacionais equivalentes às emendas constitucionais.

De toda sorte, parece que essa noção difusa do controle de convencionalidade, não obstante o seu reconhecimento, em 2008, pela Suprema Corte, ainda é desconhecida de grande parcela da comunidade jurídica e, inclusive, dos magistrados brasileiros.

Isso porque ainda permanece hígido na comunidade jurídica um paradigma adotado pelos Estados latino-americanos há mais de um século. O chamado modelo jurídico piramidal hermético, radicado no Estado e nos deveres dos súditos, cujo maior referencial teórico é Hans Kelsen, ainda resiste nas escolas de direito como doutrina prevalente.

Ocorre, no entanto, que o sistema jurídico, deste século XXI, revela-se aberto à cooperação internacional e regional, ao diálogo entre cortes e entre o direito e outros saberes. Trata-se de um *sistema multinível*¹⁰²⁹, tendo como característica central a difusão mútua e recíproca de parâmetros protetivos, a permitir a aplicação de standards internacionais na análise de questões nacionais. O hermetismo jurídico de um direito purificado do modelo anterior dá lugar ao diálogo entre as ordens global, regional e doméstica. Os sistemas global e regional se somam, portanto, à ordem jurídica nacional primando pela efetividade dos direitos humanos, à luz do princípio *pro persona*, numa leitura holística e cosmopolita do fenômeno jurídico.¹⁰³⁰

É justamente a partir desse novo paradigma jurídico, fomentado pelo diálogo institucional em matéria de direitos humanos, que o controle de convencionalidade se converteu em um dos instrumentos centrais para construção e implementação do ICCAL. Na sequência, analisaremos o significado, a proposta e as ferramentas de trabalho desse projeto.

¹⁰²⁸ PIOVESAN, Flávia, 2013, p. 140.

¹⁰²⁹ FACHIN, Melina Girardi, Constitucionalismo Multinível: Diálogos e(m) Direitos Humanos, Revista Ibérica do Direito, v. I, n. I, 2020, p. 68.

¹⁰³⁰ PIOVESAN, Flávia, Diálogos entre Cortes e a experiência do controle de convencionalidade na América Latina e Europa., in: Seminário Internacional Diálogos entre Cortes: fortalecimento da proteção dos direitos humanos, Brasília: ENFAM, 2017.

3 O POTENCIAL TRANSFORMADOR DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINO-AMERICANO NO FORTALECIMENTO DA TRÍADE ESTADO DE DIREITO, DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS

Como visto na primeira parte desse trabalho, a necessidade de transformação do contexto latino-americano resulta dos altos índices de desigualdade material e exclusão social na região, do esvaziamento dos direitos humanos e das Constituições, bem como diante do processo de erosão democrática que se instala gradualmente no continente, o que torna emergencial a busca por soluções e instrumentos capazes de enfrentar essa realidade.

Nesse contexto e propósito emerge o protejo do ICCAL. Trata-se de uma abordagem regional do que Karl E Klare chamou de *Constitucionalismo Transformador* no contexto sul-africano. Para Klare,

By transformative constitutionalism I mean a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed (not in isolation, of course, but in a historical context of conducive political developments) to transforming a country's political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction. Transformative constitutionalism connotes an enterprise of inducing large-scale social change through nonviolent political processes ground in law. I have in mind a transformation vast enough to be inadequately captured by the phrase 'reform', but something short of or different from 'revolution' in any traditional sense of the word. In the background is an idea of a highly egalitarian, caring, multicultural community, governed through participatory, democratic processes in both the polity and large portions of what we now call the 'private sphere'.¹⁰³¹

O Constitucionalismo Transformador reflete, portanto, um movimento jurídico que pretende atribuir determinado sentido às normas constitucionais – preocupado com o multiculturalismo, os direitos socioeconômicos, a igualdade e o modelo democrático – a fim de promover uma transformação política e social pelo direito.

Com feito, o *Ius Constitutionale Commune*, sob o enfoque regional latino-americano, mas de aspiração universal, visa à transformação gradativa das inaceitáveis condições de vida existentes, da profunda exclusão social de grupos minorizados e da deficiente normatividade dos direitos na região.¹⁰³²

O projeto de um constitucionalismo transformador no continente, conquanto não seja tema novo, adquire nova coloração, à medida que o ICCAL se contrapõe a três ideologias constitucionais preponderantes na região (o conservadorismo, o liberalismo e o radicalismo) e busca uma mudança política e social por meio do fortalecimento da democracia, Estado de Direito e direitos humanos, combinando a dogmática do

¹⁰³¹ KLARE, Karl E, Legal Culture and Transformative Constitutionalism, South African Journal on Human Rights, n. 14:1, 1998, p. 150.

¹⁰³² BOGDANDY, Armin von, 2015, p. 14.

direito nacional e internacional público, a orientação metodológica, voltada para os princípios, e a centralidade dos direitos.¹⁰³³

Na base normativa do projeto está a Convenção Americana de Direitos Humanos, instrumento jurídico positivo regional que fornece o substrato para a construção de um constitucionalismo transformador comprometido com os compromissos constitucionais democráticos.¹⁰³⁴

O conceito do ICCAL refere-se tanto à dimensão positiva quanto às proposições jurídicas sobre o projeto. O comum, expresso no termo latino *Ius Commune*, não significa unificação da legislação regional, tentativa de integração econômica, criação de um bloco ou um grande Estado regional. Ao revés, reflete o processo de abertura dos sistemas jurídicos nacionais, em seus contextos distintos, para um denominador comum em direito internacional público, consolidando um novo paradigma jurídico no século XXI, refletido num sistema jurídico multinível, dialógico e holístico, rompendo com a tradicional visão do direito estatal, a que se fez referência linhas acima. Ademais, exprime o discurso comum em direito comparado, sobre o constitucionalismo contemporâneo, a serviço da democracia.¹⁰³⁵

O ICCAL volta-se para um processo de harmonização, não homogêneo, que tem como objetivo conjugar a fixação de parâmetros protetivos mínimos em direitos humanos e o respeito à diversidade e ao pluralismo jurídico, com vistas à superação da exclusão social.¹⁰³⁶ Em última análise, objetiva-se, como ideia central, mas de vocação prática, assegurar a implementação e o cumprimento das promessas centrais das constituições promulgadas em períodos de transição democrática, nas décadas de 1970 e 1980, na região.¹⁰³⁷

Por essa razão, o ICCAL dá especial enfoque aos direitos humanos. Não só porque refletem valores fundantes da sociedade civil ou em razão de o caráter transformador das constituições estar vinculado, geralmente, a disposições de direitos fundamentais, mas, precisamente, em virtude de as decisões judiciais sobre direitos humanos dotarem o projeto de uma força de caráter especificamente jurídico.¹⁰³⁸

São as decisões em temas de direitos humanos que rompem paradigmas, trazem uma resposta às grandes injustiças, à violência endêmica na região e à exclusão de grupos minorizados, excluídos e vitimizados. Os julgados que envolvem a temática dos direitos humanos avançam a tônica de proteção de direitos na região, contribuindo para a consolidação do Estado de Direito e da democracia.

Como ferramenta para implementação do projeto, o ICCAL utiliza-se do pluralismo dialógico, consagrado tanto como objetivo quanto meio para alcançá-lo. Trata-se de “uma modalidade de interação social e de resolução de conflitos que, ao

¹⁰³³ BOGDANDY, Armin von, 2015, p. 16.

¹⁰³⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya, O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019, p. 303.

¹⁰³⁵ BOGDANDY, Armin von, 2015, p. 21–22.

¹⁰³⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya, 2019, p. 304.

¹⁰³⁷ BOGDANDY, Armin von, 2015, p. 26–27.

¹⁰³⁸ BOGDANDY, Armin von, 2015, p. 28.

mesmo tempo, supõe a situação social à qual aspira”¹⁰³⁹. O ICCAL aposta, portanto, no pluralismo dialógico como forma de reconstruir a interação entre a Corte Interamericana e os tribunais nacionais, superando os limites hierárquicos e jurisdicionais dos sistemas jurídicos tradicionalmente considerados pelo positivismo jurídico.

Os diálogos judiciais contribuem de maneira efetiva para que a Corte IDH exerça tanto a tarefa de harmonização do pluralismo jurídico no continente quanto impulse as transformações sociais e políticas nas comunidades latino-americanas, papéis esses essenciais para a formação e implementação do ICCAL.¹⁰⁴⁰

Daí decorre a importância do controle de convencionalidade para o projeto. É com base nesse instrumento que a Corte IDH produz grande parte do conteúdo transformador, ancorando o diálogo com os Estados, ora informando, ora, até mesmo, guiando as autoridades nacionais. De igual forma, mediante a adoção de parâmetros protetivos regionais de direitos humanos ao direito doméstico, a autoridade nacional também dialoga com a Corte IDH e estabelece, com a sociedade civil e outras instituições nacionais que compartilham a mesma visão, um diálogo horizontal, comprometido com o princípio *pro homine*.

Essa simbiose entre direito estatal, agora aberto e permeável, e o direito internacional público fez com que a Convenção Americana se convertesse em um pilar do constitucionalismo transformador latino-americano, apoiado pelas Constituições nacionais. Com efeito, a Corte e a Comissão IDH, instituições operacionais do sistema regional, passaram a conferir ao instrumento uma interpretação evolutiva, que é difundida em toda a região, impulsionando o discurso regional de transformação social.¹⁰⁴¹

O processo de construção dessa interpretação evolutiva foi sendo desenvolvido paulatinamente no sistema interamericano, de forma plural, contando com a contribuição de vários atores sociais conectados por um impulso comum. Vale lembrar que a Convenção Americana faz parte, em várias Cartas Constitucionais, do bloco de constitucionalidade, ensejando proteção e efetividade direta no âmbito interno.¹⁰⁴²

Não obstante, não raras vezes, a Corte faz menção a casos paradigmáticos, julgados por tribunais internacionais, regionais e nacionais, em suas próprias decisões, o que reforça a proposta dialógica e contribui para a consolidação desse direito regional comum. De outro lado, os julgados não se limitam a reconhecer se houve, ou não, violação à CADH, mas também ordenam reparações bastante audaciosas, que buscam, ademais de promover reparações integrais dos danos causados às vítimas, impedir que novas violações de igual natureza ocorram, tornando-se, assim, peça essencial do constitucionalismo transformador.

¹⁰³⁹ BOGDANDY, Armin von, 2015, p. 45.

¹⁰⁴⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya, 2019, p. 314.

¹⁰⁴¹ BOGDANDY, Armin von, O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurigenético extraordinário, Revista Brasileira de Políticas Públicas, v.9, n.2, 2019, p.235.

¹⁰⁴² BOGDANDY, Armin von, 2019, p. 236.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A região latino-americana enfrenta graves problemas estruturais: altos índices de violência e corrupção, gritante exclusão social e desigualdade, além de instituições frágeis e da tendência ao populismo e ao hiperpresidencialismo, que têm contribuído sobremaneira para o esvaziamento dos direitos humanos, da democracia e das Constituições.

Para fazer frente a todas essas questões, há que se pensar de forma global, afinal são problemas que afetam vários países da região e cujas raízes não são apenas internas, mas decorrem também de perspectivas decoloniais. Pensar os direitos humanos na região implica um processo de constante reflexão e distintas propostas de operacionalidade.

O ICCAL não é, certamente, a panaceia para todos os dilemas e mazelas que a região enfrenta. No entanto, é um projeto que possibilita a criação das condições institucionais necessárias para uma mudança política e social. Afinal, sem democracia, não há como proteger os direitos humanos. Sem direitos humanos efetivos, não há democracia. O modelo que melhor corresponde a essa simbiose entre direitos humanos e democracia é o Estado de Direito, por isso esse elemento também está na base do projeto.

Certamente, algumas críticas podem ser formuladas ao ICCAL: como falar de um direito comum em uma região tão distinta, com peculiaridades infinitas e vasta diversidade, a partir de um fenômeno de origem europeia? Como promover o diálogo interno, a fomentar uma perspectiva constitucional própria do sul global, já que o projeto se funda na autoridade da Corte IDH?

De toda sorte, as críticas formuladas não inviabilizam a sua implementação prática e tampouco lhe tiram o seu potencial transformador e harmonizador. Esses apontamentos podem, ao revés, contribuir para a evolução e aprimoramento do ICCAL, que se encontra em constante construção. A reflexão frequente se faz necessária para que se atinja com êxito a sua proposta precípua: a defesa dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. Revista de Direito Administrativo, v. 269, p. 13–66, 2015.
- BOGDANDY, Armin von. *O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurígenético extraordinário*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 2, p. 231–252, 2019.
- DUCHIADE, André. *Brasil e mais quatro países pedem “mais autonomia” à comissão de direitos humanos da OEA*. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/brasil-mais-quatro-paises-pedem-mais-autonomia-comissao-de-direitos-humanos-da-oea-23617611>. Acesso em: 21 maio 2019.
- FACHIN, Melina Girardi. *Constitucionalismo Multinível: Diálogos e(m) Direitos Humanos*. Revista Ibérica do Direito, v. 1, n. 1, p. 66–82, 2020. (1).
- KLARE, Karl E. *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*. South African Journal on Human Rights, n. 14:1, p. 146–188, 1998.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: *Controle de Convencionalidade*. Brasília: CNJ, 2016, p. 13–34.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. *O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 2, p. 302–363, 2019.
- PIOVESAN, Flávia. *Diálogos entre Cortes e a experiência do controle de convencionalidade na América Latina e Europa*. In: *Seminário Internacional Diálogos entre Cortes: fortalecimento da proteção dos direitos humanos*. Brasília: ENFAM, 2017.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PIOVESAN, Flávia. **Ius constitutionale commune* latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. Revista Direito e Práx, v. 8, n. 2, p. 1356–1388, 2017.
- RUBIO, David Sánchez. *Derechos humanos (vacíos), constitucionalismo (oligárquico y de los negocios) y democracia (sin demócratas) en el mundo contemporáneo*. Revista da Faculdade de Direito da FMP, v. 13, n. 2, 2018.
- RUBIO, David Sánchez. *Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

A ADOÇÃO NA PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL: DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E À CIDADANIA

Alessandra Cristina Furlan¹⁰⁴³, Daniela Braga Paiano¹⁰⁴⁴,
Luiz Gustavo Tiroli¹⁰⁴⁵

INTRODUÇÃO

Em um país com expressivo número de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade, muitas vezes acolhidos em instituições à espera de um lar, torna-se relevante a discussão sobre a adoção e a necessidade de incentivá-la, possibilitando que crianças e adolescentes desamparados possam vir a ser inseridos em um núcleo familiar estável e afetivo. O número de pessoas cadastradas e interessadas na adoção é igualmente considerável, portanto, tem-se a possibilidade de materializar o direito fundamental à convivência familiar entre adotantes e adotados.

As mudanças legislativas concernentes à adoção visaram promover a adequação da ordem jurídica às exigências sociais. Neste ponto, torna-se indispensável repensar o instituto da adoção à luz da teoria crítica do direito civil, haja vista a necessidade de uma hermenêutica aberta às novas dinâmicas sociais e com o objetivo de atender o interesse da coletividade na consecução do direito fundamental à convivência familiar.

Como ponto de partida para o estudo da adoção, leva-se em conta a mudança de paradigma presente na sociedade contemporânea, notada significativamente no âmbito do direito de família, em que novos modelos familiares emergem das relações sociais e convocam a tutela jurídica. Os laços de parentesco consanguíneo passam a ser relativizados em detrimento das relações de afeto, pautadas na dignidade da pessoa humana, na solidariedade e na igualdade.

Isso posto, o problema de pesquisa é: de que maneira a leitura do instituto da adoção, à luz da teoria crítica do direito civil, pode colaborar para a efetivação do direito à convivência familiar e o exercício da cidadania pelas crianças e adolescentes? Para tanto, o objetivo geral consiste em discorrer sobre o instituto da adoção no ordenamento jurídico brasileiro sob o viés da teoria crítica, ressaltando os diplomas legislativos e as respectivas modificações relativas à matéria.

Utiliza-se o método dedutivo e, como procedimento metodológico, é desenvolvido a partir de uma abordagem qualitativa, adotando-se como técnica

¹⁰⁴³ Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Docente na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. E-mail: alessandracfurlan@uenp.edu.br.

¹⁰⁴⁴ Pós-doutoranda e doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Docente na graduação e no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Endereço para correspondência: E-mail: danielapaiano@hotmail.com.

¹⁰⁴⁵ Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Bacharel em Administração pelo Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL. Discente do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Endereço eletrônico: luiz.gustavo.tiroli@uel.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4012511514272072>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7912-8319>.

a pesquisa bibliográfica. A problemática é desenvolvida em uma perspectiva descritiva e exploratória. Em relação à revisão bibliográfica, têm-se, como parâmetro, os estudos dos seguintes autores: Azevedo (2019), Dias (2010; 2017), Fachin (2012), Lôbo (2020), Schreiber (2019), Tepedino (2015; 2021), Wolkmer (2015), entre outros.

Na consecução do objetivo acima delineado, o capítulo está organizado em duas seções. Inicialmente, discorre-se sobre a teoria crítica do direito civil, destacando os principais pressupostos teóricos elencados pelo professor e ministro Luiz Edson Fachin, adotando a perspectiva crítica enquanto hermenêutica jurídica alicerçada na leitura dos clássicos institutos à luz da axiologia constitucional. Ato contínuo, avalia-se a Lei n.º. 12.010/09 e as modificações advindas pela Lei n.º. 13.509/17 para o instituto da adoção no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando os principais aspectos atinentes à temática e problematizando, por intermédio de uma perspectiva crítica e social, a adoção enquanto instrumento de efetivação do direito fundamental à convivência familiar e ao pleno exercício da cidadania.

1 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO CIVIL

A expressão teoria crítica foi cunhada por Max Horkheimer (filósofo da Escola de Frankfurt), para designar uma perspectiva teórica que não se limita a observar a realidade e descrevê-la, mas busca analisar a “[...] realidade concreta à luz da emancipação prometida pelo capitalismo, mas truncada pelo próprio sistema [...]”¹⁰⁴⁶. No campo do direito, a vertente crítica busca abrir espaço para novos agentes e grupos sociais marginalizados histórico-socialmente pelos diplomas legais. Para Wolkmer¹⁰⁴⁷, “a teoria crítica revela-se como instrumental operante que permite a tomada de consciência dos sujeitos na história e a ruptura de sua condição de opressão, espoliação e marginalidade”.

Nesse sentido, particularmente no âmbito do direito privado, os juristas têm fortes apegos ao passado e dificuldades de atender aos anseios da sociedade, tendo em conta que buscam em estruturas arcaicas e no contexto histórico-social europeu respostas para as particularidades e diversidades da condição brasileira, que, por vezes, menosprezam e ignoram¹⁰⁴⁸.

A teoria crítica do direito civil contribui para a discussão da temática, uma vez que visa repensar os clássicos institutos civilísticos na perspectiva da diversidade, pluralidade e democracia. Para tanto, ressalta Fachin¹⁰⁴⁹ que o desenvolvimento da teoria crítica precisa de um ensino jurídico crítico capaz de proporcionar a análise dos clássicos e consolidados institutos jurídicos à luz da axiologia constitucional e do contexto histórico-social em que se está situado.

¹⁰⁴⁶ NARDELLA-DELLOVA, Pietro. Elementos para uma teoria crítica e constitucional aplicada ao direito civil. *Revista de Direito Civil*. v. 1, n. 1, jan./jun. 2019, p. 146.

¹⁰⁴⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 33.

¹⁰⁴⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

¹⁰⁴⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

Portanto, torna-se imprescindível que, no ensino do direito civil, “portas que sempre permanecem fechadas, sejam abertas, pois a visão que dele se terá, em sua relação com a sociedade, depende ele tal abertura. E justamente a isso que nos convida a uma reflexão crítica: abrir portas que sempre permaneceram fechadas”¹⁰⁵⁰ (PINHEIRO, 2002, p. 521). Assim sendo, a teoria crítica não se trata de um processo de reciclagem dos parâmetros do direito civil brasileiro, mas de recomposição por intermédio “dos afazeres didáticos e de pesquisa.”¹⁰⁵¹

Não consiste também no desprezo pelos clássicos, mas na “busca de respostas que sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça que revela dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas”¹⁰⁵². Na visão emancipadora, considera-se que o próprio direito não é neutro. O discurso pós-político e descomprometido cobre a ideologia dominante daqueles que política, econômica e historicamente ocuparam os espaços de poder e construíram o direito para cumprir a finalidade de garantir a manutenção desse poder. Ou seja, os conteúdos e valores não são neutros por se esconderem sob esse manto, por isto, torna-se fundamental um ensino jurídico libertador e emancipatório que seja capaz de questionar, criticar e ressignificar os institutos e as teorias clássicas.

Para tanto, o trabalho do professor não é aquele desenvolvido consigo mesmo, mas com os alunos, ou seja, valorizando a visão de mundo que os discentes trazem para dentro da sala de aula e atendendo, assim, às particularidades e à realidade política, social, econômica, cultural e geracional da turma¹⁰⁵³. Na perspectiva crítica, e não totalizadora, é fundamental que o jurista seja capaz de questionar leis e atos normativos, baseando-se em princípios constitucionais na valorização de uma percepção do ordenamento jurídico como sistema uno e integralizado em torno da Constituição Federal.

Os paradigmas do direito civil necessitam ser iluminados pela Constituição Federal, de modo que “não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil, mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas estabelecidas entre particulares”. Neste sentido, “o que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas”¹⁰⁵⁴.

Em relação ao Código Civil de 2002, embora tenha sido promulgado 14 anos após a Constituição Federal de 1988, considera-se que seus “[...] avanços foram muito comedidos para enfrentar a evolução e o grau de complexidade das relações sociais, vivenciadas nos horizontes de um novo milênio, marcadas por diversidades e realidades emergenciais”¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A responsabilidade social do jurista e o ensino jurídico: um breve diálogo entre o direito e a pedagogia. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira *et al* (orgs.). Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 521.

¹⁰⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 04.

¹⁰⁵² FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 06.

¹⁰⁵³ FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 74. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

¹⁰⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 53.

¹⁰⁵⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense,

Na pós-modernidade, não basta uma análise “insular dos institutos codificados de Direito de Família sem que se apreciem as diversas formas de expressão do Direito, se realize o necessário diálogo de fontes e se averigue a sua adequação histórico-social.”¹⁰⁵⁶. Com efeito, a complexidade do ordenamento jurídico exige uma centralização axiológica a fim de garantir a unidade do sistema, daí a necessidade de se interpretar os conceitos, instrumentos e institutos do direito civil à luz da Constituição Federal, pois “ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento jurídico”¹⁰⁵⁷.

Assim, a teoria crítica requer que a apreciação dos fenômenos sociais e jurídicos que se analisa não se limite à descrição e repetição; para tanto, torna-se fundamental adotar uma postura aberta, permitindo que os próprios conceitos criticados e analisados possam ser reavaliados. Portanto, não se trata de promover soluções gerais para dilemas universais, mas dispor-se em um processo contínuo de interrogação e questionamento dos clássicos institutos à luz da realidade histórico-cultural, compreendendo que o direito não é dono do real, nem o contém em sua integridade¹⁰⁵⁸. Por isto, o jurista deve estar atento às novas dinâmicas sociais, analisando a realidade concreta e respeitando a sistematicidade do ordenamento jurídico unificado em torno da Carta Fundamental.

2 PRINCIPAIS ASPECTOS DO INSTITUTO DA ADOÇÃO: CONVIVÊNCIA FAMILIAR E EXERCÍCIO DA CIDADANIA

A adoção no ordenamento jurídico brasileiro precisa ser repensada considerando o momento histórico e o contexto sociocultural, tendo em vista que aproximadamente 30 mil crianças e adolescentes encontram-se institucionalizadas em unidades de acolhimento e outras cinco mil estão aptas para adoção¹⁰⁵⁹. Além da análise a partir da realidade concreta, no âmbito jurídico, os diplomas legais e princípios norteadores devem estar em sintonia fina com a Constituição Federal, tábula axiológica da sociedade e marco estabilizador da vida coletiva.

O instituto da adoção pode ser crucial para que se materialize o direito à convivência familiar e o exercício da cidadania, concebendo a criança e o adolescente enquanto sujeitos históricos e epicentro do processo, não podendo ser tratados como objetos da realização individual dos adotantes. Neste aspecto, abordam-se, nesta seção, os principais elementos do instituto da adoção, discorrendo sobre as modificações legislativas e suas implicações no contexto social.

2015, p. 146.

¹⁰⁵⁶ CALDERÓN, Ricardo. Princípio da afetividade no direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 09.

¹⁰⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. Boletim Científico. ESMPU, Brasília, a. 4 - n.17, p. 223-235 – out/dez., 2015, p. 228.

¹⁰⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

¹⁰⁵⁹ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA). Dados estatísticos nacionais. 2021.

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O conceito de adoção recebeu diferentes contornos ao longo das quadras históricas pela doutrina jurídica nacional. Para Pontes de Miranda¹⁰⁶⁰, adoção consiste em “ato solene pelo qual se cria pelo adotante e o adotado, relação fictícia de paternidade e filiação.” Conforme Clóvis Bevilacqua¹⁰⁶¹, a adoção é “o ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”. Hodiernamente, para Schreiber¹⁰⁶², a adoção consiste em “ato jurídico complexo que constitui relação de filiação entre pessoas que não a detêm biologicamente”.

Ou seja, é um ato pelo qual uma família (seja ela monoparental ou outro modelo), recebe, em seu núcleo, alguém com quem, por vezes, não possui laços biológicos, dando a esta pessoa, o tratamento jurídico de filho, seguindo o art. 1.593 do Código Civil¹⁰⁶³, formando o parentesco de outra origem entre o adotado e toda a família do adotante¹⁰⁶⁴.

No mesmo sentido, afirma Paiano¹⁰⁶⁵ que a adoção é “o ato jurídico pelo qual se inclui alguém no seio familiar, na condição de filho, sem que com ele se tenha laços sanguíneos, criando-se um vínculo civil de filiação”. A autora sustenta que as regras relativas à adoção precisam ser flexibilizadas e compreendidas à luz da realidade social concreta na consecução do melhor interesse da criança e do adolescente. Haja vista que o direito “sempre é produto da vida organizada enquanto manifestação de relações sociais provenientes de necessidades humanas”¹⁰⁶⁶, não pode ser instituído e interpretado de modo dissociado da realidade histórico-social em que está situado.

A natureza jurídica da adoção ainda é alvo de controvérsias. Seguindo a linha francesa tradicional, para muitos doutrinadores a adoção é contrato, exigindo-se a vontade de ambas as partes¹⁰⁶⁷. Gonçalves¹⁰⁶⁸ afirma que no sistema do Código de 1916 era nítido o caráter contratual do instituto, mas que, a partir da Constituição de 1988, a adoção passou a se constituir em ato complexo e a exigir sentença, o que demonstra o ato de vontade e o nítido caráter institucional, e sustenta que o instituto consiste em “negócio jurídico bilateral e solene.”

¹⁰⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito de família. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, vol. III, p. 177.

¹⁰⁶¹ BEVILAQUA, Clóvis. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 351.

¹⁰⁶² SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 910.

¹⁰⁶³ BRASIL. Lei n°. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil brasileiro. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139.

¹⁰⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹⁰⁶⁵ PAIANO, Daniela Braga. A família atual e as espécies de filiação: possibilidade jurídica da multiparentalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 93.

¹⁰⁶⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 39.

¹⁰⁶⁷ A natureza negocial da adoção estava relacionada à forma por escritura pública, no Código de 1916, sem participação do juiz.

¹⁰⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book, p. 243.

Conforme explica Azevedo¹⁰⁶⁹, a “adoção é um ato jurídico em sentido estrito (art. 185 do CC), negócio unilateral e solene, com efeitos estabelecidos em lei, pelo qual o adotante inclui em sua família, na condição de filho, pessoa a ela estranha.” Porém, reconhece o jurista que a unilateralidade é imperfeita, “pois reclama-se para a sua perfeição o consentimento dos pais ou do representante legal do adotado e, mesmo, o consentimento deste, quando tiver mais de 12 anos (art. 45 do ECA).” Na concepção de Carvalho¹⁰⁷⁰, “a adoção, portanto, é um ato jurídico bilateral de filiação, construído e solidificado no afeto e na convivência, configurando, uma das formas de filiação socioafetiva.”

Por meio da valorização da vontade das partes na pós-modernidade, Maluf e Maluf¹⁰⁷¹ ressaltam a importância da contratualização das relações familiares e reforçam a presença do elemento negocial no instituto da adoção, conceituando-a, inclusive, como “um contrato de direito de família”. Porém, cumpre ressaltar que há situações em que a vontade do adotando inexistente, além de depender, em todas as hipóteses, de sentença judicial constitutiva para produzir efeitos.

A adoção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente para crianças e adolescentes com idade de até 18 anos e segue os mesmos princípios para os maiores de 18 anos. Tem por finalidade precípua inserir, de forma integral e definitiva, a criança ou o adolescente em um novo ambiente familiar. É forma de dar filhos não biológicos à pessoa estranha. Cria, pois, relações de paternidade e filiação entre duas pessoas, sendo que uma passa a gozar da condição de pai ou mãe e outro, da condição de filho. O adotado passa a ter os mesmos direitos do filho biológico, vedada qualquer forma de discriminação (Constituição Federal, art. 227, § 6º)¹⁰⁷².

Assevera Schreiber¹⁰⁷³ que “a filiação é conceito unitário, que não admite subespécies ou adjetivações discriminatórias, como filiação adulterina, ilegítima ou adotiva, expressões empregadas no passado para justificar diferenciação de tratamento entre filhos”, conforme o art. 1.596 do Código Civil brasileiro¹⁰⁷⁴ e o art. 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ensina Fachin¹⁰⁷⁵ que filho “é sujeito na mesma medida que o outro (adotivo, ou o extramatrimonial) também o é; acaba a percepção ilhada da definição *a priori* de filiação [...]” que pudesse excluir ou marginalizar aqueles casos que não se enquadram no modelo consolidado historicamente por aqueles que ocuparam os espaços de poder e determinaram uma espécie de filiação em detrimento das demais.

¹⁰⁶⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil VI: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book, p. 619-620.

¹⁰⁷⁰ CARVALHO, Dimas M. D. Direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book, p. 1383.

¹⁰⁷¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana C. D. R. F. D. Curso de direito de família. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book, p. 1020.

¹⁰⁷² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁰⁷³ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 883.

¹⁰⁷⁴ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil brasileiro. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139.

¹⁰⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 289.

Na adoção, prioriza-se o melhor interesse da criança ou do adolescente: consigna o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 43, que somente será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e estiver pautada em motivos legítimos. O foco da adoção deve ser, pois, o bem-estar do adotado e não os interesses dos adotantes, tendo em vista que a criança e o adolescente são o centro do procedimento, haja vista a vulnerabilidade social que se encontram por não terem sido acolhidas na família natural.

Outro ponto a ressaltar é que o art. 1º da Lei nº. 12.010/2009¹⁰⁷⁶ estipula que a adoção é medida excepcional e dispõe que a proteção estatal visa, prioritariamente, à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e ao adolescente devem permanecer¹⁰⁷⁷. Somente na impossibilidade de permanência na família natural, demonstrada por decisão judicial fundamentada, é que ocorrerá a adoção. Dessa forma, a lei privilegia a família de origem e a colocação em família substituta é última hipótese.

Nesse aspecto, severa crítica pode ser direcionada ao diploma legal. Ao tratar como medida excepcional, o legislador impôs entraves à adoção, reduzindo a celeridade do procedimento¹⁰⁷⁸. Para Maria Berenice Dias¹⁰⁷⁹, a legislação de 2009 “nada mais fez do que burocratizar e emperrar o direito à adoção de quem teve a desdita de não ser acolhido no seio de sua família biológica.”

Portanto, se manter a criança ou adolescente na família de origem seria o ideal, tal tentativa pode constituir óbice à adoção. Isso porque, como é notório, a procura por crianças recém-nascidas ou ainda bebês é a prioridade na adoção. Quanto mais o tempo passa, menos chances de a criança ser adotada, além de maior a dificuldade de integração na nova entidade familiar. Por isso, quanto mais cedo ocorrer a adoção, menos risco de a criança ser marcada pela experiência de abandono e sofrimento. Considera-se que a adoção a partir de três anos já é tardia, e a primazia do vínculo biológico em detrimento do socioafetivo incorre em subversão do princípio da isonomia familiar e socioafetividade, além de afrontar a doutrina da proteção integral¹⁰⁸⁰.

Assim sendo, embora os motivos de abandono sejam os mais diversos – passando pela carência de recursos financeiros, violência doméstica, gravidez indesejada – as diversas tentativas de convivência da criança com a família natural podem resultar em sofrimento para a criança, além de diminuir as possibilidades de adoção. É a celeridade do processo que garante o sucesso da convivência familiar,

¹⁰⁷⁶ BRASIL. Lei nº. 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF.

¹⁰⁷⁷ Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 25, família natural é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e descendentes.

¹⁰⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁰⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 489.

¹⁰⁸⁰ TEPEDINO, Gustavo. Adoção e proteção integral na família: qual família? Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil, Belo Horizonte, v. 27, p. 11-12, jan./mar. 2021.

enquanto direito de constituição e manutenção de vínculos socioafetivos¹⁰⁸¹, e a possibilidade da criança e do adolescente serem reconhecidos efetivamente como sujeito de direitos, preparando, no seio familiar, para o exercício da cidadania.

2.2 REQUISITOS

Em síntese, observam-se os seguintes requisitos da adoção: a) efetivação por civilmente capaz (maiores de 18 anos) independentemente do estado civil (adoção singular), ou por casal (adoção conjunta), ligados os adotantes pelo matrimônio ou por união estável, comprovada a estabilidade familiar (art. 42, do ECA)¹⁰⁸²; b) diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado de pelo menos 16 anos (se casal, pode ser a diferença de apenas um dos cônjuges ou companheiros); c) consentimento do adotante, do adotado, de seus pais ou de representante legal (tutor ou curador); d) intervenção judicial, e e) estágio de convivência com o adotando não superior a 90 dias, podendo ser prorrogado por igual período mediante decisão judicial fundamentada (art. 46, do ECA)¹⁰⁸³.

A diferença mínima de idade de 16 anos também pode ser flexibilizada à luz da análise do caso concreto e do princípio da socioafetividade. O entendimento é da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que considerou a regra do art. 42, §3º do ECA¹⁰⁸⁴ uma referência a ser seguida, mas podendo ser afastada de acordo com o contexto.

O caso analisado teve origem em uma ação ajuizada pelo padrasto, cuja finalidade era obter a adoção unilateral da criança. Desde que iniciou a união estável com a mãe da adotanda, o padrasto desempenhava as funções relativas ao exercício da paternidade, tendo em vista que a adolescente não tinha vínculo afetivo com o genitor biológico. Os demais requisitos estavam preenchidos, o único empecilho era o critério da diferença mínima de idade entre adotante e adotado que, no caso, era de apenas 12 anos.

Em seu voto, o ministro Luis Felipe Salomão ressaltou que a previsão legal tem a finalidade de garantir a verossimilhança entre a adoção e a filiação biológica enquanto vínculos parentais. Portanto, determinou que a primeira instância realizasse a oitiva do pai biológico, haja vista que o padrasto, a genitora e a adotanda concordaram com a adoção, no “intuito de tornar oficial a filiação baseada no afeto emanado da convivência familiar estável e qualificada”¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸¹ SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; FERNANDES, Manoela Gomes. Família extensa ou adoção: critérios para a efetividade do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente nos processos de colocação em família substituta. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 15, n. 2 / 2020, e39549.

¹⁰⁸² BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

¹⁰⁸³ BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

¹⁰⁸⁴ BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

¹⁰⁸⁵ STJ. Quarta Turma admite flexibilizar diferença mínima de idade na adoção. Comunicação. 17 de fevereiro de 2020, p. 02.

No julgado, verifica-se uma interpretação principiológica e histórica socialmente contextualizada, de modo que uma regra não poderia contradizer um princípio, qual seja o da socioafetividade, amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência pátria. Para Perlingieri¹⁰⁸⁶ “a norma não assume só seu significado em si mesma ou no Código em que se insere, mas sim no sistema ao qual pertence (no caso do Direito Civil, o Código Civil e a Constituição Federal)”. Conforme Fachin¹⁰⁸⁷, “quem codifica limita, restringe, reduz. Na codificação não são os valores que se transportam, pois o que nela se colocam são os valores de um dado momento histórico”.

Portanto, embora o intuito do legislador seja dar aparência de biológica à filiação oriunda da adoção (por isto, estipula a regra dos 16 anos), além de dificultar a utilização do instituto para fins escusos, cumpre ressaltar que é a afetividade, e não a conformação ao modelo tradicional, que tem o condão de promover o reconhecimento e o vínculo paterno-filial e familiar, pois “é inegável que a família é antes de tudo uma manifestação sociológica, cultural e social, preexistindo a qualquer categoria jurídica” que se possa ou queira estabelecer como caminho a ser trilhado¹⁰⁸⁸.

2.3 LEGITIMADOS A ADOTAR

A legislação estabelece que sejam legitimados a adotar os maiores de 18 anos, podendo a adoção ocorrer de forma singular ou conjunta, se ligados os adotantes pelo matrimônio ou pela união estável e comprovada a estabilidade familiar. A finalidade da restrição é realizar o princípio constitucional da paternidade responsável (art. 226, §7º da Constituição Federal)¹⁰⁸⁹, que consiste em desdobramento dos princípios da responsabilidade, dignidade da pessoa humana e afetividade, tendo em conta que a paternidade é “[...] fundante do sujeito. A estrutura psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais”¹⁰⁹⁰. O requerimento para o pedido de adoção só poderá ser feito pelos próprios interessados, não se admitindo procuração formulada por brasileiros ou estrangeiros, uma vez que se trata de ato pessoal, expresso pelo art. 39, par. único do ECA¹⁰⁹¹.

Os divorciados, os separados e os ex-companheiros poderão adotar conjuntamente se o estágio de convivência com o adotado houver iniciado na constância do período de convivência, comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade que justifiquem a excepcionalidade da medida, tendo em conta que “o que hoje caracteriza uma família é o vínculo afetivo entre seus integrantes, com união

¹⁰⁸⁶ PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019, p. 04.

¹⁰⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 296.

¹⁰⁸⁸ CALDERÓN, Ricardo. *Princípio da afetividade no direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 39.

¹⁰⁸⁹ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁰⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo D. C. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book, p. 394.

¹⁰⁹¹ CARVALHO, Dimas M. D. *Direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

de esforços para um bem comum de busca da felicidade¹⁰⁹². Neste caso, é necessário o acordo sobre a guarda do menor e o regime do direito de visitas (art. 46, do ECA)¹⁰⁹³, assegurando-se, assim, a continuidade da convivência familiar. Também pode ocorrer a adoção unilateral, se um dos cônjuges ou conviventes adotar filho do outro.

Tutor ou curador poderão adotar o tutelado ou curatelado se prestarem judicialmente conta de sua administração, sob a fiscalização do Ministério Público, e saldarem o seu alcance (art. 44, do ECA)¹⁰⁹⁴. Por incompatibilidade, não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando. Se apenas um dos cônjuges ou companheiro adotou, desponta-se o problema da moradia do adotado na residência do casal, aplicando-se, por analogia, a regra do art. 165, I do ECA¹⁰⁹⁵, ou seja, há a necessidade de anuência do outro cônjuge ou companheiro para a adoção individual.

A exigência legislativa de matrimônio ou união estável para adoção conjunta aparentemente afastava a adoção por pessoas do mesmo sexo. Como afirmou Dias¹⁰⁹⁶ à época, “perdeu o legislador uma bela chance de explicitamente admitir – como já vem fazendo a jurisprudência – a adoção homoparental”, o que é decorrente da “bancada evangélica conservadora do Congresso Nacional” que não aceitou a inovação¹⁰⁹⁷.

Referida opção do legislador não foi bem recebida por diversos doutrinadores, como Richard Pae Kim¹⁰⁹⁸ que, com base no neoconstitucionalismo, princípio da igualdade e direito fundamental de constituir uma família sem discriminação da preferência sexual, reconhece o direito de um dos membros ou de ambos que compõem o casal homoafetivo de adotar a criança, constando no registro o nome dos pais, bem como o nome dos ascendentes.

Em decisão paradigmática exarada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132, a Corte reconheceu no mundo jurídico a realidade social das uniões estáveis homoafetivas enquanto entidades familiares, visto que, em 2010, aproximadamente 58.000 unidades domésticas eram formadas por casais homoafetivos no Brasil¹⁰⁹⁹. Houve, a partir da decisão, a superação da compreensão de uma “família heterossexista em prol de uma família eudemonista, cuja proteção não decorre da ‘diversidade de sexos’ (rectius: diversidade de gêneros), mas do fato de

¹⁰⁹² NARDELLA-DELLOVA, Pietro. Elementos para uma teoria crítica e constitucional aplicada ao direito civil. *Revista de Direito Civil*, ISSN 2596-2337, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019, p. 171.

¹⁰⁹³ BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

¹⁰⁹⁴ BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

¹⁰⁹⁵ BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

¹⁰⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. O lar que não chegou. *Revista IOB de Direito de Família*. São Paulo, v. 57, p. 12-15, dez-jan. de 2010, p. 14.

¹⁰⁹⁷ MEDEIROS, Aloizio Sinuê da Cunha. Breves considerações sobre a nova lei de adoção. *Revista IOB de Direito de Família*. São Paulo, v. 57, p. 7-11, dez-jan. de 2010, p. 08.

¹⁰⁹⁸ KIM, Richard Pae. Direito fundamental de constituir uma família: a adoção por casais homoafetivos. *Revista IOB de Direito de Família*. São Paulo, v. 57, p. 16-37, dez-jan. de 2010.

¹⁰⁹⁹ IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo 2010. Nupcialidade, Fecundidade e Migração. Censo demogr., Rio de Janeiro, p.1-349, 2010.

termos uma conjugalidade que vise a felicidade e autorrealização individual de seus integrantes [...]”¹¹⁰⁰.

Portanto, a partir da mencionada decisão, que tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, houve equiparação da tutela jurídica dispensada a ambas as modalidades (relações heteroafetivas e homoafetivas), certificando que a omissão legislativa tem assento no preconceito e estipulando como inaceitável a “discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles”¹¹⁰¹.

Em relação ao transexual e intersexual, não há óbices para a adoção, “seja ele solteiro ou convivente, pode adotar o filho de seu consorte [...]” tendo em conta que a diversidade de gênero “[...] não representa causa impeditiva para a formação da família e filiação”¹¹⁰². Não se pode imputar qualquer demérito ou inviabilizar a concretização da convivência familiar e do projeto parental por decorrência de condição sexual ou de gênero, e a ausência de previsão legislativa refere-se, além do preconceito, ao fato de que o legislador “não tem condições de prever todos os casos concretos frente às contínuas mudanças da vida social”¹¹⁰³.

Em vista do exposto, o jurista, pensador do direito, precisa ter em mente “o contexto social e histórico, reconhecendo-se, então, o conjunto de normas, preceitos, princípios e valores desta sociedade e deste momento histórico”¹¹⁰⁴. E no caso da brasileira, tem como valores a igualdade, diversidade, pluralidade e democracia enquanto elementos fundantes do Estado democrático de direito, não se admitindo discriminações e preconceitos de ordem diversa àquela instituída na Carta Fundamental.

Apesar dos argumentos contrários à possibilidade de adoção conjunta por casal homoafetivo e do conservadorismo do legislador que deixou de positivar situação de fato amplamente reconhecida pelos tribunais, desde que respeitado o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, não há óbice que casais homoafetivos constituam família com filhos por meio da adoção, sobretudo pelo reconhecimento jurídico da união estável homoafetiva pelo STF.

2.4 CONSENTIMENTO

Em relação à criança e ao adolescente, a lei estabelece que eles tenham o direito de opinar “sempre que possível”, sendo previamente ouvidos por equipe multidisciplinar ou interprofissional e respeitados o estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida. Suas opiniões serão devidamente

¹¹⁰⁰ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STJ e a união homoafetiva: da “sociedade de fato” à família conjugal. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, v. 7, n. 01, e 294, jan./jun. 2020, p. 29.

¹¹⁰¹ STF. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 RJ. Relatoria ministro Ayres Britto, julgamento em 5 de maio de 2011.

¹¹⁰² MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana C. D. R. F. D. Curso de direito de família. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book, p. 1083.

¹¹⁰³ WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 42.

¹¹⁰⁴ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 281.

consideradas. Se maior de 12 anos de idade, será necessário o seu consentimento colhido em audiência (art. 28, §1º e §2º, do ECA)¹¹⁰⁵. O maior de 18 anos e capaz deverá manifestar a aquiescência por ato inequívoco.

Ao privilegiar o consentimento do adotado, inclusive do maior de 12 anos, a legislação denota conceber o adolescente enquanto sujeito de direitos, não na concepção clássica individualista, mas como “indivíduo coletivo, no centro dos interesses, e sempre na perspectiva da igualdade substancial”¹¹⁰⁶. No ensinamento de Schreiber¹¹⁰⁷, a idade deve ser flexibilizada na análise do caso concreto, pois se deve observar o “caráter progressivo da emancipação intelectual [...]”, uma vez que “alguma participação é sempre recomendável, mesmo em se tratando de menor de 12 anos”. Além de contribuir para a mitigação da lógica menorista que transforma a criança e o adolescente em objeto de satisfação dos interesses dos adultos: “a criança é sujeito da adoção, não o objeto”¹¹⁰⁸.

A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, sendo este dispensado quando a criança ou adolescente tenha pais desconhecidos ou haja destituição do poder familiar (autoridade parental). Entende Diniz¹¹⁰⁹ que, “em caso de adoção de menor órfão, abandonado, ou cujos pais foram inibidos do poder familiar, o Estado o representará ou assistirá, nomeando o juiz competente um curador *ad hoc*”. Portanto, a autoridade deve avaliar com extremo cuidado a opinião do adotando, em prol de seu próprio benefício.

Antes do advento da Lei nº. 12.010/09 (Lei Nacional da Adoção), o Código Civil¹¹¹⁰ brasileiro, no art. 1.624, previa que o órfão não reclamado por parente, durante o período de um ano, poderia ser adotado dispensado do consentimento supramencionado. A visão tradicional do Código Civil proporciona um conhecimento voltado ao manejo de conceitos, sem a pretensão de compreender a realidade e transformá-la¹¹¹¹, por isto a previsão era dissociada do contexto social e desconsiderava a expressiva procura por recém-nascidos. Entretanto, a previsão do diploma civil foi suprimida, pois inviabilizava a adoção de crianças no primeiro ano de vida, “período considerado pela medicina contemporânea como essencial ao desenvolvimento da criança, tendo sido salutar a revogação do dispositivo”¹¹¹² para garantir o melhor interesse da criança e do adolescente.

¹¹⁰⁵ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

¹¹⁰⁶ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 18.

¹¹⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 914.

¹¹⁰⁸ NAKAMURA, Carlos Renato. Criança e adolescente: sujeito ou objeto da adoção? Reflexões sobre menorismo e proteção integral. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 134, p. 179-197, jan./abr. 2019, p. 194.

¹¹⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 585.

¹¹¹⁰ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil brasileiro. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139.

¹¹¹¹ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

¹¹¹² SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 914.

2.5 HABILITAÇÃO

Para que os legitimados possam adotar, segundo a Lei nº. 12.010/09, deve ocorrer a habilitação. Na realidade, a habilitação à adoção transformou-se em um processo bastante burocrático¹¹¹³: inicia-se com petição inicial, que deve ser acompanhada de uma série de documentos, como comprovante de renda, comprovante de domicílio, atestado de sanidade física e mental, certidão de antecedentes criminais e negativa de distribuição cível. O Ministério Público pode requerer a designação de audiência para a ouvida dos postulantes e de testemunhas (art. 197-A do ECA)¹¹¹⁴.

Enfim, deferida a adoção, o postulante será inscrito nos cadastros de interessados, sendo sua convocação feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças e adolescentes adotáveis. A ordem somente poderá deixar de observada pela autoridade judiciária nas seguintes hipóteses: a) se tratar de pedido de adoção unilateral (isto é, pelo cônjuge do ascendente); b) for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade e c) oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal da criança maior de três anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé (art. 50 do ECA)¹¹¹⁵.

A redação dada pela Lei nº. 13.509/17 ao art. 50, §15 determina que terão prioridade aqueles que optarem por adotar criança ou adolescente com deficiência, doença crônica ou com necessidades específicas de saúde, além do grupo de irmãos¹¹¹⁶. A preferência consolida a igualdade material, que consiste na ação propositiva para igualar os indivíduos, que essencialmente são desiguais, sobretudo quando submetidos ao império da mesma lei. Observando a afirmação de Aristóteles na obra “Ética à Nicômaco”, Livro V, que consiste em “tratar os iguais de maneira igual, e os desiguais na medida de sua desigualdade”¹¹¹⁷. Na explicação de Fachin¹¹¹⁸, “há uma desigualdade estatuída em homenagem a um outro princípio em que, sendo partes desiguais, precisam ser desigualmente tratadas para que a igualdade prevaleça”. Sendo assim, a previsão de preferência vai ao encontro da axiologia constitucional e visa superar dilemas sócio-históricos da contemporaneidade.

¹¹¹³ DIAS, Maria Berenice. O lar que não chegou. Revista IOB de Direito de Família. São Paulo, v. 57, p. 12-15, dez-jan. de 2010.

¹¹¹⁴ BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

¹¹¹⁵ BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

¹¹¹⁶ BRASIL. Lei nº. 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e a Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, edição 37-A.

¹¹¹⁷ ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

¹¹¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 320.

2.6 ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

A adoção será precedida de estágio de convivência entre adotando e adotante, pelo prazo máximo de 90 dias, conforme as peculiaridades do caso concreto. O prévio estágio de convivência deve ser acompanhado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, preferencialmente com apoio de técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, os quais deverão apresentar relatório minucioso (art. 46, § 4º do ECA)¹¹¹⁹. O intuito do estágio é possibilitar a avaliação da conveniência e viabilidade da adoção.

Ensina Carvalho¹¹²⁰ que o estágio de convivência “[...] é fundamental para verificar se o adotado se adaptou à família e se os adotantes realmente estão preparados para assumir o filho afetivo, sendo imprescindível para demonstrar a convivência do deferimento do vínculo [...]” (art. 46, § 4º do ECA)¹¹²¹.

Para os casos de adoção conjunta por parte de divorciados ou ex-companheiros de união estável, será considerado o período de estágio efetivamente cumprido na constância da união entre os pais, admitindo-se a modalidade de adoção sempre que os adotantes acordarem a respeito da guarda e do regime de visitas (direito de convivência familiar).

Nesse ponto, a comprovação dos vínculos de afetividade é imprescindível, demonstrando, mais uma vez, a importância da realidade social para o direito. Ainda que os laços entre os pais tenham se desfeito, prevalecem os paterno-filiais. Fachin¹¹²² sustenta que, a partir do novo paradigma de sujeito concreto em detrimento da visão abstrata, as decisões devem ser tomadas considerando-se o contexto das pessoas. A fim de privilegiar a socioafetividade e o preparo para o exercício da cidadania no contexto familiar, os divorciados, separados ou ex-companheiros podem adotar.

Cumprido ressaltar que o estágio de convivência poderá ser dispensado nos casos em que o adotando “[...] já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante por tempo suficiente a permitir a avaliação da convivência da constituição do vínculo adotivo (art. 46, § 1º)”¹¹²³ ou quando o adotante for maior de 18 anos. A legislação não previu considerar a convivência ou guarda de fato, apenas acolhendo quando decorrente de guarda ou tutela legal. Lôbo¹¹²⁴ tece críticas à omissão do diploma, sustentando que “sua desconsideração contraria a primazia de que a própria lei atribui aos laços de afetividade constituídos, em desfavor da criança e do adolescente”, e revela a persistente tentativa do legislador de desconsiderar a realidade social em primazia de uma legalidade abstrata.

¹¹¹⁹ BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

¹¹²⁰ CARVALHO, Dimas M. D. Direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book, p. 1441.

¹¹²¹ BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

¹¹²² FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

¹¹²³ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 915.

¹¹²⁴ LÔBO, Paulo. Direito civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book, p. 727.

2.7 ADOÇÃO SIMULADA OU ADOÇÃO À BRASILEIRA

A adoção simulada, ou à brasileira, como é mais conhecida, consiste no ato de registrar filho alheio como sendo próprio. Tal ato é tipificado como crime no art. 242 do Código Penal brasileiro¹¹²⁵.

Entretanto, cumpre ressaltar as consequências advindas da deliberação dos pais ao efetuarem o registro de filho alheio como sendo próprio, tais como as implicações alimentares e sucessórias. À luz da boa-fé objetiva, não pode o registrante pedir a invalidação do registro, em face da situação de *venire contra factum proprium*¹¹²⁶. Assim, não pode se arrepende, arguir falsidade no feito ou sustentar erro na autorização do registro público de parentalidade, nos termos do art. 1.604 do Código Civil¹¹²⁷. “O reconhecimento consciente da paternidade, ainda que sabendo não ser filho biológico, é irrevogável (art. 1.609 do CC)”¹¹²⁸.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido pelo reconhecimento do ato social concreto no mundo jurídico. No REsp 1.088.157, a decisão foi que, em “se tratando de adoção à brasileira, a melhor solução consiste em só permitir que o pai adotante busque nulidade do registro de nascimento, quando ainda não tiver sido constituído o vínculo de socioafetividade com o adotado”¹¹²⁹. Portanto, sem que haja robusto corpo probatório que demonstre que o sujeito foi induzido a erro ou que tenha sido coagido a registrar como sendo seu filho alheio, a Corte Superior tem denegado a possibilidade de revogação da filiação¹¹³⁰.

Mais recentemente, em sede dos processos HC 385.507¹¹³¹ e HC 409.623¹¹³², a ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do STJ, no primeiro caso decidiu pela manutenção da criança de dois anos na família que a adotou irregularmente desde o nascimento, tendo em conta que a genitora havia entregado a criança para o casal em face da ausência de condições financeiras e emocionais, configurando a adoção intuito *personae*. No segundo caso, em face da possível fraude e conluio envolvendo as partes, decidiu a Turma em manter a criança no acolhimento institucional, até que se tramite a ação de destituição do poder familiar.

¹¹²⁵ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.

¹¹²⁶ LÔBO, Paulo. Direito civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

¹¹²⁷ BRASIL. Lei n°. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil brasileiro. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139.

¹¹²⁸ CARVALHO, Dimas M. D. Direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book, p. 1425.

¹¹²⁹ STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1088157/PB (2008/0199564-3). Relatoria do ministro Massami Uyeda, julgamento em 23 de junho de 2009, p. 01.

¹¹³⁰ BIAS, Rafael Borges da Souza. Provimento n. 63/17 do CNJ e adoção simulada: reflexões a partir da jurisprudência do STJ. *Civilistica.com*. a. 10. n. 1. 2021.

¹¹³¹ STJ. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n°. 385.507 - PR (2017/0007772-9). Relatoria ministra Nancy Andrighi, julgamento em 07 de agosto de 2017.

¹¹³² STJ. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n°. 409.623 - SP (2017/0182285-4). Relatoria ministra Nancy Andrighi, julgamento em 07 de agosto de 2017.

Portanto, a adoção simulada ou à brasileira, que pode ser considerada fruto “de um caráter excessivamente burocrático e lento no procedimento de adoção no país”¹¹³³, não cumpre os requisitos legais do instituto e é antijurídica (art. 242, do CP), não devendo ser estimulada, a fim de evitar situações que possam comprometer o melhor interesse da criança e do adolescente, sujeito centrais no processo de adoção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria crítica do direito tem a finalidade de possibilitar uma reflexão dilatada sobre os fenômenos jurídicos e sociais para além do dogmatismo tradicional. Para tanto, demanda um ensino jurídico crítico e emancipador na consecução de formar juristas atentos aos determinantes sociais e abertos às dinâmicas da realidade histórica-social em que está situado, relendo os clássicos institutos à luz da Constituição Federal em uma perspectiva sistemática. Nesse campo da teoria crítica, destacam-se os estudos e escritos desenvolvidos pelo professor e ministro do STF Luiz Edson Fachin, ao propor que o direito não é proprietário do real, tampouco representante dele, devendo, assim, ser relido – sem desprezar os clássicos – à luz do contexto concreto e material que se apresenta, com vistas a promover uma visão transformadora, e não descritiva, da realidade.

Para tanto, o objetivo do presente trabalho consistiu em discorrer sobre do instituto da adoção a partir da perspectiva da teoria crítica do direito civil, buscando tecer considerações e reflexões a respeito dos diversos elementos que dizem respeito à adoção no ordenamento jurídico brasileiro. Buscou-se, para tanto, ressaltar os aspectos que persistem e aqueles que foram superados no que diz respeito à adequação da legislação à realidade social e aos princípios e valores constitucionais, tais como a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a parentalidade responsável.

No intuito de prevalecer o direito ao convívio familiar e o exercício da cidadania, ressalta-se que a criança e o adolescente devem ser compreendidos como agentes sociais, historicamente situados, com vulnerabilidades e necessidades específicas, sujeitos de direitos que devem ser ouvidos e acolhidos, tornando-se, assim, epicentro do processo de adoção, não como meio ou objeto de consecução da realização ou felicidade dos adotantes.

Enfim, o presente capítulo não pretendeu esgotar a análise crítica a respeito do instituto da adoção, mas tão somente promover reflexões acerca de determinados pontos específicos, tais como natureza jurídica, requisitos, legitimados, consentimento, habilitação e estágio de convivência, além de discorrer e refletir sobre a modalidade de adoção simulada ou à brasileira, dada a persistência temática e a recorrência da prática no contexto social.

¹¹³³ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 919.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Curso de direito civil VI: direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.
- BEVILAQUA, Clóvis. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- BIAS, Rafael Borges da Souza. Provimento n. 63/17 do CNJ e adoção simulada: reflexões a partir da jurisprudência do STJ. *Civilistica.com*. a. 10. n. 1. 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/572/539>. Acesso em: 03 ago. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 11 ago. 2021.
- BRASIL. Lei n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil brasileiro. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.
- BRASIL. Lei n.º. 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.
- BRASIL. Lei n.º. 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e a Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, edição 37-A. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/4230256/do1e-2018-02-23-lei-n-13-509-de-22-de-novembro-de-2017-4230252. Acesso em: 12 ago. 2021.
- CALDERÓN, Ricardo. Princípio da afetividade no direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- CARVALHO, Dimas M. D. Direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA). Dados estatísticos nacionais. 2021. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/>. Acesso em: 3 ago. 2021.
- DIAS, Maria Berenice. O lar que não chegou. *Revista IOB de Direito de Família*. São Paulo, v. 57, p. 12-15, dez-jan. de 2010.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 74. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo 2010. Nupcialidade, Fecundidade e Migração. Censo demogr., Rio de Janeiro, p.1-349, 2010. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao amostra.pdf. Acesso em: 14 jul. 2021.
- KIM, Richard Pae. Direito fundamental de constituir uma família – A adoção por casais homoafetivos. *Revista IOB de Direito de Família*. São Paulo, v. 57, p. 16-37, dez-jan. de 2010.
- LÔBO, Paulo. Direito civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana C. D. R. F. D. Curso de direito de família. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.
- MEDEIROS, Aloizio Sinuê da Cunha. Breves considerações sobre a nova lei de adoção. *Revista IOB de Direito de Família*. São Paulo, v. 57, p. 7-11, dez-jan. de 2010.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito de família. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, v. III.

- NAKAMURA, Carlos Renato. Criança e adolescente: sujeito ou objeto da adoção? Reflexões sobre menorismo e proteção integral. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 134, p. 179-197, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/> Acesso em: 11 ago. 2021.
- NARDELLA-DELLOVA, Pietro. Elementos para uma teoria crítica e constitucional aplicada ao direito civil. *Revista de Direito Civil*, ISSN 2596-2337, v. 1, n. 1, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito-civil/pdf/artigo-direito-civil-vol1-11.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2021.
- PAIANO, Daniela Braga. A família atual e as espécies de filiação: possibilidade jurídica da multiparentalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- PEREIRA, Rodrigo D. C. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.
- PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 8, n. 1, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/normas-constitucionais-nas-relacoes-privadas/>. Acesso em: 29 mar. 2020.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A responsabilidade social do jurista e o ensino jurídico: um breve diálogo entre o direito e a pedagogia. In: RAMOS, Carmen Lúcia Silveira *et al* (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio; FERNANDES, Manoela Gomes. Família extensa ou adoção: critérios para a efetividade do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente nos processos de colocação em família substituta. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 15, n. 2 / 2020 e39549. Disponível em: <file:///D:/backup-gustavo/Downloads/39549-233149-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.
- STF. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 RJ. Relatoria ministro Ayres Britto, julgamento em 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 2 ago. 2021.
- STJ. Quarta Turma admite flexibilizar diferença mínima de idade na adoção. Comunicação. 17 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/Quarta-Turma-admite-flexibilizar-diferenca-minima-de-idade-na-adocao.aspx>. Acesso em: 11 ago. 2021.
- STJ. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1088157/PB (2008/0199564-3). Relatoria do ministro Massami Uyeda, julgamento em 23 de junho de 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>. Acesso em: 11 ago. 2021.
- STJ. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n°. 409.623 - SP (2017/0182285-4). Relatoria ministra Nancy Andrighi, julgamento em 07 de agosto de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>. Acesso em: 11 ago. 2021.
- STJ. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n°. 385.507 - PR (2017/0007772-9). Relatoria ministra Nancy Andrighi, julgamento em 07 de agosto de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>. Acesso em: 11 ago. 2021.
- TEPEDINO, Gustavo. Adoção e proteção integral na família: qual família? *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 27, p. 11-12, jan./mar. 2021. Disponível em: <file:///D:/backup-gustavo/Downloads/719-2059-2-PB.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2021.
- TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. *Boletim Científico. ESMPU*, Brasília, a. 4 - n.17, p. 223-235 – out/dez., 2015.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STJ e a união homoafetiva: da “sociedade de fato” à família conjugal. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi*, v. 7, n. 01, e 294, jan./jun. 2020. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v7i01.294>. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/294>. Acesso em: 12 jul. 2021.
- WOLKMER, Antonio Carlos. História do direito no Brasil. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

AS CLÁUSULAS GERAIS E A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES E DA SEGURANÇA JURÍDICA NA CODIFICAÇÃO CIVIL

Isabelle Giacomitti Gavino¹¹³⁴

INTRODUÇÃO

A técnica da subsunção entre a hipótese legal e o caso concreto deixou de ser instrumento único para solucionar conflitos gerados em uma sociedade complexa, porque ela representava vinculação à hierarquia de leis e ao positivismo da ciência jurídica, de modo a prejudicar a existência de “Justiça” nesse raciocínio.

A complexidade antes mencionada exigiu uma nova leitura sobre a interpretação e a aplicação do Direito, com a consequente abertura do sistema jurídico, dando-se ênfase aos princípios estruturantes com potencial valorativo.

Com isso, o casuísmo legislativo se tornou insuficiente na prática forense contemporânea, já que insustentável prever todos os conflitos gerados em sociedade, cuja circunstância obrigou o Poder Legislativo a inserir no ordenamento jurídico conceitos que ostentam vagueza em sua definição.

Busca-se, nesta pesquisa, delinear o perfil da referida vagueza por meio das cláusulas gerais, assim como definir parâmetros para a concreção e o preenchimento do instituto, especialmente sob a perspectiva de unidade do sistema jurídico e a constitucionalização do Direito Civil.

Nesse panorama, problematiza-se a posição privilegiada do Poder Judiciário na tomada de decisões em relação ao instituto posto em discussão, assim como a observância da separação dos Poderes de Estado.

Diz-se isso porque o magistrado detém certa discricionariedade para interpretar e aplicar a norma, o que, conforme será demonstrado, não se confunde com arbitrariedade nas decisões judiciais. Para demonstrar a veracidade dessa assertiva, mostrar-se-ão parâmetros e critérios de preenchimento da cláusula geral como forma de limitação do poder de julgar.

Não bastasse isso, a pesquisa também questionará a postura ativista antes mencionada, em detrimento dos demais poderes, a fim de concretizar a cláusula geral na hipótese em análise, levando-se em consideração a garantia da segurança jurídica e a pacificação de conflitos.

Tudo isso sob a perspectiva de que a cláusula geral só poderá ser preenchida após todo o processo cognitivo do magistrado, valendo-se da compreensão e da interpretação hermenêutica, a fim de que se possa construir uma decisão judicial adequada ao caso concreto submetido a exame.

¹¹³⁴ Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) e especialista em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Servidora Pública (Assessora) vinculada ao Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR). ID Lattes: 2534170055211648; ID Orcid: 0000-0002-2928-6503. E-mail profissional: isabelle.gavino@tjpr.jus.br.

1 DIÁLOGO ENTRE AS FONTES COMO INSTRUMENTO DE CONCREÇÃO DO DIREITO MATERIAL INVOCADO

Em primeira análise, mostra-se importante salientar que a definição conceitual do instituto da cláusula geral, assim como o preenchimento do seu conteúdo e a sua particular aplicabilidade na prática forense, é complexa.

De todo modo, busca-se esclarecer nesta seção as características inerentes ao objeto do presente estudo e contextualizar a respectiva atuação do Poder Judiciário, partindo, inicialmente, da ideia de unidade do sistema jurídico, alinhando-se aos princípios e às regras no círculo hermenêutico.

1.1 A UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO E O CÍRCULO HERMENÊUTICO

O modelo da codificação oitocentista era considerado a “Constituição do direito privado”, em que a natureza do sistema jurídico era fechada, afastando-se da interferência do direito público e assumindo “o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas”¹¹³⁵.

Nesse contexto, considerando-se o desenvolvimento da sociedade e as revoluções históricas, o referido modelo passou a enfraquecer, pois “não teria mais sentido, nem função, o *código total*, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada”, o qual previa “soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura”¹¹³⁶.

Isso significa dizer que a sociedade passou a ser complexa e as codificações se mostraram insuficientes, necessitando de um sistema multidisciplinar para a resolução de conflitos. Nesse sentido, nas palavras de Cavedon¹¹³⁷, “a técnica legislativa e a fundamentação do sistema alteraram-se substancialmente, com a incorporação de princípios estruturantes, com forte viés valorativo e força normativa, tratando-se agora de um sistema aberto, permeável, perene e mutável”.

Vê-se que, diante dessa evolução, o formalismo jurídico demasiado foi ficando cada vez mais distante, de modo a autorizar ao intérprete da norma o exame de determinadas situações de acordo com princípios e valores, e não apenas com o que estava disposto nos preceitos primário e secundário abstratamente colocados na lei.

Em outras palavras, a técnica legislativa viabilizou a análise de princípios e valores, por intermédio da inserção de conceitos imprecisos ou vagos na norma, formando inédito panorama da ciência jurídica, especialmente do ponto de vista da hermenêutica.

¹¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Temas do Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 02-03.

¹¹³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 282, grifos do autor.

¹¹³⁷ CAVEDON, Ricardo. As cláusulas gerais, uma perspectiva histórico-constitutivista do direito privado contemporâneo. Revista Paradigma, a. 17, n. 21, jan./dez. 2012, p. 53.

Por tais motivos, a técnica da subsunção já não se mostra uma “satisfatória regulamentação social, o que vem exigindo por parte dos legisladores cada vez mais o uso de técnicas legislativas permeadas de conceitos vagos”¹¹³⁸ e, conseqüentemente, impondo ao magistrado maior interpretação do caso concreto, bem como a construção do Direito na resposta de sua atividade jurisdicional.

Em vista disso, Sá¹¹³⁹ explica que o ordenamento é composto por “regras e princípios, porém não pode ficar adstrito à regra positivada como lei”. Deve-se pensar o Direito inserido no “círculo hermenêutico” para que se possibilite a formação de um sistema jurídico unitário.

Partindo desse pressuposto, a autora faz uma breve distinção entre regras e princípios, utilizando-se das lições de Ronald Dworkin, ao afirmar que se deve “entender que os princípios buscam o preenchimento de conceitos jurídicos, a interpretação de situações jurídicas e, por isso, devem ser preenchidos a partir da tradição da dada sociedade no tempo”. Em outras palavras, defende que o princípio deve ser examinado de acordo com a evolução da sociedade diante da cultura em que está inserido, já que constantemente se transforma e se desenvolve.

Por outro lado, entende-se como regra aquilo que segue “um padrão mais simples de aplicação” em comparação com os princípios, pois ostenta natureza de ordem. Vale dizer, a regra, ao que tudo indica, é a obediência a preceitos já preexistentes, com a finalidade de determinar algo.

Silva¹¹⁴⁰, também se valendo dos ensinamentos de Ronald Dworkin, assim como de Robert Alexy, confirma a ideia de que:

As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso dos princípios, o grau de realização pode variar.

Pode-se afirmar, a partir da narrativa acima, que a diferença entre regra e princípio está consubstanciada na sua natureza, já que este está em constante evolução enquanto aquela corresponde à subsunção entre fato e norma.

Não bastasse isso, o autor, ao fazer tal distinção, o faz socorrendo-se da teoria estruturante do Direito – com base na obra de Friedrich Mueller –, buscando esclarecer que uma coisa complementa a outra – vale dizer, princípio complementa regra e vice-versa –, situação que denomina como “sincretismo metodológico”¹¹⁴¹, a fim de expor a superação da “concepção positivista”.

¹¹³⁸ CAVEDON, Ricardo. As cláusulas gerais, uma perspectiva histórico-constitutivista do direito privado contemporâneo. *Revista Paradigma*, a. 17, n. 21, jan./dez. 2012, p. 59.

¹¹³⁹ SÁ, Priscila Zeni de. Poder Judiciário e as Cláusulas Gerais: parâmetros para concretização no direito-constitucional. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 71-74.

¹¹⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: “mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, 2003, p. 607-630.

¹¹⁴¹ Para melhor compreensão do tema v. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: Virgílio Afonso da Silva (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

Nesse sentido, Barroso¹¹⁴² ensina que princípios devem ser identificados pelo intérprete para que se possa formular a regra que irá reger o fato posto em discussão, de modo a concentrar valores no que está sendo examinado, assim como atribuir “unidade ao sistema” e auxiliar a atividade judicante.

Ademais, Moraes¹¹⁴³ amplia a compreensão de princípios no sentido de que são aplicáveis a todos os ramos da norma, notadamente nas esferas do direito público e do privado, afirmando que a separação entre eles – interesses público e privado – “há de ser abandonada”, já que “não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação”.

Com efeito, observa-se que princípios e regras possuem natureza normativa, pois compõem o ordenamento jurídico e têm relevante função na fundamentação das decisões judiciais, sobretudo no preenchimento das cláusulas gerais, independentemente da esfera jurídica em que estão sendo aplicados. Nessa perspectiva, faz-se oportuna a transcrição das palavras de Cavedon:

Essa idéia de abertura traduz a permeabilidade do ordenamento jurídico a elementos externos, a valorações principiológicas, e intersubjetivas. A auto-contenção do judiciário representou reflexo dos horrores do mundo pós-guerra, e a preocupação com os valores fez com que fosse alçado a dignidade da pessoa humana a princípio unificador do sistema, a se irradiar em todas as relações sociais, seja entre poder público e indivíduo, seja entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

[...]

Incorporados nas legislações dos Estados mundiais e nas Constituições, os princípios jurídicos abriram campo de pesquisa para uma nova concepção legislativa e de práxis jurídica. Sua força normativa exsurtiu de seu enquadramento hierárquico-normativo como “espécies de normas”, gerais ou constitucionais, assim como o são as regras.¹¹⁴⁴

Tem-se, então, que princípios foram inseridos no ordenamento jurídico para que possam ser aplicados por meio de conceitos vagos – essa é uma das finalidades aqui apresentadas –, ao lado das regras que regularão a complexidade do fato a ser examinado pelo Poder Judiciário, afastando-se, assim, do mero emprego do método subsuntivo.

¹¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Eletrônica do Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. Disponível em: <http://www.cepc.gov.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=397&IDA=1388>. Acesso em: 11 jun. 2020. p. 31.

¹¹⁴³ MORAES, Maria Cecília Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. Revista Estado, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro, v. 1, 1991. Disponível em: https://www.academia.edu/23175209/A_Caminho_de_um_Direito_Civil_Constitucional. Acesso em: 15 jun. 2020. p. 05.

¹¹⁴⁴ CAVEDON, Ricardo. As cláusulas gerais, uma perspectiva histórico-constitutivista do direito privado contemporâneo. Revista Paradigma, a. 17, n. 21, jan./dez. 2012, p. 53-56.

Ainda é necessário esclarecer que a relação entre princípios e regras oferece sustento ao círculo hermenêutico, pois é ela que conduz a compreensão do Direito a um ordenamento jurídico complexo, deixando-se de lado a estagnada ideia de hierarquia de regras, assim como a aplicação isolada de determinada codificação.

O trabalho da hermenêutica no sistema jurídico unitário¹¹⁴⁵ corresponde ao “contexto da época da formação da norma” e vincula “o conteúdo normativo ao contexto social atual”¹¹⁴⁶, ou seja, exige do julgador conhecimento sobre a justificativa da edição de determinada lei, assim como a tradição da sociedade ao tempo do julgamento.

Diz-se “conhecimento” porque versa sobre processo de compreensão do intérprete, que se valerá da “unidade do sistema jurídico”, “formado por princípios e regras”. Com isso, constata-se que o magistrado terá que passar pelo processo cognitivo que une passado e presente, a fim de formar seu convencimento por meio da interpretação e, então, aplicar sua resposta jurisdicional ao caso concreto.

Importa destacar, aqui, que essas etapas – compreensão, interpretação e aplicação – estão intimamente ligadas ao círculo hermenêutico, pois é isso que representa a circularidade da norma para a construção da ciência jurídica “nos casos concretos que lhe são colocados sob análise”.

Isso corresponde a dizer, portanto, que o círculo hermenêutico é formado por etapas de cognição do magistrado, que irá se valer de princípios e regras para aplicar o Direito, com o auxílio de todo o ordenamento jurídico, independentemente da esfera e tempo, e não apenas da codificação correlata ao fato gerador daquela pretensão resistida, formando-se, assim, a “unidade do sistema”.

Stein¹¹⁴⁷, sob o ângulo da hermenêutica filosófica e utilizando-se das lições de Hans-Georg Gadamer, ensina que a interpretação equivale ao desenvolvimento da “historicidade do compreender ligado ao universo da cultura humana e do mundo vivido”, ou seja, demonstra que a percepção da história e da tradição da sociedade no tempo é essencial para a efetividade da hermenêutica.

Constata-se que por meio dos poderes estatais – especialmente Legislativo e Judiciário – é que a circularidade entre a formação da lei e a concretude do Direito dialogam, pois atuam de forma harmônica para aplicação simultânea do processo de compreensão: compreender, interpretar e aplicar.

Faz-se a presente distinção entre regras e princípios gerais para o fim de esclarecer sua importância na compreensão da cláusula geral, já que o “princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Mas a cláusula geral é o texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma regra”¹¹⁴⁸.

Induidoso, assim, que no atual cenário do direito civil contemporâneo, a subsunção vem se mostrando insuficiente para a resolução de determinadas situações

¹¹⁴⁵ Mostra-se importante esclarecer que a presente pesquisa não busca esgotar a definição de sistema jurídico, contextualizando-o apenas para delimitar o campo deste estudo.

¹¹⁴⁶ SÁ, Priscila Zeni de. Poder Judiciário e as Cláusulas Gerais: parâmetros para concretização no direito-constitucional.1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 93-96.

¹¹⁴⁷ STEIN, Ernildo. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. Revista Internacional de Filosofia, v. 5, n. 1, mai./jul. 2014. p. 204-226.

¹¹⁴⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. Revista de Processo, São Paulo, v. 187, set. 2010, p. 69.

fáticas postas em discussão no mundo jurídico. É necessário que haja abertura do sistema de fontes para que se possa elaborar a solução adequada às lides, tendo em vista a circularidade das normas na unidade do sistema.

1.2 ABERTURA DO DIREITO PRIVADO AO SISTEMA DE FONTES

Martins-Costa¹¹⁴⁹, valendo-se dos ensinamentos de Miguel Reale, esclarece que modelos jurídicos constituem estruturas normativas ligadas às fontes do Direito, podendo ser examinados sob o ângulo de duas categorias (prescritivos e hermenêuticos) e divisões (abertos e fechados). Para que não parem dúvidas sobre o tema, transcrevem-se os seguintes trechos da obra da autora ora citada:

Na Ciência Jurídica, a palavra modelos designa duas entidades: os modelos jurídicos (isto é, prescritivos) e modelos hermenêuticos, ditos também dogmáticos ou doutrinários.

Modelos prescritivos são estruturas normativas complexas, formadas pela conjugação de duas ou mais regras e princípios, provinda de uma ou de mais de uma das quatro fontes dotadas de prescritevidade (lei, sentença judicial, negócios jurídicos e usos); modelos hermenêuticos, que são estruturas de explicitação ou de orientação, formuladas pela autoridade doutrinária.

Os modelos jurídicos podem ser abertos ou fechados, o que não é uma questão de natureza ou essência, mas de grau, tendo como referencial o grau de determinabilidade, ou intensidade na sua determinação. São *fechados* quando estatuição e consequência estão previstos de modo mais ou menos claro e determinado na estrutura normativa.

[...]

São modelos *abertos* aquelas estruturas normativas cuja estatuição, ou consequência, ou ambos, tem baixo grau de determinação.

Vê-se que ambas as categorias estão presentes no sistema jurídico brasileiro e possuem formas de interpretação distintas, já que uma está organizada no campo da norma, ao passo que a outra está estruturada no campo da orientação doutrinária – impende mencionar que a doutrina, segundo Reale¹¹⁵⁰, não pode ser considerada como fonte do Direito –.

Com isso, e tencionando a ideia para o objetivo específico desta pesquisa, pode-se inferir que o modelo jurídico hermenêutico complementa o modelo jurídico prescritivo, uma vez que aquele auxilia este na compreensão da norma.

Em outras palavras, os modelos jurídicos prescritivos são compostos pelas quatro fontes – quais sejam: leis, decisões judiciais, negócios jurídicos e costumes – e estão ao lado das regras e dos princípios gerais do Direito.

¹¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos? (notas para uma palestra). Revista Jurídica Luso-Brasileira, a. 2, n. 1, 2016, p. 1051-1064, grifos do autor.

¹¹⁵⁰ Para o autor, a doutrina não possui força normativa e, conseqüentemente, não detém caráter vinculativo, embora retrate grande influência e importância para o mundo jurídico. REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito: Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63-122.

Tanto é assim que o próprio legislador, ao editar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, especificamente em seu artigo 4º, instituiu que na hipótese de haver omissão no texto legal, “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Por outro lado, havendo a impossibilidade de adequação desse modelo à situação fática examinada pelo Poder Judiciário, aplicar-se-á o modelo hermenêutico, a fim de suprir qualquer lacuna existente no modelo prescritivo, ou seja, a doutrina servirá de orientação para a interpretação ou complementação de determinada norma.

Ainda quanto a isso, “deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código”¹¹⁵¹, circunstância que Lôbo, em última análise, denomina como a constitucionalização do direito civil.

Isso significa dizer que o direito civil brasileiro também deve ser interpretado de acordo com o texto da Constituição, afastando-se da leitura isolada da codificação num processo de inserção de princípios, para que se tenha a correta compreensão da lei civil, conforme fora explicitado no item anterior deste trabalho – ver 1.1 –.

Dito isso, mostra-se importante lembrar que a mencionada “interpretação conforme” não significa que a Constituição regulará as relações privadas, vale dizer, “o código civil [...] deve manter seu caráter de centralidade do direito privado, pois em aspectos centrais, como a regulação dos negócios jurídicos, da capacidade, dos contratos e das obrigações, não são e nem devem ser tratados na Constituição”¹¹⁵².

O que se pretende, aqui, é demonstrar que o direito civil pode ser visto como “atração gravitacional” de todo o sistema jurídico, porque será aplicado no caso concreto, quando invocado, ao lado de regras e princípios, utilizando-se das fontes do Direito, sem olvidar a finalidade da lei, ajustando-a conforme determina a Constituição.

Nesse aspecto, denota-se a importância das divisões de modelos jurídicos antes mencionadas, especialmente no que tange ao modelo de sistema aberto, pois é nele que se constata a flexibilização da estrutura normativa, de modo a viabilizar a utilização de todas as fontes do Direito.

Cappelletti¹¹⁵³, diante da complexidade das relações sociais, já defendia a necessidade de um sistema aberto, no qual também se atribuisse espaço às jurisprudências, assim como a outras interpretações que não a literal do texto legal, de modo que fossem consideradas como fonte. Veja-se:

A complexidade do mundo moderno está a exigir um sistema aberto (ou mais flexível), no qual se rompa com a ideia de que o direito possa ser encontrado apenas na interpretação literal do texto legal e onde se dê relevo à jurisprudência e a interpretação como fonte de regras jurídicas.

¹¹⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 100.

¹¹⁵² TIMM, Luciano Benetti. Descodificação, constitucionalização e descentralização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? In: Revista de Direito Privado. São Paulo, v. 27, 2006, p. 223-251.

¹¹⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 93.

Daí se denota a importância dos pronunciamentos judiciais diante da evolução da sociedade, já que auxiliam a abertura do sistema jurídico por meio do diálogo entre as fontes e, como visto, em conformidade com o texto constitucional.

Considerando que o magistrado não pode se limitar a apenas subsumir o fato à norma, certo ser afirmado que a sua atuação ativista, na concepção positiva do termo, faz-se necessária para a efetivação do círculo hermenêutico, uma vez que haverá a construção do Direito na resposta jurisdicional ao caso concreto.

Ainda é possível afirmar que o pronunciamento judicial comporta duas classes, sendo elas a jurisprudência e o precedente. Emerge, aqui, destacar uma breve diferenciação entre elas, pois desempenham importante função na dita abertura do sistema. Nas palavras de Ramos e Cortiano Júnior¹¹⁵⁴:

Precedente e jurisprudência, longe de serem sinônimos, distinguem-se em caráter: (i) quantitativo – precedente respeita a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto jurisprudência refere a uma pluralidade deles (um conjunto de subconjuntos ou grupos). Nos sistemas amparados no precedente, a decisão que assume este caráter é uma; poucas vêm citadas em apoio do precedente. Nos sistemas em que há jurisprudência, se faz referência a várias decisões pretéritas, o que gera dificuldades quanto à identificação da decisão verdadeiramente relevante ou quanto à quantidade de decisões necessárias para que se possa dizer que há jurisprudência sobre certo tema; (ii) qualitativo – precedente fornece regra universalizável que pode ser depois aplicada como critério de decisão ou de analogia entre os fatos do primeiro e do segundo caso. [...] Jurisprudência carece de análise comparativa dos fatos, na maioria dos casos, vez que se resume a enunciados sintéticos com pretensão de generalidade, aos moldes das regras jurídicas em geral.

Tem-se, assim, que a jurisprudência pode ser vista como orientação das regras jurídicas postas em discussão, ainda que a situação fática seja diversa, à medida em que o precedente judicial torna-se referência aos julgamentos posteriores de casos fáticos e jurídicos idênticos a ele.

Segundo os autores, o precedente judicial ajusta-se à garantia da segurança jurídica – tema que será oportunamente abordado neste trabalho –, pois exige da atividade judicante maior coerência e previsibilidade nas decisões, não bastando a mera aplicação da lei ou, ainda, aderência a regras jurídicas insertas em conclusões de julgamento, como é o caso da jurisprudência.

Apesar de o Brasil adotar o sistema romano-germânico, o qual é fundado na codificação do Direito, constata-se que a evolução da sociedade no mundo contemporâneo vem demandado maiores técnicas, sejam elas legislativas ou judiciárias, para solucionar lides jurídicas.

¹¹⁵⁴ RAMOS, André Luiz Arnt; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Segurança jurídica, precedente judicial e o direito civil brasileiro: prospecções à luz da Teoria do Direito. *Civilística.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. ISSN 2316-8374. Disponível em: <http://civilistica.com/seguranca-juridica-precedente-judicial-e-o-direito-civil-brasileiro/>. Acesso em: 30 jun. 2020, p. 5.

Para essa nova realidade, volta-se a falar em ativismo judicial que, nas palavras de Barroso¹¹⁵⁵, “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.

Nesse cenário, afirma-se que o ativismo judicial contribui significativamente para a construção do Direito na solução do caso concreto, assim como a efetividade do círculo hermenêutico – em todas as suas fases: compreensão, interpretação e aplicação –, uma vez que a sociedade contemporânea necessita de um judiciário proativo.

Importa salientar que a proatividade ora apontada não se confunde com abusividade nas decisões judiciais, pois a escolha dessa atitude adequa-se à interpretação expansiva da Constituição, ou seja, busca-se tão somente extirpar do texto constitucional toda a sua potencialidade e significado.

Por outro lado, se o Poder Judiciário, ao examinar o caso concreto, socorrer-se dessa posição ativista, é porque se constatou omissão na atuação legislativa que, na sua função típica, não previu aquela hipótese em análise e, conseqüentemente, deixou de inseri-la no ordenamento jurídico.

Do mesmo modo, essa posição também se dará nos casos em que há atuação legislativa, porém em desacordo com a Constituição, cuja circunstância levará o intérprete a deixar de aplicar determinada lei no caso que lhe fora submetido por considerá-la inconstitucional, declarando-a dessa forma.

Esse processo de interpretação, conforme visto, permite o magistrado a se valer do sistema de fontes, oportunidade que dará a ele meios para construir sua resposta jurisdicional naquela situação fática carecedora de respaldo legal, especialmente quando se tratar de preenchimento da cláusula geral.

Além das fontes já mencionadas no decorrer deste trabalho, Sá¹¹⁵⁶ também aponta o direito comparado como instrumento capaz de solucionar lides complexas que não encontram amparo no sistema brasileiro. Nesse sentido, utilizando-se dos ensinamentos de Erik Jayme, a autora afirma “a necessidade de abertura (dos intérpretes e dos sistemas) para se afastar do formalismo e construir decisões que atendam às novas necessidades”.

Mostra-se importante lembrar que o uso do direito comparado deve atender aos anseios do sistema brasileiro, vale dizer, aplicar-se-ão as regras jurídicas de diferentes jurisdições desde que não venham de encontro ao próprio sistema originário.

Dada a importância do tema, Fachin¹¹⁵⁷ defende “um sistema dialeticamente aberto, que deve ser compreendido por meio de uma hermenêutica crítica,

¹¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Publicações Eletrônicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. ISSN 2358-4130. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 27 jul. 2020, p. 23-32.

¹¹⁵⁶ SÁ, Priscila Zeni de. Poder Judiciário e as Cláusulas Gerais: parâmetros para concretização no direito-constitucional.1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 226-227.

¹¹⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo Direito Civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica. Revista de Doutrina 4ª Região. Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Luiz_Fachin.html. Acesso em: 30 jul. 2020, p. 8.

que submete as regras aos preceitos constitucionais”, o que denomina como “dimensão prospectiva”.

Vê-se, assim, que todas as fontes do Direito devem ser pensadas dialeticamente, de modo a coincidirem harmonicamente entre si, situação que permitirá a possibilidade de o intérprete reconstruir o direito privado no caso concreto, por meio das cláusulas gerais, diante da sua abertura para o sistema de fontes.

2 A TÉCNICA LEGISLATIVA DAS CLÁUSULAS GERAIS E OS PODERES DO MAGISTRADO

Conforme visto, a hermenêutica jurídica tem se mostrado cada vez mais relevante no desenvolvimento da atividade judicial, pois auxilia a aplicação e compreensão do Direito no caso concreto submetido a exame, por meio de enunciados normativos indeterminados.

Diante dessas ponderações, passa-se à análise da legitimidade do intérprete para o preenchimento das cláusulas gerais, assim como à dos respectivos limites da discricionariedade nessa atuação estatal.

2.1 O PREENCHIMENTO DAS CLÁUSULAS GERAIS E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Martins-Costa¹¹⁵⁸ define as cláusulas gerais como técnica legislativa que aponta “uma vaga moldura” no sistema jurídico, de modo a permitir que o intérprete se utilize de regras e princípios no caso concreto para o fim de formar “novas normas” para a solução da lide.

Isso significa dizer que a natureza da cláusula geral é dotada de abstratividade na codificação civil – delimitação necessária nesta pesquisa –, colocada de forma proposital pelo Poder Legislativo, a fim de promover maior liberdade ao intérprete para preencher tal abstração.

A mesma autora, antes citada, afirma que a imprecisão decorrente das cláusulas gerais pode ser analisada a partir de seus três tipos inseridos no sistema jurídico, quais sejam: tipos restritivo, regulativo e extensivo. Veja-se:

- a) disposições de *tipo restritivo*, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual; b) de *tipo regulativo*, configurando cláusulas que servem para regular, com base em princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa; e, por fim, de *tipo extensivo*, caso em que servem para ampliar determinada relação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras

¹¹⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa, a.25, n.139, jul./set. 1998, p. 7.

próprios de outros textos normativos. É exemplo o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor e o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos.¹¹⁵⁹

Tem-se, do ponto de vista restritivo, que a cláusula geral poderá delimitar a liberdade contratual do indivíduo para proteger direitos e garantias fundamentais inerentes à coletividade, como é, por exemplo, a função social do contrato¹¹⁶⁰ ou, até mesmo, a boa-fé contratual.

De outro lado, tratando-se de tipo regulativo, a cláusula geral também terá a função de regular condutas que não estejam positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, pois a referida categoria independe de disposições legais escritas.

Por fim, a cláusula geral de tipo extensivo, cuja natureza é complementar, diz respeito à ampliação de determinada regulação, porquanto serão aplicados na hipótese fática examinada os princípios e as regras esparsos na legislação brasileira e, no que for possível, na de outras jurisdições, inclusive em tratados internacionais.

Diante disso, o magistrado preencherá a cláusula geral em seu preceito secundário, buscando manter sua efetividade, assim como observar o cumprimento dos princípios da eticidade, sociabilidade e operabilidade que norteiam toda a codificação civil.

Nesse sentido, Nalin¹¹⁶¹ afirma que a função do magistrado na análise das cláusulas gerais “não é o de simplesmente interpretar a regra por meio de critérios ou de valores sociais contemporâneos”, pois ele deve ter uma participação ativa ao formular sua resposta jurisdicional, a fim de “dizer qual será a sanção mais adequada a ser imposta, quando menos a sua extensão ao caso concreto”.

Mostra-se importante lembrar que a figura legislativa posta em discussão nesta pesquisa não se revela motivo para que haja arbitrariedade nas decisões judiciais, as quais deverão observar os princípios basilares do processo civil, como a inércia da jurisdição e a imparcialidade do magistrado.

Não se nega que existe certo grau de discricionariedade por parte do intérprete ao preencher a cláusula geral, conforme será demonstrado nesta seção, porém não se deve confundir essa conduta discricionária – que é condicionada a determinados critérios e ao círculo hermenêutico – à arbitrariedade do juiz, uma vez que ambas as definições possuem significados diversos.

A liberdade do magistrado deverá estar acompanhada de racionalidade jurídica e fundamentação concreta que, segundo Teixeira¹¹⁶², levará à conotação

¹¹⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa, a.25, n.139, jul./set. 1998, p. 9, grifos do autor.

¹¹⁶⁰ Importa mencionar, aqui, que Martins-Costa define essa cláusula geral – função social do contrato – como sendo “multifuncional”, uma vez que comporta “dupla categoria, a saber, a das cláusulas gerais de tipo restritivo e as de tipo regulativo”.

¹¹⁶¹ NALIN, Paulo. Cláusula Geral e Segurança Jurídica no Código Civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 41, n. 0, 2004, p. 85-98.

¹¹⁶² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista de Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 037-058.

positiva do “ativismo judicial”, de modo a buscar a “proteção de direitos fundamentais” e garantir “a supremacia da Constituição, assumindo uma postura concretizadora quando diante da abstração de princípios constitucionais”.

Vale dizer, o juiz fará uso de todas as fontes disponíveis a ele – que dialogarão entre si – para o fim de concretizar a cláusula geral no caso submetido a exame, ocasião em que ele explicará, de forma fundamentada e racionalizada, os motivos pelos quais se chegou ao término do julgamento.

Isso porque, nas palavras de Menke¹¹⁶³, “à medida em que modelos normativos abertos, vagos, carentes de precisão, passam a ocupar espaços destacados no sistema [...] há de se proceder a uma adaptação dos processos intelectivos dos envolvidos na prática”, especialmente os do magistrado para o respectivo preenchimento.

O autor, valendo-se dos ensinamentos de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, esclarece que se faz necessário que o julgador tenha “sensibilidade jurídica e social” na prática forense, notadamente ao examinar e concretizar as cláusulas gerais no caso concreto, pois sua responsabilidade é a de empregar corretamente os poderes que tal instituto lhe promove, buscando a efetividade do direito material.

Diferentemente dos demais poderes de Estado, o Poder Judiciário não perpassa pelo processo democrático de eleições pelo povo, motivo pelo qual se levantam questionamentos no campo acadêmico sobre sua legitimidade para desempenhar essa conduta proativa nas decisões judiciais.

A justificativa para a inserção proposital de normas abertas no direito brasileiro, conforme já mencionado no decorrer deste trabalho, concentra-se no fato de que a sociedade está em constante evolução, de modo a impedir que o Poder Legislativo atue na mesma velocidade desse progresso, já que as relações sociais se tornaram gradativamente complexas. Por essa razão, deixou-se a ideia de sistema “engessado” e o magistrado passou a ter maiores poderes para aplicar institutos jurídicos vagos ou imprecisos – por meio das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados¹¹⁶⁴ – de acordo com as mudanças sociais.

A mencionada liberdade do magistrado para decidir e preencher as cláusulas gerais está fundada na proteção de direitos e garantias fundamentais do cidadão, inserida na própria República Federativa do Brasil que, “além de ser um Estado de Direito, constitui um Estado Democrático”. Para melhor compreensão do tema, revela-se valiosa a seguinte lição de Bernardes e Thomé¹¹⁶⁵:

¹¹⁶³ MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 50/2004, abr./jun. 2004, p. 9-35.

¹¹⁶⁴ Ressalta-se que neste estudo não se pretende aprofundar o instituto de “conceitos jurídicos indeterminados”, mas importa lembrar que, nas palavras de SÁ, seu significado “contém expressão genérica que necessita de densificação pelo intérprete, mas a consequência já está prevista na regra. Diferentemente da cláusula geral, onde há a necessidade de duplo preenchimento: tanto da expressão constante da regra quanto da respectiva consequência”. SÁ, Priscila Zeni de. Poder Judiciário e as Cláusulas Gerais: parâmetros para concretização no direito-constitucional.1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 235-236.

¹¹⁶⁵ BERNARDES, Júlio Cesar; THOMÉ, João Batista. Cláusulas Gerais e Conceitos Jurídicos Indeterminados – o poder criador dos juízes e a legitimidade democrática das decisões judiciais. Justiça do Direito, v. 27, n. 1, jan./jun. 2013, p. 53-67.

O poder criativo do juiz no direito com apoio nessas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, argumentam alguns, gera insegurança jurídica e invasão de competência funcional de outros poderes, diante da ausência de legitimidade democrática, ferindo o princípio da separação dos poderes. Isso porque, não foi o juiz escolhido pelo processo democrático das eleições para criar leis e executar as atividades funcionais do Poder Executivo. Todavia, a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CRFB, artigo 1º, II e III). Logo, toda promoção de direitos fundamentais exercida pelo Poder Judiciário – e aqui se aplica a socialização do direito privado forte no princípio da função social – independente de legislação infraconstitucional está amparada pela Constituição, texto esse promulgado com o consenso da maioria eleita pelo povo. Assim, a legitimidade democrática de aplicação desses objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil está apoiada embrionariamente no poder constituinte originário. Em suma, não há violação à separação dos poderes e afronta à soberania popular.

Isso significa dizer que, mesmo na ausência de texto que regule determinado fato, o magistrado possuirá a liberdade de construir uma solução ao caso concreto, por meio das cláusulas gerais, na medida em que essa postura ativa busca concretizar os princípios e valores constitucionais, sobretudo aquilo que se refere aos fundamentos da República.

Considerando que a intervenção do Poder Judiciário, ainda que indiretamente, encontra respaldo na própria Constituição Federal que fora promulgada por maioria dos integrantes do Poder Constituinte Originário, eleita pelo povo, certo ser afirmado que a atividade jurisdicional detém legitimidade para desempenhar seu papel proativo antes mencionado, sem que haja ofensa à separação dos poderes de Estado.

Além disso, Barroso lembra que os magistrados – juízes, desembargadores e ministros – devem preservar a democracia e os direitos fundamentais, motivo pelo qual “só atuam, legitimamente, quando capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição”¹¹⁶⁶.

O que se coloca em discussão está ligado ao ativismo judicial que, nas palavras do autor acima citado, nada mais é do que “uma atitude” e “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Entretanto, mostra-se imperioso destacar que essa atividade proativa não extirpa o dever de o magistrado observar o princípio da legalidade, já que a cláusula geral se encontra positivada no ordenamento e a norma será uma das fontes do Direito utilizada para preencher seu conteúdo.

Vale dizer, não se abraça a ideia de afastar a regra escrita para “conceder poderes exagerados ao judiciário”, mas, sim, a reconstrução do direito civil inserido no círculo hermenêutico para solucionar individualmente cada caso judicializado, na forma colocada na dimensão prospectiva defendida por Luiz Edson Fachin.

¹¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática..., op. cit., p. 23-32.

Com base nas lições de Muller, Sá complementa que essa atividade jurisdicional não pode ir “além da norma, mas sim além de seu texto. Nas cláusulas gerais esse raciocínio tem especial relevância, pois seu preenchimento deve ir além do texto, mas não além do seu conteúdo”¹¹⁶⁷.

Assim, observa-se que o Poder Judiciário detém legitimidade para a concreção das cláusulas gerais no caso concreto, por meio de sua postura proativa, a fim de proteger direitos e garantias dos cidadãos insertos num Estado Democrático de Direito, cujos poderes não são ilimitados.

2.2 OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE NA ATUAÇÃO ESTATAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

A tomada de decisões pelo Poder Judiciário vem se mostrando cada vez mais fundamental nos sistemas da *civil law*, pois é nela que se concentram a “interpretação conforme a Constituição” e a atividade hermenêutica no atual cenário contemporâneo, em verdadeira “revolução do sistema”.

Diz-se isso porque a “aplicação fria” da norma, subsumida no caso concreto por meio das cláusulas gerais, pode ir de encontro aos princípios e aos direitos fundamentais do cidadão, motivo pelo qual o magistrado deve “adequar a norma de decisão ao ordenamento jurídico, unitário, permitindo a sua construção de acordo com as normas que orientam o sistema como um todo”¹¹⁶⁸.

Ao lado disso, fala-se em discricionariedade do magistrado para a tomada de decisões no preenchimento da cláusula geral, justamente para garantir a concreção de direitos fundamentais, cujos critérios limítrofes são “a finalidade da norma, a pré-compreensão, a valoração judicial dos resultados da decisão, o precedente judicial e o consenso”.

Sá, valendo-se dos ensinamentos de Humberto Bergman Ávila, propõe critérios para impedir prolações de decisões judiciais baseadas na arbitrariedade do magistrado no referido preenchimento da cláusula geral. Para melhor compreensão do assunto, transcrevem-se as seguintes passagens da obra da autora ora citada:

A finalidade concreta da norma é identificada pelo autor na busca pelo sentido da regra positivada, das suas razões de ser. Afirma que a aplicação da norma não é apenas um processo lógico, mas sim criativo, envolvendo integração de interesses e valores concretos, entre eles o sentido normativo.

A pré-compreensão tem sua importância desde a escolha da regra a incidir no caso concreto, bem como na designação de seu significado. Não se pode negar a sua existência, mas sim adequá-la às regras do ordenamento unitário. [...].

Já a valoração judicial dos resultados da decisão implica na análise de seus resultados, ao passo que o precedente tem seu destaque, em especial na composição dos valores que compõe o preenchimento

¹¹⁶⁷ Sá, Priscila Zeni de. Poder Judiciário e as Cláusulas Gerais: parâmetros para concretização no direito-constitucional.1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 168.

¹¹⁶⁸ Sá, Priscila Zeni de. Poder Judiciário e as Cláusulas Gerais: parâmetros para concretização no direito-constitucional.1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 189.

da norma aberta, pois é ele que transforma valores metajurídicos pois, mesmo sem o efeito vinculante tem sua efetividade como uma decisão preliminar, diante de seu caráter informativo. Ávila aponta, por último, o consenso como fundamento parcial da decisão, considerando que o diálogo entre teses contraditórias proporcionado pelo processo visa a adequação da decisão aos valores do meio social.¹¹⁶⁹

Assim, o intérprete da cláusula geral deve analisar o sistema jurídico unitário no contexto da época em que se formou a norma, associando-a à conjuntura social na ocasião do respectivo preenchimento do instituto, buscando determinar o sentido da lei.

A partir disso, fala-se da relevância da pré-compreensão inserta na tradição da sociedade, aliando-se à teoria estruturante antes mencionada, já que o julgador antecipará o sentido do objeto que estará em exame no processo interpretativo da cláusula geral.

Como consequência, deve-se valorar os resultados positivos e negativos advindos da prolação da decisão que preenche o instituto da cláusula geral, a fim de evitar conclusões absurdas. De outro lado, conforme visto no tópico anterior, o uso de jurisprudência e de precedentes judiciais auxiliam a uniformização das decisões subseqüentes em casos semelhantes, cujas repercussões podem ser coletivas.

Por fim, outro parâmetro para o preenchimento da cláusula geral se concentra no debate e consenso no curso procedimental, em que se garantirá a paridade de armas e a igualdade entre os interessados.

Dito de outro modo, faz-se necessário compreender a razão de ser da norma em seu contexto histórico, assim como observar os possíveis efeitos jurídicos da respectiva decisão, sem olvidar o processo de interpretação/aplicação que orientarão outros casos semelhantes e a análise de todos os argumentos levantados pelos interessados a fim de firmar o convencimento do julgador.

Vê-se que todos esses parâmetros amparam a fundamentação a ser realizada no caso concreto, assim como limitam a criatividade do julgador ao elaborar sua resposta jurisdicional, sobretudo a criação do Direito, evitando-se arbitrariedade e abuso de autoridade ao preencher a cláusula geral.

Ato contínuo, Barboza¹¹⁷⁰ aponta a “revolução dos direitos humanos no pós-guerra e a supremacia material dos direitos humanos e fundamentais como fator de justificação da expansão da atividade jurisdicional”, o que causou aparente insegurança jurídica nesse novo contexto histórico, moral, cultural e econômico da sociedade.

Importa lembrar que a limitação à atuação estatal está fundada no círculo hermenêutico outrora explicitado, especialmente para garantir o princípio da segurança jurídica. Nas palavras de Ramos, “é possível imbricar a *segurança como*

¹¹⁶⁹ SÁ, Priscila Zeni de. Poder Judiciário e as Cláusulas Gerais: parâmetros para concretização no direito-constitucional.1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 187-188.

¹¹⁷⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 235-252.

coerência com uma leitura alternativa, porque não desafeta à formalização, do debate hermenêutico acerca da compreensão, interpretação e aplicação do Direito¹¹⁷¹.

Daí decorre a ideia de segurança jurídica em seu sentido substancial, já que o intérprete da cláusula geral não pode estar atrelado apenas à solução rápida da causa, mas também deve representar a expectativa de que não se furtará à análise “da lesão ou ameaça a direito”, já garantido pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Longe de esgotar o tema da segurança jurídica, o autor antes mencionado complementa que “a postura aplicativa ancorada na segurança como coerência reforça a confiabilidade, calculabilidade e a confiabilidade do Direito”¹¹⁷²

Vale dizer, os critérios limítrofes de controle das decisões judiciais no preenchimento da cláusula geral devem ser acompanhados de racionalidade na criação do Direito, sobretudo na aplicação do círculo hermenêutico inserido em um contexto de coerência normativa, pois serão esses os parâmetros capazes de garantir segurança jurídica aos operadores contemporâneos do Direito.

Apesar de a cláusula geral ostentar natureza abstrata, não pode ser utilizada de forma desidiosa, tampouco banalizada em seu contexto hermenêutico, pois se trata de um instituto concretizador de direitos e garantias fundamentais do cidadão, conforme está exaustivamente demonstrado no decorrer deste trabalho.

Por tais razões, o preenchimento da cláusula geral deve buscar o equilíbrio entre a desejada previsibilidade da decisão judicial (por meio da jurisprudência e do precedente) e a razoável segurança jurídica inserida no tempo e espaço.

Nesse sentido, as cláusulas gerais “permitem que se retire do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o com cada caso concreto”¹¹⁷³, por conseguinte, a função do julgador será a de integrar o sistema jurídico de forma unitária no instituto indeterminado, sem que haja arbitrariedade na decisão judicial.

Desse modo, pode-se afirmar que o ato de interpretar a cláusula geral pelo raciocínio lógico-dedutivo no cenário contemporâneo se mostra “insuficiente, limitado e até mesmo perigoso para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais [...] na progressiva medida da revalorização das concepções retóricas da atividade jurídica”¹¹⁷⁴.

Por tais razões, Nalin defende que a “segurança jurídica contemporânea (se é que existe algum conceito uno de segurança jurídica) transitou da figura da segurança na lei para a segurança no juiz”¹¹⁷⁵, vale dizer, a análise entre a cláusula

¹¹⁷¹ RAMOS, André Luiz Arnt. Segurança Jurídica e Enunciados Normativos Deliberadamente Indeterminados: o caso da função social do contrato. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/65931>. Acesso em: 09 set. 2020, p. 93, grifos do autor.

¹¹⁷² *Ibid.*, p. 197-198.

¹¹⁷³ POLI, Luciana Costa. Cláusulas Gerais: entre a abstração, generalidade e construção da norma. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=927a76a0841cbcd3>. Acesso em: 18 set. 2020, p. 14.

¹¹⁷⁴ GUANDALINI JUNIOR, Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 54, fev. 2013, p. 149-162.

¹¹⁷⁵ NALIN, Paulo. Cláusula Geral e Segurança Jurídica no Código Civil. Revista da Faculdade de Direito da

geral e a segurança jurídica está consubstanciada na confiança naquele que realiza o preenchimento do instituto posto em debate.

Diante disso, é imprescindível que haja um Poder Judiciário prudente e preparado para interpretar e preencher a cláusula geral, cuja prestação jurisdicional deverá concretizar direitos fundamentais do cidadão e garantir segurança jurídica, sem extrapolar os poderes que o próprio instituto lhe concede.

Mostra-se oportuno lembrar que a boa-fé objetiva¹¹⁷⁶, a função social do contrato¹¹⁷⁷ e a função social da propriedade¹¹⁷⁸ foram as principais cláusulas gerais insertas na codificação civil, cuja vagueza permitirá ao magistrado valorar e aplicar os princípios estabelecidos pela própria norma no respectivo preenchimento, sem olvidar as disposições constitucionais mencionadas no decorrer do presente trabalho.

Nesse sentido, não é demais mencionar que o instituto da cláusula geral não exime o Poder Judiciário de fundamentar suas decisões judiciais¹¹⁷⁹, não podendo ser “encarada com desconfiança e, muito menos, com espanto; até porque, tanto em sistemas estrangeiros como no brasileiro, observa-se acentuada evolução no papel do juiz, diante da construção do sistema jurídico”¹¹⁸⁰.

Assim, para manusear as cláusulas gerais, o intérprete deve reconhecer a natureza constitucional do instituto, para concretizá-lo no caso em exame, assim como compreender sua carga principiológica, já que servirá como instrumento de modificação social e mobilidade do sistema jurídico.

CONCLUSÃO

O estudo se dedicou, inicialmente, à compreensão de regras e princípios que estão inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, assim como à desnecessidade de aplicação isolada de codificações em casos concretos submetidos a exame pelo Poder Judiciário.

E isso porque, no contexto contemporâneo, as relações sociais se tornaram gradativamente complexas, permitindo-se maior uso da principiológica do Direito

Universidade Federal do Paraná, v. 41, n. 0, 2004, p. 85-98.

¹¹⁷⁶ CC, Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. [...] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

¹¹⁷⁷ CC, Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. [...] Art. 2.035, parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

¹¹⁷⁸ CC, Art. 1.228, §1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

¹¹⁷⁹ CF, art. 95. [...]: IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

¹¹⁸⁰ NALIN, Paulo. Cláusula Geral e Segurança Jurídica no Código Civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 41, n. 0, 2004, p. 96-97.

e a subsunção do fato à norma, por sua vez, deixou de ser capaz de solucionar as lides postas em discussão.

A par disso, demonstrou-se que o sistema jurídico deve ser avaliado como um todo, dando-se, via de consequência, unidade e uniformidade à decisão judicial que irá concretizar a cláusula geral na hipótese em apreço, levando-se em consideração um processo cognitivo hermenêutico por parte do intérprete.

Para tanto, defendeu-se a ideia do círculo hermenêutico que consiste na pré-compreensão, efetiva compreensão, interpretação e aplicação da norma, sem olvidar as regras e os princípios que auxiliam o preenchimento dos enunciados normativos indeterminados.

Poder-se-ia imaginar que o magistrado receberia poderes exacerbados para examinar conceitos abertos, já que tudo leva a crer que há grande subjetividade na sua interpretação, porém apontou-se na condução deste trabalho uma discricionariedade condicionada à unidade do sistema jurídico, justamente para limitar o poder de julgar, assim como para garantir segurança jurídica na prática forense.

Ao lado disso, verificou-se que o Poder Judiciário, ao preencher a cláusula geral, possui autorização legislativa para construir a solução adequada ao caso examinado, sem que isso implique ofensa à separação dos Poderes de Estado, já que está legitimado para esse fim.

Por tais razões, o diálogo entre as fontes auxilia a mencionada criação da norma, já que o intérprete poderá se valer da tradição, do direito natural, dos princípios, dos tratados internacionais – sem olvidar aqueles que não são considerados fontes – para densificar a análise dos conceitos abertos.

Vê-se, assim, que o instituto da cláusula geral integra as legislações contemporâneas e seu manuseio exige prudência e preparo do Poder Judiciário que, na sua função legítima, concretiza-o e preenche-o no caso concreto.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Electrónica do Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Disponível em: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=397&IDA=1388>. Acesso em: 11 jun. 2020.
- BARROSO. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Publicações Eletrônicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012. ISSN 2358-4130. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BERNARDES, Júlio Cesar; THOMÉ, João Batista. Cláusulas Gerais e Conceitos Jurídicos Indeterminados – o poder criador dos juízes e a legitimidade democrática das decisões judiciais. Justiça do Direito, v. 27, n. 1, jan./jun. 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.
- CAVEDON, Ricardo. As cláusulas gerais, uma perspectiva histórico-construtivista do direito privado contemporâneo. Revista Paradigma, a. 17, n. 21, jan./dez. 2012.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. Revista de Processo, São Paulo, v. 187, set. 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. Pressupostos hermenêuticos para o contemporâneo Direito Civil brasileiro: elementos para uma reflexão crítica. Revista de Doutrina 4ª Região. Porto Alegre, n. 48, jun. 2012. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao048/Luiz_Fachin.html. Acesso em: 30 jul. 2020.
- GUANDALINI JUNIOR, Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 54, fev. 2013.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS-COSTA. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa, a. 25, n.139, jul./set. 1998.
- MARTINS-COSTA. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos? (notas para uma palestra). Revista Jurídica Luso-Brasileira, a. 2, n. 1, 2016.
- MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 50/2004, abr./jun. 2004.
- MORAES, Maria Cecília Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. Revista Estado, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro, v. 1, 1991. Disponível em: https://www.academia.edu/23175209/A_Caminho_de_um_Direito_Civil_Constitucional. Acesso em: 15 jun. 2020.
- NALIN, Paulo. Cláusula Geral e Segurança Jurídica no Código Civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, v. 41, n. 0, 2004.
- POLI, Luciana Costa. Cláusulas Gerais: entre a abstração, generalidade e construção da norma. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=927a76a0841cbcd3>. Acesso em: 18 set. 2020.
- RAMOS, André Luiz Arnt. Segurança Jurídica e Enunciados Normativos Deliberadamente Indeterminados: o caso da função social do contrato. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://acervodigital.ufrpr.br/handle/1884/65931>. Acesso em: 09 set. 2020.
- RAMOS; CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Segurança jurídica, precedente judicial e o direito civil brasileiro: prospecções à luz da Teoria do Direito. Civilística.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, 2015. ISSN 2316-8374. Disponível em: <http://civilistica.com/seguranca-juridica-precedente-judicial-e-o-direito-civil-brasileiro/>. Acesso em: 30 jun. 2020.
- REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito: Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SÁ, Priscila Zeni de. Poder Judiciário e as Cláusulas Gerais: parâmetros para concretização no direito-constitucional.1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: “mitos e equívocos acerca de uma distinção”. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 1, 2003.

STEIN, Ernildo. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. *Revista Internacional de Filosofia*, v. 5, n. 1, mai./jul. 2014.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista de Direito GV, São Paulo*, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas do Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Descodificação, constitucionalização e descentralização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? *In: Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 27, 2006.

IDENTIDADE DE GÊNERO NAS FORÇAS ARMADAS: A ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CONCRETIZAR DIREITOS HUMANOS NO MEIO CASTRENSE

Jonathan Celli Honório¹¹⁸¹, Valmir César Pozzetti¹¹⁸², Leonardo Naves dos Reis¹¹⁸³,
André Luiz Machado das Neves¹¹⁸⁴

INTRODUÇÃO

É importante definir, em primeiro plano o que seria meio ambiente castrense. A palavra “castrense” vem do latim e significa o direito aplicado ao meio ambiente do Exército Romano. Dessa forma, a etimologia da palavra está ligada à justiça militar ou aos direitos dos militares, no exercício de suas atividades. A cultura militar foi historicamente construída em conceitos socialmente aceitos, que utilizavam como base ideológica os papéis de gênero na sociedade, valorando-se a ideia da imagem de força do homem para desempenhar o papel de proteção, defesa e ataque. Paulatinamente, com a construção de um Estado Democrático de Direito no Brasil, notadamente veiculado à Carta Política de 1988, impulsionado pelas transformações sociais e culturais, especialmente no período pós-guerra, com o advento do Estado Social e a concepção do resguardo de direitos humanos, as Forças Armadas estão passando por transformações na estrutura e dinamização das relações castrenses, destacando-se, a título exemplificativo, a observância a direitos e garantias fundamentais dos militares, direito ao contraditório e ampla defesa em processo disciplinar e a inserção cada vez maior de mulheres em diferentes graduações, postos, quadros e especialidades militares.

¹¹⁸¹ Mestrando em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos (UEA). Pós-graduado em Direito Militar (UCAM) e Direito Constitucional (ESTÁCIO DE SÁ). Bacharel em Direito (UFAM). Capitão da Força Aérea Brasileira. Chefe da Seção de Investigação e Justiça do Hospital de Aeronáutica de Manaus. E-mail: jch.msp21@uea.edu.br.

¹¹⁸² Pós Doutor em Direito realizado na Universidade de Salerno/Itália; Pós Doutor em Direito realizado na Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito e Direito Ambiental pela Université de Limoges/França; Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente, pela Université de Limoges, França; Bacharel em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia/AM (CIESA), Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade São Luis Gonzaga/SP. Membro da APRODAB - Assoc. de Professores de Direito Ambiental do Brasil) e da ACCA (Academia de Ciências Contábeis do Amazonas) - E-mail: v_pozzetti@hotmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2339-0430>

¹¹⁸³ Doutor e mestre pelo Programa de pós-graduação do Departamento de Enfermagem Psiquiátrica e Ciências Humanas da EERP-USP. Docente da Escola Superior de Ciências da Saúde (ESA) da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) atuando no ensino de graduação, nos cursos de Enfermagem, Odontologia e Medicina, ministrando disciplinas em saúde coletiva, epidemiologia e bioestatística. E-mail: Leonardo Naves dos Reis Inreis@uea.edu.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6846-7967>

¹¹⁸⁴ Doutor em Saúde Coletiva, pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), mestre em Psicologia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e especialista em Psicologia Educacional com ênfase em psicopedagogia preventiva pela Universidade do Estado do Pará (UEPA). É Professor da Escola Superior de Ciências da Saúde da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Professor do Programa de Pós-Graduação em Segurança pública, cidadania e direitos humanos (PPGSP/UEA) e Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva (PPGSC/UEA). E-mail: andre_machadostm@hotmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7400-7596>

No entanto, um dos grandes paradigmas que enfrenta resistência em uma cultura militar historicamente pautada em “masculinidades” é referente à oportunidade de ingresso ou políticas internas para manutenção de militares transexuais nos quadros das Forças Armadas. A problemática que movimentou essa pesquisa é: em que medida emergem condutas contrárias à dignidade do transexual no meio castrense e quais as medidas de políticas internas devem ser adotadas para manter as Forças Armadas brasileiras no rumo democrático, inclusivo e respeitador de direitos humanos?

Diante do compromisso assumido pelo Brasil com a comunidade internacional, no que tange ao cumprimento e solidificação das normas constitucionais e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo país, seguindo tendências de outros países democráticos, torna-se socialmente relevante e um verdadeiro dever de cidadania o respeito à pessoa trans e sua inclusão na seara militar, sem discriminação de qualquer natureza. As Forças Armadas, enquanto instituições respeitáveis e de grande foco social, possuem enorme responsabilidade no amadurecimento e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e no desenvolvimento da sociedade, não se admitindo políticas internas que violem um dos princípios basilares da ética militar, qual seja, o respeito à dignidade da pessoa humana.

No presente trabalho buscar-se-á identificar a forma de expressão dessa resistência à pessoa trans no âmbito castrense, os desafios que ainda se impõe e as medidas e políticas capazes de eliminar quaisquer tipos de discriminação e exclusão de transexuais que desejem ingressar ou permanecer na condição de militares, mesmo após a mudança de identificação, seja de gênero e/ou biologicamente, por cirurgia para transgenitalização. Para atingir tal escopo, será realizada uma pesquisa utilizando o método dedutivo; quanto aos meios, a pesquisa será documental e bibliográfica, com base na legislação; quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa.

1 DIREITOS HUMANOS E A PESSOA TRANSEXUAL

Os direitos humanos passaram a ter uma importância após a 2ª guerra mundial, tendo em vista os atos horríveis que se praticou contra gays, judeus e ciganos. A perseguição que essa minoria sofreu durante a guerra, marcaram profundamente a história da humanidade fazendo surgir normas protetivas para evitar que se repetisse erros dessa natureza. Para Pozzetti e Wolff (2019, p. 205) “A pessoa humana tem uma dignidade essencial, em igualdade natural entre homem e mulher, estando acima de qualquer outra criatura material, razão pela qual não deve ser tratada à revelia, como mero objeto ou mercadoria”.

A noção de “direitos humanos” começa quando se percebe a necessidade de se proteger a vida como um bem jurídico inalienável, pela importância da própria pessoa humana. Como lembra Dalmo Dallari (2004, p.9), “a pessoa humana, que é o bem mais valioso da humanidade, estará acima de qualquer outro valor”.

Em meados do século XX desenvolveu-se a concepção de um “Direito Internacional dos direitos humanos”, diante da necessidade de tutelar os direitos humanos, frente às atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial. Em 1948, com

a Declaração Universal dos Direitos Humanos, consolidou-se uma ética universal, e um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados. Nesse sentido, assinala Piovesan (2004, p. 24):

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de parâmetros mínimos de proteção (o “mínimo ético irredutível”).

Na seara jurídica, destacou-se a divisão didática pela autonomia de um Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), um ramo do direito internacional público que tem como objetivo garantir o exercício pleno da dignidade humana. São aplicáveis em qualquer tempo ou lugar. Os direitos humanos protegem as pessoas em qualquer situação (direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais), inclusive contra violações de agentes de seu próprio Estado. Conforme assinala Palma (2016, p. 21):

Existem mecanismos de supervisão internacional, de alcance universal, como o Comitê do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no seio das Nações Unidas, e de alcance regional, como a Comissão Interamericana de direitos humanos de acordo com o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre direitos humanos).

No Brasil, o marco principal afeto às mudanças ocorridas em valores universais consagrados, aproximando o Direito interno da seara jurídica internacional, foi a Constituição de 1988. A dignidade da pessoa humana é um dos cinco fundamentos apontados no art. 1º da Carta Política Brasileira (BRASIL, 1988), com alcance em todo o ordenamento jurídico: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: () III – a dignidade da pessoa humana”. Nesse sentido Pozzetti e Lima (2018, p. 20) destacam que “O preconceito ainda que de precedência histórica, como foi o negro em relação escravidão, é um erro perigoso que nutre sentimento desvirtuado entre as pessoas ao acreditar em algo como verdadeiro. Já a discriminação de valor refere-se a uma conduta etnocêntrica, baseada no reconhecimento da diversidade, com relações hierárquicas nas quais com o seu poder superior subjuga o inferior”.

Didaticamente, os direitos humanos são alocados em uma ordem lógico-histórica de conquistas e avanços e são concebidos em diferentes gerações ou dimensões, conforme os ensinamentos de Afonso Frederico (2014, p. 106):

Tendo como influência a Revolução Francesa (1789), bem como a Constituição Francesa de 1791, Norberto Bobbio afirmou existirem três gerações clássicas de direitos humanos relativas, respectivamente, à liberdade, à igualdade e à fraternidade. Afirma também que há uma quarta geração em construção, “referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que

permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. Com o passar dos anos, a doutrina consolidou a quarta geração, como sendo o biodireito, alcançando a engenharia genética (células tronco, clonagem e estudo do genoma), porém, Uadi Lammêgo Bulos afirma que a quarta corresponde ao “direito dos povos”. A quinta seria o direito à paz, conforme magistério de Paulo Bonavides: “O direito à paz, direito de quinta geração: sua trasladação da terceira para a quinta geração de direitos fundamentais.” Por fim, Bulos afirma que a sexta alcança a democracia, o acesso à informação e o pluralismo político. Cabe esclarecer que há outra linha doutrinária sobre a sexta dimensão: “Afirma-se, agora, a existência de uma sexta dimensão de direitos fundamentais. A água potável, componente do meio ambiente ecologicamente equilibrado, exemplo de direito fundamental de terceira dimensão, merece ser destacada e alçada a um plano que justifique o nascimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais.” A doutrina, por entender que a expressão “geração” insinuaria interrupções na evolução dos direitos humanos, acabou substituindo-a por “dimensão”.

Nas Américas, a partir da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Convenção Americana sobre direitos humanos, surge a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão principal e autônomo da OEA. A Comissão Interamericana tem como mandato promover a observância e defesa dos direitos humanos na região e atua como órgão consultivo da OEA na temática, sendo responsável pelo monitoramento contínuo dos direitos humanos no continente, conforme o estabelecido no art. 106 da Carta da OEA (OEA, 2021):

Haverá uma Comissão Interamericana de direitos humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.

Vinte anos de sua primeira visita ao Brasil, a CIDH retornou ao país, em novembro de 2018, com a finalidade de realizar um abrangente diagnóstico sobre a sua situação de direitos humanos (CIDH, 2021). A visita, que teve o objetivo de aferir os principais desafios aos direitos humanos no país, respondeu a um convite efetuado pelo Estado brasileiro em 29 de novembro de 2017, com sua data final acordada entre as partes no início de 2018.

No relatório emanado, a Comissão reconheceu que o Brasil possui um sistema democrático e um Estado de Direito com sólidas instituições democráticas e de direitos humanos. Contudo, destacou que o país enfrenta desafios na superação de aspectos estruturais historicamente negligenciados, bem como apresentou preocupantes retrocessos em algumas políticas que podem resultar em impactos negativos sobre os direitos humanos de sua população (CIDH, 2021, p. 98):

O Brasil tem um grande desafio quanto à defesa e promoção dos direitos da população LGBTI. Ao tempo em que registrou importantes avanços, segundo informação, o país possui um dos maiores índices de violência contra as pessoas cuja orientação sexual, identidade e/ou expressão de gênero e características sexuais divergem do padrão aceito pela sociedade de toda discriminação e violência endêmicas que ocorrem no país.

Sob o enfoque do respeito a direitos fundamentais e individuais, especialmente os da personalidade, destaca-se aqui a identidade de gênero. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Esse é o entendimento exposto pelo STF na ementa do julgamento da ADI nº 4275 (BRASIL, 2019a):

A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

No sentido do julgado, a dignidade da pessoa humana deve prevalecer para assentar-se o direito do ser humano de buscar a integridade e apresentar-se à sociedade como de fato se enxerga. Nessa vertente segue o Conselho Federal de Psicologia (CFP), ao editar a Resolução nº 001/2018, vedando aos profissionais submetidos a esse conselho profissional de favorecer a patologização de comportamento ou coagir seus pacientes a tratamentos não solicitados (CFP, 2018):

Art. 1º - As psicólogas e os psicólogos, em sua prática profissional, atuarão segundo os princípios éticos da profissão, contribuindo com seu conhecimento para uma reflexão voltada à eliminação da transfobia e do preconceito em relação às pessoas transexuais e travestis.

Art. 2º - As psicólogas e os psicólogos, no exercício profissional, não exercerão qualquer ação que favoreça a discriminação ou preconceito em relação às pessoas transexuais e travestis.

(...)

Art. 4º - As psicólogas e os psicólogos, em sua prática profissional, não se utilizarão de instrumentos ou técnicas psicológicas para criar, manter ou reforçar preconceitos, estigmas, estereótipos (...)

Nesse sentido, no tocante à sexualidade, Pozzetti e Rocha (2019, p. 488) destacam que “a homossexualidade, bem como a transexualidade são gêneros com especificidades distintas, que guardam relações entre si e, segundo Pozzetti (2018, p.167) “[...] o direito de gênero ou sexo, Através do qual a pessoa se identifica é um direito da personalidade; pois nem todas as pessoas identificam-se com o seu sexo

biológico”. Diante das conquistas de direitos no decorrer da história e a aceção e recepção internacional pelo respeito aos direitos humanos, não mais pode-se admitir uma ordem social pautada em modelo sexista e heterossexista, ventilando-se a absorção do respeito ao ser humano dentro dos aspectos jungidos à sociedade, sejam eles culturais, sociais e históricos.

A transexualidade é vista atualmente como uma incongruência de gênero e não mais um distúrbio mental. A Organização Mundial de Saúde (OMS) oficializou, em 2019, durante a 72ª Assembleia Mundial da Saúde, em Genebra, a retirada da classificação da transexualidade como transtorno mental (parafilia) da 11ª versão da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas de Saúde (CID 11), passando a ser classificada como “incongruência de gênero”. A incongruência de gênero é caracterizada por uma incongruência marcada e persistente entre o gênero experimentado de um indivíduo e o sexo atribuído. O comportamento e as preferências das variantes de gênero, por si só, não são uma base para atribuir os diagnósticos neste grupo (WHO, 2021). Apesar desse reconhecimento na área de saúde, os direitos da pessoa trans no Brasil continuam a ser um desafio. Nesse sentido Pozzetti e Rocha (2018, p. 179), destacam que:

No mesmo sentido, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) autorizou os tran-sexuais a se candidatarem nas cotas do gênero no qual eles se identificam nas próximas eleições, utilizando ainda o seu nome social. A decisão foi uma resposta a uma consulta feita pela senadora Fátima Bezerra (PT-RN). No voto, o ministro relator Tarcisio Vieira destacou a importância das medidas que respeitem as diversidades, o pluralismo e a individualidade de cada um.

As principais dificuldades de acesso a políticas públicas pela população transgênero residem na dificuldade em alterar a sua identidade de gênero e prenome no documento de identificação e o acesso a profissionais qualificados para atender e fazer os procedimentos desejados, principalmente no SUS. Conforme afirmam Rios, Fontes e Santos (2018, p. 600): “No Brasil, até 1997, a cirurgia de transgenitalização (redesignação do sexo masculino para o feminino ou vice-versa) era proibida. Em 2008 o Sistema Único de Saúde (SUS) liberou o procedimento para realização da mudança do sexo com os acompanhamentos necessários”.

Em 2020, o STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, equiparou o crime de LGBTfobia ao crime de racismo, um importante passo do Poder Judiciário diante da inércia do Poder Legislativo. Vale mencionar trecho do acórdão prolatado na oportunidade, *ipsis litteris* (BRASIL, 2020a, p. 10):

Dar interpretação conforme a Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-

se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI + , em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja , ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão.

No Brasil, é evidente a falta de políticas públicas específicas, visto que a agenda LGBT, nos últimos anos, vem paulatinamente sendo corroída pelo Poder Executivo Federal, além da inércia do Poder Legislativo em regulamentar a temática, fato este demonstrado pelas manifestações do Poder Judiciário visando suprir as lacunas existentes. Trata-se de verdadeiro retrocesso na agenda política e nas políticas de Estado, muitas vezes confundidas com políticas de governo contrárias às mudanças de cenário vivenciadas em todo o mundo.

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021, nos registros de crimes contra LGBTI+ no Brasil, constam 1169 casos de lesão corporal dolosa em 2020, uma variação de 20,9% em relação ao ano anterior; e 121 registros de homicídio doloso, que representou 24,7% a mais do que registrado em 2019 (FBSP; IPEA, 2019). No entanto, Levantamento da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia (GGB), divulgado em maio de 2021, registrou números mais lamentáveis: 237 mortes violentas de LGBTs em 2020 no Brasil. A entidade realiza anualmente o levantamento dessas mortes desde 1980, e apontou que houve pela primeira vez o aumento das mortes de travestis e mulheres transexuais no ano passado em relação a 2019. Segundo o GGB (2021, p. 26), foram 161 mortes de travestis e mulheres transexuais, 70% das mortes motivadas por transfobia. Cita-se, a seguinte passagem do relatório (GGB, 2021, p. 10):

No ano de 1990, foram assassinadas no Brasil 164 LGBTI+, vinte anos depois, em 2010, foram assassinadas 260 LGBTI+ no Brasil, um aumento de aproximadamente 60% no número de mortes. Entretanto, o maior número de mortes registrado foi no ano de 2017, quando foram documentadas 445 mortes de LGBTI+ no Brasil, segundo o relatório produzido pelo Grupo Gay da Bahia (...) 2020 registrou uma queda de 28% acumulando um total de 237 mortes. Apesar da redução quantitativa, ressalte-se que não existem motivos reais e factíveis para se comemorar, a redução no número de mortes motivadas pela LGBTIfobia não se deu pelo incentivo do Estado na promoção de políticas públicas de inclusão e proteção desse segmento, mas sim, por uma oscilação numérica imponderável e pela enorme subnotificação identificada durante as buscas, pesquisas e registros e também pelo desmonte – a partir de 2018 – dos investimentos em políticas públicas, campanhas de incentivo à denúncia e proteção às vítimas.

2 LEGISLAÇÃO E REGULAMENTOS MILITARES

A legislação brasileira está, toda ela, submetida aos preceitos estabelecidos na Constituição Federal do Brasil, Lei mais importante da nação e que tem supremacia sobre toda e qualquer outra lei. Nesse sentido, é importante destacar que a Constituição federal estabelece a todos a “liberdade de trabalho” ou a “liberdade de **exercício** de qualquer trabalho, ofício ou **profissão**” em seu artigo 5º.

Para compreender o posicionamento das Forças Armadas diante da inserção de pessoas transexuais na condição de militares, faz-se primordial avaliar as legislações em vigor.

A Constituição Federal de 1988, no Art. 12, 3º, inciso VI, prevê que o cargo de oficial das Forças Armadas é privativo de brasileiro nato, sem distinção de qualquer natureza entre esses brasileiros. Por sua vez, o Art. 61, 1º, inciso II, prevê que o Poder Executivo Federal possui iniciativa privativa para dispor sobre o regime jurídico das Forças Armadas. Portanto, cabe ao Presidente da República apresentar, por iniciativa privativa, projetos de lei para alterar regime jurídico das Forças Armadas. Por fim, no Art. 142, 3º, inciso X, determina-se que a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, e dentre outras regulamentações, a respeito dos direitos, os deveres e as prerrogativas (BRASIL, 1988). Portanto, os editais para definir ingresso de militares nos mais variados processos seletivos existentes em postos e graduações de inúmeras especialidades existentes, devem ser definidos com base nas leis em vigor.

Por sua vez, o Estatuto dos Militares – Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, no que diz respeito ao ingresso nas Forças Armadas, disciplina nos seguintes termos em seu Art. 10 (BRASIL, 1980): “O ingresso nas Forças Armadas é facultado, mediante incorporação, matrícula ou nomeação, a todos os brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica”.

O Art. 143 da CF/88 define que o serviço militar é obrigatório, sendo possível atribuir serviço alternativo aos que, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar. Destaca-se, ainda, que as mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir (BRASIL, 1988). A Lei que regula o serviço militar (LSM) é a nº 4.375, de 17 de agosto de 1964, e tal normativa está alinhada ao disposto no Art. 143 da Constituição Federal. Ainda, prevê, mediante regulamentação da própria LSM, a possibilidade de brasileiros naturalizados ou por opção servirem (BRASIL, 1964).

Os conscritos, brasileiros que compõem a classe chamada para a seleção, tendo em vista a prestação do Serviço Militar inicial obrigatório, passam por diversas etapas de seleção até culminar na incorporação para efetiva prestação de serviço militar. Dentre essas etapas, está a inspeção de saúde, na qual os conscritos podem receber as seguintes menções nos pareceres da junta médica militar: apto-A, incapaz-B1, incapaz-B2 ou incapaz-C (BRASIL, 1966). As avaliações de saúde dos conscritos são dadas pelas juntas médicas em observância ao disposto no Decreto nº 60.822, de 7 de junho de 1967, que aprova as “Instruções Gerais para a Inspeção de Saúde

de Conscritos nas Forças Armadas” (BRASIL, 1976a.). Dentre as causas de incapacidade, consta do anexo do referido Decreto (BRASIL, 1967b.) no Grupo V “perturbações mentais”, “desvio da personalidade” e “perturbações do comportamento”.

Por sua vez, a regulamentação de militares temporários e de carreira voluntários ocorre através de cada Força Armada, incluindo as normas específicas de saúde, conforme previsto no Art. 10, *caput*, do Estatuto dos Militares (BRASIL, 1980). Como exemplo elucidativo, passemos a considerar os regulamentos de saúde da Aeronáutica.

A Instrução do Comando da Aeronáutica (ICA) nº 160-6, que trata das Instruções Técnicas das Inspeções de Saúde na Aeronáutica, assim prevê como requisitos a serem apreciados pela junta médica nos candidatos (BRASIL, 2016):

9.2 ROTINA DO EXAME PSIQUIÁTRICO E TESTE PSICOLÓGICO () 9.2.7 O entrevistador tratará de assegurar-se da inexistência no inspecionando dos transtornos psíquicos descritos nas CAUSAS DE INCAPACIDADE previstas nas IRIS, constantes do Anexo M, e dos distúrbios de personalidade que venham a comprometer a competência e a segurança da execução de suas funções (...)

9.3 REQUISITOS PSÍQUICOS 9.3.2 PSIQUIÁTRICOS Devem ser pesquisados de maneira judiciosa, a fim de que sejam selecionados os mais capazes sob o aspecto de higidez mental

A ICA 160-06/2016 remete, ainda, aos requisitos de saúde da ICA 160-01, “Instruções reguladoras das inspeções de saúde (IRIS), que também prevê dentre os requisitos, a avaliação médica comportamental (BRASIL, 2014): “4.4 Requisitos Psíquicos: () b) psiquiátricos: devem ser pesquisados de maneira judiciosa, a fim de que sejam selecionados os mais capazes sob o aspecto de higidez mental”.

Para os militares que ingressaram na Força e adquiram alguma patologia que possa ensejar em incapacidade, seja temporária ou definitiva, a regulação de sua condição administrativa é dada pelo Estatuto dos Militares (Brasil, 1980):

Art. 106. A reforma será aplicada ao militar que:

(...)

II - se de carreira, for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas;

(...)

Art. 108. A incapacidade definitiva pode sobrevir em consequência de: VI - acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço.

(...)

Art. 111. O militar da ativa julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes do item VI do artigo 108 será reformado:

I - com remuneração proporcional ao tempo de serviço, se oficial ou praça com estabilidade assegurada; e

II - com remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou graduação, desde que, com qualquer tempo de serviço, seja considerado inválido, isto é, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho.

§ 1º O militar temporário, na hipótese prevista neste artigo, só fará

jus à reforma se for considerado inválido por estar impossibilitado total e permanentemente para qualquer atividade laboral, pública ou privada.

§ 2º Será licenciado ou desincorporado, na forma prevista na legislação pertinente, o militar temporário que não for considerado inválido.

Diante do previsto no Estatuto dos militares, o militar de carreira considerado incapaz para o serviço militar será reformado; já o militar temporário será licenciado nos casos que não esteja incapaz para atividade no meio civil.

3 CASOS DE PESSOAS TRANS OCORRIDOS NAS FORÇAS ARMADAS: O USO DA LEGISLAÇÃO PARA EXCLUIR

No Brasil, o Poder Judiciário foi instado a se manifestar em pelo menos 5 (cinco) casos de militares transexuais indevidamente reformadas ou licenciadas.

Ao menos 12 homens e mulheres trans compõe as Forças Armadas brasileiras, seja na ativa ou na reserva motivada por reforma. Além das 5 militares que foram reformadas, outras(os) 7 estão em vias de tomarem a difícil decisão de externar aos seus comandos a transexualidade (CAMPO GRANDE NEWS, 2021).

Na ação ajuizada por José Carlos Silva (ex-cabo das Força Aérea Brasileira) que, após alteração de registro, passou a se chamar Maria Luíza da Silva, a referida militar requereu seu retorno às atividades militares com anulação do processo administrativo, uma vez que foi colocada na reserva (leia-se, reformada), em 1999, prematura e ilegalmente, por ter realizado cirurgia de mudança de sexo. Conforme se verificou nos autos, a reforma deu-se porque a Aeronáutica a considerou definitivamente incapaz para o serviço militar. No voto do relator do processo no STJ, Ministro Herman Benjamin, (Brasil, 2021a), após 18 anos de tramitação da ação, assim foi exposto:

A transexual foi reformada com base no art. 108, inciso VI da Lei 6.880/80, que preceitua como hipótese de incapacidade definitiva e permanente para os integrantes das Forças Armadas: “acidente ou doença, moléstia ou enfermidade sem relação de causa e efeito com o serviço 3. A orientação sexual não pode ser considerada incapacidade definitiva, nem acidente ou enfermidade, sob pena de ofender o direito constitucional à Saúde (art. 196, CF/88), o princípio da não discriminação (art. 3º, IV, CF/88) e a própria a dignidade humana (art. 1º, III, CF/88), num dos seus desdobramentos mais sensíveis: o respeito à capacidade dos transexuais de autodeterminarem a sexualidade. 4. Comprovando-se por Perícia Médica Judicial que a embargada se encontra plenamente apta para o exercício das funções militares em tempos de paz (fls. 431/433 e 482/484), afigura-se ilegal o ato administrativo que a transferiu para a reserva (...) (gn)

Em 2018, a Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2), no julgamento do Agravo de Instrumento relativo à Ação Ordinária nº 0210689-57.2017.4.02.5101, determinou que a Marinha realocasse a 2º Sargento

Bruna Gurgel Batista que foi, indevidamente reformada de forma compulsória pelo então CID10 F64.0 (“transtorno de identidade de gênero”) vigente à época no Catálogo de Doenças da Organização Mundial da Saúde, uma vez que a referida militar era capaz para o trabalho, diante das conclusões periciais constantes dos autos. Comprovou-se no processo que o motivo predominante dos afastamentos sucessivos concedidos à parte autora foi a transexualidade, apesar de não se verificar em nenhum momento redução da capacidade cognitiva ou física da parte autora em razão da busca de sua identidade de gênero. No relatório, o desembargador federal Marcelo Pereira da Silva expõe (Brasil, 2018a):

Ao contrário disso, os relatos médicos das entrevistas clínicas observam que a depressão e a ansiedade que antes afligiam a parte autora reduziram com a assunção de sua identidade de gênero feminino. Dessa forma, a transexualidade não determina, por si só, a incapacidade laborativa, nem incompatibilidade funcional com sua condição de militar da ativa da Marinha do Brasil. Veja-se que a manifestação da AGU nem sequer faz referência ao laudo médico, limitando-se a defender a tese segundo a qual não seria possível a transposição do quadro masculino para o feminino.

Nota-se que a avaliação pericial médica é norteadora e de extrema relevância para verificar a aptidão física e mental do militar, independentemente de ser transexual ou não, seja qual for a orientação sexual: heterossexual, homossexual ou bissexual. No voto supracitado, vale mencionar um trecho relevante (Brasil, 2018a):

Considerando que a decisão recorrida não versa sobre a transferência de cargos entre os quadros masculino e feminino do corpo da Marinha - para o que se exige a necessária observância do princípio da legalidade, bem como do acesso através de concurso público - não exsurgem das razões recursais elementos capazes de reformar a decisão agravada que determinou tão somente a suspensão do processo de reforma compulsória e a retificação de seu prenome e gênero em seus assentamentos e no tratamento interpessoal, sendo certo que tal retificação encontra amparo legal (grifamos).

O magistrado aponta que possível discussão a respeito da admissão do militar trans em quadro incompatível com o gênero assumido pode ensejar possível reforma, uma vez que não há previsão legal para transferência de cargos nas Forças Armadas.

O preconceito e a discriminação de gênero ainda é vívido e significativo no meio castrense. Em um estudo conduzido por Tagata (2018, p. 33) é possível perceber que a maior dificuldade das mulheres oficiais aviadoras na Força Aérea Brasileira relaciona-se a estereótipos de gênero, que levam a um preconceito (35,2%) com relação a suas capacidades profissionais, em especial quando estão pilotando uma aeronave. Esse estereótipo é reforçado pelo machismo, prejulgamentos e questionamentos sobre “funções típicas de mulher”. As disparidades de gênero, estereótipos pautados em um histórico no qual foram construídas as Forças Armadas, marcados por diferentes

“masculinidades”, colaboram para as dificuldades de aceitação e ingresso do transexual no meio castrense. Como disserta Tagata (2018, p. 39):

Os problemas que as mulheres enfrentam no meio militar não são tão diferentes dos vivenciados nas organizações civis. Estereótipos de gênero, que vinculam a elas características como fragilidade, sensibilidade e emoção, bem como a expectativa sobre seu papel social clássico de mãe e esposa, tornam-se verdadeiros obstáculos a um tratamento igualitário e à progressão na carreira.

Tal fato está diretamente atrelado ao contexto cultural ocidental, que existe sob o prisma de uma masculinidade dominante, no qual as instituições almejam manter a autoridade dos homens imersos em um ambiente que naturaliza essa hegemonia, conforme destaca Schwether e Pagliari (2018, p. 1):

Sob o prisma de uma masculinidade hegemônica, as normas e as instituições almejam manter a autoridade dos homens em um ambiente cultural e midiático que naturaliza a opressão feminina. (...) as forças armadas são consideradas uma instituição patriarcal, na qual reifica-se a posição dos homens como dominantes.

Há um quadro manifesto de dominação simbólica, ou seja, o exercício de poder de um grupo sobre outro sem a necessidade de força física. Na sociologia militar, examina-se como diferentes “masculinidades militares” são cultivadas e sustentadas dentro do ambiente cultural militar. Essas “masculinidades” refletem uma série de práticas de gênero que ocorrem em ambientes culturais militares. A masculinidade hegemônica converge em torno de noções de “dureza” física e emocional, estoicismo, autoconfiança, agressividade, e um forte senso de identidade heterossexual, conforme destaca Cooper (2016, p. 4):

The plural version of the term “masculinities” reflects the notion that there are a range of gendered practices that take place within military cultural settings and that masculinity is not a fixed personality trait but rather a fluid and contextual performance; something that is done or acted out within a particular cultural setting. This plurality of masculinities is, however, structured by a rigid hierarchy that positions dominant or “hegemonic” masculinities as most symbolically valuable. Following Connell (1995), hegemonic masculinity refers to overriding ways of being male, through masculine attributes, practices, and identities, which are privileged over other masculinities and which are constructed in opposition to femininity. Within military culture, hegemonic masculinity converges around notions of “hardness” of physical and emotional toughness, stoicism, self-reliance, aggressiveness, and a robust sense of heterosexual identity.

Essas masculinidades a que se refere o autor, reforçam preconceitos e, por vezes, dificultam as mudanças regulamentares e práticas para a aceitação de cidadãos

na condição de militares, considerando a diversidade de atributos relativos a sexo, raça, orientação sexual ou condição social.

Outro lamentável que reflete o pensamento preconceituoso e resistente de militares e da mídia dirigida a esse público é com relação à atitude de oficiais intermediários que sequer respeitaram a própria instituição militar, e, diante de ato irresponsável e ilícito, expuseram transexual que se apresentou para o alistamento militar, em 2015, no Quartel de Quitaúna/ São Paulo, conforme trecho exposto no acórdão condenatório (BRASIL, 2018b):

A parte autora compareceu na manhã de 23/9/2015 ao Quartel de Quitaúna para - junto com um número elevado de adolescentes - regularizar a sua situação diante da ordem constitucional de apresentar-se para o alistamento militar. Consta da inicial que a parte autora “foi vestida conforme a sua identidade de gênero, ou seja, de acordo com o que se reconhece e sente: como mulher” (fls. 8), já que se afirma na condição de transexual. Afirma que durante o tempo em que esteve no recinto militar - e onde obteve a dispensa para o serviço militar - foi fotografada por militares que se achavam acomodados em um plano superior. Sem que soubesse, seu certificado de alistamento militar (fls. 11) - lavrado com seu nome de batismo - também foi fotografado. As fotografias de sua pessoa e de seu documento militar foram veiculadas por meio de *whatsapp* e de *facebook*, e a parte autora tornou-se vítima de dor íntima e grande sofrimento, porque passou a ser procurada através de telefonemas para fazer “programas sexuais” e outras grosserias, além de ameaças por sua condição sexual. O Exército instaurou inquérito policial militar/IPM onde se apurou que um capitão que se achava observando os jovens alistandos, em companhia de outros oficiais, bateu as fotografias com seu celular e as compartilhou com outro capitão; este, por sua vez, colocou as fotos na *internet*.

De toda sorte, o Poder Judiciário tem cumprido um papel-chave no avanço da matéria em termos de direitos humanos no Brasil, seja pela atuação dos Tribunais, ou por medidas extrajudiciais adotadas pelo Ministério Público Federal e pela Defensoria Pública.

Segundo a advogada Bianca Figueira, oficial superior da Marinha reformada compulsoriamente, ao conceder entrevista para a revista Campo Grande News (2021), mencionou:

Os tempos mudaram, pelo menos um pouco. A sargento que trabalha em Mato Grosso do Sul não é a única trans atuante nas Forças Armadas, mas é a primeira que teve de ir à Justiça e ganhou o direito de usar o próprio nome nas plaquetas dos uniformes. Nos quadros do Exército, a major Renata Gracin é militar trans, de Infantaria, lotada em hospital de São Paulo. “Ingressar com a ação foi uma medida extrema. A verdade é que a major Renata pôde fazer toda a transição [do gênero masculino para o feminino], porque nos dias de hoje, uma reforma compulsória pode caracterizar transfobia. Ninguém quis assinar a portaria de reforma. Mas, a Marinha poderia [em relação aos

requerimentos de Alice] seguir o mesmo caminho, já que o Exército assumiu a major Renata”, opina a advogada. (gn)

A despeito dos avanços no Poder Judiciário, ainda se notam certas resistências à efetiva inserção do militar transexual em quadros e postos, quicá aqueles que galgam altas patentes e cargos de comando nas Forças Armadas.

Um dos exemplos, é o posicionamento do Poder Judiciário prestigiando o princípio da legalidade em detrimento de outros princípios, o qual quando sopesado sob o prisma da dignidade humana, não deveria prevalecer no caso concreto. Veja-se a decisão proferida em julgamento de apelação do TRF-2, conforme trecho extraído da ementa do respectivo julgado (Brasil, 2020b):

Não houve ato ilícito por parte da União. A autora pertencia a quadro exclusivamente masculino (Corpo da Armada da Marinha do Brasil) e não havia como mantê-la nesse quadro, se ela pertence a gênero diverso. Ademais, já houve litígio, com trânsito em julgado, em desfavor da autora. Na época, o transexualismo era elencado como transtorno mental, e do ponto de vista textual era cabível a reforma. Ainda que hoje seja incorreto falar em doença, categorização afastada pela ciência, a readmissão da apelante demandaria modificações do quadro masculino, e exige tanto providências de organização administrativa quanto outras de previsão legislativa. Apelação desprovida.

O Ministério Público Federal, após receber os autos do inquérito civil nº 1.30.0001.000522/2014-11, instaurado com a finalidade de apurar reformas de militares por sua condição ou orientação sexual, sob o fundamento da incapacidade para o serviço militar, notificou e expediu a Notificação/ Recomendação PRDC/RJ/Nº 04/2017 aos Comandos da Marinha do Brasil, do Exército Brasileiro, da Força Aérea Brasileira, do qual se extrai o trecho abaixo (BRASIL, 2017, p. 8):

que a transexualidade não seja considerada como motivo determinante para a reforma de militares, nem como forma de incapacidade para o exercício da atividade militar; B) que sejam estabelecidos programas de reabilitação ou transferência de militares transexuais em funções compatíveis em outros Corpos ou Quadros das Forças Armadas, caso exerçam originalmente funções que não podem ser ocupadas por mulheres; C) que sejam implementados programas de combate à discriminação, voltados à erradicação da homofobia e transfobia, de modo a não excluir das Forças Armadas as pessoas transgênero ou homossexuais.

Os órgãos fiscalizadores e tutores dos direitos fundamentais devem acompanhar de forma regular as atividades das Forças Armadas, verificando se homens trans que desejem servir estão tendo a oportunidade, bem como para aqueles que se candidataram a processos de seleção para postos e graduações dentro das Forças Armadas.

Com o entendimento do STF a respeito do crime de transfobia equiparar-se ao crime de racismo, com as recomendações expedidas pelo Ministério Público Federal e pela Defensoria Pública da União, aliados ao fato da exclusão da transexualidade

como doença na CID11, o que se nota é uma mudança gradual de comportamento da administração militar para com a manutenção de militares trans na ativa.

Verifica-se, a despeito disso, que nas Força Armadas é nítida a conduta de excluir e reformar o militar transgênero. Após a despatologização na CID-11 quanto à transexualidade e considerando a posição do Poder Judiciário nos casos acima, outras brechas “legais” podem ser encontradas pela administração militar para manter o transexual à margem do meio castrense, uma vez que a própria transexualidade como argumento, torna o ato eivado de ilegalidade.

Um dos grandes trunfos seria pautado no princípio da legalidade, utilizando-se a previsão legal da observância dos requisitos de saúde emanados pelas Forças Armadas para quem quer servir. Esse posicionamento é adotado pelo STF. O Plenário do STF já se manifestou quanto à legalidade da observância dos requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica para ingresso nas Forças Armadas, diante das peculiaridades da atividade castrense, que exigiriam critérios de admissão mais rigorosos relativamente à saúde e às condições físicas dos candidatos. Segundo a ementa do julgado (BRASIL, 2019b), “o afastamento das normas de ingresso no serviço militar teria potencial de causar grave lesão à ordem pública pelo risco de ser admitido o ingresso na corporação de candidatos que não cumprem as exigências de saúde necessárias para o desempenho das atividades castrenses”. Sendo assim, por trás dessas normas e dos argumentos das peculiaridades do meio castrense, pode-se vislumbrar outras causas capazes de inviabilizar o ingresso de candidato transexual ou a manutenção do militar transexual na ativa. Pode parecer, a um primeiro momento, um argumento precipitado, no entanto, a falta de um acompanhamento e fiscalização das atividades castrenses por outros órgãos e entidades defensoras de direitos fundamentais, pode possibilitar tal “manobra”.

O próprio TRF-2 já manifestou o pensamento da Marinha nesse sentido, ao discorrer a respeito da alegação infundada das Forças Armadas que a transexualidade das militares induziria a índices mais elevados associados a transtornos como ideação suicida, depressão, insatisfação pós-cirurgia de mudança de sexo e alterações advindas da terapia hormonal. É sabido que distúrbios de ordem psicossomática são provenientes da forma de tratamento de parcela da sociedade ao transexual, advindos de dor e sofrimento diante do preconceito existente e de políticas falhas ou inexistentes de inserção adequada no meio social. Conforme assinala Mônica e Santos (2020, p. 1150):

As Forças Armadas alegam ainda que a transexualidade das militares induziria a índices mais elevados de associação com outros transtornos psiquiátricos, pensamentos suicidas e até a possibilidade de insatisfação pós-cirurgia de transgenitalização, bem como repercussões na saúde e risco de complicações graves com o uso da terapêutica hormonal. Sabe-se que não é a transexualidade que acarreta qualquer comorbidade, mas sim o tratamento que parcela da sociedade dispensa às pessoas transexuais que propicia o acometimento de determinados distúrbios de ordem psicossomática, como bem destaca o trecho do compêndio médico, trazido pela própria Marinha nos processos pesquisados (TRF2, Ação Ordinária nº0036388-94.2018.4.02.5102, on-line).

Estudos trazidos no Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020, por Benevides e Nogueira (2021), demonstram a mesma conclusão na perspectiva do ambiente de rejeição familiar, destacando que as pessoas travestis e transexuais que estavam no ambiente doméstico demonstraram maior proporção de ideação suicida quando comparados com aqueles que tinham sido expulsos do núcleo familiar. Portanto, não basta incluir o militar trans no quadro das Forças, essa inclusão deve significar respeito, recepção no meio de trabalho, que traga ao militar trans a noção de pertencimento àquele grupo, sendo tratado com isonomia e paridade aos demais militares. Aliás, atos administrativos nesse sentido corroboram os princípios basilares que devem reger a administração pública, especialmente a impessoalidade, moralidade e eficiência.

A exclusão com base em patologias discriminadas nos regulamentos, que não transexualidade expressamente, a exemplo da supracitada ICA 160-06 da Aeronáutica, pode ser de difícil comprovação quanto ao desvio de finalidade do ato administrativo, e tal demonstração em juízo certamente exigirá esforço, desgaste e constrangimentos para o militar trans ou o candidato trans em processo seletivo militar, passando por um longo e desgastante processo judicial, pericial e conduzido sob diversas instâncias recursais por parte da União, conforme se percebe o padrão da Procuradoria Geral da União ao defender atos administrativos da administração pública.

Com o fim de reforçarmos os argumentos em prol de transexuais servindo no meio militar, é interessante vislumbrar o posicionamento de outras Forças Armadas no mundo, para verificar qual o entendimento quanto à atuação do militar trans. Vale mencionar a seguinte informação trazida por Mônica e Santos (2020, p. 1167): “O primeiro país do mundo a reconhecer e permitir pessoas transexuais nas Forças Armadas foi a Holanda, em 1974. () Em Israel, o Exército permite a adequação de gênero e sexo aos militares que assim o desejarem”.

O Departamento de Defesa dos Estados Unidos, a partir de abril de 2021, definiu estratégias políticas para militares trans. O Exército disponibiliza aos militares um processo pelo qual eles podem fazer a transição de gênero durante o serviço. Um membro do serviço não pode ser dispensado involuntariamente ou negado o realistamento unicamente com base na identidade de gênero. Segundo a NPR, uma organização de mídia independente nos Estados Unidos (WAMSLEY, 2021), “a *Defense Health Agency* está desenvolvendo diretrizes de prática clínica para apoiar o tratamento médico de militares com diagnóstico de incongruência de gênero”. Estima-se no Exército americano, incluindo militares da reserva, entre 2.150 a 10.790 militares transexuais (BBC News, 2019). Neste ano, a Dra. Rachel Levine, secretária-assistente de Saúde de 63 anos, foi a primeira mulher transgênero a ocupar um cargo de almirante quatro estrelas nas Forças Armadas dos Estados Unidos (TEIXEIRA, 2021). São exemplos positivos da política de inclusão e oportunidade ao público trans no meio militar.

Vale citar, por oportuno, o posicionamento do então Secretário de Defesa dos Estados Unidos no ano de 2016, durante a administração do então presidente norte-americano Barack Obama, conforme mencionado por Wamsley (2021): “concluiu [o Secretário de Defesa] que permitir que indivíduos transgêneros servissem nas forças armadas era consistente com a prontidão militar e com a força através da diversidade,

sendo apropriado criar um processo que permitisse aos militares tomarem medidas para fazer a transição de gênero durante o serviço.”

Segundo Okros e Scott (2015), apesar do preconceito e das fraquezas constantes na formulação e execução de políticas para inclusão de minorias nas Forças Canadenses, não se identificou evidências de prejuízos na eficácia operacional com a permissão de indivíduos transgêneros servindo abertamente. Estima-se que o componente ativo das Forças Canadenses inclui aproximadamente 265 transexuais. Em 2011, o Cirurgião Geral das Exército do Canadá relatou que aproximadamente um membro do serviço é submetido a procedimentos cirúrgicos para mudar de gênero a cada ano. Vale citar a seguinte passagem da pesquisa de Okros e Scott (2015, p. 249), ao se referir à percepção de comandantes militares canadenses que serviram no Afeganistão:

We interviewed commanding officers about the impact of transgender-inclusive policies. All twelve commanding officers we interviewed confirmed that transgender-inclusive policies have had no negative impact on operational effectiveness. Of note, all but one of the twelve had served in operations in Afghanistan and hence had firsthand experiences assessing units with which they had deployed.

Percebe-se, pois, a tendência favorável à aceitação e inclusão do público transexual, bem como o incentivo a servir o Exército, em países com democracias sólidas e desenvolvidas.

As decisões do Poder Judiciário, bem como as interferências da Defensoria Pública e do Ministério Público, conforme exposto acima, são fundamentais para incentivar a mudança de comportamento dentro das Forças Armadas brasileiras. Desse modo, o governo brasileiro deve se alinhar aos posicionamentos de países que fazem valer de fato os direitos humanos à população trans, ao permitir sua participação na seara castrense, esforçando-se para enriquecer a agenda LGBTI+ no Brasil e fomentar a concretização de direitos humanos. Sendo as Forças Armadas instituições sólidas e de respeito frente a sociedade brasileira, seu papel torna-se de grande relevância nessa concretização de direitos humanos LGBTI+.

O grande desafio que se impõe em um futuro próximo é que a manutenção do militar transexual na ativa implicará em adaptações dos regulamentos militares, como por exemplo, a possibilidade de migração de quadros em casos de mudança de identidade de gênero do militar que componha quadro incompatível com seu novo gênero; a atualização das normas de saúde, excluindo de forma expressa a transexualidade como comportamento desviante sem dar margens a interpretações dúbias; a inserção de condutas médicas para acompanhamento de saúde dos militares trans e disponibilização de medicamentos nos sistemas de saúde das Forças Armadas. Essas alterações serão um verdadeiro impulsionador para a admissão de mulheres em cargos que até o momento são restritos a homens (como por exemplo, cavalaria e artilharia no Exército Brasileiro¹¹⁸⁵; levantar-se-á a questão da adaptação

¹¹⁸⁵ Dentre os requisitos do edital para o processo seletivo de cadetes do Exército 2022, destaca-se (BRASIL, 2021b): “§ 4º Durante a realização do Curso na AMAN, o Cadete do sexo masculino optará por um dos

dos alojamentos para equipes de serviço; e o mais relevante: permitir um meio de trabalho saudável e receptivo, que somente se concretizará com o foco e investimento em educação do efetivo militar, conscientização e respeito.

Ademais, a atuação fiscalizatória de órgãos competentes para verificar a isonomia na seleção de conscritos, evitando-se que um jovem transexual que deseje servir, seja excluído por excesso de contingente, para mascarar preconceitos e a excluir esse público que deseja servir à pátria de seu país, sendo muitas das vezes, uma primeira oportunidade de emprego com a possibilidade de novos rumos no mercado de trabalho.

Portanto, deve o Congresso Nacional agir, deve o Poder Executivo Federal agir, todos dentro das esferas de competência constitucionais para legislar e administrar.

A reeducação no meio militar deve ter por escopo a construção de um ambiente receptivo ao militar transexual, pois muitas das doenças desse grupo minoritário são fruto da discriminação, conforme se verifica em depoimentos de trans e na violência simbólica e cultura de masculinidades existentes no meio castrense. De nada adianta alocar o militar trans no meio de trabalho, se o mesmo sofrer agressões psicológicas e mentais, seja por qual tipo de violência for - tradicional ou moderna, direta ou cultura, institucional ou subjetiva, estrutural ou simbólica - o que permitiria seu afastamento do ambiente laboral e, por vezes, a própria reforma. Nesse caso, não estaríamos diante do alcance do pleno direito de personalidade, do direito da pessoa ser, existir e trabalhar. Os direitos humanos abrangem essa concepção alargada e com efeitos dispersos, devendo, pois, todo o aparato da administração militar evoluir concomitantemente para permitir a plena realização dos direitos fundamentais de todos.

O preconceito é formado por conflitos surgidos durante o processo de socialização, de modo que há raízes sociais e psicodinâmicas na sua constituição, conforme Oliva (2016, p. 353) destaca:

A velocidade das mudanças dificulta que o sujeito consiga modificar sua consciência pela incorporação do novo ao velho. Não há tempo para a percepção das mudanças no objeto e uma consequente mudança no sujeito. Pela quebra na continuidade da experiência (velocidade da transformação), a identificação é dificultada e a consciência moral é mal formada. Conforme os autores, o ideal seria uma sociedade que valorizasse a formação pela continuidade da experiência, o que possibilita a incorporação do novo ao velho e a modificação do eu.

Dessa forma, a educação, preparo e possibilidade de autocrítica quanto às mudanças de paradigmas sociais são fundamentais para o processo de inclusão, aceitação e respeito do diferente ao padrão militar tradicionalmente construído. E essa abordagem deve ser realizada paulatinamente no percurso da educação do cidadão militar, sendo notável a importância durante os cursos de formação militares, pois em muitos desses cursos ingressam jovens a partir de 16 anos. Como ensina Oliva (2016),

seguintes cursos: Infantaria; Cavalaria; Artilharia; Engenharia; Comunicações; Intendência; ou Material Bélico. Essa escolha será subordinada ao rendimento escolar, conforme o preconizado pelo Regimento Interno da AMAN e respeitados os percentuais estabelecidos pelo EME" (grifamos).

a educação sem idealizações pode auxiliar na formação de uma personalidade bem estruturada e de uma consciência moral bem estabelecida para que os sujeitos sejam emancipados e esclarecidos.

Ademais, o conhecimento e contato com o tema é fundamental para a construção de uma educação inclusiva, uma vez que falsas concepções culturalmente construídas e que, combinadas à falta ou dificuldade de acesso a informação, favorecem a manutenção de preconceitos e estigmas sociais em torno da temática.

Outro fator a ser levado em consideração é que as próprias políticas militares e o tradicionalismo no qual se desenvolveu as Forças Armadas, sejam causas de possível incidência elevada de transexuais no meio castrense, considerado como ambiente propício à adaptação de uma fase de hipermasculinidade que pode ser vivenciada por pessoas com incongruência de gênero, conforme conclusões do estudo capitaneado pelo psiquiatra militar George Brown (1988). Com a mudança de percepções na sociedade e a tendência ao respeito cada vez mais amplo aos direitos humanos de todos, resta claramente possível o aumento de militares que se permitam ser e existir, como por exemplo, conforme sua autoidentificação sexual e de gênero, sua orientação sexual, implicando em uma incidência maior de transexuais no meio castrense. Para isso, o Estado deve estar preparado e preparar os agentes públicos, militares e sociedade.

Mesmo sem lei, o ato administrativo deve seguir os parâmetros Constitucionais, o que significa dizer que o administrador deve resolver impasses administrativos *pro persona*, o que pode muito bem o Alto Comando das Forças Armadas executar em casos como expostos acima (por exemplo, a recolocação do militar trans em outro quadro, ainda que silente o regulamento); para os processos de seleção e incorporação deve haver um maior engajamento, acompanhamento e fiscalização de órgãos de controle e responsáveis pela garantia dos direitos fundamentais. Deve-se minar o assédio, a fofoca, a transfobia recreativa, “falar por baixo dos panos ou nos bastidores”. E, não menos importante, o preparo do sistema de saúde da Força para tratamento, acompanhamento da condição peculiar do militar trans, além de políticas inclusivas de forma real, em cursos, treinamentos e missões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática que movimentou essa pesquisa foi a de se identificar em que medida emergem condutas contrárias à dignidade do transexual no meio castrense e quais as medidas de políticas internas devem ser adotadas para manter as Forças Armadas brasileiras no rumo democrático, inclusivo e respeitador de direitos humanos. Os objetivos da pesquisa foram alcançados à medida em que se analisou a legislação brasileira e as decisões judiciais no tocante à essa problemática.

Verificou-se que práticas adotadas pelas Forças Armadas ainda teimam em excluir o militar transexual, utilizando-se, para isso, o princípio da legalidade para reformar militar trans devido à incompatibilidade ou não previsão do sexo feminino em alguns quadros; as brechas legais para excluir por excesso de contingente, bem como a utilização das normas de saúde para excluir a pessoa trans por qualquer motivo

que não o CID de transexualismo não mais em vigor. Por outro lado, o Poder Judiciário, diante das decisões publicadas, tem exigido a mudança de postura e maior inclusão do militar trans na ativa. Porém, isso não é suficiente para garantir direitos humanos do militar trans.

O Poder Executivo e Legislativo devem dar uma guinada em outra direção na matéria afeta ao transexual militar. Promover políticas públicas para a efetiva inclusão social e profissional dos mesmos que desejam servir à Pátria. Os preconceitos concebidos por motivos históricos e sociais de outrora não podem anacronicamente existirem e soarem como naturais na realidade que se vive hoje. As Forças Armadas possuem papel ímpar para o Brasil, desenvolvem tecnologias, atuam na segurança pública, ainda que excepcionalmente, realizam missões de paz e atividades sociais, contribuem para a defesa das fronteiras do país e devem estar abertas a todos os cidadãos que desejem servir e contribuir para o Brasil.

Verificou-se, ao longo do trabalho, que o militar trans em outras Forças estrangeiras são bem-vindos, contribuem com a instituição e não inviabilizam a atividade operacional; que o censo comum está errado em supor que desordens psicológicas advém do fato de ser trans, mas sim da exclusão repugnante que se realiza no meio laboral.

As decisões judiciais não devem ser mal recebidas e mal interpretadas pela corporação de militares. É um dever de todos recepcionarem o militar trans e promover sua inserção, permitir seu desenvolvimento técnico e militar, agregando valor ao militar trans enquanto pessoa humana, bem como para a própria Força Armada, enquanto militar.

É um desafio enorme, mas o foco das políticas internas a serem adotadas pelas Forças Armadas devem visar a aniquilação da transfobia recreativa, do desrespeito, da exclusão social, da falta de acolhimento, ensinando os militares a conviverem com a diversidade e efetivar a inclusão do militar trans. Só assim as Forças Armadas brasileiras cumprirão seu compromisso com a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- BBC News (2019). Transgender ban: How many are serving in US military? By Reality Check team. 12 April 2019. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/www.bbc.com/news/world-us-canada-40950946>. amp. Consulta em 17 dez. 2021.
- BENEVIDES, Bruna; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim (Orgs). Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020 / São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2021 136p. Disponível em: <https://antrabrasil.org/assassinatos/>. Consulta em 17 nov. 2021.
- BRASIL (1964). Lei do Serviço Militar. Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm. Consulta em 10 de nov. 2021.
- BRASIL (1966). Regulamenta a Lei do Serviço Militar. Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d57654.htm. Consulta em 10 nov. 2021.
- BRASIL (1967a). Decreto nº 60.822, de 7 de junho de 1967. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D60822.htm. Consulta em 15 nov. 2021.
- BRASIL (1967b). Anexo do Decreto nº 60.822, de 7 de junho de 1967. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/anexo/dec60822-67an.pdf. Consulta em 15 nov. 2021.
- BRASIL (1980). Estatuto dos Militares. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Consulta em 10 nov. 2021.
- BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF. Presidência da República: Casa Civil, Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Consulta em 12 nove.2021.
- BRASIL (2014). Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. ICA 160-01/2002, “Instruções reguladoras das inspeções de saúde (IRIS). Aprovada pela Portaria nº 1.531/GC3, de 15 de setembro de 2014, aprova a 2ª modificação da ICA 160-01. Publicada no Boletim do Comando da Aeronáutica nº 175, de 16 de setembro de 2014.
- BRASIL (2016). Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. ICA 160-6/2016, “Instruções Técnicas das Inspeções de Saúde na Aeronáutica”. Aprovada pela Portaria DIRSA nº 8/SECSDTEC, de 27 de janeiro de 2016. Disponível em: <https://www.convocacaotemporarios.fab.mil.br/candidato/avisos.php>. Consulta em 16 nov. 2021.
- BRASIL (2017). Ministério Público Federal (MPF). Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão. Inquérito Civil nº 1.30.001.000522/2014-11. Notificação/Recomendação PRDC/RJ/Nº 04/2017. Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2017. 8 p. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-deimprensa/docs/pr-rj/recomendacaotransexuais-forcas-armadas>. Consulta em 13 nov. 2021.
- BRASIL (2018a). TRF-2. Agravo de Instrumento - Turma Espec. III - Administrativo e Cível nº CNJ: 0000511-73.2018.4.02.0000 (2018.00.00.000511-0). Relator Desembargador Federal Marcelo Pereira da Silva. Data da publicação (DJE) 22 de outubro de 2018.
- BRASIL (2018b). TRF-3. Apelação Cível nº 2288333 / SP 0049184-73.2015.4.03.6144. 6ª Turma. Relator Desembargador Federal Johonsom Di Salvo. Data da publicação (DJE) 18 de julho de 2018. Disponível em: web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=2. Consulta em 19 nov. 2021.
- BRASIL (2019a). STF. ADI nº 4.275/DF. Acórdão. Relator Min. Marco Aurélio. Data de publicação (DJE) 07/03/2019 - ATA Nº 23/2019. DJE nº 45, divulgado em 06/03/2019. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/listarProcessos.asp?classe=&numeroProcesso=4275. Consulta em 12 nov. 2021.
- BRASIL (2019b). STF. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 795. Relator Min Presidente. Plenário. Data da publicação no DJE em 23 de abril de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201902205290&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Consulta em 16 nov. 2021.
- BRASIL (2020a). STF. ADO nº 26/DF. Acórdão. Relator Min. Celso de Mello. Data de publicação (DJE) 06 de outubro de 2020. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Consulta em 12 nov. 2021.
- BRASIL (2020b). TRF-2. Apelação Cível nº CNJ 0036388-94.2018.4.02.5102 (2018.51.02.036388-8). 6ª Turma Especializada. Relator Desembargador federal Guilherme Couto de Castro. Data da publicação (DJE) 15 de julho de 2020. Disponível em <https://www10.trf2.jus.br/consultas?movimento=cache&q=cache:xYa9lr1Fr8MJ:acordaos.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201851020363888%26co>

- ddoc%3D2573303%26datapublic%3D2020-07-21%26pagdj%3D323+transexual+e+forças+armadas&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8. Consulta em 11 nov. 2021.
- BRASIL (2021a). STJ. Agravo em Recurso Especial nº 1.552.655/DF, 2ª Turma. Relator Min Herman Benjamin. Data da publicação (DJE) 16 de abril de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201902205290&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Consulta em 16 nov. 2021.
- BRASIL (2021b). Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Edital nº 02/21, de 29 de abril de 2021. Concurso de admissão à escola preparatória de cadetes do Exército. Disponível em: <https://www.eb.mil.br/web/ingresso/militar-de-carreira>. Acesso em: 29 jun. 2021.
- BROWN, George R. Transsexuais in the Military: Flight Into Hypermasculinity. *Archives of Sexual Behavior*, v. 17, Nº. 6, 1988.
- CAMPO GRANDE NEWS. Advogada que conquistou vitória para trans já foi chamada de “doente” na Marinha Representada por militar reformada, Alice é da “tropa” que luta para ser transexual nas Forças Armadas. Por: Anahi Zurutuza, divulgação em 13/07/2021, 18:59. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/brasil/cidades/advogada-que-conquistou-vitoria-para-trans-ja-foi-chamada-de-doente-na-marinha>. Consulta em 19 nov. 2021.
- CDIH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) (2021). Situação de direitos humanos no Brasil. Relatório de país: Brasil. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 9. 12 fevereiro 2021. 207 p. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Consulta em 12 nov. 2021.
- CFP (Conselho Federal de Psicologia). Resolução nº 1, de 29 de janeiro de 2018. Estabelece normas de atuação para as psicólogas e os psicólogos em relação às pessoas transexuais e travestis. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2018/01/Resolucao-CFP-01-2018.pdf>. Consulta em 24 nov. 2021.
- COOPER, Linda. *et al.* Transition From the Military Into Civilian Life: An Exploration of Cultural Competence. *Armed Forces and Society*, v. 44, n. 1, p. 156–177, 2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos humanos e cidadania. 2. ed. ref. São Paulo: Moderna, 2004, p. 9
- FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública); IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) org. Atlas da Violência 2019-infográfico. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, v. 126, n. 1, 100 p., 2019. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/atlas-da-violencia/>. Acesso em 10 jul.2021.
- FREDERICO, Afonso. Direitos Humanos e Direitos Humanos Fundamentais. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2014, 106 p.
- GGB (Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia). Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020: Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia; /Alexandre Bogas Fraga Gastaldi; Luiz Mott; José Marcelo Domingos de Oliveira; Carla Simara Luciana da Silva Ayres; Wilians Ventura Ferreira Souza; Kayque Virgens Cordeiro da Silva; (Orgs). 1. ed. Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021. 79 p. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/05/Observatorio-de-Mortes-Violentas-de-LGBTI-13mai2021.pdf>. Consulta em 19 nov. 2021.
- SCHWETHER, Natália Diniz; PAGLIARI, Graciela de Conti. Políticas de gênero para a Defesa: os casos de Argentina e Brasil. *Revista de Sociologia e Política*, v. 26, n. 65, p. 1-14, mar. 2018.
- OEA – Organização dos Estados Americanos (2021). Tratados Multilaterais. Carta da Organização dos Estados Americanos (A-41). Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/tratados_A41_Carta_da_Organizacao_dos_Estados_Americanos.htm. Consulta em 24 nov. 2021.
- OKROS, Alan; SCOTT, Denise. Gender Identity in the Canadian Forces: A Review of Possible Impacts on Operational Effectiveness. *Armed Forces & Society*. 2015, Vol. 41(2) 243-256.
- OLIVA, Diana Villac. Raízes sociais e psicodinâmicas do preconceito e suas implicações na educação inclusiva. *Psicologia Escolar e Educacional*, SP. v. 20, nº 2, maio/agosto de 2016, p. 349-356.
- PALMA, Najla Nassif. Direito Internacional Humanitário. Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas. Unidade 1. 2016. 45 p.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos, culturais e Direitos civis e políticos. SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 1, nº 1, 1º semestre de 2004, 47p.
- POZZETTI, Valmir César e LIMA, Helton Carlos Praia de. PRECONCEITO RACIAL E JUSTIÇA SOCIAL: UMA VISÃO EPISTEMOLÓGICA JURÍDICA A PARTIR DA ARTE. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva | Belo Horizonte | n.34 | p 13-27 | jan./abr. 2018 | ISSN 1678 8729 |*. Disponível em: <https://revistas.cenunp.br/revista-eletronica-de-direito/article/view/1327>.

- newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/REVISTA-DO-DIREITO_N34.pdf, consultada em 19 dez. 2021.
- POZZETTI, Valmir César e ROCHA, Nicolle Patrice Pereira. A patologização da identidade “trans”: uma violação aos direitos fundamentais. *Revista DIREITO UFMS; Campo Grande, MS; v. 4 | n. 2; p. 175 – 185; | j u l./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/download/6061/5454>, consultada em 02 dez. 2021*
- POZZETTI, Valmir César e WOLFF, Fernando Leitão. Garantias dos Direitos Individuais e Sociais do Trabalho, no Âmbito da Terceirização. *R. Themis, Fortaleza, v. 17, n. 1, p.201-242, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/692/578>, consultada em 10 dez. 2021*
- POZZETTI, Valmir César e ROCHA, Nicolle Patrice Pereira. do direito a identidade de gênero no brasil e a importância da educação cultural. *Revista Argumentum – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, v. 20, N. 2, pp. 485-500, mai.-ago. 2019. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/1117/720>. Consultada em 02 dez. 2021*
- RIOS; Beatriz Falcão Rios; FONTES, Tarik Vervloet; SANTOS, Fábio da Silva. A proteção de direitos sociais dos transgêneros: impactos da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275 no Brasil. *R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 115 p. 591 - 610 jan./dez. 2020.*
- SAMPAIO, Líliliana Lopes Pedral; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. Quando o estranhamento se traduz em preconceito: trajetórias de vida de pessoas transexuais. *In: Minorias Sexuais – direitos e preconceitos. Brasília: Editora Consulex, 2012. p. 343-344.*
- SANTOS, Bianca Figueira; MONICA, Eder Fernandes. A reforma compulsória de militares transexuais das Forças Armadas brasileiras sob uma perspectiva global comparada. p. 1137-1175. *In: MONICA, Eder Fernandes et al. Los desafíos de la Globalización: respuestas desde América Latina y La Unión Europea. ACTAS: IV Congreso Internacional Globalización, Ética y Derecho. Madrid, Universidad Complutense de Madrid; Niterói, Universidad Federal Fluminense, 2020, 2311 p.*
- TAGATA, Paula Diandra. Afinal, o que as mulheres querem? Uma análise da opção feminina na carreira militar. *Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018, 146 p.*
- TEIXEIRA, Leonardo Ávila. *Gq.Globo.com. 20 out 2021. Primeira mulher transgênero é nomeada a cargo quatro estrelas nas Forças Armadas dos EUA. Disponível em: <https://gq.globo.com/Lifestyle/Poder/noticia/2021/10/primeira-mulher-transgenero-cargo-de-quatro-estrelas-forcas-armadas-eua.html>. Consulta em 17 nov.2021.*
- WAMSLEY, Laurel. National Security. Pentagon Releases New Policies Enabling Transgender People To Serve In The Military. 31 de março de 2021. Disponível em: <https://www.npr.org/2021/03/31/983118029/pentagon-releases-new-policies-enabling-transgender-people-to-serve-in-the-milit>. Consulta em 17 nov. 2021.
- WHO. ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics (Versão: 05/2021). Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2fentfity%2f411470068>. Consulta em 31 out. 2021.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: DIRETRIZES E IMPLICAÇÕES PARA UMA SOCIEDADE PANDÊMICA

Adriane Garcel¹¹⁸⁶, Sergio Fernando Moro¹¹⁸⁷, Karen Paiva Hippert¹¹⁸⁸,
Miguel Kfourri Neto¹¹⁸⁹, Flávia Jeane Ferrari¹¹⁹⁰

¹¹⁸⁶ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público – Estado Democrático de Direito - pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA. Graduada em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná e Graduada em Letras – Licenciatura plena em Língua Portuguesa e Inglesa. Assessora Jurídica do TJPR, Mediadora Judicial e Docente de Ciência Política e Teoria Geral do Estado no Curso de Direito da Faculdade Anchieta. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br - ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>

¹¹⁸⁷ Professor. Foi Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil de 01/2019 a 04/2020. Foi Juiz Federal da 13.^a Vara Criminal Federal de Curitiba/PR, especializada em crimes financeiros, de lavagem de dinheiro e praticados por grupos criminosos organizados. Trabalhou como Juiz instrutor no Supremo Tribunal Federal durante o ano de 2012. O autor cursou o Program of Instruction for Lawyers na Harvard Law School em julho de 1998 e possui título de mestre e doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Escreveu livros e artigos especializados na área jurídica. Participou do International Visitors Program organizado em 2007 pelo Departamento de Estado norte-americano com visitas a agências e instituições dos EUA encarregadas da prevenção e do combate à lavagem de dinheiro. Lecionou entre 2007 a 2016 como Professor Adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná - UFPR. É Professor contratado da graduação e pós-graduação do Unicuritiba - Centro Universitário Curitiba e do Uniceub - Centro Universitário de Brasília. Recebeu o título de Doctor of Laws, honoris causa, pela University of Notre Dame du Lac, South Bend, Indiana, em 2018.

¹¹⁸⁸ Mestranda no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, no Centro Universitário Curitiba. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: karen.hippert@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5863810703081925>. ORCID: <https://orcid.org/00000002-39918850>.

¹¹⁸⁹ Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Civis junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013-2014). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1994). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1981). Licenciado em Letras-Português pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1972). Professor-Doutor integrante do Corpo Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Autor de diversos artigos e obras jurídicas na área de responsabilidade civil médico-hospitalar. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR). Coordenador do grupo de pesquisas “Direito da Saúde e Empresas Médicas” (UNICURITIBA). Membro da Comissão de Direito Médico do Conselho Federal de Medicina. Membro da Equipe Editorial da Revista de Bioética (do Conselho Federal de Medicina). Foi presidente do TJPR no biênio 2011-2012 e presidente da Associação dos Magistrados do Paraná (AMAPAR) entre 2008-2009. Coordenador da pós graduação em Direito Médico e Bioética da EBRADI.

¹¹⁹⁰ Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA. Aluna especial do Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA. Especializações nas áreas de Educação 4.0; Direito Público; Ministério Público- Estado Democrático de Direito; Direito Militar; Processo Civil; Direito Ambiental e Direito do Trabalho. Técnica em Transações Imobiliárias e Bel. Direito. Integrante do Programa Institucional de Iniciação Científica - PCI junto ao Centro Universitário Curitiba- UNICURITIBA, Linhas de Pesquisas: Compliance; Sustentabilidade e Direito e Direito Penal Econômico. Membro do grupo de pesquisa Neurolaw. CPC-A pela LEC Certification Board. Cal Membro da Comissão para Combate à Corrupção do LIONS Clube Curitiba Batel. Associada do Instituto Brasileiro de Direito da Empresa – IBDE. Experiência na área jurídica como assessora de magistrado, escrevente juramentada, conciliadora, juíza de paz, perita e avaliadora nas áreas de meio ambiente e imobiliária. Organização de eventos jurídicos nacionais e internacionais e periódicos jurídicos. Foi Oficial Adjunta da Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos da 5ª Região Militar - 5ª Divisão de Exército. Articulista da Faculdade Roca Educacional. Parecerista da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Acre - MPAC. Professora universitária no Centro

INTRODUÇÃO

Na era da Big Data a informação tornou-se representação do próprio poder. A vida das pessoas passou a ser diretamente influenciada pela produção, armazenamento e tratamento massivo de dados. Atualmente a indústria do banco de dados direciona, inclusive, a tomada de decisões empresariais e políticas.

Em que pese à circulação das informações privadas beneficie em grande medida os setores, particularmente, a indústria de dados pessoais, a preocupação com relação aos riscos à pessoa humana é crescente, considerando a influência que têm na capacidade de autodeterminação, fundamentação das decisões, hábito de consumo, entendimento social, político, cultural e a forma com que os usuários lidam com as informações.

Destarte, apesar de não expressamente assegurado na Constituição Federal, à proteção de dados é direito fundamental, já que o desenvolvimento pleno da personalidade implica a salvaguarda de um amplo rol de garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas, dentre elas, a autodeterminação informativa contemplada na proteção de dados.

Com amplo espectro, o direito engloba diversos elementos sensíveis à proteção da pessoa humana, integridade física e moral, privacidade, personalidade da pessoa, liberdade e igualdade, o que sinaliza sua fundamentalidade.

Resultado de amplo debate, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), inspirada na legislação europeia (RGPD), traça o que virá a ser o pilar do uso correto dos dados conferindo-lhes tratamento adequado com salvaguarda da autodeterminação do usuário, atendimento de interesses legítimos e dos padrões de transparência, verificação e responsabilidade.

Os impactos serão os mais expressivos alcançados por qualquer legislação anteriormente editada no país e, além disso, a lei irá atingir todos os setores da economia com aplicação extraterritorial; milhões de empresas serão impactadas, produtos e serviços terão de se adaptar à nova legislação.

Especialmente, com a pandemia do COVID-19 em que a coleta, armazenamento e processamento de dados da população em larga escala tornaram-se essenciais para diminuição do vácuo no conhecimento, possibilitando respostas céleres e eficientes, a discussão em torno do tema toma especial relevo (ALMEIDA et.al., 2020).

Na contemporaneidade pós-pandemia, a Lei Geral de Proteção de Dados terá papel de destaque ao colocar limites à captação, acesso, compartilhamento e utilização dos dados, resguardando os direitos fundamentais dos titulares.

Ocorre que, a adaptação do mercado e setor público tem sido inexpressiva e, ainda, 41% dos empreendedores sequer sabem do que se trata a LGPD, de acordo com dados do Reclame Aqui, além disso, o processo de adaptação é complexo, sem falar no imbróglio criado em torno da data em que passará a vigorar a lei.

Assim, o que se busca com o presente estudo é investigar as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados e as mudanças por ela acarretadas, sua entrada em vigor e principais implicações para a sociedade.

Para tanto, a exposição se desenvolverá em três capítulos, para além da introdução e conclusão. Apresentar-se-á, primeiramente, a proteção de dados enquanto direito fundamental.

Na sequência, analisar-se-ão os fundamentos e princípios da Lei Geral de Proteção de Dados, tratando, também, da problemática em torno da *vacatio legis*; e, por fim, as implicações para a sociedade e análise do panorama geral de adequação por parte das empresas. Como encerramento, serão apresentadas, de forma sintética, as principais conclusões derivadas da pesquisa.

Para a elaboração, será utilizado o método hipotético-dedutivo, combinado aos procedentes de pesquisa bibliográfica e documental.

1 A PROTEÇÃO DE DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Desde o século XIX, com o advento da era da digitação e das novas tecnologias, as realidades social e jurídica sofreram transformações que levaram a sociedade industrial ao que se tem hoje por “sociedade da informação” ou “sociedade em rede”, a chamada era da Big Data.

A alcunha se refere à sociedade contemporânea regida pelo paradigma tecnológico da tecnologia da informação refletido nas tecnologias, meios de comunicação em massa, particularmente, a internet (HARTMANN et. al, 2014).

Na “sociedade em rede” a multiplicação da capacidade de produção de dados é tão expressiva que a vida das pessoas, produção e relacionamentos é diretamente influenciada, rompida a fronteira público- privado.

O massivo uso da informação passou, inclusive, a direcionar a tomada de decisões empresariais e políticas, por meio da “indústria de banco de dados” (SOLOVE, 2004, p.19), que atua na facilitação da circulação de dados comercializados ou transmitidos por cessão, na grande maioria das vezes, de forma invisível, sem o consentimento ou conhecimento do usuário.

Um traço marcante da era digital resta refletivo nos fenômenos da *surveillance* e *dataveillance*, que, respectivamente, consistem na capacidade de vigia permanente, direcionada e metódica dos dados dos usuários com o intuito de protegê-los, direcionar, controlar ou dirigir e a aptidão para armazenamento de uma infinidade de dados pessoais para análise, com inúmeros fins.

O estudo e desenvolvimento tecnológico da empresa Target por meio da análise dos dados captados é exemplo interessante do mecanismo da *surveillance*. Os dados captados por mineração (*data mining*) passaram a compor banco de dados que, até os dias atuais, viabiliza o direcionamento do marketing da empresa que passou a se voltar aos hábitos consumeristas identificados no padrão de informações e interesses captados com precisão (PEGORARO JR. et.al, 2017, p. 21).

Apesar de a circulação das informações privadas beneficiar em grande medida os setores, particularmente, as indústrias de dados pessoais, a preocupação com relação aos riscos à pessoa humana é crescente, na medida em que influencia diretamente na capacidade de autodeterminação, fundamentação das decisões, hábito de consumo, entendimento social, político e cultural.

Com a informação tornando-se representação do próprio poder, a edição de leis regulamentando especificamente o tema passou a ser crescente (BEDENDO; PEGORARO JR., 2018).

O ano de 1890 foi marcado pela doutrina de Warren e Brandeis, tratada no artigo “The Right to Privacy” publicado na *Havard Law Review*, que traz a privacidade como o “o direito de estar só” ou “direito de ser deixado em paz”, desvinculado da tutela da propriedade (WARREN; BRANDEIS, 2013).

No Século XX, com a transformação dos fins do Estado e revolução tecnológica, o caráter negativo e individualista do direito à privacidade foi substituído por um cateter positivo relacionado ao eixo “pessoa-informação-circulação-controle” (DONEDA, 2006, p.23).

Na Década de 70, o direito à privacidade passou a ocupar posição central na proteção da pessoa humana, diante do reconhecimento de que os dados são projeção da personalidade.

Em 1948, o art. 5º da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, passou a prever o direito à proteção contra violações abusivas à vida particular e familiar. No mesmo ano, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, incluiu em seu art. 12 a proteção da privacidade. Em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos passa a prever, em seu artigo 11, que ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada.

Entretanto, a disciplina da proteção de dados só veio a surgir no ano de 1960, nos Estados Unidos. Na sequência, estendeu-se para a Europa, particularmente, na União Europeia, local dos debates preliminares que resultaram na edição do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu.

Para DOENDA (2011) a matéria da Proteção de Dados apenas foi impulsionada “a partir da aplicação de determinadas concepções do direito à privacidade e da proteção da pessoa em face do desenvolvimento tecnológico. A própria expressão “proteção de dados” não reflete fielmente o seu âmago, pois é resultado de um processo de desenvolvimento do qual participaram diversos interesses em jogo”.

No Brasil, a Constituição de 1988 confere proteção específica ao direito à privacidade que foi erigido ao patamar de Direito Fundamental e inserido em inciso específico no rol do artigo 5º, os incisos X e XII, que traz a proteção à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando direito à indenização face eventuais danos decorrentes de violação (SARTORI, 2016, p. 72). No âmbito infraconstitucional, passou a ser previsto como direito da personalidade no artigo 21 do Código Civil. Contudo, a Constituição deixou de tratar especificamente acerca do direito à proteção de dados, distinto do direito à privacidade aqui abordado.

O Direito à Privacidade é direito humano fundamental que proíbe a interferência do Estado na vida privada, exceto nas hipóteses previstas em lei; envolve a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra, imagem, casa e do sigilo das telecomunicações.

Por sua vez, o direito a proteção de dados impõe o funcionamento de mecanismos de segurança que protejam o indivíduo que tem seus dados coletados, processados, armazenados e utilizados.

Apesar das diferenças, a positivação do direito à privacidade no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal reflete a preocupação do constituinte

com o tratamento de dados com proteção de uma série de garantias fundamentais, como o direito à autodeterminação de dados e informações.

Na realidade, os dois direitos estão quase que umbilicalmente ligados, conforme explica DONEDA (2011, p. 94):

a informação pessoal está, quase como ato reflexo, ligada à privacidade por uma equação simples e básica que associa um maior grau de privacidade a menor difusão de informações pessoais e vice-versa. Esta equação nem de longe encera toda a complexa problemática em torno dessa relação, porem pode servir como ponto de partida para ilustrar como a proteção das informações pessoais passou a encontrar guarida em nosso ordenamento jurídico: como um desdobramento da tutela do direito à privacidade.

A PEC 19/2019, aprovada em primeiro turno na câmara dos deputados, objetiva exatamente a inclusão dos dados pessoais disponíveis em meio digital no rol das garantias individuais previstas na Constituição Federal, nos moldes da legislação e jurisprudência europeias, contudo ainda aguarda votação em segundo turno.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal na ADI 6387/DF, em julgamento paradigmático, reconheceu a fundamentalidade do Direito à Proteção de Dados ressaltando que os efeitos negativos da vigilância representam retrocesso às conquistas históricas, como a liberdade da pessoa humana.

Para a corte, a Constituição Federal expressamente assegura o direito à autodeterminação informativa, por isso o uso de dados e informações pessoais deve ser controlado pelo próprio indivíduo, conforme expressamente positivado na LGPD (Lei nº 13.709/2018) em seu art. 2º, I e II. Não obstante, o direito à autodeterminação informativa e à privacidade são desmembramentos dos direitos da personalidade e subsidiam a proteção não só da democracia, mas também de uma série de direitos fundamentais previstos no art. 3º, I e II; art. 4º, II; art. 5º, X e XII; art. 7º, XXVII; e art. 219 da CF.

COÊLHO (2020) traz importante recorte acerca do tema:

Os dados são o ativo e o legado do século 21, da “Era da Informação”. Esse novo giro histórico requer do Estado a adequada e efetiva proteção dos cidadãos, da sua privacidade e da autodeterminação em relação aos seus dados pessoais. Constitui dever de um Estado Social e Democrático de Direito, garantidor da dignidade humana e de sua autodeterminação no campo informacional, livrar-nos de horizontes distópicos como aqueles imaginadas pelo escritor George Orwell, em sua obra “1984” ou na série televisiva “Black Mirror”. (...) Novos dados de realidade exigem o reconhecimento de novos direitos e o alargamento das garantias jurídicas com vistas a tutelar, com a máxima efetividade, a autodeterminação das pessoas e, ao fim e ao cabo, o direito à dignidade humana. Na Era da Informação, inegável que o direito ao sigilo dos dados pessoais e à autodeterminação sobre eles seja constitutivo de um direito mais amplo da dignidade e da personalidade humanas.

Com amplo espectro, o direito engloba diversos elementos sensíveis à proteção da pessoa humana, integridade física e moral, privacidade, personalidade da pessoa, liberdade e igualdade, o que sinaliza sua fundamentalidade.

Além disso, enquanto direito fundamental autônomo, possui dupla dimensão, subjetiva ligada à defesa do indivíduo e objetiva relacionada ao dever de proteção Estatal. O Estado terá dever negativo de deixar de interferir no direito e o dever positivo de agir criando medidas para sua proteção. A eficácia irradiante ou horizontal, também chamada de *Drittwirkung*, ainda, estende tais deveres ao setor privado (SARLET, Ingo Wolfgang, 2012).

Destarte, “O direito fundamental à proteção de dados regula uma ordem de informação e comunicação” que “busca equilibrar os variados interesses de usos e direitos de proteção, de defesa e de participação do indivíduo nos processos comunicativos” (MENDES, 2014, p. 175).

Assemelha-se em muito ao direito da autodeterminação informativa consolidado já há muito tempo enquanto direito fundamental na Alemanha, dado seu amplo espectro de proteção que, aliás, o diferencia o direito fundamental à privacidade que possui âmbito de proteção mais restrito (MARTINS, 2016, p. 56).

A respeito das peculiaridades deste direito, ressaltou o Min. Gilmar Mendes ao proferir voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.389/DF de Relatoria da Ministra Rosa Weber:

a autonomia do direito fundamental em jogo na presente ADI exorbita, em essência, de sua mera equiparação com o conteúdo normativo da cláusula de proteção ao sigilo. A afirmação de um direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais deriva, ao contrário, de uma compreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do Habeas Data enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa.

Destarte, o desenvolvimento pleno da personalidade implica a salvaguarda de amplo rol de garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas, como é o caso da autodeterminação informativa contemplada no direito fundamental à proteção de dados.

O âmago do direito à proteção de dados reside na vedação à coleta, processamento e circulação de dados irrestrita sem o consentimento do usuário, que impõe a estruturação de um sistema de segurança para proteção, garantindo a autonomia, autocontrole e autodeterminação do titular.

Por sua vez, o titular do direito fundamental é toda pessoa que realize qualquer operação de tratamento de dados pessoais, seja organizações públicas ou privadas, pessoas físicas ou jurídicas (art. 1º, LGPD).

Não obstante a isso, os dados abrangidos pela proteção são quaisquer dados que levem à identificação de uma pessoa, não havendo que se falar em dados pessoais insignificantes ou neutros.

De outra banda, a discussão em torno do tema do direito fundamental à proteção de dados se justifica mais do que nunca. Com a pandemia do COVID-19, a coleta, armazenamento e processamento de dados da população em larga escala tornou-se medida imprescindível para embasar as respostas rápidas e adequadas à salvaguarda da vida.

Os esforços mundiais para diminuição do vácuo no conhecimento para respostas céleres e eficientes quanto à pandemia exige a captação de dados de boa qualidade dos mais diversos segmentos da sociedade para que as autoridades, especialmente, governamentais e sanitárias, possam se articular a partir da avaliação dos riscos e cenários.

Os dados permitem a compreensão não só do padrão epistemológico do vírus, mas também a estruturação de padrões matemáticos que servem de suporte às decisões (ALMEIDA et.al., 2020).

Os aplicativos que captam dados de geolocalização e circulação de pessoas, por exemplo, tornaram-se recorrentes na pandemia,

Diante de todo contexto exposto, questionamentos acerca das espécies, proporção de dados realmente necessária a se captar, acesso, compartilhamento e utilização dos dados, além de questões éticas, legais e técnicas vão se delineando no contexto da pandemia e são tratados adequadamente pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Somado a isso, o panorama global aponta para a propensão de que os dados passem a ser utilizados para verificar o cumprimento do isolamento e quarentena, probabilidade de contágio e gerenciamento de permissões para sair de casa (ALMEIDA et.al., 2020), para além dos já conhecidos traços da era que ficou conhecida como Big Data.

Neste cenário, a LGPD terá importante papel na regulamentação do uso de dados pessoais no país, salvaguardando os direitos fundamentais dos titulares.

Além do panorama traçado, o tema mostra-se essencial, já que as empresas terão de se adaptar o quanto antes às diretrizes trazidas pela Lei de Proteção de Dados.

2 FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O desenvolvimento do tratamento autônomo de proteção dos dados deu lugar a diversas leis que passaram a regulamentar o assunto com o fim de obter um modelo jurídico rico e complexo (DONEDA, 2011, p. 98).

A despeito disso, o direito fundamental autônomo a proteção de dados deriva, no Brasil, da constatação dos riscos que o tratamento inadequado dos dados traz à proteção da personalidade da pessoa humana, não decorre de reconhecimento expresso na Constituição Federal da fundamentalidade do direito, como exemplificado no tópico precedente.

Hodiernamente, a Lei Geral de Proteção de dados (Lei nº 13. 709/ 2018) regulamenta a proteção de dados em âmbito nacional no país, conciliando a proteção

da pessoa, interesse público e incentivo ao desenvolvimento econômico e tecnológico ligados à circulação da informação.

Após anos de debates, a LGPD reflete aquilo que vem a ser a espinha dorsal das regulamentações existentes acerca da proteção de dados que tratam das questões principais com as quais o ordenamento irá ter que lidar.

Ao longo do artigo 2º, a LGPD expõe seus fundamentos, respeito à privacidade e autodeterminação informativa; liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião; inviolabilidade da intimidade, da honra e imagem; desenvolvimento econômico e tecnológico; inovação, livre iniciativa, concorrência e defesa do consumidor; direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e o exercício da cidadania.

Em síntese, ao proteger a inviolabilidade da intimidade, honra, imagem e vida privada, a LGPD vislumbra a salvaguarda da privacidade; ao contemplar o direito ao controle e proteção de dados pessoais, tutela a autodeterminação informativa. Também, preserva a liberdade de expressão, informação, comunicação, livre opinião, a liberdade de iniciativa e livre concorrência, com a defesa do consumidor; tutela a democracia, os direitos mais sensíveis da personalidade da pessoa humana e sua dignidade (SERPRO, 2020).

Não obstante, seu maior objetivo encontra-se na garantia de que a pessoa se cientifique acerca de quais dados estão sendo acessados, coletados e armazenados, para qual fim e por quem, o que fica evidente a partir da análise dos princípios que regulamentam a proteção de dados no país dispostos no art. 6º da Lei — boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

O princípio da boa-fé institui padrão ético de conduta pautado nos ideais de honestidade, lealdade e lisura, de modo a garantir a legítima confiança e expectativa (SILVA; SANTOS, 2011, p. 128).

Somado a ele, o princípio da finalidade impõe que a utilização dos dados se dê nos exatos moldes que haviam sido elencados no momento do recolhimento, com finalidade legítima, em conformidade com as normas que regulamentam o tratamento de dados do início ao fim (GEDIEL; CORRÊA, 2008, p. 147).

O princípio em questão delimita a transmissão dos dados a terceiros e institui critérios para a tratativa de dados, propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao usuário, impedindo finalidades genéricas e indeterminadas por meio da realização de um juízo de ponderação entre a “utilização de determinados dados para certa finalidade” (DONEDA, 2011, p. 100).

Somado a isso, a motivação deverá condizer com a informação solicitada, presentes a pertinência e adequação com relação finalidade informada, conforme traça o princípio da adequação. O tratamento, ainda, deverá se limitar ao mínimo indispensável ao atendimento das finalidades com dados apropriados, não excessivos e proporcionais à finalidade, nos moldes do princípio da necessidade (art. 6º, III, da LGPD).

O princípio da proporcionalidade no uso de dados para alcance dos fins os quais se almeja deverá ser, igualmente, atendido.

Também, os dados armazenados precisam condizer com a realidade, assim a coleta e tratamento devem ser feitos de modo adequado com cuidado, correção e devida atualização (DONEDA, 2011).

Não obstante, o princípio do livre acesso assegura, como o próprio nome já diz, o livre acesso do titular e consulta facilitados à totalidade de seus dados, particularmente, com relação a forma e duração do tratamento. O dono dos dados terá acesso às informações armazenadas, facultada a cópia dos registros e viabilizado o controle dos dados, podendo, inclusive, os retificar, suprimir e complementar com novas informações (BEDENDO; JUNIOR, 2010, p. 11).

Além disso, o responsável deverá informar o titular dos dados indicando as informações relevantes para o tratamento de dados, até mesmo quanto às especificidades, tais como às relacionadas à forma, fim e tempo de armazenamento dos dados (GEDIEL; CORRÉA, 2008, p. 147), nos exatos termos do trazido pelo princípio da transparência (ou da publicidade). Não só, como também, a LGPD assegura exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento, conforme o princípio da qualidade dos dados impõe.

Malgrado, o princípio da segurança física e lógica impõe a necessidade de utilização de medidas técnicas e administrativas eficientes à proteção dos dados. Trata-se da implementação e gerenciamento de um sistema eficiente e abrangente de governança e gestão de riscos de segurança da informação que leve em conta a complexidade da problemática da proteção de dados.

O princípio da prevenção impõe, ainda, ao responsável pelos dados, a obrigação de que essas medidas e políticas qualitativas se deem previamente de modo qualitativo com o fim de evitar eventuais danos oriundos do tratamento dos dados.

Outrossim, os dados pessoais não poderão ser usados com o fim de promover discriminação do titular dos dados de qualquer natureza, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas (art. 3º, III e IV).

Caso o uso acarrete prejuízo ou viole quaisquer regras do ordenamento jurídico, ensejará responsabilização civil, nos termos do princípio da responsabilização que exige ainda, o acompanhamento pelas autoridades competentes do processamento dos dados impondo sanções quando houver descumprimento da lei. Paralelamente, o princípio da prestação de contas trata da necessidade de comprovação da adoção das medidas adequadas.

Conforme destaca ALMEIDA (et al., 2020, p. 2490), a “conformidade com as leis gerais de proteção de dados, portanto, requer tecnologia, infraestrutura e pessoal especializado para que os dados sejam tratados de forma lícita, justa e responsável em relação aos titulares”.

Os dados abrangidos pela LGPD são quaisquer dados que estejam relacionados à pessoa situada no Brasil quando da coleta, independentemente da nacionalidade, do meio aplicado, país-sede do operador ou localidade dos dados. Além disso, abarca todos os setores da economia, com aplicação transversal, multisetorial e extraterritorial.

O âmbito de proteção da lei é tão alargado que ao conceituar o que vem a ser dado pessoal a LGPD engloba qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, seja dado sensível ou não.

A exceção do alcance da lei fica por conta do rol do art. 4 da LGPD, excepcionados os fins exclusivamente particulares e não econômicos e os exclusivamente jornalísticos, artísticos, acadêmicos, bem como os exclusivos de segurança pública, defesa nacional,

segurança de Estado ou atividade de investigação e repressão de infrações penais, além dos dados advindos de fora do país e que não sejam objeto de transferência internacional, desde que o país de onde derivarem disponha de proteção adequada.

Evidencia-se, assim, que a Lei Geral de Proteção de Dados trata-se de marco para a regulamentação dos dados pessoais no Brasil.

Entretanto, apesar de instituir importantes princípios e direitos aos seus titulares a *vacatio legis*, que em 2018 era de dois anos, foi postergada para agosto de 2020 por meio da Medida Provisória 696/2019, convertida na Lei 13.853/2019.

Na sequência, a grave recessão causada pela pandemia do COVID-19 levou a edição do PL 1.179/2020 que estabelece regime jurídico emergencial, ficando decidida, em sede de primeira votação, postergação para janeiro de 2021, a exceção da *vacatio* das multas e sanções que ficariam para agosto de 2021.

O imbróglio não parou por aí, a Medida Provisória 959/2020 que passou a vigorar na data de sua publicação, 29 de abril do ano corrente, adiou a vigência da lei para maio de 2021. Até 27 de agosto do ano corrente a Medida deverá ser convertida em lei para que não caduque.

Quando ao PL 1.179/2020, o Senado acabou por suprimir o dispositivo que prorrogava a vigência da Lei, ficando mantida a prorrogação apenas no que se refere às sanções.

Neste contexto, verifica-se cenário de insegurança com dois resultados possíveis: “sem a MP convertida em lei a LGPD entraria em vigor em 16 de agosto de 2020 (vigência que era prevista antes do início da pandemia) ou, com a conversão em lei da MP, a LGPD entraria em vigor em 3 de maio de 2021” (TUMELERO, 2020).

Além disso, até o presente momento o executivo não criou a Autoridade nacional de proteção de Dados (ANPD) que tem a finalidade de fiscalizar a aplicação da LGPD.

Especialmente, em situações emergenciais e de interesse público, como no caso da pandemia do COVID-19, os dados se mostram essenciais para a adoção de políticas de enfrentamento, tornando-se a LGPD importante marco regulatório cuja vigência não pode mais ser postergada, dado os prejuízos aos direitos e garantias fundamentais que tutela, isso sem falar nos prejuízos econômicos.

3 IMPLICAÇÕES PARA A SOCIEDADE

Resultado de amplo debate, ao longo de oito anos, a Lei Geral de Proteção de Dados, inspirada na lei europeia (GDPR), trará uma série de benefícios quando passar a vigorar no país, não tão somente por unificar e harmonizar as normas existentes, mas pela flexibilização no tratamento em tempos de Big Data, por possibilitar a portabilidade dos dados e, particularmente, habilitar o Brasil ao processamento dos dados oriundos de outros países que já contavam com regras rígidas.

Longe de obstaculizar por completo o uso de dados que se fazem tão importantes à contemporaneidade, a lei traça o que virá a ser o pilar para o uso correto dos dados conferindo-lhes tratamento adequado dentro das bases legais, com salvaguarda da autodeterminação do usuário, atendimento de interesses legítimos e dos padrões de transparência, verificação e responsabilidade.

Os impactos serão os mais expressivos alcançados por qualquer legislação nacional, especialmente no âmbito econômico e comercial. Inclusive, este foi um dos fatores que levou à edição da lei.

Com aplicação extraterritorial que abrange o Brasil, a regulamentação europeia de proteção de dados, *General Data Protection Regulation* (GDPR), compele as empresas, incluindo as Brasileiras com filiais nos países da União Europeia, a se adaptarem, impondo elevadas multas, além de barrar a transferência internacional de dados aos países que não possuem legislação que assegure o tratamento adequado de dados.

Somado a isso, o intuito de o Brasil entrar na Cooperação e Desenvolvimento Econômico sendo obrigado, para tanto, a cumprir com as regras impostas pela OCDE de edição de uma lei geral de tratativa de dados robusta, foi um dos fatores que levou à aprovação da LGPD. O escândalo da *Cambridge Analytica*, nos Estados Unidos, que tinha o intuito de atuar no Brasil foi, também, outro motivo para aprovação.

A despeito disso, a causa principal foi à tentativa de alteração da Lei do Cadastro Positivo para dispensar o consentimento do consumidor na coleta, compartilhamento e utilização dos dados. Os riscos envolvidos na aprovação pura e simples do texto base alterando a Lei do Cadastro positivo fizeram com que a aprovação ficasse condicionada a edição prévia de uma lei geral tratando da proteção de dados.

Destarte, a Lei Geral de Proteção de dados veio a somar ao Marco Civil da Internet, que até então trazia diretrizes básicas e genéricas acerca do tratamento de dados pessoais, introduzindo no ordenamento regras mais específicas e robustas.

A Lei Geral de Proteção de dados atingirá todos os setores da economia com aplicação extraterritorial, garantindo um maior controle dos dados pessoais em um contexto de maior segurança jurídica e cibersegurança, além de assegurar maior paridade de armas na concorrência diminuindo, também, os empecilhos ao desenvolvimento econômico do país.

Nos negócios, a LGPD irá impactar milhões de empresas brasileiras que trabalham com dados que passarão a ter de, obrigatoriamente, adaptar-se a nova legislação.

A comunicação digital, a forma com que o dado é analisado, a relação dos consumidores com o comércio, adaptação da forma com que se dá o marketing, adequação das empresas que oferecem solução de gestão de dados que terão de desenvolver novas ferramentas de transparência, controle, *compliance* e transparência, contratar profissionais especializados e editar novas regulamentações, além da necessidade de readequação dos profissionais ativos e já inseridos no mercado da gestão de dados, serão algumas das interferências causadas pela lei (MAIA, 2019).

Com o início da vigência da lei, os titulares dos dados terão seus direitos ampliados e contarão com arcabouço completo para a proteção de sua privacidade e liberdade, bem como recursos disponíveis para os casos de violações de segurança que impliquem o vazamento e exposição de dados.

O acesso aos dados, retificação, cancelamento, exclusão, oposição ao tratamento, informação e explicação acerca do uso, são apenas alguns dos direitos que passarão a ter os titulares, com destaque para a possibilidade de portabilidade.

Destarte, a LGPD amplia a segurança jurídica “a empresas e consumidores diante de maior transparência na coleta e tratamento de dados coletados tanto em meios presenciais quanto em meios digitais” (FENALAW, 2018). As empresas não mais poderão “usar ou coletar informações pessoais sem consentimento (...)” (FENALAW, 2018).

Conforme destaca Patrícia Linhares “a LGPD trouxe uma garantia muito representativa para o cidadão. Sabe-se, hoje, que em diversos segmentos comerciais e econômicos as informações pessoais são utilizadas para algumas inteligências de dados que não estão acessíveis e nem são aparentes aos próprios titulares desses dados” (FUNCEF, 2020).

As instituições de ensino, também serão impactadas pela nova legislação. A despeito das ressalvas contidas no art. 4º, art. 7º, IV e art. 11, II, c, deverão implementar programas adequados e políticas internas com normas baseadas na LGPD, além de treinar os funcionários e readequar documentos dentro de um sistema de *compliance*. Os antigos bancos de dados, por exemplo, deverão ser revisados.

A Lei de Proteção de Dados, ainda, exige que todas as empresas e organizações fixem prazo de armazenamento de dados que deverão ser categorizados, fiscalizados e não mais poderão ser armazenados indefinidamente. Além, da imposição da adoção de medidas técnicas e organizacionais adequadas. Inclusive, todos os colaboradores e terceiros abrangidos no processo relativo aos dados, como um todo, terão de assinar termo de confidencialidade específico.

Destarte, evidente a necessidade de mudança cultural nas organizações que terão a responsabilidade no tratamento dos dados alargada pela lei.

Ainda, as entidades controladoras que tratam os dados deverão necessariamente indicar pessoa natural, Data Protection Officer (DPO), que ficará encarregada de operar como intermediária entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional, como também fiscalizar o cumprimento das regras e orientar funcionários e contratados.

Também, deverá ser produzido o chamado relatório de impacto à privacidade, *Data Protection Impact Assessment* (DPIA), com detalhamento adequado dos procedimentos que podem acarretar riscos, mapeamento destes e medidas a serem tomadas no intuito de mitigação. Da coleta à exclusão, todas as atividades de tratamento deverão ser registradas, com indicação dos dados que foram coletados, informações referentes ao armazenamento, sua duração, finalidade, segurança e autorização legal (*data mapping*), para tanto, com adoção de medidas adequadas de segurança.

Todos os produtos, serviços e modelos de negócios terão de ser pensados e se estruturar para salvaguardar os dados, adequando-se aos princípios e padrões de segurança impostos pela lei.

Igualmente, recomendada adoção de código de conduta e certificação quanto ao cumprimento dos padrões estabelecidos na LGPD e pelos setores da sociedade, estes últimos habilitados a definir seus próprios padrões desde que previamente autorizados pela Autoridade competente.

Não obstante, ocorrendo algum incidente envolvendo a segurança da informação, obrigatória à notificação da Autoridade Nacional competente pela

empresa, em prazo adequado. A depender da gravidade da situação, a ANDP poderá notificar os titulares e dar ampla publicidade ao caso, o que certamente abalará a imagem da empresa.

Ainda, a LGPD viabilizada a transferência internacional de dados, mesmo em países sem níveis de proteção adequados, desde que autorizada pelo titular mediante consentimento específico, de modo prévio e separado. Também, autorizada à transferência por meio da garantia do cumprimento do disposto na LGPD a partir de selos, certificados e códigos de conduta expedidos e creditados pela Autoridade Nacional.

Com a lei, controlador e operador passarão a ter responsabilidade solidaria com relação ao tratamento inadequado dos dados e incidentes envolvendo as informações, apesar de a responsabilidade do operador poder ser restringida às obrigações ligadas à segurança e dispostas no contrato.

Por fim, a Lei Geral de Proteção de Dados prevê sanções para eventuais violações às balizas postas que variam desde advertência e multas até proibição do tratamento de dados (total ou parcial). As multas poderão ser fixadas em importe correspondente a 2% do faturamento no último exercício, até R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração, com possibilidade de fixação *astreinte* até que se cessem as violações.

Sob a ótica da sociedade, a LGPD representa importante passo na autodeterminação informativa, já que conscientiza a coletividade do uso dos seus dados pessoais lhes fazendo compreender que, na realidade, são eles os verdadeiros detentores dos próprios dados e do poder de escolha envolvendo essas informações (FUNCEF, 2020).

Trata-se de um grande avanço na segurança dos dados pessoais no país que efetivamente salvaguarda a segurança, controle e privacidade dos dados pessoais a partir de um arcabouço normativo completo com normas claras e detalhadas, não só balizando o tratamento de dados, mas também dispondo acerca dos direitos dos usuários e medidas a serem tomadas diante de eventuais riscos.

Conforme destaca Fernando Santiago (2020), o início da vigência da lei constitui “marco para vida tanto das empresas, como dos entes públicos. Isto porque, os dados pessoais que antes eram tratados de forma quase artesanal pelas empresas, sem a devida atenção, passam agora ser tutelados pelo direito, razão pela qual devem ser manuseados com as condições estritas prevista na lei”.

Apesar do avanço, a adaptação do mercado e setor público tem sido inexpressiva, o que gera preocupações. É o que aponta pesquisa realizada pela ICTS Protiviti (2020) que apurou que 58% das pequenas empresas ainda não se adaptaram para cumprir a lei e o Reclame Aqui (2019) que apurou que mais de 41% dos empreendedores sequer saber do que se trata a LGPD.

Até então, no setor privado, dois posicionamentos vêm sendo adotados: empresas que buscam se adequar e, outras, que fazem contas para verificar se não sairia mais lucrativo descumprir a lei; ainda, há aquelas que adotam postura passiva de tentar apenas evitar problemas sem olhar para o futuro.

Para Tony Debos (in ÉPOCA NEGÓCIOS, 2019), o processo de adaptação não é simples e o Brasil não está preparado para a nova legislação. A despeito disso, nos Estados Unidos e Europa, que ainda estão em processo de transição, a situação foi a mesma.

De fato, o processo de transição é árduo, para as pequenas e médias empresas a principal dificuldade diz respeito aos elevados custos envolvidos na adaptação, já para as empresas com modelos de negócio complexo são os dados sensíveis que preocupam, a incorporação dos princípios de proteção de dados às missões e valores da empresa e a abrangência das adequações são outros desafios que tem barrado a implementação das mudanças (KAFRUNI, 2020).

De qualquer forma, a adaptação é necessária e as empresas que se adequarem irão se tornar mais competitivas e abertas a negociar internacionalmente, além de não terem de arcar com os prejuízos oriundos do descumprimento da legislação que certamente serão mais custosos do que o investimento na transição para o novo modelo.

O problema é que a ausência de planejamento generalizado imporá a necessidade de adaptação às pressas de todo um setor público e privado, que não se antecipar às mudanças, quando da entrada em vigor da lei.

Além disso, a grave recessão causada pela pandemia do COVID-19, um dos fatores determinantes para o adiamento do início da vigência de parte da legislação, não pode mais ser tida como obstáculo ao início da vigência da lei diante dos impactos econômicos que uma nova prorrogação poderia representar, apesar da árdua tarefa que a adequação em tempo recorde em meio a grave recessão causada pela pandemia poderia representar (CORTEZ, 2020).

Destarte, as empresas precisam se antecipar com urgência aos novos parâmetros impostos pela LGPD sem contar com a data de vigência da lei.

CONCLUSÃO

Diante de um cenário global de utilização desenfreada de dados pessoais, particularmente, agravado em virtude da pandemia do COVID-19, a Lei Geral de Proteção de Dados foi passo imprescindível à salvaguarda dos direitos fundamentais dos titulares dos dados.

Longe de obstaculizar o uso de dados que se fazem tão importantes à contemporaneidade, a lei traça o que virá a ser o pilar para o uso correto dos dados conferindo-lhes tratamento adequado com salvaguarda da autodeterminação do usuário, atendimento dos interesses legítimos e dos padrões de transparência, verificação e responsabilidade.

Resultado de amplo debate, a Lei Geral de Proteção de Dados possui aplicação transversal, multisetorial e extraterritorial, atingindo milhões de empresas, inclusive, as não brasileiras, que terão de se adequar às novas exigências que envolvem: a forma com que se dá a comunicação digital, o marketing, com que os dados são analisados e se dá a relação com consumidores e o comércio. A exceção do alcance da lei se dá apenas nas hipóteses rol do art. 4.

As alterações impulsionadas pela nova legislação envolvem a adoção de novas ferramentas de transparência, controle e *compliance*, conjuntamente com a contratação de profissionais especializados e adequação dos já inseridos no mercado (MAIA, 2019). A contratação de empresa terceirizada para realizar a transição seria, também, outra opção.

Inúmeras serão as adequações que implicam gastos elevados em meio a uma crise sem precedentes, por isso os dados apontam que as empresas brasileiras não estão se preparando para as mudanças. Muita, inclusive, tem feito cálculos para averiguar se não seria mais vantajoso arcar com as multas oriundas do descumprimento da lei.

Para as pequenas e médias empresas a principal dificuldade diz respeito aos elevados custos envolvidos na adaptação, já para as empresas com modelos de negócio complexo são os dados sensíveis que preocupam, a incorporação dos princípios de proteção de dados às missões e valores da empresa e a abrangência das adequações são outros desafios que tem barrado a implementação das mudanças.

A transição é complexa, já que inúmeras são as exigências da lei que impõe que as empresas passem a fixar prazos de armazenamento de dados, os quais deverão ser categorizados e fiscalizados; nomeiem um intermediário entre o controlador, os titulares dos dados e autoridade nacional que fiscaliza o cumprimento das regras, o chamado DPO; produzam relatórios de impacto de privacidade (DPIA), detalhando, inclusive, os procedimentos que podem acarretar risco, os mapeando e indicando medidas a serem adotadas; registrem todas as atividades de tratamento com detalhamento (dados que foram coletados, informações de armazenamento, duração, finalidade, segurança, autorização legal e indicação da adoção de medidas adequadas de segurança); adotem de código de conduta e certificação que garanta o cumprimento da LGPD; e, em caso de incidente a autoridade competente deverá ser notificada.

Em síntese, toda a cultura e estruturação por de traz dos produtos, serviços e modelos de negócio terão de ser repensadas, trazendo maior segurança aos consumidores e empresas, com um tratamento de dados mais transparente.

Além disso, os titulares dos dados terão seus direitos ampliados e contarão com arcabouço completo para a proteção de sua privacidade e liberdade, bem como medidas em casos de violações de segurança. Acesso aos dados, retificação, cancelamento, exclusão, oposição ao tratamento, informação e explicação acerca do uso, são apenas alguns dos direitos que passarão a ter os titulares, com destaque para a possibilidade de portabilidade.

A LGPD, ainda, autoriza a transferência internacional de dados, mesmo em países sem os níveis de proteção adequados, mediante autorização específica do titular, de modo prévio e separado.

Outra mudança, diz respeito à responsabilidade do controlador e operador, com relação ao tratamento dos dados e incidentes envolvendo informações, que passará ser solidária, não obstante haja a possibilidade de limitar a responsabilidade do operador às obrigações contratuais e ligadas à segurança.

Não obstante, a lei prevê sanções para eventuais violações às balizas postas que variam desde advertência e multas até proibição do tratamento de dados (total ou parcial).

Tratar-se, assim, de importante passo na autodeterminação informativa, uma vez que conscientiza a população acerca do uso dos dados pessoais e sua titularidade, contudo com árduo processo de transição diante da necessidade de investimento em tecnologia, infraestrutura, pessoal especializado e mudança de cultura.

Somado a isso, há todo um imbróglgio criado em torno do prazo de *vacatio legis*, sobretudo em razão da crise do COVID-19.

O PL 1.179/2020, que estabelece regime jurídico emergencial postergando a data de vigência da lei, cujo prazo de *vacatio* era de dois anos, para janeiro de 2021, a exceção da *vacatio* das multas e sanções que ficariam para agosto de 2021, foi aprovado em primeira votação. Ato contínuo, o Senado acabou por suprimir o dispositivo que prorrogava a vigência da Lei, ficando mantida a prorrogação apenas no que se refere às sanções.

De outro vértice, a Medida Provisória 959/2020, que passou a vigorar na data de sua publicação, 29 de abril do ano corrente, adiou a vigência da lei para maio de 2021. Até 27 de agosto do ano corrente a Medida deverá ser convertida em lei, do contrário caducará.

Neste contexto, verifica-se cenário de insegurança em que a lei poderá entrar em vigor já em agosto do ano corrente, ou apenas em maio do ano que vem.

Apesar disso, a discussão acerca da data exata de vigência da lei torna-se, de certo modo, irrelevante diante do árduo desafio que as empresas terão para se alinharem ao novo regimento.

Se passar a vigorar agora, as empresas que não se adequaram terão desafio impensável pela frente. Por outro lado, caso passe a vigorar no próximo ano, a adequação prévia também se mostra de extrema urgência.

De qualquer forma, considerando o uso maciço de dados característico da era da Big Data e, agora, essencial para que se evite o agravamento da pandemia, somado à dilação já concedida e os impactos econômicos de eventual alargamento de prazo, verifica-se que a crise do COVID-19 não pode mais ser tida como fator que venha a impedir o início da vigência da lei que deve passar a vigorar o quanto antes.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Bethania de Araujo et al. Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, p. 2487- 2492, 2020.
- BARROSO, Luis. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em: 09 set. 2020.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Webinário A aplicação da Lei Geral de Dados Pessoais no cotidiano do Poder Judiciário e do STJ. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uhLLtb2AINM>. Acesso em: 21 set. 2020
- BEDENDO, Thaynara Zanchin; JUNIOR, Paulo Roberto Pegoraro. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nas Relações do Comércio Eletrônico (LEI N. 13.709/2018). Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63296745/LEI_GERAL_DE_PROTECAO_DE_DADO_S_PESSOAIS_NAS_RELACOES_DO_COMERCIO_ELETRONICO20200513-98717-2hqhqj.pdf?1589377796=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DLei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais.pdf&Expires=1598031953&Signature=boD2mn19Oye~gT3V3_h1wKdFV2QJlhPfqB4DfNhhberdNER1rQ05AqyZufHMjtkmaM0YvemmpjN4EGsj7A3gY_v269JLtbNg_u1qr3u6am~umZJYRaxVKr6bFfG0ftncyyoJptwp8IzbgSvU6VoG2nLqTcTW4u_RmEAbAP76rZMIZifKcj73oYR-9MTbBmKy1LASG2qsy0GjAxaolGxX57OzM5rSFK7tJnO_VULxANJOuaEqtMrpNlyS6T2lxbRU0QaVWLvgwP-tQkGqcWhtJH65NMxLCM38exVCladBj5vyMXWA1gjalTbKj~jtOP4x8VuyIxEgC7jT9kBMrsuJKrY1Q_&Key-Pair-Id=APKA_JLOHFSGSLRBV4ZA. Acesso em: 21 ago. 2020.
- CARDOSO, Ana Paula. Pesquisa: 41,6% das empresas não sabem o que é LGPD. Blog Reclame Aqui. Disponível em: <https://blog.reclameaqui.com.br/pesquisa-416-empresas-naosabem-que-e-lgpd/>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. O direito à proteção de dados e a tutela da autodeterminação informativa. *Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/constituicao-direito-protecao-dados-tutela-autodeterminacao-informativa>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- CORTEZ, Frederico. O setor público está preparado para LGPD?. *Focus.jor*, 2020. Disponível em: <https://www.focus.jor.br/o-setor-publico-esta-preparado-para-lgpd-por-frederico-cortez/>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- DONEDA, Danilo. Um código para a proteção de dados pessoais na Itália. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 117, 2003.
- FENALAW/DIGITAL. LGPD e seus impactos na sociedade. *Fenalaw*, 31 ago. 2018. Disponível em: <https://digital.fenalaw.com.br/legisla-o/lgpd-e-seus-impactos-na-sociedade>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- FLAUTO, Fernando. Crowe, 2019. Estamos preparados para a Lei Geral de Proteção de Dados?. Disponível em: <https://crowemacro.com.br/insight/insights-tecnologicos/estamos-preparados-para-a-lei-geral-de-protecao-de-dados/>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- FUNCEF. Os impactos da LGPD nas nossas vidas. *Funcef.com.br*. Curitiba, 28 jan. 2020. Disponível em: <https://www.funcef.com.br/portal/menuprincipal/comunicacao/os-impactos-da-lgpd-nas-nossasvidas.htm#:~:text=Quando%20a%20escola%20%C3%A9%20demais,as%20consequ%C3%Aancias%20podem%20ser%20desastrosas.>
- GARCEL. Adriane; MORO. Sergio Fernando. Data Protection Law and its Interactions With The Anti-Money Laundering Law. VII Simpósio Internacional de Direito Consinter / Universidad de Computense de Madrid. 17 a 19 de novembro de 2020 - Revista Internacional CONSINTER de Direito. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/>.
- GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola, p.146. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 47, 2008.
- GÊNESES IT CONSULTING. Está preparado para a LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados?. Disponível em: <https://geneses.com.br/lgpd-lei-geral-de-protecao-de-dados/>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- HARTMANN, Ivar Alberto Martins et al. A sociedade-rede e o estado-rede. *Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação*, v. 1, n. 2, p. 2-47, 2015.
- ICTS. 58% das pequenas empresas não estão preparadas para a LGPD. *icts.com.br*, 2020. Disponível em: <https://icts.com.br/icts-news/58-das-pequenas-empresas-nao-estao-preparadas-para-a-lgpd>. Acesso em: 21 ago. 2020.

- JUNIOR, Paulo Roberto Pegoraro et al. Responsabilidade Civil e a surveillance: as commodities digitais e o risco da atividade. In: Revista Judiciária do Paraná/ Associação dos Magistrados do Paraná. — v.1, n.1—, (jan.2006) — .— Curitiba: AMAPAR, 2006.
- JUNIOR. Liberdade de Expressão e Capacidade Comunicativa. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 12, n. 39, p. 145-183, 2018.
- KAFRUNI, Simone. Mais da metade das empresas não está pronta para lei de proteção de dados. Correio Brasiliense: 17 fev. 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/02/17/internas_economia,828562/mais-da-metade-das-empresas-nao-esta-pronta-para-lei-de-protacao-de-dados.shtml#:~:text=Os%20brasileiros%20ter%C3%A3o%20um%20importante,%20Brasil%20n%C3%A3o%20est%C3%A1%20preparado. Acesso em: 21 ago. 2020.
- MAIA, Adriane. Os impactos da LGPD para os negócios. E-commercebrasil, 2019. Disponível em: <https://www.e-commercebrasil.com.br/artigos/os-impactos-da-lgpd-para-os-negocios/>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: dignidade humana. Livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física e igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS. 2016. P. 56
- MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC (Journal of Contemporary Private Law), v. 9, p. 35-48, 2016.
- MIZIARA, Raphael. LGPD: razões de sua existência e impactos nas relações de emprego. Jota, 15 mar 2020, 08:32. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-razoes-de-sua-existencia-e-impactos-nas-relacoes-de-emprego-15032020. Acesso em: 15 mar. 2020.
- MOURA, Marcelo. O Brasil não está pronto para a Lei Geral de Proteção de dados. Época Negócios, 2 nov 2019, 6h00. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/11/o-brasil-nao-esta-pronto-para-lei-geral-de-protacao-de-dados.html>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- MONTEIRO, Renato Leite. Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil – Análise. Disponível em: [file:///C:/Users/dell/Downloads/artigo-baptista-luz-pt-lei-geral-de-Protacao%CC%A7a%CC%83o-de-dados-do-Brasil%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/dell/Downloads/artigo-baptista-luz-pt-lei-geral-de-Protacao%CC%A7a%CC%83o-de-dados-do-Brasil%20(5).pdf). Acesso em: 21 ago. 2020.
- MORO, Sergio Fernando. Rumo a Nogales. In: Revista Crusoe, n.º 114, 03/07/2020, disponível em <https://crusoe.com.br/edicoes/114/rumo-a-nogales/>. Acesso em: 20 set. 2020
- PEGORINI, Maria Fernanda Hosken et al. Lei Geral de Proteção de Dados: um resumo da LGPD (ATUALIZADO). Legalcloud, 2018. Disponível em: <https://legalcloud.com.br/lei-geral-de-protacao-de-dados-resumo-lgpd/>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- PEIXOTO, Andréa Stefani. Lei de Proteção de Dados: entenda em 13 pontos!. Politize, 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lei-de-protacao-de-dados/>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- REDE NACIONAL DE ENSINO E PESQUISA. Qual o impacto da LGPD em instituições de ensino e pesquisa?. Disponível em: <https://www.rnp.br/noticias/qual-o-impacto-da-lgpd-em-instituicoes-de-ensino-e-pesquisa>. Acesso em: 21 ago. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado. civilistica. In: revista eletrônica de direito civil, v. 1, n. 1, p. 1-30, 2012.
- SARTORI, Ellen Carina Mattias; BAHIA, Cláudio José Amaral. Big Brother is watching you: da distopia orwelliana ao direito fundamental à proteção de dados pessoais. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 20, n. 3, p. 225-248, 2019.
- SERPRO. Objetivo e abrangência da LGPD. Disponível em: <https://www.serpro.go.v.br/lgpd/menu/tratamento-dos-dados/objetivo-e-abrangencia-da-lgpd#:~:text=A%20Lei%20G%20e%20de%20P%20r%20t%20e%20C%20A%20C%20A%20o,%20da%20p%20e%20r%20n%20a%20l%20i%20d%20a%20d%20e%20C%20A%20d%20u%20o.> Acesso em: 21 ago. 2020.
- SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington Fonseca. O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.15, n. 30, jul./dez. 2012 – ISSN 1808-9429. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2012v15n30p119>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BORGES, Carolina Biazatti; BENEVIDES, Nauani Schades. The procedural protection of data de-indexing in internet search engines: the effectiveness in brazil of the so-called “right to be forgotten” against media companies. Revista Jurídica - UNICURITIBA, v. 1, n. 54, mar. 2019. p. 25 - 50
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Webinário “A aplicação da Lei Geral de Dados Pessoais no cotidiano do Poder Judiciário e do STJ. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uhLLtb2AINM>. Acesso em: 21 set. 2020

SOCIALGOODBRASIL. Privacidade e proteção de dados pessoais: o impacto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na sociedade. Disponível em: <https://socialgoodbrasil.org.br/2019/05/13/privacidade-e-protecao-de-dados-pessoais-o-impacto-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-na-sociedade/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

SOLOVE, Daniel. *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age*. New York: New York University Press, 2004, p. 19.

SPIECKER, Indra. O direito à proteção de dados na internet em caso de colisão. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 12, n. 38, p. 17-33, 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Luxemburgo, out 1995.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *civilistica.com: revista eletrônica de direito civil*, v. 2, n. 3, p. 1-22, 2013.

ZANATTA, Rafael A.F. b A proteção de dados pessoais entre leis, códigos e programação: limites do marco civil da internet. In: DE LUCCA, Newton et al. *Direito e Internet III: Marco Civil da Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 447- 470.

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL E SUA APLICAÇÃO NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Thiago Gonsalves Segunda¹¹⁹¹

INTRODUÇÃO

Para compreender um movimento processual que acarrete na concepção e aplicação máxima de uma norma que serve de norte para todo um sistema jurisdicional em um determinado momento, é necessário se ater em quais foram os pontos de ruptura que trespassaram um conhecimento anterior e geraram um novo sentido a um conjunto de finalidades que visam dimensionar um conceito já conhecido, mas que não era lido como sendo basilar.

Nessa toada, a ciência do processo tratou de inserir nas normas processuais um parâmetro constitucional a fim de conferir maior efetividade e pautar o todo um sistema que advém dessas normas como diretrizes de pretensão universal, tendo uma hierarquia superior às normativas ordinárias de caráter meramente procedimental. Com a finalidade de expressar determinados modelos ideológicos que estruturam relações próprias, surge a urgência de estudar a fundo a aplicação eficaz de um ideal processual que dita a estruturação de todo um movimento jurídico visando atender os melhores interesses das partes envolvidas.

A compreensão do princípio da cooperação demanda uma complacência de como uma normativa processual ganha robustez ao ponto de servir como guia para toda e qualquer demanda procedimental do ordenamento pátrio, bem como a que se deve a atribuição de preceito fundamental ao processo nos ditames do Novo Código de Processo Civil.

O legislador do diploma processual civil aferiu certa retidão ao dispor sobre a cooperação no texto legal “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”¹¹⁹².

Do conteúdo do art. 6º do CPC é possível extrair um ponto base, esse sendo a cooperação propriamente dita, e suas consequências de eficácia, a razoabilidade temporal, efetividade e justiça na prolação de uma decisão de mérito. Ocorre que, muito embora a literalidade do texto legal ofereça tais elementos para um estudo superficial, quando de um olhar pragmático denota-se um aprofundamento de conceitos que ultrapassam o mero conceito geral de efetividade processual.

A premissa de cooperação surge do próprio conceito da garantia do contraditório no processo, que transforma o Estado-Juiz num participante ativo da relação processual, em pé de igualdade com as partes que litigam perante ele, gerando um diálogo tríplice

¹¹⁹¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: thiagogsegunda@gmail.com

¹¹⁹² BRASIL. Lei nº 13.105 DE 16 DE MARÇO DE 2015. Institui o novo código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em: 14 de mar. 2021.

que retira a figura do magistrado como espectador¹¹⁹³, culminando na elaboração de um contato formal ao que temos intrínseco no Estado Democrático de Direito.

Levando o estudo da colaboração processual a um campo de eficácia mais contundente à prática procedimental, é na aplicação dessa máxima que se apura a existência de deveres e responsabilidades entre os sujeitos do processo e quanto há de ser considerada a observância desses deveres, se são recíprocos ou unilaterais e se o descompasso de algum dever ou negligência com alguma responsabilidade na tramitação do processo acarreta em atribuir ao sujeito em questão alguma demanda punitiva ou ação efetiva para resguardar o bom andamento do processo.

Ao aproximar ainda mais essa diretriz de coadjuvação recíproca entre as partes da realidade do judiciário brasileiro, se faz necessária uma análise concreta de aplicabilidade desse princípio de forma que as práticas ordinárias dos órgãos jurisdicionais não sejam suprimidas pela busca de uma coparticipação exacerbada, ou então que tais fundamentos não deixem os atos processuais e atuação jurisdicional à míngua de um mínimo esforço dos protagonistas dessa relação litigiosa para que se mova a máquina judicial.

1 APLICAÇÃO PRÉ CPC/15 E ESCOPO CONSTITUCIONAL

Pensar na cooperação enquanto um fenômeno novo e estritamente neoprocessual ignora a imensa bagagem que o princípio, enquanto regra jurídica, leva no seu significado e atropela toda a sintonia constitucional e normativa do processo brasileiro.

Já é possível notar, principalmente num contexto pós Segunda Guerra Mundial, que esboços de um conceito hodierno eram expostos por textos normativos internacionais e garantidores de preceitos fundamentais, destacando-se àquele presente à Convenção Europeia de Direitos Humanos¹¹⁹⁴, que traz garantias de equidade ao processo que os tutelados sob aquela carta possuem:

“Artigo 6.º

(Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou

¹¹⁹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Garantia do Contraditório”. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 139- 140.

¹¹⁹⁴ ROMA. Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma no dia 04 de novembro de 1950. Disponível em: echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 16 abr. 2021

a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

Da leitura do diploma supracitado extrai-se, de forma primária, verbetes que correlacionam a ação do judiciário com aquele que buscou sua tutela, saindo de um ideal que as partes devem se submeter ao crivo do Estado sem qualquer restrição desse, podendo agir de maneira arbitrária e diametralmente superior ao papel das partes.

É de suma importância destacar a previsão de razoabilidade das decisões judiciais, que, embora ganhe um caráter principiológico apartado ao estudado na presente pesquisa, tem relação estrita com o dever cooperativo entre os sujeitos do processo, ao passo que a atividade decisória depende do bom andamento do processo pelos jurisdicionados, e estes anseiam com urgência o pronunciamento do Estado acerca do litígio formulado, acarretando na necessidade de uma elaboração que comporte as exigências de ambos os lados.

Além do já destacado “prazo razoável”, resguardado pela Convenção, atrelado a esse elemento têm-se que o prolator da decisão equânime e célere deve ser independente e imparcial, previsão que também ganha caráter fundamental no estudo processual constitucional, com menção ao artigo 5º, da Constituição Federal¹¹⁹⁵, contando com redação protetiva ao jurisdicionado quanto a efetiva apreciação pelo Judiciário do direito pretendido, e também a impossibilidade de criação de juízo de exceção no ordenamento brasileiro.

Num contexto brasileiro, a compreensão da colaboração processual encontra amparo na compreensão de como o Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73) dispõem sobre o sistema básico de organização do processo pela perspectiva do protagonismo do Estado. O diploma processual de 73 acabou por utilizar elementos que remetem ao sistema inquisitorial, que advém do “*welfare state*”, colocando o Estado-Juiz como protagonista da relação processual, gerando uma ideia de soberania interna a esse, ficando incumbido de conduzir o feito. Essa influência do sistema inquisitorial fez com que houvesse um descompasso de harmonia entre os sujeitos da relação, que posteriormente foi superado com o advento do novo Código.

A nível de direito comparado, outro diploma que conferiu grande notoriedade ao princípio da cooperação foi o Código de Processo Civil de Portugal de 2013, ao dispor o seguinte: “Artigo 7.º 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.”¹¹⁹⁶

Do disposto na legislação processual portuguesa se observa de maneira expressa a presença da figura do magistrado enquanto sujeito participativo,

¹¹⁹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2021.

¹¹⁹⁶ PORTUGAL. Lei nº 41 de 26 DE JUNHO DE 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis. Acesso em: 15 abr. 2021.

abandonando as premissas arcaicas de que a movimentação do tramite processual se daria apenas pelos litigantes, tendo esses o dever exclusivo de cooperar entre si numa relação piramidal em que o poder estatal fica inerte a qualquer prática que tenha pretensão de maior celeridade e facilidade na resolução do conflito, tais práticas devendo serem pautados em ideais de ética e na estrita boa-fé.

A inserção da prática processual cooperativa adveio de transformações judiciais que acabaram por direcionar o ordenamento brasileiro a um momento de resguardo da posição de espectador do Estado-Juiz, quando essa posição não mais guardava relação com o momento constitucional que vigorava no país, ainda mais após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a garantia ao contraditório e ampla defesa, dos quais decorre a cooperação.

Relacionar a garantia do contraditório no processo com a previsão de eficiência na tramitação das lides fez com que a cooperação se solidificasse enquanto conceito próprio, como ensina Alexandre Pereira Bonna¹¹⁹⁷ ao dizer que o contraditório demanda uma participação ativa resultando numa suma de esforços que contemplem um avanço na resolução de uma lide, nessa toada o processo somente se realizaria mediante a cooperação dos sujeitos.

2 RELAÇÃO DE COLABORAÇÃO

Muito embora a presente pesquisa tenha o intento de apurar as nuances do caráter colaborativo e cooperativo no processo, deve-se partir do pressuposto inquestionável que existem papéis/funções inerentes a cada sujeito da relação processual, e a cada um destes é conferida uma execução própria, que, em conjunto com os demais participantes, faz com que a haja a tramitação processual.

Da análise da semântica da palavra cooperação se extrai a ideia de prestar/ agir em auxílio para uma finalidade una¹¹⁹⁸, podendo se inferir na participação efetiva de esforços para um determinado fim, sem a exclusão ou ressalva que possa afastar a prestação cooperativa por determinado ser.

Na esfera jurídica, compreender a importância de tal “auxílio para fim comum”, atinge diretamente a necessidade de compreender o papel do Estado-Juiz como figura na resolução colaborativa, não podendo mais esse se esvaír da participação direta e coordenativa no processo, já que tal defasagem não encontra amparo no que perpetua o Estado Democrático de Direito.

O liame entre a condução impositiva do magistrado e o prosseguimento desenfreado entre as partes é pelo que se revela a necessidade cooperativa no processo, superando a assimetria imposta pela longa tradição jurídica do debate entre os modelos inquisitoriais e dispositivos do processo, como bem leciona José Coelho Nunes “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica

¹¹⁹⁷ BONNA, Alexandre Pereira. Cooperação no processo civil – A paridade do juiz e o reforço das posições jurídicas das partes a partir de uma nova concepção de democracia e contraditório. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 85, p. 77.

¹¹⁹⁸ Dicionário Michaelis. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em: 19 abr. 2021.

e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”¹¹⁹⁹

Da leitura do art. 6º do CPC, o uso da expressão “entre si” perfaz a necessidade de prestações recíprocas de boas práticas de andamento do processo, sem excluir qualquer configuração que possa ser útil ao deslinde do litígio, as partes entre si, cada parte com o magistrado, os representantes legais e demais sujeitos que podem vir a participar da lide.

Atentando-se ao papel do magistrado na participação cooperativa no processo, preliminarmente se observa a função auxiliar que o Estado-Juiz tem quando da resolução jurisdicional, como destaca Fredie Didier Jr.¹²⁰⁰ “o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdade ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”.

O auxílio do juiz junto às partes se dá pelo domínio da jurisdição estatal e pelo caráter decisório que é dado a ele enquanto intérprete da vontade normativa do legislador, fazendo com que tenha possível autonomia para conduzir os ritos e procedimentos quando houverem falhas ou falhas de comunicação entre as partes ou seus defensores.

No entanto, o dever judicial de auxílio ganha críticas pela doutrina, ao passo que a função de prestar auxílio quando das intempéries durante o processamento do litígio deveria ser única e exclusivamente exercida pelos advogados ou defensores das partes envolvidas, sob risco de incorrer em parcialidade o magistrado, o que é expressamente vedado pelo ordenamento pátrio.

3 DEVERES DAS PARTES INTEGRANTES

Partindo do pressuposto da simetria de comportamentos dos sujeitos que integram o provimento jurisdicional, a relação de tais sujeitos materializa-se pela efetiva participação dialética destes, para que, de maneira concorrente, haja a real formação de uma dinâmica funcional e eficaz, se revelando como um desdobramento valorativo do contraditório.

Para exemplificar fielmente a eficácia de tal junção de esforços e vontades, se extrai o seguinte da obra de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

“A vontade e atividade das partes tendem, outrossim, a se plasmar e adequar aos estímulos decorrentes do comportamento do juiz e do adversário. Por isso mesmo, o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques”¹²⁰¹

¹¹⁹⁹ NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008. p. 215.

¹²⁰⁰ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Ed 17. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 132.

¹²⁰¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 114

Da participação dialética que enseja na cooperação entre os sujeitos é possível observar determinadas condutas que decorrem das funções típicas de cada um dos integrantes da relação, fazendo com que cada um tenha delimitações e impulsos nessa engrenagem processual, partindo de valorações formais da boa-fé processual e de sua instrumentalidade.

A fim de sistematizar de maneira mais pragmática os ônus suportados pelos integrantes do processo, foi criada a definição de “deveres de cooperação”, que exigem o reconhecimento de posturas a serem adotadas pela unidade processual a fim de que seja dada a devida eficácia à máxima colaborativa.

Para a compreensão do caráter cooperativo foi preciso realizar uma divisão técnica dos deveres entre os sujeitos, já que cada um irradia de maneira única para cada integrante, ganhando contornos singulares a partir do papel que desempenha tal sujeito no provimento jurisdicional, podendo ser classificado como: (i) dever de esclarecimento, (ii) dever de consulta, (iii) dever de prevenir e, (iv) o já citado dever de auxiliar.

Sob um prisma de toda a atividade jurisdicional, o dever de esclarecimento demanda clareza e coerência das partes quando da produção dos atos que lhe são defesos, para que não restem questões eivadas de obscuridade ou que deem margem a contradições durante o processamento da lide.

O esclarecimento está correlacionado o pressuposto de não restar ambiguidades durante o processo, o que acabaria por tornar mais morosa e burocrática a resolução do litígio, partindo das partes quando se fizer necessária a manifestação sobre determinada alegação passível de dúvida, bem como pode partir do magistrado de maneira composta, esclarecendo acerca de ato processual dos interessados, ou então, de pronunciamento próprio.

Tido como um desmembramento do dever de esclarecimento, apresenta-se o dever de consultar, que em suma remete diretamente ao princípio da informação e aos conceitos de vedação da decisão surpresa e o próprio contraditório, sendo inerente a função judicial o ato de dar a devida ciência aos litigantes dos fundamentos utilizados, bem como a motivação hermenêutica de que decorre o conteúdo de sua manifestação nos autos, como bem preconiza o artigo 10, do CPC: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”.

A ascensão do dever de consulta ao nível autônomo dessa função, desmembrando-se da função de esclarecimento se deve a concretização formal do contraditório por meio desse, que tem elevado teor constitucional de maneira expressa no ordenamento, assegurando aos litigantes grau de influência na resolução da questão levado ao crivo do Estado-Juiz.

Por sua vez, a função de prevenção tem como cerne o apontamento das irregularidades, faltas, deficiências e não preenchimentos durante o processamento da lide, ao passo que estes poderiam ser devidamente remediados pelas partes, não incorrendo em prejuízo aos integrantes da relação, tampouco imputando ônus assimétrico a um deles, somente fazendo com que o processo seja conduzido nos estritos mandamentos legais que preveem sua tramitação de maneira a não esculpir

de irregularidades supríveis a conduta dos postulantes, como ressalta Miguel Teixeira de Sousa em sua obra: “O dever de prevenção tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação ou da defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo.”¹²⁰²

Como manifestação expressa do dever de consultar se destaca o artigo 76 do CPC/15, em especial o que dispõem o caput “Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício. ”, ao garantir ao litigante a possibilidade de sanar a deficiência de capacidade e representação, inclusive com a suspensão do processo, devida a imprescindibilidade do cumprimento do ato.

Finalmente, conforme já discorrido anteriormente, o dever de auxiliar, quando emana da figura do magistrado recebe ressalvas dos processualistas modernos quanto ao limite que o Estado teria em assessorar os sujeitos da relação processual em intempéries que possam surgir durante a discussão litigiosa, ao passo que essa função incumbe e é inerente ao defensor, tendo regulação própria como o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil ¹²⁰³ e demais órgãos competentes, evitando sobreposição de papéis pelos operadores do direito.

4 DECISÃO JUSTA E EFETIVA

Dentre o disposto no texto do artigo 6º do CPC, marco legislativo do princípio da cooperação, o legislador tratou por inserir uma consequência prática da participação colaborativa dos sujeitos no processo, como sendo uma decisão de mérito justa e efetiva.

Em consonância com a máxima de celeridade processual, também prevista no CPC¹²⁰⁴, a manifestação do magistrado em tempo hábil e útil a prestação da tutela jurisdicional pleiteada pelo postulante gera um compromisso com este último de que o Estado deve zelar pelo dispêndio de duração compatível ao bom andamento do processo e com a satisfação do objeto pretendido.

O critério de aferição de um caráter justo à decisão permeia o próprio conceito de processo, principalmente no viés fundamental enquanto garantia o Estado Democrático de Direito, já que a própria Constituição Federal que disciplina e tipifica a forma a que se deve provocar o judiciário, que por sua vez, deve seguir os ditames prescritos na Carta Constitucional para resolver as questões levadas como controvertidas, exercendo a chamada tutela jurisdicional.

O ideal de uma “decisão justa e efetiva” passa por contornos de eficiência processual, bem como pelo cumprimento de uma atividade satisfativa pelo Estado-Juiz, que se concretiza pela declaração estatal de um direito ao jurisdicional, não somente pelo mero reconhecimento da pretensão levado ao crivo do judiciário

¹²⁰² SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil. 2.ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 87.

¹²⁰³ Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

¹²⁰⁴ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

e que é oriundo de uma relação entre sujeitos que vivem em sociedade, como preconiza o processualista Cassio Scarpinella Bueno:

“E mais; é regra que permite compreender mais adequadamente o “processo sincrético”, indubitavelmente albergado pelo novo CPC, assim compreendido como o processo que se divide em fases (ou etapas) sem a solução de continuidade, nas quais se distribuem “atividades cognitivas” (de conhecimento) e “atividades satisfativas” (de cumprimento ou de execução) de diversa ordem, mas sempre com a finalidade principal de verificar para quem a tutela jurisdicional deve ser prestada e também criar condições de sua efetiva prestação, isto é, a satisfação do direito tal qual reconhecido existente pelo Estado-juiz”.¹²⁰⁵

Ademais, a efetividade da decisão tida como justa no processo ultrapassa o mero formalismo pelo qual se revela no decorrer do processo, devendo observar o processo intelectual e hermenêutico de que se valeu o magistrado a fim de chegar a tal conclusão sobre as alegações dos litigantes.

A compreensão de um conteúdo decisório eivado dos pressupostos que decorrem da cooperação processual deve, de igual modo, passar pela análise do princípio da igualdade processual, com previsão no *caput* do art. 5º, da Constituição Federal, servindo como fonte normativa que irradia para todo o ordenamento.

No âmbito estritamente processual, tal feixe fundamental normativo foi transcrito no art. 7º do CPC “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”, como um apanhado de garantias inescusáveis de sua observância durante o processo.

A ligação entre a paridade e a cooperação se dá pela busca conjunta de uma equidistância em relação às partes, oriunda de um tratamento imparcial e equânime do magistrado na condução do processamento da lide, garantindo também certa paridade no que tange o acesso das partes às informações e atos essenciais ao deslinde da controvérsia, correlacionado diretamente ao dever de esclarecimento supracitado.

Nessa monta, a garantia de uma tutela efetiva e que preze pelos requisitos formais e materiais que regulem a eficácia de uma prestação jurisdicional ultrapassa o mero caráter de previsibilidade e de projeção simplista de mera aplicação do texto normativo ao caso que fora submetido ao poder jurisdicional do Estado, devendo-se ampliar a visão para o resultado da atividade hermenêutica derivada da subsunção do regramento ao caso.

Tais elucubrações acerca dos conceitos que dispõe a norma processual analisada foram brilhantemente sintetizadas pelo processualista italiano Michele Taruffo, agrupando três premissas basilares à concepção das práticas cooperativas no processo civil.

¹²⁰⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Novo código de processo civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 44.

“Assim, decisão que pode ser qualificada como justa depende da concordância de três elementos indispensáveis à sua conformação: a) resultado de processo justo, em que asseguradas as garantias fundamentais; b) tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão; c) fundada em apuração verdadeira dos fatos da causa.”¹²⁰⁶

5 PRÁTICAS EFETIVAS NO ÂMBITO JURISDICIONAL

O fenômeno da cooperação processual, quando analisado no território interno do processo, de maneira individual em determinada solução litigiosa, é facilmente perceptível, em suma pela atuação do magistrado perante o poder de conduzir o processo, podendo ser atestada pelos rumos dados na busca pela tutela efetiva do judiciário.

No entanto, identificar e compreender a presença da participação colaborativa dos sujeitos à um nível amplo de estudo processual se mostra mais complexo, já que tal ação deve integrar um pacote de políticas públicas de resolução de conflitos, sendo emanada pelos órgãos e entidades que ditam o andamento do processo no ordenamento brasileiro.

A aplicabilidade, para fins de estudo, pode ser examinada pela atuação administrativa-judiciária e de gestão de políticas públicas, para fins didáticos e de melhor segmentação entre as motivações e impactos que exercem no mundo jurídico. De proêmio, há a análise de programas e regulamentos provenientes de atos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado com a intenção de aperfeiçoar o trabalho do sistema jurídico brasileiro, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. O órgão é responsável direto pela política judiciária e na gestão estratégica na criação de metas e programas que visam a eficiência nos serviços judiciais.

Ante a própria natureza e os valores do Conselho, é fácil identificar as ações de fomento à prática estipulada no artigo 6º do CPC, já que prioritariamente é competência do órgão a promoção de efetividade e conjecturas de prestações recíprocas entre os integrantes do processo, sobretudo pelas recomendações aos magistrados e demais atores de representação do Estado-juiz.

Como expressão material da necessidade de cooperação processual, foi redigida a Resolução N° 350 de 27/10/2020¹²⁰⁷, pela qual se estipula a forma de cooperação ativa entre os órgãos que compõem o Poder Judiciário, como também a cooperação interinstitucional, que prevê a colaboração das entidades judiciais com relação à integrantes externos a relação processual de resolução de litígios.

O texto normativo traz determinados atos que compõem a prática cooperativa, em especial aqueles elencados ao artigo 6º da Resolução, ao que se destacam a “na prática de quaisquer atos de comunicação processual, podendo versar

¹²⁰⁶ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons: Madri, 2012. p. 142

¹²⁰⁷ CNJ. Resolução N° 350 de 27/10/2020. Estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3556>. Acesso em: 24 abr. 2021.

sobre a comunicação conjunta a pessoa cuja participação seja necessária em diversos processos” no inciso I, em seguida pelo inciso II a “prestação e troca de informações relevantes para a solução dos processos”, e por fim, “a efetivação de medidas e providências referentes a práticas consensuais de resolução de conflitos” presente no inciso XIX, porém o *caput* do artigo estabelece a possibilidade de aventar outros atos de cooperação desde que sejam fruto de atuação consensual das partes envolvidas, o que acaba por dinamizar a tramitação processual que exige determinada ação que difere do regramento ordinário.

Pelo exame do conteúdo do texto normativo vigente pelo CNJ se depreende a aplicação concreta e inescusável da razoável duração do processo em conjunto com a cooperação processual, abrangendo todos os atos e comunicações processuais bem como rotinas administrativas que passam pelo crivo do judiciário, dando ênfase à proteção de preservação dos bens tutelados, dos sujeitos e até mesmo das entidades públicas e privadas que possam estar sendo demandadas em juízo.

Outra atuação contundente do Conselho Nacional de Justiça quando da aplicação do princípio da cooperação/colaboração é a implementação do Projeto Resolve, através da Resolução N° 125/20210¹²⁰⁸, que regula a chamada Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendo como premissa a oferta de mecanismos de solução de demandas por meio consensuais e pela orientação dos integrantes da relação.

No escopo de maior atuação da política em questão se encontram os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, com previsão expressa no art. 6° da Resolução N° 125, como sendo de competência do CNJ:

“6º Para o desenvolvimento da rede referida no art. 5º desta Resolução, caberá ao Conselho Nacional de Justiça: (...)

VI - estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;”

A normativa acerca da instituição e promoção dos centros de solução de conflito vai ao encontro de todo um movimento processual moderno, que visa a maior aplicação e incentivo dos métodos consensuais de solução de conflito, aos moldes do que dispõem o próprio texto do Código de Processo Civil de 2015, logo ao art. 3°, §2º do referido diploma.

Os métodos de solução consensual têm ligação direta com a participação colaborativa dos sujeitos processuais por sua própria natureza epistemológica, “Como objetivos principais da mediação estão a satisfação das partes e a promoção do autoconhecimento com o crescimento cognitivo dos participantes”¹²⁰⁹.

¹²⁰⁸ CNJ. Resolução N° 125 de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 26 abr. de 2021.

¹²⁰⁹ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. Mediação e

CONCLUSÃO

Do presente estudo é possível aferir que, embora seja recebido no ordenamento brasileiro enquanto uma norma principiológica, a cooperação processual é amplamente observada na prática jurisdicional de solução de controvérsias.

O papel de normativa fundamental ao processo que desempenha a cooperação não se mostra como um fenômeno isolado perante os demais conceitos basilares da construção do pensamento processual brasileiro, sua ligação com a demanda de boa-fé processual, e, sobretudo, a relação estrita com o contraditório e ampla defesa, faz com que a ordem de colaboração entre os sujeitos do processo ganhe um escopo de aplicação máxima, sendo essencial para a compreensão do papel do processo no Estado Democrático de Direito.

Entender o fenômeno da cooperação passa pela análise da relação de todos os sujeitos que integram a relação processual e como o esforço conjunto entre eles resulta no que determina o art. 6º do CPC, tratando também de diferenciar e individualizar os papéis e funções que cada integrante instrumentaliza na resolução da demanda.

Já não faz mais sentido pensar no processo como uma ciência atual que coloca a figura do magistrado em descompasso de deveres e responsabilidades com os litigantes, sendo necessário o rompimento da assimetria que era típica da relação processual, e a inserção de um imaginário, cada vez mais fático, de que o processo que tramita de maneira célere, eficiente e que busca o melhor interesse daqueles que lhe compõem, deve ser imerso em erigido na boa cooperação entre os integrantes para que a tutela jurisdicional não seja sinônimo de descompasso e confronto.

REFERÊNCIAS

- BONNA, Alexandre Pereira. Cooperação no processo civil – A paridade do juiz e o reforço das posições jurídicas das partes a partir de uma nova concepção de democracia e contraditório. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 85.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm.
- BRASIL. Lei nº 13.105 DE 16 DE MARÇO DE 2015. Institui o novo código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Novo código de processo civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CNJ. Resolução Nº 125 de 29/11/2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>.
- CNJ. Resolução Nº 350 de 27/10/2020. Estabelece diretrizes e procedimentos sobre a cooperação judiciária nacional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3556>.
- Dicionário Michaelis. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/>.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Ed 17. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.
- FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. Mediação e Solução de Conflitos: teoria e prática. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Garantia do Contraditório”. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PORTUGAL. Lei nº 41 de 26 DE JUNHO DE 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis.
- ROMA. Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma no dia 04 de novembro de 1950. Disponível em: echr.coe.int/documents/convention_por.pdf.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil. 2.ed. Lisboa: Lex, 1997.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. Marcial Pons: Madri, 2012.

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA USUCAPIÃO DE ÁREAS AMBIENTALMENTE PROTEGIDAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CÍVEL 0002027-42.2009.8.16.0026 PELO TJ-PR

Aron Vitor Fraiz Costa¹²¹⁰, Luana Gabriela Dalmut¹²¹¹, Luiza Deretti Martins¹²¹²

INTRODUÇÃO

A usucapião é um instituto que remonta ao direito romano, relacionado a forma inaugural de se adquirir uma propriedade, desde que o conceito foi proposto dentro da civilização humana. A propriedade foi um dos primeiros direitos a serem concebidos como fundamentais na sociedade moderna, elevado, desde o Iluminismo, ao mesmo patamar de direitos como à vida e à liberdade pelos autores do período.

O absolutismo da propriedade, todavia, veio perdendo espaço no direito contemporâneo. As demandas em prol de um bem maior à coletividade têm sido sopesadas com este direito, antes visto como absoluto. Nessa movimentação, central foi a introdução do conceito de função social.

Mais recentemente, estão cada vez mais em pauta as preocupações ambientais. Desde a década de 1970, os países vêm sendo pressionados, tanto no plano internacional como pela própria população, a criar mecanismos diversos para a conservação do meio ambiente. Dentre esses mecanismos, o Direito assume um papel relevante, passando pela ressignificação de certos institutos. Isso se dá em diversas frentes, tanto de direito processual como material, a exemplo da atribuição de legitimidade a seres vivos não humanos, a função social, dentre outros. Igualmente, ao Poder Judiciário, na condição de Poder responsável pela garantia de direitos fundamentais.

Por essa razão, é relevante estudar como as instituições clássicas passam por releituras a partir das novas demandas sociais. A questão da usucapião em espaços territorialmente protegidos é um bom exemplo de como pode-se analisar institutos clássicos do direito à luz de novas concepções, a fim de resolver novas problemáticas. Nela, a função social da posse adquire relevância, com novos contornos também atinentes a um panorama ambiental.

Diante do exposto, o objetivo do presente trabalho é estudar a usucapião de imóveis situados em espaços ambientalmente protegidos, à luz do cumprimento da função social da posse. Para tanto, far-se-á a análise específica de um caso concreto

¹²¹⁰ Mestrando (bolsista CAPES) em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR. Pós-graduando em Direito Empresarial Aplicado e Análise Econômica do Direito pela Faculdade das Indústrias. Integrante do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da PUCPR. Pesquisador de Iniciação Científica 2019-2020. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3469163745973067>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-3668-4427>. E-mail: aron.costa@pucpr.edu.br.

¹²¹¹ Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR. Integrante do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da PUCPR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2686921756292458>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6899-7087>. E-mail: luanagdalmut@hotmail.com.

¹²¹² Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade. Integrante do Grupo de Estudos em Análise Econômica do Direito da PUCPR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2674685824125349>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8488-9040>. E-mail: luizaderetti@outlook.com

julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná relacionado ao tema e empregar-se-á especialmente a visão do Professor Ministro Edson Fachin a respeito da usucapião, sem prejuízo de demais doutrinadores de renome.

Utilizando-se do método dedutivo, o artigo se baseia na legislação, na doutrina referida nas referências e no julgado específico da Apelação Cível n. 0002027-42.2009.8.16.0026 pelo TJ-PR.

1 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE NA PRETENSÃO DE USUCAPIÃO

A usucapião é um modo de aquisição originário de propriedade de bens por meio de uma posse suficientemente prolongada no tempo, e cumprida determinadas condições¹²¹³. A consumação da usucapião, assim reconhecida, implica na aquisição de um direito real em relação à coisa sobre a qual incidiu¹²¹⁴. Nesse sentido, também se denomina de prescrição aquisitiva, na medida em que é forma de estabilização de relações jurídicas pelo decurso do tempo.

Trata-se de um instituto clássico do Direito Civil, consagrado em legislações estrangeiras e já previsto no ordenamento jurídico desde o Código Civil de 1916 (art. 550).

Sob o ordenamento jurídico vigente, a doutrina¹²¹⁵ aponta três espécies de usucapião: (i) a ordinária, prevista no art. 1.242 do Código Civil de 2002, que exige a posse mansa e pacífica da área por um período de 10 anos por possuidor munido de justo título e boa fé (podendo o prazo ser excepcionalmente reduzido para 5 anos, preenchidos os requisitos impostos pelo parágrafo único)¹²¹⁶; (ii) a extraordinária, positivada no art. 1.283 do Código Civil de 2002, que tem como pressuposto a posse mansa e pacífica pelo prazo de 15 anos, independente de justo título ou boa-fé do possuidor (também admite a redução do prazo quando observados os requisitos do parágrafo único do artigo, que passa a ser de 10 anos)¹²¹⁷; (iii) a especial ou constitucional, que pode ser urbana ou rural. No caso da usucapião especial urbana, positivada no art. 183 da Constituição da República, exige-se a posse mansa e pacífica de uma área urbana, limitada a 250m², por 5 anos ininterruptos, desde que o possuidor utilize-a para a sua moradia e não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural¹²¹⁸. Por fim, o art. 191 da Constituição da República prevê a usucapião especial rural, que tem como requisitos a posse mansa e pacífica por 5 anos ininterruptos de área rural limitada a cinquenta hectares, a ausência de outro imóvel rural ou urbano

¹²¹³ VENOSA, Sílvio de Sálvio. Teoria Geral do Direito Civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 190.

¹²¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 40.

¹²¹⁵ LÔBO, Paulo. Direito Civil volume 4 – Coisas, 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 140.

¹²¹⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

¹²¹⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

¹²¹⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

pelo possuidor e a produtividade da terra pelo possuidor e sua família, que devem estabelecer nela a sua moradia¹²¹⁹.

Trennepohl acrescenta uma quarta modalidade de usucapião, denominada “ambiental metaindividual”¹²²⁰, que cuida de hipótese de usucapião especial coletiva, disciplinada pelo artigo 10 do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001). Nesse caso, deve ser demonstrada a existência de um núcleo urbano informal, cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior aos 250m² exigidos para a usucapião individual, desde que existente há mais de cinco anos e sob a condição dos possuidores não serem proprietários de outro imóvel urbano ou rural¹²²¹.

Como se denota pelos requisitos, a usucapião é um dos mais relevantes efeitos da posse. Contudo, para sua perfectibilização, é necessária a concorrência com outros elementos¹²²².

O fundamento da usucapião, em qualquer de suas modalidades, passa pela paz social e pela necessidade de atribuição de segurança à propriedade¹²²³. Para Fachin, as teorias sobre o fundamento da usucapião podem ser subjetivas, quando baseadas na ideia de renúncia pelo proprietário que negligencia a propriedade, ou objetivas, fundadas em razões afetas à utilidade social¹²²⁴. Modernamente, parece prevalecer a perspectiva objetiva, fundamentando-se a usucapião especialmente a partir da função social da propriedade¹²²⁵ – direito fundamental segundo a Constituição Federal (art. 5º, inciso XXIII)¹²²⁶.

A função social é instituto contraposto à ideia de absolutismo do direito de propriedade, orientado ao aumento da utilidade social e proteção de interesses comuns referente à propriedade¹²²⁷. Impõem-se ao titular do direito individual de propriedade deveres no benefício de não-proprietários¹²²⁸.

Trata-se, portanto, de uma forma de alterar aspectos atinentes ao uso da propriedade, ao exercício desse direito, que gera implicações externas¹²²⁹. Surge como expressão de verdadeira necessidade diante do absolutismo concebido classicamente.

¹²¹⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

¹²²⁰ TRENNEPOHL, Terence Dornelles. Manual de Direito Ambiental. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 306.

¹²²¹ BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Diário Oficial, Brasília, DF, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

¹²²² FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 40.

¹²²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das coisas. v. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 275.

¹²²⁴ FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 40.

¹²²⁵ SILVA PEREIRA, Caio Mário de. Instituições de Direito Civil, v. IV, 4. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 120.

¹²²⁶ 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: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

¹²²⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus. Limitações ao direito de propriedade. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 73

¹²²⁸ GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 129.

¹²²⁹ FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 40.

Para Tartuce, dita função social da propriedade contém dupla função: de limitar a conduta do titular do direito, a fim de que este não prejudique a comunidade; e de impulsionar ações que aumentam o proveito no uso do bem, exercitando o fomento¹²³⁰.

À propriedade rural, a Constituição da República estabelece expressamente os critérios a serem observados para o cumprimento da sua função social, que envolvem: o aproveitamento racional e adequado, a adequada utilização de recursos naturais, a preservação do meio ambiente, a obediência às normas trabalhistas e o bem-estar dos trabalhadores e proprietários¹²³¹. No que concerne à propriedade em área urbana, não houve detalhamento de critérios específicos, sendo que o constituinte se limitou a subordinar o cumprimento da função social aos critérios expostos no plano diretor.

Como se vê, o atendimento à função social, em qualquer das hipóteses, não se limita à mera produtividade. Com efeito, o Código Civil determina expressamente que (art. 1.228):

“§1º- O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”¹²³²

A disposição denota a adoção, pelo legislador, de uma função socioambiental da propriedade¹²³³, que incorpora à noção de função social da propriedade o cuidado e a preservação do meio ambiente natural e cultural. Trata-se de decorrência do dever de proteção ambiental imposto ao Estado e a sociedade pelo artigo 225 da Constituição da República¹²³⁴.

A posse é requisito central para a obtenção de domínio de imóvel por usucapião, e também se submete ao cumprimento da função social. Não se confunde com o exercício do direito de propriedade, pelo contrário, existe de forma autônoma a este e goza de tutela pelo ordenamento jurídico¹²³⁵.

Conforme observa Schreiber, também a posse, como interesse juridicamente tutelado, deve se submeter a um controle pelo ordenamento. Explica o autor que cabe analisar “se o poder de fato que corresponde ao exercício de faculdades inerentes ao domínio (posse) atende ou não, em relação àquele bem, à sua função social.”¹²³⁶

¹²³⁰ TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 4 - direito das coisas. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 148.

¹²³¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

¹²³² BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

¹²³³ TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 4 - direito das coisas. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 150

¹²³⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

¹²³⁵ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil: contemporâneo. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020, p. 733.

¹²³⁶ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil: contemporâneo. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação,

Com efeito, não seria razoável impor limitação ao direito do proprietário que não se aplicasse também ao possuidor do bem. Anota Fachin que, em realidade, a função social se mostra muito mais evidente na própria posse¹²³⁷. Isso porque a posse se justifica justamente pelo exercício de sua função social¹²³⁸.

Mais ainda, quando se considera a usucapião como efeitos da posse, fundamentada justamente na função social da propriedade, é razoável que se sujeite também às limitações impostas.

Nesse sentido, argui-se que a posse para fins de usucapião também está subordinada a necessidade de preservação e conservação do meio ambiente, imposta pelo Código Civil expressamente no que toca o direito à propriedade.

2 USUCAPIÃO EM ÁREAS AMBIENTALMENTE PROTEGIDAS: ANÁLISE A PARTIR DA APELAÇÃO CÍVEL N. 0002027-42.2009.8.16.0026 DO TJ-PR

A criação de áreas ambientalmente protegidas foi um dever expressamente imposto ao Poder Público pelo constituinte originário (art. 225, §1º, inciso III, CRFB/88). Os espaços territoriais especialmente protegidos são gênero do qual existem diversas espécies: reserva legal, área de preservação permanente, unidades de conservação de proteção integral, unidades de uso sustentável, entre outras.

Consoante a disposição constitucional, a instituição dos espaços se dá por lei ou ato do Poder Público. A Constituição, todavia, não estabelece expressamente como deverá se dar a proteção instituída em nível específico, limitando-se a proibir aquelas atividades que comprometam a integridade dos atributos das áreas em discussão. Assim, cada modelo de espaço territorialmente protegido terá um padrão especial para a sua conservação, com as respectivas limitações no que toca ao padrão de limitar a ação humana¹²³⁹.

Exemplo clássico disso é a Lei n. 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, contando com 12 espécies diferentes de unidade de conservação. A cada uma é atribuído um regime de proteção específico, estabelecendo as permissões e restrições, sendo divididas ainda em duas modalidades: Unidades de Uso Sustentável e Unidades de Proteção Integral. De forma semelhante, o Código Florestal (Lei n. 12.651/2012) estabelece o regime geral de proteção das áreas de Reserva Legal e de Preservação Permanente.

Quanto à admissibilidade de usucapir imóveis situados parcial ou integralmente em espaço territorialmente protegidos, a legislação é, em geral, silente. Em alguns casos, é possível inferir a sua inadmissibilidade decorrente do regime de proteção. Quando, por exemplo, a preservação gerar restrição ao acesso ou à habitação humana no espaço, parece razoável concluir que seria impossível exercer posse legitimadora da

2020, p. 735.

¹²³⁷ FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19-20.

¹²³⁸ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil: contemporâneo. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020, p. 736.

¹²³⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 739.

usucapião. A Reserva Biológica e o Parque Nacional são unidades de conservação que sequer podem ser mantidos sob o regime privado, determinando a lei expressamente que, nessa hipótese, as áreas sejam desapropriadas a fim de passar à posse e ao domínio público (arts. 9º, §1º e 10, §1º, Lei n. 9.985/2000)¹²⁴⁰.

Em outros casos, todavia, não é possível semelhante conclusão. Nas áreas de Reserva Legal e de Preservação Permanente, a legislação assim define:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa;¹²⁴¹

Nestas hipóteses, não há concordância na doutrina a respeito de ser possível a prescrição aquisitiva. Há que se diga também: a Constituição da República só veda de forma expressa a usucapião em casos de imóvel de titularidade pública (artigo 183, §3º). Assim, para Freitas, esta seria admitida caso os possuidores respeitassem as normas ambientais e desde que ausente risco à vida devido à ocupação¹²⁴².

Diante da ausência de uma clara resposta de plano para a admissibilidade da prescrição aquisitiva, a verificação do cumprimento da função social da posse se apresenta como um viés possível para a abordagem do tema.

Na Apelação Cível 0002027-42.2009.8.16.0026, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná enfrentou controvérsia em que se discutia a alegação de usucapião em área de Preservação Permanente¹²⁴³. A usucapião foi arguida como matéria de defesa diante da propositura de ação reivindicatória pelo suposto proprietário do imóvel, localizado em área não edificável, às margens de um córrego. A prescrição aquisitiva teria se dado na modalidade usucapião especial urbana, prevista nos termos do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001).

¹²⁴⁰ BRASIL. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Diário Oficial, Brasília, DF, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

¹²⁴¹ BRASIL. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. Diário Oficial, Brasília, DF, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.

¹²⁴² FREITAS, Vladimir Passos. FREITAS, Mariana Almeida Passos. MACIEL, Amanda Amorim. Considerações sobre o direito à moradia e a usucapião em áreas ambientalmente protegidas. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 42, pp. 01-15, 2018.

¹²⁴³ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 17ª C. Cível. Apelação Cível 0002027-42.2009.8.16.0026 - Campo Largo. Rel.: Juiz de Direito Substituto Em Segundo Grau Francisco Carlos Jorge. Julgado em 25.11.2019.

No caso, o Tribunal observou as constatações já feitas neste estudo sobre a usucapião: o requisito da posse e a inexistência de vedação legal in abstracto para a usucapião em áreas de Preservação Permanente, pontuando que a admissibilidade do instituto é a regra (exceto quando se tratar de área de domínio público, por força expressa da Constituição da República).

O acórdão, todavia, considera que a imposição da área de preservação permanente constitui verdadeira limitação do exercício de fato de poderes inerentes a propriedade em prol da preservação do meio ambiente, dentre eles, o direito de uso. Nesse sentido, entendeu o Tribunal de Justiça que retirou-se o poder necessário à configuração da posse para fins da usucapião especial urbana. Isso porque, nos termos do exigido Estatuto da Cidade, não é possível o uso da área para fins de moradia devido à vedação da edificação imposta pela Área de Preservação Permanente, consoante o Código Florestal. E, sem o requisito do uso da área para fins de moradia, não teriam os apelantes preenchido o elemento da posse qualificada que a prescrição aquisitiva especial demanda.

Não fosse suficiente, mais à frente, o acórdão apresenta ainda outra razão para rechaçar a tese de usucapião. Especificamente adotando como fundamento teoria da posse ligada ao cumprimento da sua função social, os julgadores argumentam que a posse deve observância aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro¹²⁴⁴.

Dentro do cumprimento da função social da posse, inclui-se a verificação de consonância com a função ambiental, pelo que é mister que “o possuidor no desempenho de suas atividades garanta a preservação do meio ambiente, utilizando os recursos naturais disponíveis de forma racional”¹²⁴⁵. Ausente essa conformidade, continua o julgado, sequer seria possível afirmar a configuração de posse.

Da análise do caso, refere-se que o Tribunal empregou expressamente a função social da posse para a resolução do conflito no caso concreto, enquanto reconheceu a dimensão ambiental do seu cumprimento. Não cumprida a função social da posse, não há que se falar na existência desta e, portanto, tampouco pode se considerar o instituto da usucapião.

Em que pese se refira especificamente à Área de Preservação Permanente, a proposta apresenta uma resposta coerente para a problemática exposta, relativa à usucapião em áreas ambientalmente protegidas.

Assim, ao se analisar os requisitos da posse para usucapião a partir da conformidade com a função social em seu viés ambiental, caminha-se para a garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e adequação do instituto da prescrição aquisitiva ao ordenamento jurídico como um todo.

¹²⁴⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 17ª C. Cível. Apelação Cível 0002027-42.2009.8.16.0026 - Campo Largo. Rel.: Juiz de Direito Substituto Em Segundo Grau Francisco Carlos Jorge. Julgado em 25.11.2019.

¹²⁴⁵ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 17ª C. Cível. Apelação Cível 0002027-42.2009.8.16.0026 - Campo Largo. Rel.: Juiz de Direito Substituto Em Segundo Grau Francisco Carlos Jorge. Julgado em 25.11.2019.

CONCLUSÕES

Diante de todo o exposto, conclui-se que a usucapião tem como fundamento a função social. A função social, existente tanto na propriedade como na posse, de forma autônoma, condiciona poderes do particular em prol do interesse da coletividade.

A conservação e proteção do meio ambiente é um interesse difuso por excelência, e que se insere na consecução da função social, com fundamento na Constituição da República e do Código Civil. Assim, ausente a proteção mínima exigida ao meio ambiente e aos recursos naturais, não se pode falar em cumprimento da função social. Isso se aplica ao direito de propriedade e à posse, seja de imóvel em área rural ou urbana.

Assim, o cumprimento da função social serve como parâmetro na análise de admissibilidade da usucapião em áreas ambientalmente protegidas em que não resta claro, unicamente do regime de proteção, se esta seria admitida ou não.

Neste sentido, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Apelação Cível n. 0002027-42.2009.8.16.0026 é relevante ao considerar que, ausente a conformidade com a legislação de proteção ambiental, torna-se inviável a admissão da usucapião no caso concreto, eis que descumprida a função social caracterizadora da posse.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 739.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial, Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.
- BRASIL. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Diário Oficial, Brasília, DF, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.
- BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Diário Oficial, Brasília, DF, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial, Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.
- BRASIL. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. Diário Oficial, Brasília, DF, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 29 ago. 2021
- FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural, Porto Alegre: Fabris, 1988.
- FREITAS, Vladimir Passos. FREITAS, Mariana Almeida Passos. MACIEL, Amanda Amorim. Considerações sobre o direito à moradia e a usucapião em áreas ambientalmente protegidas. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 42, pp. 01-15, 2018.
- GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das coisas. Vol. 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. Limitações ao direito de propriedade. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil: contemporâneo. 3. ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário de. Instituições de Direito Civil, vol. IV, 4. ed. Forense, Rio de Janeiro, 1981.
- TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 4 - direito das coisas. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 17ª C. Cível. Apelação Cível 0002027-42.2009.8.16.0026 - Campo Largo. Rel.: Juiz de Direito Substituto Em Segundo Grau Francisco Carlos Jorge. Julgado em 25.11.2019.
- TRENNEPOHL, Terrence Dornelles. Manual de Direito Ambiental. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CUSTO MARGINAL PRÓXIMO A ZERO: INTERNET DAS COISAS, UMA ANÁLISE AO NOVO PARADIGMA EMERGENTE DO CAPITALISMO

Andrielly Prohmann Chaves Zanella¹²⁴⁶, Demetrius Nichele Macei¹²⁴⁷,
Sandro Mansur Gibran

INTRODUÇÃO

Os custos marginais são os custos de uma unidade adicional de um bem e serviço após seus custos fixos estarem cobertos. Novo paradigma emergente ao capitalismo, custos mais baixos dos produtos, ganhando mais consumidores, aumentando a produtividade, reduzindo o custo marginal. Segundo Jeremy Rifkin “assistimos já à emergência de uma economia híbrida, composta, por um lado, pelo mercado capitalista e, por outro, pela economia da partilha na comunidade dos bens comuns colaborativos”.

Presenciamos contemporaneamente uma evolução constante e veloz dos meios tecnológicos. Novos equipamentos e avanços nos meios de telecomunicação, sobretudo a partir do surgimento da internet que ocasionaram uma revolução nas formas de comunicação e de acesso às fontes de conhecimento e cultura, o que, conseqüentemente, provocou o surgimento de um novo modelo de sociedade, denominado de Sociedade da Informação.¹²⁴⁸

No que diz respeito a paradigmas econômicos, o capitalismo foi bem-sucedido. A Revolução Industrial¹²⁴⁹ representou um marco na história da humanidade,

¹²⁴⁶ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Pós-graduada em Processo Penal pela FAEL. Especialização em Direitos Humanos e Cidadania pelo programa de Pós-Graduação Stricto Sensu pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Integrante do Grupo de Pesquisa Clínica de Direitos Humanos, vinculados ao curso de Pós-Graduação Stricto Sensu da UFPR (2019). ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6786-5098>. LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/3678767336872485>

¹²⁴⁷ Pós-doutorado na Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Mestre em Direito Econômico e Social (2004) e Especialista em Direito Empresarial (2000), ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). Professor de Direito Tributário na graduação, especialização, mestrado e doutorado na Faculdade de Direito Curitiba (UNICURITIBA), Ex-professor da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2006-2007) e na graduação e especialização da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000-2006/2011-2013). Ocupou os cargos de gerente e diretor jurídico de empresas de grande porte no Brasil e no exterior, nos ramos da Indústria e Auditoria Externa. Realizou Curso de Extensão em Direito Norte-Americano pela Fordham University, em Nova Iorque/EUA (2010). Atuou como titular na Câmara Superior de Recursos Fiscais no CARF/MF (2015-2019) e do Conselho Temático de Assuntos Tributários da Federação das Indústrias do Paraná (FIEP). Atualmente participa como titular do Conselho Fiscal de Companhias listadas na Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), e da Comissão de Direito Tributário da OAB/PR. Conselheiro Certificado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). Advogado em SP e no PR.

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7635-3668> LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/8913796337992460>

¹²⁴⁸ WACHOWICZ, Marcos. Direito fundamental do autor: tensão constitucional entre a propriedade intelectual e o direito à liberdade de informação dos bens informáticos. Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2008.

¹²⁴⁹ A primeira revolução industrial surgiu na Inglaterra no final do século XVIII e foi marcada pela máquina

transformando as relações sociais, as relações de trabalho, o sistema produtivo e estabeleceu novos padrões de consumo e uso dos recursos naturais.

Muitos pensadores diriam que ainda estamos vivendo a terceira revolução industrial, mas para Klaus Schwab em sua obra *A quarta revolução industrial* diz que:

Seu escopo é muito mais amplo. Ondas de novas descobertas correm simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos ¹²⁵⁰

A Quarta Revolução Industrial também chamada de Indústria 4.0 iniciou em meados da década de 2010, engloba um amplo sistema de tecnologias avançadas como *inteligência artificial, internet das coisas e computação em nuvem, que estão mudando as formas de produção e os modelos de negócios no Brasil e no mundo.*

Para Roblek, Mesko e Krapez¹²⁵¹, os conceitos da indústria 4.0 envolvem além dos sistemas produtivos, vários outros setores da sociedade, como as cidades inteligentes (*Smart City*), a digitalização de toda economia, mobilidade urbana, meio ambiente, formas de moradia e governos.

Para o economista Jeremy Rifkin, um verdadeiro salto para uma economia colaborativa, multiparticipativa e, como consequência, um novo modelo econômico que tira o protagonismo do debate político hoje marcado entre capitalismo e socialismo; uma economia global, baseada na internet das coisas, especialmente na internet das comunicações, do transporte e da energia, “o paradigma capitalista, longamente aceito como o melhor mecanismo para promover uma organização eficiente da atividade econômica”.

A tecnologia¹²⁵² prega que somos seres fracos e debilitados, por isso precisamos nos aprimorar. Hans Jonas diz que revolução “é uma mudança coletiva nos assuntos humanos, e que é radical, abrangente e de ritmo claramente rápido [...] se refere ao

a vapor pela indústria têxtil, deixando de ser uma produção artesanal.

A segunda Revolução Industrial iniciou no final do século XIX, com a queda da hegemonia Inglesa e ascensão de outras nações como Alemanha e EUA. Foi marcada pelo descobrimento da eletricidade e o motor à combustão, gerando a indústria automobilística entre outras.

A Terceira Revolução Industrial teve início no final da década de 70, com a tecnologia, robótica e telecomunicação, sendo denominada como Revolução Técnico-Científica. Esta revolução integra os sistemas mecânicos e eletrônicos e com esta integração, a evolução da computação digital.

¹²⁵⁰ SCHWAB, Claus. *A quarta revolução industrial*. 2016, p.19

¹²⁵¹ Roblek, V., Mesko, M. & Krapez, A. (2016). *A Complex View of Industry 4.0*. SageOpen, 6(2). Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2158244016653987>. Acesso em: 10. jan. 2022

¹²⁵² O tipo de pensamento filosófico que afirma a possibilidade de aprimorarmos nossa condição humana, negando nossa natureza fixa e imutável, é o transumanismo. Movimento iniciado no final do século XX que hoje apoiado por investimentos milionários tem como principal objetivo aprimorar o ser humano, tanto do ponto de vista fisiológico como psicológico.

ambiente, ao comportamento e pensamento do homem”.¹²⁵³

1 A INTERNET DAS COISAS

A Internet das Coisas (do inglês *Internet of Things* - IoT) emergiu dos avanços de várias áreas como sistemas embarcados, microeletrônica, comunicação e sensoriamento, em poucas palavras, nada mais é que uma extensão da Internet atual, que proporciona aos objetos do dia-a-dia (quaisquer que sejam), mas com capacidade computacional e de comunicação, se conectarem à Internet.

A Quarta revolução industrial tem várias tecnologias, para auxiliar no desenvolvimento e alavancar indústrias intensivas de em conhecimento que se beneficiariam da facilidade e da abundância de recursos naturais.

O pesquisador britânico do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) Kevin Ashton, é considerado o primeiro especialista a usar o termo “Internet das Coisas” (IoT, na sigla em inglês), em 1999, durante uma apresentação sobre tecnologia a executivos da Procter & Gamble.¹²⁵⁴

Abaixo quadro de novas tecnologias da era digital:

TECNOLOGIA	O QUE FAZ
Inteligência Artificial	Permite que os sistemas aprendam sem necessidade de programação. É usada na identificação facial e de voz, em veículos autônomos e na automação de processos e serviços.
Robótica	Produz robôs para automação de atividades a custos decrescentes.
Biotecnologia	Usa organismos vivos na produção de medicamentos, nutrientes químicos, combustíveis e materiais diversos.
Neurotecnologia	Implanta equipamentos eletrônicos nos organismos, com potencial de melhorar o monitoramento de saúde e o tratamento de doenças e de ampliar a capacidade cognitiva.
Blockchain	Registra transações financeiras em um arquivo digital de forma distribuída, imutável, transparente e auditável. Também pode ter outros usos, como monitoramento de cadeias de fornecimento, de registros e de certificações diversas.
Internet das coisas (Iot)	Conecta máquinas, eletrodomésticos, veículos, produtos ou qualquer coisa, inclusive pessoas, à internet. É utilizada em diversos setores, na gestão das cidades e nas residências.
Impressão em três dimensões (3D)	Permite a produção de qualquer coisa, com o uso de qualquer material, em um sistema de pequena escala.

Quadro 01: Aplicações da Quarta Revolução Industrial

Fonte: Magalhães & Vendramin¹²⁵⁵

A grande novidade do século XXI é que essa revolução virtual já atinge a energia e o mundo material, um tripé, formado pela unidade entre a internet das comunicações, a internet da energia e a internet da logística.

¹²⁵³ JONAS, Hans. *Ensaio Filosófico: da crença antiga ao homem tecnológico*. Tradução de Wendell Evangelista Soares Lopes. São Paulo: Paulus, 2017, p.87-88

¹²⁵⁴ GREENGARD, Samuel. *The Internet Of Things*. Massachusetts Institute of Technology. 2015. p. 24

¹²⁵⁵ MAGALHÃES, R. & Vendramin, A. (2018). Os Impactos da Quarta Revolução Industrial. *GVExecutivo*, 17(1). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/74093/71080> Acesso em: 11.jan.2022 p.40-43.

Para Rifkin a Internet das Coisas fomentará esse novo sistema, desenvolvendo um paradigma de compartilhamento desde sua base, o que possibilitará o bem-estar geral por meio de redes integradas e de bens comuns colaborativos, os quais substituirão empresas verticalmente integradas no mercado capitalista:

[...] A internet das Coisas (IdC) irá conectar todas as coisas com todo o mundo numa rede global integrada. Pessoas, máquinas, recursos naturais, linhas de produção, hábitos de consumo, fluxos de reciclagem e praticamente todo e qualquer aspecto da vida econômica e social estará conectado via sensores e software a plataforma IdC, alimentando continuamente as empresas, lares, veículos.¹²⁵⁶

Guilherme Ferreira da Costa esclarece sobre a crescente descentralização da sociedade e seus motivos:

O desenvolvimento tecnológico apresentado nas últimas décadas cumpre papel decisivo para que a sociedade continue migrando de um sistema centralizado, pautado em firmas verticalmente integradas e intensivas em capital financeiro, para uma sociedade descentralizada e lateralmente distribuída. Jeremy Rifkin argumenta que os principais momentos disruptivos da sociedade ocorreram com o desenvolvimento de uma nova matriz de comunicação, energia e transporte. Para o autor, o presente século parece reunir ferramentas tecnológicas suficientemente fortes para a consolidação de um novo paradigma.¹²⁵⁷

As redes de objetos inteligentes serão parte de nossas vidas nos próximos anos. Por isso, entender as bases da Internet das Coisas, no que tange seus paradigmas de comunicação e modelos de conectividade é de grande importância. Na Internet das Coisas, os objetos inteligentes estão verdadeiramente conectados à Internet e qualquer usuário da Internet, seja humano ou máquina, poderá ter acesso aos recursos dos objetos inteligentes. A Internet das Coisas é uma evolução e combinação de diversas tecnologias, uma de suas principais características diz respeito à sua capacidade de proporcionar conhecimento sobre o mundo físico, a partir da grande quantidade de dados coletados pelos seus sensores.

Para o alemão Byung-Chul Han, na sociedade digital, o uso da tecnologia, faz com que haja certo tipo de controle sobre a população, uma vez que este tipo de sociedade, tendo como base e conhecendo os dados pessoais de seus indivíduos, consegue e pode controlá-los. Por meio da interdependência que a quarta revolução industrial possui, é possível controlar a liberdade das pessoas. Segundo Han: “a

¹²⁵⁶ RIFKIN, Jeremy. Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo. trad. Monica Rosemberg. São Paulo: M. Books, 2016. p.25

¹²⁵⁷ COSTA, Guilherme Ferreira da. Economia Compartilhada: Um novo paradigma? p.19 Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/4916/1/GUILHERME%20COSTA%20-%20MONOGRAFIA%20-%202009-05-17.pdf>. Acesso em: 10.jan.2022

sociedade digital de controle faz uso intensivo da liberdade”.¹²⁵⁸

Vivemos na sociedade da transparência, segundo a qual pode utilizar as informações colocadas na internet, para produzir mais informação. A sociedade da transparência possui esse nome porque todos os dados são conhecidos pelo sistema cibernético.

Cada dispositivo, cada técnica de dominação, produz seus próprios objetos de devoção, que são empregados para a submissão, materializando e estabilizando a dominação. Devoto significa submisso. O smartphone é um objeto digital de devoção. Mais ainda, é o objeto de devoção do digital por excelência. Como aparato de subjetivação, funciona como o rosário, e a comparação pode ser estendida ao seu manuseio. Ambos envolvem autocontrole e exame de si. A dominação aumenta sua eficiência na medida em que delega a vigilância a cada um dos indivíduos. O curtir é o amém digital. Quando clicamos nele, subordinamo-nos ao contexto de dominação. O smartphone não é apenas um aparelho de monitoramento eficaz, mas também um confessor móvel. O Facebook é a igreja ou a sinagoga (que literalmente significa assembleia) do digital.¹²⁵⁹

As plataformas de redes sociais são websites ou aplicações, permitem que pessoas interajam, criem, compartilhem e troquem informações, com a sensação de liberdade quando estão navegando nesses ambientes, sem se dar conta que a cada foto postada no Instagram geram comentários, cada *check-in* no Facebook deixa gravado em que lugar o usuário se encontra, cada informação prestada no LinkedIn, compartilha e registra informações a respeito de suas vidas profissionais, bem como detalham seus relacionamentos com empresas e outros tipos de organizações. Sites de hospedagem conseguem definir se o usuário pesquisou alguma cidade ou destino, utilizando-se de informações para “bombardear” propagandas oferecendo pousadas e hotéis em plataformas acessadas por este consumidor posteriormente.

Sobre o aspecto digital destacamos a internet das coisas. Para Rifkin:

[...] a internet das coisas se compõe de uma internet de comunicação, de uma internet da energia e de uma internet da logística que funcionam juntas em um sistema único. [...] Cada uma das três internets permite que as duas outras funcionem. Sem comunicação, impossível gerar atividade econômica, sem energia, impossível criar a informação ou alimentar o transporte, sem logística, impossível fazer avançar a atividade econômica ao longo da cadeia de valor.¹²⁶⁰

¹²⁵⁸ HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Trad. Maurício Liesen. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2018. p.19

¹²⁵⁹ HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Trad. Maurício Liesen. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2018. Pág.24-25

¹²⁶⁰ RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo*. trad. Monica Rosemberg. São Paulo: M. Books, 2016.

A internet das coisas cria sistemas e ferramentas os quais emprestam mais inteligência os objetos para que estes possam conversar entre si e tornar a vida das pessoas mais fácil, transformando informações em conhecimento. Cada vez mais, o mundo físico e o digital se tornam um só, por meio de dispositivos que se comunicam com outros.

BAUWENS¹²⁶¹ estudioso da tecnologia, salienta que a Internet simultaneamente contém elementos do pós-capitalismo. A tecnologia é determinante no que refere à redução do tempo de trabalho e, antes de restringir a crítica ao aspecto do desemprego estrutural, é fundamental considerar o contexto.

David Jacoby¹²⁶² sugere dicas para que as pessoas permaneçam seguras em um mundo de dispositivos conectados:

[...] torne a vida do *hacker* mais difícil. Todos os seus dispositivos devem estar atualizados com todos os últimos *updates* de segurança e *firmware*. Isso minimizará o risco de explorar vulnerabilidades conhecidas. Certifique-se de que o nome de usuário e a senha padrão estejam alterados. Esta é a primeira ação de um criminoso ao tentar mudar e comprometer o seu dispositivo. A maioria dos roteadores e *switches* em casa tem a opção de configurar sua própria rede para cada dispositivo e também a possibilidade de restringir o acesso ao aparelho - com a ajuda de vários *DMZs* diferentes (um segmento de rede separado para sistemas com um maior risco de comprometimento) / *VLANs* (um mecanismo para alcançar a separação lógica entre as diferentes redes lógicas na mesma rede física).

2 ECONOMIA BASEADA NA COOPERAÇÃO COMUNITARIA

Ao estabelecer os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a Constituição Federal, no seu artigo 3º, elenca a sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos e a garantia do desenvolvimento nacional. Há objetivos de diferentes naturezas e, portanto, pressupõe-se uma compatibilização de interesses para alcançá-los.

Ao analisar o tema do desenvolvimento, SALOMÃO FILHO¹²⁶³ ensina:

O desenvolvimento, antes de um valor de crescimento, ou mesmo um grupo de instituições que possibilitem determinado resultar, é um processo de autoconhecimento da sociedade. Nesse processo a sociedade passa a descobrir seus próprios vetores aplicados ao campo econômico. As sociedades desenvolvidas sob essa visão são aquelas que bem conhecem suas próprias preferências. Portanto,

¹²⁶¹ BAUWENS, Michel; KOSTAVIS, Vasilis. *Network Society and Future Scenarios for a Collaborative Economy*. Nova York: Palgrave Macmillan. 2014. p.19

¹²⁶² JACOBY, David. *Hackers avançam na Internet das Coisas - Smart TVs viram alvo*. 2009. Disponível: <http://convergenciadigital.uol.com.br>. Acesso em: 26 dez. 2021. p.02

¹²⁶³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012. p.144

dar privilégio aos valores não significa substituir o determinismo de resultados da teoria econômica por um determinismo de valores pré-estabelecidos. Significa, isso sim, dar prevalência à discussão sobre as formas específicas para cada sociedade de autoconhecimento e auto definição das instituições e valores mais apropriados ao seu desenvolvimento econômico-social.

A Internet das Coisas consiste na primeira revolução de infraestrutura inteligente da história, que irá conectar cada equipamento, empresa, residência e veículo em uma rede inteligente composta pela Internet das Comunicações, a Internet da Energia e a Internet do Transporte, todas embutidas em um único sistema operacional.¹²⁶⁴ Rifkin chega a dizer que a produção de massas dará lugar à produção pelas massas, numa espécie de recuperação dos ideais ghandianos de autoprodução e independência, mas sob condições técnicas que permitem competir com o que, até aqui, só era possível em virtude da grande indústria e da gigantesca concentração de poder que lhe é correlativa.

A ordem econômica e financeira, igualmente, pressupõe a harmonia entre direitos de variadas ordens, como a livre iniciativa e a livre concorrência, a par da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente e do consumidor, na linha do desenvolvimento sustentável.

A economia criativa, as redes de colaboração, a economia solidária, o princípio do compartilhar e outras iniciativas trazem sem dúvida vento fresco ao opressivo sistema corporativo que nos empurra em correrias incessantes para ter mais dinheiro para comprar mais coisas que teremos cada vez menos tempo ou paciência para apreciar (SUNDARARAJAN, 2018)

De acordo com ELKINGTON¹²⁶⁵, autor da teoria *Triple Bottom Line*, a sustentabilidade deve abarcar o prisma ambiental, mas também as perspectivas econômica e social, todos intimamente interligados, implicando uma redefinição radical das novas visões de igualdade social, justiça ambiental e ética empresarial.

Guilherme Ferreira da Costa esclarece sobre a crescente descentralização da sociedade e seus motivos:

O desenvolvimento tecnológico apresentado nas últimas décadas cumpre papel decisivo para que a sociedade continue migrando de um sistema centralizado, pautado em firmas verticalmente integradas e intensivas em capital financeiro, para uma sociedade descentralizada e lateralmente distribuída. Jeremy Rifkin argumenta que os principais momentos disruptivos da sociedade ocorreram com o desenvolvimento de uma nova matriz de comunicação, energia e transporte. Para o autor, o presente século parece reunir ferramentas tecnológicas suficientemente fortes para a consolidação de um novo paradigma.¹²⁶⁶(2017, p. 19).

¹²⁶⁴ RIFKIN, Jeremy. Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo. trad. Monica Rosemberg. São Paulo: M. Books, 2016. p.93

¹²⁶⁵ ELKINGTON, John. Canibais com garfo e faca. Tradução Patrícia Martins Ramalho. São Paulo: Makron Books, 2001. p.73-76

¹²⁶⁶ COSTA, Guilherme Ferreira da. Economia Compartilhada: Um novo paradigma? Disponível em: <https://>

A era da Internet permitiu o retorno à ideia de compartilhamento, que remonta às antigas comunidades, entretanto, sob uma perspectiva um tanto ampliada. Nessa linha, BOTSMAN e ROGERS¹²⁶⁷ propõem:

Estamos começando a sair do transe do consumo em que vivemos nos últimos cinquenta anos. No cerne desta transformação estão dois fenômenos que se entrelaçam. O primeiro é uma mudança de valores. O consumidor está cada vez mais consciente de que o crescimento finito e o consumo baseado em recursos infinitos não são uma combinação viável. Conseqüentemente, estamos encontrando maneiras de tirar mais daquilo que compramos e, principalmente, daquilo que não compramos. Ao mesmo tempo, estamos começando a reconhecer que a busca constante por coisas materiais ocorreu em detrimento do empobrecimento de relacionamentos com amigos, família, vizinhos e o planeta. Esta percepção está causando um desejo de recriar comunidades mais sólidas novamente.

Segundo Aristóteles no livro a Política diz que: “toda cidade é um tipo de associação, e toda associação é estabelecida tendo em vista algum bem”.¹²⁶⁸ (ARISTÓTELES, 2001, pp. 53-56). A sociedade esta cada vez mais criativa e sustentável o desenvolvimento necessário para a melhoria de vida da sociedade, tarefa na qual a tecnologia pode contribuir decisivamente, mormente por meio do que se convencionou chamar de Internet das Coisas.

A Internet das Coisas veio para conectar o *smartphone* a tudo que antes se perdia tempo e como muitos dizem que tempo é dinheiro. Atualmente a escolha da música, o transporte, os pagamentos de boletos, compras em supermercado, farmácia, roupas, sapatos e até objetos de decoração são feitos em um toque, por aplicativos como *Spotify*, *Uber*, *Samsung Smart Things*, Positivo Casa Inteligente e até *Ifood*. Com a *Alexa*¹²⁶⁹, que funciona por meio do *machine learning* (aprendizado de máquina) e é capaz de assimilar textos ou comandos de voz, a um toque o comando de TVs, lâmpadas, ar condicionado, portas, tomadas e muito mais, a um pedido de distância. Como já previa Rifkin em 2016:

A IoT promete conectar campos de agricultura, linhas de produção fabril, lojas de varejos, armazéns, veículos autônomos, casas inteligentes, e diversos outros bens e setores que obteriam maior eficiência - reduzindo desperdício, perdas e custos - através da maior capacidade de monitoramento e integração¹²⁷⁰.

pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/4916/1/GUILHERME%20COSTA%20-%20MONOGRAFIA%20-%202009-05-17.pdf. Acesso em: 10.jan.2022 p.19

¹²⁶⁷ BOTSMAN, R. & ROGERS, R. O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo. Porto Alegre: Bookman, 2010. p.37-38

¹²⁶⁸ ARISTÓTELES. Política. Tradução Pedro Constantin Tolens. 5 ed. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 53-56

¹²⁶⁹ A Alexa é a assistente virtual da Amazon, que chegou ao Brasil em outubro de 2019, junto com os alto-falantes inteligentes Echo Dot, Echo Show e Echo. Programada para entender e falar o português brasileiro, esta assistente é capaz de entender o que lhe é pedido e executar tarefas simples.

¹²⁷⁰ RIFKIN, Jeremy. Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos

Com a internet da energia, permite que o consumidor se transforme em um vendedor de energia, possibilita que o usuário gere sua própria energia a partir de fontes renováveis e vender o excesso para a empresa de geração e distribuição. Na economia baseada na cooperação comunitária os principais trunfos são alimentos, água e as mudanças climáticas, “a produção de energia elétrica de maneira doméstica, tendo como fonte geradora o sol, terá custo marginal próximo a zero já em 2030”¹²⁷¹.

Em meio à pandemia instaurada pelo mundo (SARS-CoV-2)¹²⁷², com o isolamento, a educação passou ao custo marginal próximo a zero. Salas de aula física que antes ficavam lotadas e com capacidade atingível, agora são salas virtuais, onde milhares de pessoas assistem aulas em tempo real ou ainda aulas gravadas possibilitando ser assistidas a qualquer hora. Os cursos on line e massivos aparecem para ficar, iniciando o declínio da sala de aula física. A ascensão do prosumidor e a expansão da economia inteligente;

Dentro das próximas duas ou três décadas, os prosumidores nas amplas redes continental e global estarão produzindo e compartilhando energia renovável assim como bens físicos e serviços, e estudando em salas de aulas virtuais a um custo marginal muito baixo, levando a economia para uma era de bens e serviços praticamente gratuitos.¹²⁷³

E complementa Rifkin:

O antigo paradigma de proprietários e trabalhadores, de vendedores e consumidores, está começando a ruir. Os consumidores estão se tornando seus próprios produtores, eliminando a distinção. Os prosumidores serão cada vez mais capazes de produzir, consumir e compartilhar seus próprios bens e serviços entre si a custo marginal decrescente, criando novas maneiras de organizar a vida econômica em substituição ao modelo capitalista tradicional.¹²⁷⁴

Com o colapso global da economia, fez com que centenas de milhões de pessoas se vissem inundadas em coisas que mal usavam e em dívidas para financiá-las, e o questionamento coletivo sobre as razões que os levavam a acumular mais e mais bens, sem acrescentar no seu senso de felicidade e bem-estar. Com as mudanças climáticas trouxe o questionamento de “será que essa riqueza irá passar para os filhos

e o eclipse do capitalismo. trad. Monica Rosemberg. São Paulo: M. Books, 2016.

¹²⁷¹ RIFKIN, Jeremy. Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo. trad. Monica Rosemberg. São Paulo: M. Books, 2016.

¹²⁷² Vírus da família dos coronavírus que, ao infectar humanos, causa uma doença chamada Covid-19. Por ser um microrganismo que até pouco tempo não era transmitido entre humanos, ele ficou conhecido, no início da pandemia, como “novo coronavírus”.

¹²⁷³ RIFKIN, Jeremy. Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo. trad. Monica Rosemberg. São Paulo: M. Books, 2014. p.17

¹²⁷⁴ RIFKIN, Jeremy. Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo. trad. Monica Rosemberg. São Paulo: M. Books, 2016. p.160

e netos desses indivíduos como um ônus de uma dívida ambiental ainda maior que talvez nunca fosse paga?”¹²⁷⁵

A ideia de comprar menos, economizar mais e compartilhar o que se tinha com os outros, iniciou-se o movimento de novos prosumidores (produtores e consumidores) que colaboram e compartilham bens e serviços em comunidades globalmente distribuídas e conectadas em rede a um custo marginal próximo de zero, causando transtorno no fundamento dos mercados capitalistas e substituindo pela economia de compartilhamento.

Nota-se que uma revolução tecnológica está em curso e impactará variados setores da sociedade. Estudos divulgados recentemente estimam que, no ano de 2025, a Internet das Coisas poderá alcançar um impacto econômico em torno de U\$11,1 trilhões, equivalente a onze por cento da economia global, sendo que, no ano de 2050, serão cinquenta bilhões de objetos conectados à Internet.¹²⁷⁶ Com isso, para RIFKIN, “até mesmo o trabalhador do conhecimento é dispensável” e complementa: “se o motor a vapor libertou o homem da servidão feudal para buscarem seus próprios interesses no mercado capitalista, a IOT libera os homens da economia de mercado para buscarem interesses imateriais compartilhados na sociedade colaborativa”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Internet das Coisas representa uma revolução tecnológica sem precedentes e, em que pese existirem inseguranças e implicações de variadas ordens no desenvolvimento, é inegável que a tecnologia tem se desenvolvido de maneira exponencial.

O estudo da economia do compartilhamento indica alterações significativas na sociedade, na forma como produz e consome bens. Apresenta a mudança do padrão de capital financeiro para o capital social, demonstra uma escala lateral ao invés de vertical, gerindo bens comuns ao invés do mecanismo estritamente capitalista da propriedade privada. Mostrando preocupações ambientais, refletindo sobre questões sociais e econômicas.

Observa-se a mudança dos hábitos de consumo, o que antes era propriedade privada agora dá lugar ao compartilhamento. O que antes era consumo desenfreado passa ao consumo consciente, chamado de minimalismo. O imóvel e carro próprio dá lugar ao *Airbnb* e ao carro de aplicativo (*Uber*), o shopping dá lugar aos brechós de luxo, livros que abarrotavam as estantes e prateleiras hoje cabem dentro do *Kindle*, além de ser altamente sustentável economiza espaço, e com isso a economia dá lugar ao benefício financeiro. Com energia renovável, com instituições gratuitas de ensino ou com custo marginal próximo a zero, com a cooperação comunitária, o mercado capitalista perderá seu domínio com o crescimento da atividade econômica colaborativa.¹²⁷⁷

¹²⁷⁵ RIFKIN, Jeremy. Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo. trad. Monica Rosemberg. São Paulo: M. Books, 2016. p.270

¹²⁷⁶ BARROS, Maria Vitória. *Big Data* e a Internet das Coisas. In: *Markets ST, S/L*, no 14, p. 20, setembro 2016.

¹²⁷⁷ RIFKIN, Jeremy. Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo. trad. Monica Rosemberg. São Paulo: M. Books, 2016. p.287

Segundo Rifkin, o custo marginal e o compartilhamento é a evolução do capitalismo, os direitos de propriedade perdem força e a noção convencional de escassez econômica dá lugar à possibilidade de abundância à medida que setores inteiros da economia ingressam na web com custo marginal zero será o **“triunfo máximo do capitalismo”**.

Porém a pergunta que fica como sugestão de novas pesquisas é com a evolução do capitalismo, com a economia de compartilhamento como ficarão os futuros empregos? As inovações tecnológicas que reduzem o custo marginal também afetam o trabalho, através da **“substituição da mão de obra humana”**. Mesmo a ideia de **especialista** está ameaçada: a esperada evolução dos algoritmos poderia, no futuro, ameaçar até a profissão de médico, já que seria possível obter um diagnóstico confiável pela Internet ou advogados e juízes. Na nova revolução tecnológica, nada é mais democrático, igualitário e empoderador ao cidadão do que dar-lhe a opção de compartilhar, comprar, criticar, produzir e criar. A sociedade mundial está produzindo a própria informação e compartilhando-a por meio de vídeos, áudios e texto por um custo marginal próximo de zero.

Sem lucro, entretanto com benefícios sociais, com a economia baseada na cooperação comunitária, os serviços como saúde, organizações ambientais serão motivados por algoritmos e *Big Data*? A *internet das coisas* inevitavelmente será usada para auxiliar a *administração pública* a ampliar e melhorar suas políticas públicas acarretará na necessidade de investimentos em larga escala para a prestação de serviços por meio dessa tecnologia, entretanto as aquisições podem representar economia e redução de gastos para os municípios, Estados e União.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. Política. Tradução Pedro Constantin Tolens. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- BARROS, Maria Vitória. *Big Data e a Internet das Coisas*. In: *Markets ST, S/L*, no 14, p. 20, setembro 2016.
- BAUWENS, Michel; KOSTAVIS, Vasilis. *Network Society and Future Scenarios for a Collaborative Economy*. Nova York: Palgrave Macmillan. 2014.
- BOTSMAN, R. & ROGERS, R. O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- ELKINGTON, John. *Canibais com garfo e faca*. Tradução Patrícia Martins Ramalho. São Paulo: Makron Books, 2001.
- COSTA, Guilherme Ferreira da. *Economia Compartilhada: Um novo paradigma?* Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/4916/1/GUILHERME%20COSTA%20-%20MONOGRAFIA%20-%2009-05-17.pdf>. Acesso em: 10.jan.2022
- GREENGARD, Samuel. *The Internet Of Things*. Massachusetts Institute of Technology. 2015. Pág 24
- HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Trad. Maurício Liesen. Belo Horizonte: Editora Âyiné, 2018.
- INSTITUTO BUTANTAN. Qual a diferença entre SARS-CoV-2 e Covid-19? Prevalência e incidência são a mesma coisa? E mortalidade e letalidade? 2021 Disponível em: <https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/qual-a-diferenca-entre-sars-cov-2-e-covid-19-prevalencia-e-incidencia-sao-a-mesma-coisa-e-mortalidade-e-letalidade> Acesso em: 11 jan. 2021
- JACOBY, David. *Hackers avançam na Internet das Coisas - Smart TVs viram alvo*. 2009. Disponível: <http://convergenciadigital.uol.com.br>. Acesso em: 26 dez. 2021.
- JONAS, Hans. *Ensaio Filosófico: da crença antiga ao homem tecnológico*. Tradução de Wendell Evangelista Soares Lopes. São Paulo: Paulus, 2017.
- LUC, Ferry. *A revolução transumanista*. Barueri: Manole, 2018
- MAGALHÃES, R. & Vendramin, A. (2018). Os Impactos da Quarta Revolução Industrial. *GVExecutivo*, 17(1), 40-43. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/74093/71080> Acesso em: 11.jan.2022
- VIOMUNDO. *Internet das coisas: Até o mau humor terá valor de mercado*. Disponível em: <https://www.viomundo.com.br/voce-escreve/115875.html> Acesso em: 10. jan.2022.
- RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo*. trad. Monica Rosemberg. São Paulo: M. Books, 2016/2014.
- Roblek, V., Mesko, M. & Krapez, A. (2016). *A Complex View of Industry 4.0*. *SageOpen*, 6(2). Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2158244016653987>. Acesso em: 10. jan. 2022
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento: novos temas*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SCHWAB, Claus. *A quarta revolução industrial*. 2016, p.19. Disponível em: <https://experienceclub.com.br/a-quarta-revolucao-industrial/> Acesso em: 10.jan.2021
- SUNDARARAJAN, Arun. *Economia compartilhada: o fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão*. In: *Dowbor.org*. 2018. Disponível em: <https://dowbor.org/2019/01/arun-sundararajan-economia-compartilhada-o-fim-do-emprego-e-a-ascensao-do-capitalismo-de-multidao-senac-sao-paulo-2018-301p-isbn-978-85-396-2377-8-e-isbn-978-85-396-2378-5.html> . Acesso em: 10.jan.2022
- WACHOWICZ, Marcos. *Direito fundamental do autor: tensão constitucional entre a propriedade intelectual e o direito à liberdade de informação dos bens informáticos*. Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2008.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOTADAMENTE QUANTO A PRODUÇÃO DE PROVA

Helôisa Cristina Luiz Cappellari¹²⁷⁸, Gleison do Prado de Oliveira¹²⁷⁹

INTRODUÇÃO

A Dignidade da Pessoa Humana é o mais importante dos princípios constitucionais, traduzindo um conceito histórico de necessidade da sociedade em tratar a todos os seres humanos de forma isonômica e respeitando os direitos fundamentais individuais de cada um. Assim, constitui garantia máxima do estado democrático de direito em que estamos inseridos, devendo ser zelada a todo custo, objetivando um convívio em sociedade que seja tranquilo e harmônico para todos.

Por sua vez a questão da produção de provas alcança grande importância dentro de nosso ordenamento jurídico, considerando que é através das provas que se pode chegar perto de descobrir a verdade real escondida atrás dos fatos que envolvem uma demanda, possibilitando ao julgador que profira decisão mais coerente e eficaz ao deslinde do feito, além de uma equiparação de armas para todas as partes.

Entretanto, em que pese a imensidão alcançada pela produção de provas, não é possível que uma prova prospere sem que nela esteja resguardada a dignidade da pessoa humana, ou seja, por mais sensata que uma prova pareça, se esta ir contra a defesa da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais individuais que são a maior premissa defendida por nosso estado democrático de direito, esta pode ter sua validade contestada, pois uma prova que não zele pelos princípios constitucionais não pode ser considerada lícita.

Assim, o presente trabalho, por meio de uma análise doutrinária sobre o tema, tem o cunho de realizar uma breve análise sobre a defesa da dignidade da pessoa humana através das provas, considerando a importância de ambos os institutos, além da necessidade de proteção da dignidade em todos os aspectos que envolvem a questão probatória.

Em suma, neste artigo, o que se objetiva questionar é sobre a proteção da dignidade da pessoa humana através da elaboração de provas, a luz do novo código de processo civil e da doutrina vigente.

¹²⁷⁸ Mestranda em Direito Processual Civil na Universidade Paranaense (UNIPAR). Especializando em Direito Tributário pelo Damásio Educacional. Advogada. E-mail: heloluiz@hotmail.com

¹²⁷⁹ Graduando em Direito (2020-2024) pela Universidade Paranaense -UNIPAR, Umuarama/PR. Graduado em Ciências Contábeis (2015-2018) pela Universidade Paranaense -UNIPAR, Umuarama/ PR. Pós-Graduando em Direito Tributário, Direito do Trabalho, e Gestão Pública (2020-2021) pela Faculdade Unina de Curitiba/PR. Pós-Graduado em Docência do Ensino Superior, Controladoria e Finanças (2019-2020) pela Faculdade Unina de Curitiba/PR. Membro do Grupo de Pesquisa em Tributação, Eficiência e Direitos Fundamentais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus de Londrina. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Direito e Desenvolvimento Econômico do Instituto Federal do Paraná – Campus de Palmas. Integrante do Projeto de Iniciação Científica da Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama/PR. 7. E-mail: gleisondoprado@gmail.com.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O conceito de Dignidade da Pessoa Humana não é atual, tendo acompanhado a humanidade desde seus primórdios. O primeiro código escrito que se tem notícia, o Código de Hamurabi, datado de 1700 a.C. já continha preocupações com os direitos humanos, inclusive a modo exemplificativo, trazia a proteção das viúvas e aos órfãos, tendo sido criado como forma de fazer justiça e impedir que os mais fortes da sociedade se sobressaíssem e tirassem vantagem sobre a parte mais frágil.¹²⁸⁰

Outro marco histórico foi o fim da Revolução Francesa, considerado um forte símbolo de repulsa da sociedade ao tratamento desigual, abusivo e humilhante e a tortura entre seres humanos, sendo em decorrência desta que houve a criação do Estado de Direito como o conhecemos e empregamos em nosso ordenamento jurídico desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, vigente até os dias atuais, com a existência da separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e o início de uma nova luta para que direitos fundamentais fossem garantidos,¹²⁸¹ que vem sendo aprimorado desde então.

Na mesma época em que ocorria a revolução francesa estava a ocorrer a declaração da independência dos Estados Unidos, mais um marco social de fim a repressão ao ser humano, e o panorama mundial era de adoção de direitos e igualdade a todos os povos e nações. Esse cenário de início da construção da mentalidade igualitária se perpetuou até a ocorrência da Segunda Guerra Mundial.

Após a Segunda Guerra, a população mundial, influenciada pelo chocante cenário de desrespeito a humanidade causado pela guerra, proclamou em 10 de dezembro de 1948 a declaração universal dos direitos humanos, sendo esta adotada pela Organização das Nações Unidas e assinada por diferentes representantes de todas as partes do mundo, contendo as mais diversas culturas, e consistindo em uma norma universal que poderia ser utilizada por todos os povos e nações, trazendo uma mentalidade de respeito à dignidade da pessoa humana, à justiça, a liberdade e a paz em âmbito mundial.

Observando os aspectos históricos que antecederam a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, percebe-se o cenário de solidariedade entre todos os povos criado em panorama mundial, sendo claro que esta foi a constituição mais democrática de nosso país.

A dignidade da pessoa humana constitui garantia máxima do estado desde os primórdios da criação do Estado Democrático de Direito e principal princípio defendido pela administração, considerando sua importância para a formação de tantos outros princípios fundamentais constitucionais e as imensuráveis garantias a vida humana que surgiram desde sua criação, possibilitando que a vida em sociedade seja mais tranquila e respeitosa para todos.

Sarlet entende a dignidade da pessoa humana como sendo um complexo de direitos e deveres fundamentais.

¹²⁸⁰ Código de Hamurabi. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 16 de jul. 2021.

¹²⁸¹ MOREIRA DE PAULA. Jônatas Luiz. O Estado Jurisdicional no Brasil. Editora D'Plácido, 2018, p.166.

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2010, p.70)¹²⁸²

O próprio texto da nossa Constituição Federal, em seu artigo primeiro, demonstra que nosso país constitui-se em um Estado Democrático de Direito que zela pela dignidade da pessoa humana, deixando claro que os objetivos deste estado são de atender as necessidades da população, visando a convivência em uma sociedade justa, que zele pela liberdade, tranquilidade, paz, respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos que a integram.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.¹²⁸³

Alexandre de Moraes, em seu livro *Direito Constitucional*, conceitua a dignidade da pessoa humana como sendo uma unidade de direitos e garantias fundamentais, inerente às personalidades humanas, in verbis:

Ao Estado cabe o dever de garantir a justiça e direitos de liberdade individual. A dignidade da Pessoa Humana atribui unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente às personalidades humanas afastando a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em função da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral intrínseco da pessoa, que se manifesta singularmente na sua autodeterminação consciente e responsável, trazendo consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas, edificando um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais,

¹²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8.ed. ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

¹²⁸³ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

todavia sem menosprezar o merecimento das pessoas enquanto seres humanos. (2005, p. 16)¹²⁸⁴

Neste toar, pode-se definir a dignidade da pessoa humana como sendo um englobamento de todos os direitos percebidos por um indivíduo, uma forma de melhorar o convívio em sociedade através do respeito à dignidade de cada ser humano, devendo esta ser respeitada por todos, principalmente pelo próprio estado e por quem executa as vontades deste, estendendo-se a cada indivíduo como uma tentativa de que condutas degradantes a um indivíduo como ser humano não sejam mais perpetradas.

2 A PRODUÇÃO DE PROVA NO ORDENAMENTO JURIDICO ATUAL

A Constituição Federal consagra o direito a produção de provas como decorrente do direito de ação, inerente a todos os indivíduos, podendo-se entender referido direito como sendo o de produzir todas as peças necessárias a fim de comprovar o que se está a alegar dentro da esfera processual, embasando o direito que se alega possuir ou ter sido lesionado.

Resalte-se que embora a Constituição Federal conceda o direito a prova, são barradas pelo próprio texto constitucional as provas que sejam ilícitas, conforme traz seu artigo 5, inc. LVI, in verbis, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”¹²⁸⁵, ou seja, não são permitidas as provas obtidas de maneira que vá em desacordo com o regramento constitucional e o ordenamento jurídico vigente. Tal conduta é adotada como forma de respeitar os princípios constitucionais que regem sobre liberdade, intimidade, e preservação da dignidade da pessoa humana.

Carnelutti ensina que a prova em seu sentido jurídico consiste na demonstração da verdade formal dos fatos discutidos, mediante procedimentos determinados, ou seja, através de meios legítimos. Neste sentido, percebe-se a importância do conteúdo probatório como forma de influir no rumo que tomara o julgamento a ser proferido no feito, podendo-se, por meio das provas, ser feito um melhor juízo de valor sobre determinado assunto.¹²⁸⁶

Marinoni ensina sobre a questão das provas que:

Deveras, a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que assistiram ao mesmo, ou ainda, daquele que (como o juiz) há de receber e valorar a evidência concreta. Sempre, o sujeito que percebe uma informação (seja presenciando diretamente o fato, ou conhecendo-o através de outro meio) altera o seu real conteúdo, absorve-o à

¹²⁸⁴ MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

¹²⁸⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

¹²⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. La prova civile. 1947, p. 268. apud LEONARDO Rodrigo Xavier. Imposição e Inversão do Ônus da Prova, 2004, p. 15.

sua maneira, acrescentando-lhe um toque pessoal que distorce (se é que essa palavra pode ser aqui utilizada) a realidade.¹²⁸⁷

Assim, resta demonstrada a importância que levam as provas dentro de um processo, podendo inclusive sua ausência ou ilicitude culminar em anulabilidade de ato processual ou da inteira demanda, incorrendo ainda a parte em litigância de má fé ou ausência dos requisitos para a propositura e validade processual.

A prova ainda tem o condão de possibilitar uma luta com armas iguais a todas as partes, garantindo ainda um julgamento imparcial do juiz, baseando-se apenas nas provas feitas nos autos, bem como a garantia de outros princípios constitucionais interligados a produção de provas, tais como o da segurança jurídica, o do contraditório e ampla defesa, entre outros.

Nesse sentido, ensina Farias que a tentativa de reconstrução das provas dentro do feito acaba por ser influenciada por quem a esta a apresentar.

É que não se pode olvidar que a reconstrução dos fatos ocorridos – e demonstrados juridicamente através da prova – sofrerá, seguramente, a influência das pessoas que o apresentam (a testemunha, o perito etc) ou daqueles que o elaboram (no caso de documentos), bem assim como se submete à confluência de fatores subjetivos no espírito do juiz, para quem se dirige, podendo o resultado do julgamento não corresponder à exata forma como se passaram os acontecimentos. Logo, são incontroversas interferências de ordem cultural, psicológica, social, religiosa, sexual... na demonstração de fatos ocorridos e, via de consequência, impossível afirmar a verdadeira dimensão dos fatos pretéritos.¹²⁸⁸

O Código de Processo Civil de 2015 aduz em seu artigo 10 que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”, ou seja, deve ser respeitada e possibilitada a ambas as partes a produção de provas como forma de garantia de um julgamento justo e de isonomia processual.¹²⁸⁹

3 OS TIPOS DE PROVA

O Código de Processo Civil trouxe um rol contendo as provas que podem ser produzidas em um feito, entendendo a doutrina que não se trata de um rol taxativo, podendo existir outras provas, desde que não ilícitas, respeitando o artigo 5, inc. LVI,

¹²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento, 2001, p. 281.

¹²⁸⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. A Inversão do ônus da Prova nas Ações Coletivas: O Verso e o Reverso da Moeda. In: SAMPAIO, Aurisvaldo Melo; FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord). Estudos de Direito do Consumidor: Tutela Coletiva, 2005, p. 202.

¹²⁸⁹ Brasil. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

da nossa Constituição, in verbis, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Referido dispositivo legal traz em seu artigo 369 que “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

Ainda, o CPC versa sobre fatos que não dependem de provas, elencando um rol taxativo de presunções de veracidade que dispensam comprovação.

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos, no processo, como incontroversos;

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Dentro da menção de todos os meios legais a que se dirige o supracitado artigo, cabem inúmeros tipos de provas, de forma que faremos menção aos mais utilizados neste trabalho.

Inicialmente, tem-se o depoimento pessoal como meio de prova, sendo este a oportunidade que a parte, podendo ser autor ou réu, encontra de se pronunciar e contar sua versão dos fatos, na tentativa de demonstrar ao julgador a verdade real que se passou.

Parte da doutrina entende que este meio de prova deve ser personalíssimo, e parte entende que pode ser realizada por meio de procurador constituído.

A vinda do Código de Processo Civil de 2015, elenca várias hipóteses em que não é obrigatório a parte apresentar seu depoimento, conforme consta em seu artigo 388, in verbis.

Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos:

I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;

III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível;

IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.

Referidas hipóteses são necessárias a fim de preservar situações asseguradas em nosso ordenamento jurídico, como por exemplo impedir que a parte produza prova contra si própria, entretanto, em que pese exista a escusa, a parte não fica dispensada de auxiliar no andamento processual, sendo este dever de todos.

Por sua vez a confissão ocorre quando a parte, autor ou réu, afirma ter realizado os atos que estão a ser discutidos no feito. Conforme versa o CPC em seu artigo 389, “Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.”

Tal meio de prova é de extrema importância pois a confissão não necessita de mais provas a fim de confirmá-la, bastando que a parte assuma ser protagonista dos atos estudados para que a prova passe a valer, podendo esta confissão ser anulada apenas em casos confirmados de coação ou algum tipo de erro.

A prova documental ocorre quando se acostam aos autos documento capaz de demonstrar materialmente os fatos que de estão a ser discutidos, podendo o julgador ordenar que a parte apresente documento que esteja em seu poder, podendo ser determinada a prisão e a busca e apreensão da prova em casos em que o indivíduo que a possui se recusa a cumprir ordem judicial de apresentá-la.

Segundo Dinamarco, documento, como fonte de prova, é todo ser composto de uma ou mais superfícies portadoras de símbolos capazes de transmitir ideias e demonstrar a ocorrência de fatos. Esses símbolos são letras, palavras e frases, algarismos e números, imagens ou sons e registros magnéticos em geral; o que há em comum entre eles é que sempre expressam ideias de uma pessoa, a serem captadas e interpretadas por outras.¹²⁹⁰

A prova documental é considerada válida quando, uma vez acostada no feito, nenhuma das partes a contesta.

A prova testemunhal é a oitiva no feito de terceiros desinteressados que tenham presenciado os fatos ou algum fato que tenha importância para o feito. Há um rol de indivíduos que devido a sua ligação para com as partes não podem se apresentar como testemunhas, podendo ser ouvidos apenas como informantes, sendo eles, o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, por consanguinidade ou afinidade, o que é parte na causa, e os sujeitos que intervêm em nome de uma parte, e até mesmo os inimigos da parte. Ainda, a testemunha deve possuir capacidade civil para poder falar em juízo.

A prova pericial é definida como uma comprovação dos fatos alegados por meio de um profissional especialista em determinado assunto, a fim de comprovar a veracidade de uma prova ou uma alegação. Cabe ao julgador decidir sobre a necessidade de realização de perícia em um determinado feito, havendo algum fato controvertido, ou declarar sua desnecessidade.

A ata notarial é um tipo de prova que utiliza a certificação emitida por um tabelião como forma de conferir autenticidade a algum documento, considerando que o tabelião possui fé pública em decorrência de ser um agente público.

A prova emprestada é a possibilidade de se utilizar de fatos já incontroversos em outra demanda, que possuem ligação com o processo que está sendo investigado, como forma de esclarecer os fatos. Este meio de prova surgiu com a vinda do CPC/2015 e apesar de a doutrina inicialmente divergir sobre seu emprego, sendo argumentado por muitos que feriria o princípio do contraditório, ao fim a prova foi aceita em nosso ordenamento jurídico considerando a capacidade de elucidação de diversos feitos.

A prova indiciária consiste na utilização de fato que tenha sido conformado e provado, e possui ligação com o feito, comprovando cabalmente algum fato

¹²⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito processual civil. v. III, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 564.

a ser demonstrado. Este tipo de prova é utilizado tanto no processo civil quanto no processo penal, dada a sua importância.

Além das provas supracitadas, que são suportadas por nosso Código de Processo Civil vigente, há a possibilidade de utilização de outros tipos de provas, desde que não sejam considerados ilícitos, pois a produção de provas é essencial para o deslinde justo e efetivo de um feito.

4 O ÔNUS DA PROVA

A palavra ônus significa encargo, e voltada a questão da prova significa uma determinação de comprovação dos fatos que cada parte em uma relação jurídica processual está a alegar.

Esta determinação de comprovação não pode ser confundida com uma obrigação, pois o descumprimento desta acarretaria sanções a parte, já o descumprimento de um ônus implica apenas consequências para a própria parte.

Em uma primeira impressão podemos perceber que quem alega determinado fato jurídico é incumbido de comprová-lo. Parece óbvio que, dentro de uma situação processual, a parte deva apresentar algum teor probatório do que está a alegar, mas o próprio Código de Processo Civil versa sobre a necessidade deste conjunto probatório, trazendo apenas algumas exceções a esta regra. O CPC versa sobre o ônus da prova, *in verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Apesar da regra clara de que cabe a parte a demonstração dos fatos por ela alegados, existem hipóteses em que é possibilitada a inversão do ônus da prova, considerando que a parte oposta possui maior facilidade em obter determinada prova, como ocorre por exemplo nos casos de defesa do consumidor, em que o indivíduo consumidor é imensamente menor que a empresa prestadora de serviços, ou quando a prova encontra-se junto aos dados da empresa, sendo mais fácil a esta que diligencie a busca pela prova, conforme se vê nos parágrafos primeiro e segundo do artigo supracitado.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.¹²⁹¹

¹²⁹¹ Brasil. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://>

5 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A Constituição Federal vigente traz em seu artigo 5, LV, que “Aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”¹²⁹², consagrando o contraditório como um princípio constitucional.

Este princípio garante que as partes sejam tratadas de maneira isonômica dentro de um processo, munindo ambas as partes com as mesmas armas para que possam igualmente lutar dentro da espera processual por seus direitos, vinculando inclusive o julgador, estando o “órgão estatal obrigado a demonstrar claramente às partes que as suas manifestações tiveram relevância nas ponderações que conduziram o caminho lógico da decisão.”¹²⁹³

Grecco versa que “O princípio do contraditório pode ser definido como aquele segundo o qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses, sem ter tido a ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação em igualdade de condições com a parte contrária.”¹²⁹⁴

Assim, com base no princípio do contraditório, todas as partes integrantes da relação processual devem ser informadas de todos os atos processuais, sob pena de nulidade, e visando garantir a isonomia processual.

6 A LIGAÇÃO EXISTENTE ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PRODUÇÃO DE PROVAS

Considerando que a produção de provas na esfera judicial é vista como a forma de levar ao julgador a comprovação do alegado pela parte, na tentativa de se chegar próximo a verdade real ocorrida, as provas assumem importante papel de comprovação factual e, a partir desta comprovação, de demonstração da defesa dos direitos fundamentais, especificamente a dignidade da pessoa humana das partes cercadas pela relação processual, podendo-se dizer que, na prática, a dignidade da pessoa humana se materializa por meio das provas.

Ora, o processo em si é apenas um instrumento para tentar resolver os conflitos que atingem todos os cidadãos, ou seja, uma tentativa de preservar os direitos que foram lesionados ou ameaçados em uma situação fática.

Sendo assim, as provas são a forma de comprovar a existência deste direito e garantir sua proteção. A aplicação da produção de prova de forma legal e de boa fé por ambas as partes permite que ao fim da demanda seja produzido um resultado capaz de espelhar os direitos de todos os envolvidos, e principalmente proteger a dignidade

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 jul. 2021.

¹²⁹² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

¹²⁹³ DAMASCENO, Kleber Ricardo. O novo contraditório e o processo dialógico: aspectos procedimentais do neoprocessualismo. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2010.

¹²⁹⁴ GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n.24, 2005

da pessoa humana, considerando que foi a defesa desta que possibilitou a existência do processo em si.

Logo, a questão da produção de provas deve respeitar os parâmetros legais e a boa-fé processual, possibilitando que o uso desta ferramenta esteja indiretamente ligado a preservação da dignidade da pessoa humana, como forma de cumprir com as premissas do estado maior, que são justamente a preservação dos direitos de todos os cidadãos abarcados pelo ventre da Constituição.

CONCLUSÃO

A Dignidade da Pessoa Humana constitui conjunto de direitos e garantias estendidos a todos os indivíduos integrantes do estado democrático de direito adotado em nosso país. Por sua vez o princípio constitucional da Dignidade Humana versa sobre garantias e proteções decorrentes do ser humano, e que devem ser respeitadas por todos, como forma de facilitar o convívio em sociedade e a isonomia entre as nações, bem como prevenir que episódios de tortura e radicalismo já ocorridos no passado tornem a se perpetrar entre os seres humanos.

Por sua vez as provas constituem uma forma de comprovação dos fatos alegados pelas partes em âmbito processual, na tentativa de se alcançar a verdade real ocorrida, e garantir que o julgamento do feito seja justo e efetivo. A questão probatória ganha proporção imensa em nosso ordenamento jurídico, considerando que dela decorrem princípios constitucionais e inúmeras garantias de isonomia, igualdade, paridade de armas, segurança jurídica, entre outras tantas englobadas pelo conjunto probatório.

Entretanto, para que sejam consideradas lícitas, devem as provas estar pautadas na defesa dos direitos fundamentais, especificamente na dignidade da pessoa humana, pois uma prova que fira a dignidade de outrem vai contra as premissas de nosso Estado maior. Ademais, considerando que o processo em si é apenas uma ferramenta a se chegar na solução de um litígio a fim de defender um direito clamado pelo cidadão, e com ele, a dignidade deste indivíduo, as provas passam a ter a responsabilidade de garantir a defesa desta dignidade, de forma que devem ser sempre lícitas, de boa fé e inculpidas na preservação dos direitos de todos.

Assim, com base em todos os fatos acima elencados é presumível que se conclua que as provas são uma ferramenta processual de defesa da dignidade humana na esfera jurídica, contribuindo para que o direito individual que originou uma demanda seja preservado acima de tudo.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- Brasil. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.
- CARNELUTTI, Francesco. La prova civile. 1947, p. 268. apud LEONARDO Rodrigo Xavier. Imposição e Inversão do Ônus da Prova, 2004, p. 15.
- Código de Hamurabi. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2020.
- DAMASCENO, Kleber Ricardo. O novo contraditório e o processo dialógico: aspectos procedimentais do neoprocessualismo. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito processual civil. v. III, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 564.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. A Inversão do ônus da Prova nas Ações Coletivas: O Verso e o Reverso da Moeda. In: SAMPAIO, Aurisvaldo Melo; FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord). Estudos de Direito do Consumidor: Tutela Coletiva, 2005, p. 202.
- GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n.24, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento, 2001, p. 281.
- MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. O Estado Jurisdicional no Brasil. Editora D'Plácido, 2018, p.166.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8.ed. ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

O DIREITO, A JUSTIÇA E A SOCIEDADE NA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO NO BRASIL

Vitória Giovanini Heidrich¹²⁹⁵

INTRODUÇÃO

De acordo com dados mais atualizados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil possui uma população carcerária de 906.557 pessoas privadas de liberdade, ocupando o terceiro lugar no ranking mundial, considerando o número absoluto de presos. Outros dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), mostra que o Brasil tem 367,91 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, colocando o país na 19ª posição em um ranking de aprisionamento, onde compete com outros 222 países e territórios. Além disso, o Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e o programa Justiça Presente fizeram um levantamento, através de um relatório, onde constatou-se um índice de reincidência de 42,5% de pessoas maiores de 18 anos, com processos registrados em 2015 e que retornaram ao sistema prisional até dezembro de 2019. A partir disso, pode-se afirmar que o sistema carcerário brasileiro está em profundo colapso, enfrentando uma realidade caótica e aparentemente indomável, onde a administração pública tem se mostrado incapaz e ineficiente. Os índices de reincidência são alarmantes, e espelhos da falha ou ausência total de trabalhos de ressocialização, tanto por parte do trabalho penitenciário, quanto da sociedade como um todo.

1 CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO PENAL

No Brasil primitivo, adotava-se a vingança privada, sem uniformidade penal, ordinárias ao convívio social. Eram repassadas verbalmente e, na maioria das vezes, possuíam influências místicas. No entanto, após a chegada dos portugueses em 1500, passou a vigorar o Direito lusitano. Primeiro as Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, e posteriormente substituídas pelas Ordenações Manuelinas, em 1521. Ambas se mostraram ineficazes para atender as singularidades da vasta colônia.

Contudo, entre 1603 e 1830, vigoraram as Ordenações Filipinas, conhecidas por conterem leis penais extremamente rigorosas. Eram codificações portuguesas, compostas por cinco livros, onde o último discorria acerca dos dispositivos legais definidores dos crimes e das punições dos criminosos, dispendo então inteira dedicação ao Direito Penal. Dentre as possíveis penalidades, pode-se destacar as penas de morte, açoites, amputação de membros, tortura, entre outras barbáries, legitimadas pelo poder soberano.

Todavia, com a Constituição de 1824, através do art. 179, XVIII, veio a determinação da elaboração de um Código Criminal, vindo este à sanção em 16

¹²⁹⁵ Graduanda do terceiro semestre do curso de Direito na Universidade Paranaense (UNIPAR). Estagiária no Fórum da comarca de Paraíso do Norte, no cartório do Juizado Especial. Brasileira, E-mail: vitória.heidrich@edu.unipar.br.

de dezembro de 1830. Por conta dos movimentos reformistas penitenciários, e por influência iluminista, o Código Criminal do Império não objetivava estritamente a humanização das penas, mas um equilíbrio político. Mesmo assim, significou marcante ruptura com o Código Português, por que instaurou a pena de privação de liberdade, antes praticamente inexistente. Dessa forma, nascem as prisões no Brasil.

1.1 PRIMEIRAS PRISÕES NO BRASIL E O CÓDIGO PENAL

Através da Carta Régia de 8 de julho de 1796, foi determinada a construção da Casa de Correção da Corte, no Rio de Janeiro, atualmente conhecida por Complexo Frei Caneca. Todavia, só foi iniciada a sua construção em 1834, e sua inauguração foi dada em 1850.

Nesse contexto, com a presença de algumas prisões muito precárias, foi determinada pela Lei Imperial a vistoria nos presídios, que deveriam condizer com as regras da Constituição: presos separados de acordo com o crime cometido, ambiente carcerário seguro e limpo, entre outras normas. Os relatórios, no entanto, traziam situações como superlotação e convívio entre presos julgados e os que aguardavam sentença, problemas que se prolongam e se expandem até hoje no Brasil.

Com o advento da República, foi aprovado e publicado o Código Penal de 1890, que trouxe a abolição das penas de morte e perpétuas e limitou a pena máxima em 30 anos. Todavia, por ter sido elaborado em um curto prazo, apresentava defeitos técnicos, surgindo a necessidade de um novo código, que veio a ser sancionado em 1940 durante o período do Estado Novo, vigorando de 1942 até os dias atuais.

A partir de então, tivemos avanços legislativos imprescindíveis, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1949, assegurando direitos a vida, a liberdade, a segurança pessoal para todos os seres humanos, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Esse texto serviu de inspiração à Lei de Execução Penal (LEP) de 1984, que objetiva o respeito ao ser humano condenado, permitindo sua recuperação pessoal e reinserção ao convívio em sociedade; e à Constituição Federal de 1988, um marco no processo de redemocratização, consolidação da liberdade e garantia dos direitos e deveres dos cidadãos.

1.2 A ATUAL REALIDADE DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

De acordo com dados mais recentes, divulgados pelo Sistema Carcerário em Números em 2019, o Brasil possuía até então uma taxa de superlotação carcerária de 161,42%. Eram 722.097 presos para um sistema com estrutura para suportar 447.331. Hoje, com os números significativamente maiores, constata-se que ao longo do tempo a quantidade de encarcerados só aumenta, concomitante com o número de reincidências, que já atingem quase metade dos presos maiores de 18 anos.

Atualmente o sistema carcerário brasileiro não passa de enormes amontoados de pessoas vivendo em condições sub-humanas, vistas como animais, sujeitas fisicamente à violência, à fome e à insalubridade, e emocionalmente ao ódio, ao desprezo e à solidão. Com um cenário tão bárbaro e inóspito como esse

e uma reincidência tão elevada, só se pode concluir que punir, e somente punir, jamais mudará uma sociedade com a criminalidade tão alta. Os presos são tratados como animais, então como impedir que ajam como tal?

A cultura do encarceramento (social e jurídica) é uma das responsáveis por essa superlotação e dessocialização, que devolve o indivíduo preso em condições piores do que quando entrou, além de proporcionar gastos altíssimos e sem retorno com funcionários públicos, alimentação, manutenção geral e construção de presídios. Dessa forma, além da questão humana ser totalmente ignorada, mesmo sendo, em tese, a primordial, existe ainda uma questão administrativa, econômica e financeira, de fazer render os investimentos do Estado, o que definitivamente não acontece.

2 A FALHA DA SOCIEDADE ENQUANTO BASE INIBIDORA

Analisando levantamento de dados do Infopen de 2019, 67% dos presos são negros ou pardos; 58,2% têm até o ensino fundamental incompleto, são analfabetos ou não têm cursos regulares; 46% cometeram crime contra o patrimônio e 28% infringiram a Lei de Drogas. A partir disso, constata-se que a quantidade de encarcerados no Brasil é só um reflexo das suas falhas sociais, estatais, jurídicas e históricas. Por ora, analisar-se-á as deficiências sociais e estatais, estas acopladas àquelas.

O sociólogo francês Émile Durkheim (1858-1917), formulou a definição de “fato social”, que, em suma, é o instrumento social e cultural que determina a maneira de agir, pensar e sentir na vida de um indivíduo. Os fatos sociais se subdividem em normais ou patológicos, onde se toma como normais os fatos que apresentam formas genéricas em toda a extensão de uma espécie, e os patológicos seriam aqueles cujas formas se mostrem excepcionais. No Brasil, enfrenta-se um estado grave de patologia social, onde a criminalidade ultrapassa o equilíbrio.

Destarte, como causadores desse desequilíbrio, têm-se o Estado com políticas públicas e normas sociais ineficazes, que conseqüentemente marginalizam pessoas e as afastam de um ensino público de qualidade, de uma moradia decente, de um meio social civilizado, entre inúmeros outros pontos que, em tese, são os direitos fundamentais a todos. Além disso, a sociedade mantém firme sua opinião meritocrática, ignorando completamente a influência do meio sobre o indivíduo. Válido tomar nota dos dizeres de Durkheim (1895, p. 95), em seu livro “As Regras do Método Sociológico”:

“Portanto, se reconhecemos com uns que a vida social se apresenta ao indivíduo sob o aspecto da coerção, admitimos com os outros que ela é um produto espontâneo da realidade; e o que liga logicamente esses dois elementos, aparentemente contraditórios, é que a realidade da qual ela emana supera o indivíduo”.

Além disso, quando se diz respeito ao preso, o senso comum, quase por unanimidade, consente que o aumento e a rigidez das penas combatem a criminalidade, impondo ao criminoso o temor e a disciplina. No entanto, Cesare Beccaria, considerado

o principal representante do iluminismo penal e da Escola Clássica do Direito Penal, em seu livro “Dos Delitos e Das Penas” dispõe que, quanto mais bárbaro forem os castigos, mais audaz será o condenado em evitá-los. Posteriormente, acumulará crimes, para equiparar com a pena recebida pelo primeiro. Dessa forma, com esse ciclo vicioso do crime, alimenta-se pessoas com ódio e desprezo e se espera delas um respeito pelo sistema.

Ademais, com o sentimento tão forte de vingança social contra os crimes cometidos por esses encarcerados, falar sobre direitos fundamentais aos presos é um ato imoral para muitos, mesmo que dispostos na Lei de Execução Penal, na Constituição Federal e na Declaração dos Direitos Humanos. Se esquecem dos inúmeros presos provisórios, dos presos por crimes de baixo potencial ofensivo, dos presos que não atentaram contra a vida de outrem. Trancar seres humanos em uma cela e jogar a chave fora não funciona, tendo em vista que em dado momento eles retornarão à “civilização” e precisam estar aptos para tal. O Sistema Penitenciário deveria oferecer aquilo que foi sonhado a muitos, objetivando restaurar aquele indivíduo corrompido muitas vezes por um meio cruel. Não se pode olhar para o tráfico de forma genérica, como uma preferência do indivíduo por uma tendência criminosa, mas delimitar casos em que foi a única oportunidade de emprego oferecida a ele, pelo seu meio. Não se pode ver o roubo de forma generalizada, como um desvio de caráter e de moral, mas ter o olhar clínico para casos em que pessoas foram tentadas a isso, buscando com as próprias mãos uma equidade que o Estado não oferece. Em suma, é inadmissível acordar que todos os encarcerados e criminosos assim o são por livre e espontânea vontade, por uma questão biológica ou por uma vontade divina.

Por fim, constata-se que o pensamento social é a base de concreto sobre a qual se constrói as legislações e a execução destas em uma sociedade. Se o senso comum não admite direitos fundamentais aos criminosos, como cobrar a efetivação destes pelo Sistema Penitenciário? É penoso pensar que, a mesma sociedade que devia servir como base inibidora para as injustiças e desigualdades, mantém uma ideia retrógrada, como espelho do baixo nível educacional do país, e consegue retardar um processo de reforma no sistema que viria a beneficiar a todos, em todos os âmbitos.

2.1 O PODER JUDICIÁRIO E O MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO VETORES DA JUSTIÇA

Atualmente, de acordo com o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil conta com 409.839 presos provisórios. Esse número exorbitante corresponde a mais de 45% dos presos. A prisão provisória é indispensável quando se trata de presos com alto grau de periculosidade, mas evidencia-se que a mesma tem sido usada arbitrariamente e de forma generalizada, ignorando completamente o Princípio da Presunção da Inocência. Por isso, não se pode negar a cultura do encarceramento enraizada também no Poder Judiciário e no Ministério Público, que se manifesta através da demora no julgamento, no excesso de aprisionamento e na ausência de fiscalização dos estabelecimentos prisionais.

Segundo dados do Infopen, 60% dos presos provisórios aguardam por mais de 90 dias o julgamento, tempo considerado minimamente razoável para a primeira decisão. Um indivíduo, mesmo que inocente, ter um contato tão direto e extenso com

criminosos de fato traz consequências irreversíveis, haja visto a falha na separação entre presos provisórios e condenados, e entre presos primários e reincidentes, mesmo sob ordem da Lei de Execução Penal. O Ministério Público e o juiz de execução falham na fiscalização dos estabelecimentos penitenciários e na tomada das medidas necessárias para que estes estejam adequados aos preceitos legais, como dispõe a LEP, art. 66, 67 e 68. Qualquer situação que esteja desconforme com a Lei, com a Constituição Federal e com a Declaração dos Direitos Humanos deve ser objeto de ação imediata do Ministério Público e do Poder Judiciário, mesmo que isso implique atrito com os demais poderes.

Apesar de muitos planos de ações, pouco se avança. Esses processos lentos são reflexos de problemas maiores. Além de ferirem princípios processuais previstos na Constituição, evidenciam a inacessibilidade do Poder Judiciário, com altos custos, processo moroso, insciência do preso com relação aos seus direitos, descrédito da Justiça e ineficiência da defensoria pública, pela sobrecarga de processos e descaso estatal. Dessa forma, constata-se que o Judiciário carrega sua parcela de culpa significativamente grande, principalmente por se tratar do poder que leva consigo a ideia de Direito, de Justiça e de esperança, concomitantemente com o Ministério Público. Os que deveriam ser os agentes da Justiça se tornam os opositores da mesma, e aquilo que era auspicioso se transforma em utópico.

3 O TRABALHO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

Na Constituição Federal, no seu art. 6, está expresso o trabalho como direito social de todos os cidadãos. Para evitar que esse direito seja esquecido dentro dos presídios, o artigo 41 da Lei de Execução Penal elenca o trabalho como um dos direitos garantidos às pessoas privadas de liberdade, visando sua ressocialização e remição da pena, aliviando a superlotação. A cada três dias trabalhados, é abatido um dia de pena, com jornadas de trabalho não inferiores a 6 horas e não superiores a 8 horas. O trabalho dentro do cárcere é imprescindível na ressocialização do preso, uma vez oferecendo uma distração, um objetivo, ou até mesmo despertando uma nova vocação. Ajuda no condicionamento psicológico, comprometimento social e formação da personalidade, evitando o ócio e, conseqüentemente, rebeliões. Todavia, dados do Infopen relatam que só 19,3% dos presos trabalham e, de todas as unidades prisionais brasileiras, apenas 22% possuem oficinas destinadas ao trabalho em suas instalações, a maior parte delas sendo de artesanato, corte e costura.

Mais uma vez, evidencia-se a omissão do Estado no investimento nas prisões, que poderia ofertar, em um primeiro momento, oficinas para todos os presídios, e posteriormente oficinas de ramos diversos, artístico, mecânico, agrícola, esportivo, e assim em diante. Diz-se que falta recursos, mas se esquece que tais construções não seriam despesas, mas sim investimentos. Trariam retorno financeiro com o fim da lotação, com o egresso do preso à vida urbana e ao mercado de trabalho, com a redução da criminalidade e até com os gastos na manutenção dos presídios, que poderiam ser feitos pelos próprios encarcerados. Continuar gastando milhões em construções de novas penitenciárias é um ciclo vicioso e ineficiente. É preciso

a responsabilidade e a organização do Estado, usando todo seu vigor na solução dessa problemática gravíssima que implica problemas em todo a sociedade.

3.1 O ESTUDO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

Paulo Freire (1921-1997), educador e filósofo brasileiro, em seu livro “Pedagogia do Oprimido”, dispõe a educação como um ato político, que liberta os indivíduos por meio da consciência crítica, que emerge da educação como uma prática de liberdade. No Brasil, segundo nota técnica do Depen, 16.53% dos presos estão envolvidos em atividades educacionais. Esse número é muito inferior ao que deve ser almejado. A educação é um direito social assegurado pela Constituição Federal, pela Declaração dos Direitos Humanos, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação e pela própria Lei de Execução Penal. No entanto, nem mesmo quando se trata de pessoas livres tal direito carrega a importância que deveria ter para o Estado, quicá quando se fala em educação para presidiários. Se é fato que, principalmente as camadas pobres da população são privadas de inúmeros direitos, em especial o direito a uma educação pública de qualidade, essa realidade torna-se ainda mais esmagadora em se tratando de pessoas condenadas pelo Sistema de Justiça Brasileiro.

Pessoas invisíveis, que em suma maioria assim o foram em boa parte de suas vidas, se rebelam contra o sistema que não as acolheu no momento certo, e que falha no assistencialismo mesmo quando este se mostra de urgência imediata, em níveis humanos e econômicos. Pode-se, então, ter ciência de que essa omissão já não encontra barreiras somente financeiras ou burocráticas, mas morais. Toma-se nota da fala de Paulo Freire (1968, p. 20), em seu livro supracitado:

“Os opressores, falsamente generosos, têm necessidade, para que a sua “generosidade” continue tendo oportunidade de realizar-se, da permanência da injustiça. A “ordem” social injusta é a fonte geradora, permanente, desta “generosidade” que se nutre da morte, do desalento e da miséria. Daí o desespero desta “generosidade” diante de qualquer ameaça, embora tênue, à sua fonte”.

Assim, subentende-se que essa desumanização do encarcerado, onde o Estado nem mesmo se esforça para ressocializá-lo, tem raízes profundas e constitui uma problemática complexa. Por uma necessidade sistêmica, darwinismo social, obediência subconsciente ao maquiavelismo ou concretização do “Leviatã” de Hobbes, a sociedade é composta por uns que se sobressaem, e outros que se submetem. E isso não seria diferente no plano encarcerador.

CONCLUSÃO

Dessa forma, concretiza-se a omissão estatal no incentivo a projetos de ressocialização do preso, a negligência Judiciária enquanto órgão fiscalizador e julgador, e a ignorância da sociedade que faz prolongar esse constante definhamento de pessoas. É de extrema urgência a atenção dos poderes, de órgãos independentes e dos cidadãos

como um todo na busca de, em um primeiro momento, amenização da gravidade, e posterior e gradativamente na perquirição de uma solução de fato eficiente. Ressalta-se a soberana importância do senso comum no processo de qualquer revolução, uma vez que tudo é presidido por pessoas, e estas não efetuarão nenhuma mudança se pensarem da mesma forma e tiverem a mesma concepção de moral que se é comum ter. Direitos fundamentais para os encarcerados não devem ser vistos como uma injustiça, uma vez que os mesmos serão devidamente condenados e privados de sua liberdade, todavia sem barbárie, com ênfase na imprescindibilidade dos operados do Direito, responsáveis pela busca de tais medidas e defesas. Busca-se, por fim, a compreensão coletiva de que um indivíduo devidamente ressocializado, quando egresso à sociedade, será uma pessoa inserida no mercado de trabalho, com retorno financeiro para o Estado; não deixará mais pessoas miseráveis por conta dos crimes um dia cometidos, diminuindo a criminalidade; e, principalmente, será o testemunho vivo de que o amor, o cuidado e a atenção são capazes de revoluções ditas impossíveis.

REFERÊNCIAS

- BARBIÉRI, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. G1, Brasília, 17 jul. 2019. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e Das Penas. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral – Volume 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. Estatísticas BNMP. CNJ, 2021. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Reentradas e Reiteraões Infracionais: Um Olhar Sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros. Brasília: 2019. 64 páginas. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/panorama-reentradas-sistema.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Sistema Prisional em Números. CNMP, 2019. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Segurança Pública. Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados. Gov.br, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados#:~:text=Considerando%20presos%20em%20estabelecimentos%20penais,liberdade%20em%20todos%20os%20regimes>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional. DEPEN, 2014. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>. Acesso em: 28 abr. 2021.
- DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- IMMICH, Dione Micheli de F. P; PEREIRA, Adriane Damian. O Sistema Prisional Brasileiro e a Criação da Lei da Execução Penal. Jusbrasil, 2016. Disponível em: <https://michellipimmich.jusbrasil.com.br/artigos/326166078/o-sistema-prisional-brasileiro-e-a-criacao-da-lei-da-execucao-penal#:~:text=Segundo%20SOUZA%2C%20no%20Brasil%2C%20em,conhecida%20como%20Complexo%20Frei%20Caneca>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- INSTITUTO IGARAPÉ. Trabalho de presos e egressos. Igarapé.org, 2017. Disponível em: <https://igarape.org.br/o-trabalho-de-presos-e-egressos/>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- LARA, Sílvia Hunold. Ordenações Filipinas. Companhia das Letras, 1999. Disponível em: <https://www.companhiadasletras.com.br/detalhe.php?codigo=11152>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- MARONI, João Rodrigo. Prisão onde 100% dos detentos trabalham e estudam? Existe, e fica no Brasil. Gazeta do Povo, 17 abr. 2018. Justiça. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/prisao-onde-100-dos-detentos-trabalham-e-estudam-existe-e-fica-no-brasil-0h3sil0asliz2bgm0tuztrnf2/>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- MERELES, Carla. Perfil da população carcerária brasileira. Politize, 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/populacao-carceraria-brasileira-perfil/>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- NETO, Manoel Valente Figueiredo; MESQUITA, Yasnaya Polyanna Victor Oliveira de; TEIXEIRA, Renan Pinto; ROSA, Lúcia Cristina dos Santos. A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas. Âmbito Jurídico, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-ressocializacao-do-presos-na-realidade-brasileira-perspectivas-para-as-politicas-publicas/#:~:text=A%20ressocializa%C3%A7%C3%A3o%20vem%20no%20intuito,preso%20v%C3%A3o%20sendo%20aos%20poucos>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. Instituto Sou da Paz. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania. Presos provisórios, danos permanentes. Danos permanentes.org, 2013. Disponível em: <http://danospermanentes.org/porque.html>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- PATOLOGIA SOCIAL. In: Infopédia. Porto: Porto Editora, 2021. Disponível em: [https://www.infopedia.pt/\\$patologia-social](https://www.infopedia.pt/$patologia-social). Acesso em: 23 abr. 2021.
- PAULA, Mariano Chiarello de; FERREIRA, Gessica Roberta; SILVA, Aline Ferreira da; OLIVEIRA, Tamires Caroline de. A História do Sistema Carcerário e as Possíveis Causas da Crise Atual no Brasil. Ponta Grossa: 7º Congresso Paranaense de Assistentes Sociais, 2019. 10 páginas. Disponível em: <http://www.cresspr.org.br/anais/sites/default/files/A%20HIST%C3%93RIA%20DO%20SISTEMA%20CARCER%C3%81RIO%20E%20AS%20POSS%C3%8DVEIS%20CAUSAS%20DA%20CRISE%20ATUAL%20NO%20BRASIL.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- PEREIRA, Fernanda Linhares. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição da República

- Federativa do Brasil: a Historicidade do Código Jurídico e o seu Legado. Âmbito Jurídico, 2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-declaracao-universal-dos-direitos-humanos-e-a-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-a-historicidade-do-codigo-juridico-e-o-seu-legado/#:~:text=Artigo%2010%20%E2%80%93%20Todos%20os,dos%20Direitos%20Humanos%20%E2%80%93%201948>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. Código Criminal do Império. MAPA, 2016. Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/281-codigo-criminal>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- RIO DE JANEIRO (Estado). Poder Judiciário. Histórico sobre o GMF. GMF. Disponível em: <http://gmf.tjrj.jus.br/historico>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- SALES, Caio Lucio Monteiro. O fato social patológico no método de Émile Durkheim e sua relação com o fenômeno jurídico. Jus.com.br, 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22205/o-fato-social-patologico-no-metodo-de-emile-durkheim-e-sua-relacao-com-o-fenomeno-juridico>. Acesso em: 23 abr. 2021.
- SOUZA, Isabela. Trabalho nas prisões: como pode ajudar na crise? Politize, 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/trabalho-nas-prisoas-como-pode-ajudar-na-crise/>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- TEÓFILO, Sarah. Preso provisório junto a condenados. O Popular, 2018. Disponível em: <https://www.opopular.com.br/noticias/cidades/preso-provis%C3%B3rio-junto-a-condenados-1.1448826>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- TRUDA, Felipe. 'O preso não sai recuperado daqui', diz Barbosa sobre o Presídio Central. G1, Rio Grande do Sul, 17 mar. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/03/o-preso-nao-sai-recuperado-daqui-diz-barbosa-sobre-o-presidio-central.html>. Acesso em: 26 abr. 2021.
- UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- VELASCO, Clara; CAESAR, Gabriela; REIS, Tiago. Brasil tem 338 encarcerados a cada 100 mil habitantes; taxa coloca país na 26ª posição do mundo. G1, 19 fev. 2020. Monitor da Violência. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/brasil-tem-338-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-taxa-coloca-pais-na-26a-posicao-do-mundo.ghtml>. Acesso em: 21 abr. 2021.
- VELASCO, Clara; REIS, Thiago; CARVALHO, Bárbara; LEITE, Carolline; PRADO, Gabriel; RAMALHO, Guilherme. Menos de 1/5 dos presos trabalha no Brasil; 1 em cada 8 estuda. G1, 26 abr. 2019. Monitor de Violência. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/menos-de-15-do-presos-trabalha-no-brasil-1-em-cada-8-estuda.ghtml>. Acesso em: 28 abr. 2021.

IMPLICAÇÕES DO DIREITO (E DEVER) À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO: ANÁLISE NOS ÂMBITOS CÍVEL E PENAL

Paolo Roberto de Angelis Bianco ¹²⁹⁶, Victória Santos Marques ¹²⁹⁷

“Justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada.” (Rui Barbosa)

INTRODUÇÃO

A tutela jurisdicional adequada e efetiva está diretamente relacionada ao tempo de duração do processo, que deve ser célere para alcançar o fim desejado e para fazer valer os preceitos trazidos pela Constituição Federal de 1988. De fato, o Pacto de São José da Costa Rica, tratado do qual o Brasil é signatário desde 1992, prevê expressamente que o processo deve ser desenvolvido e concluído em um período razoável, sendo um direito inerente a toda a pessoa humana.

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, que trouxe inúmeras reformas ao Poder Judiciário, o direito à razoável duração do processo passou a ser expressamente previsto na Constituição, dentro do rol dos direitos fundamentais (art. 5º, LXXVIII, CF/88), o que foi um avanço significativo nas ciências processuais. Se de um lado, tal princípio constitui direito do indivíduo, do outro é um dever do Estado, que tem de prestar a tutela jurisdicional em um tempo adequado.

Contudo, mesmo havendo expressa previsão constitucional que garanta a razoável duração do processo, a demora na entrega da prestação jurisdicional é algo bastante comum em muitos tribunais e gabinetes, em razão da falta de instrumentos que permitam a celeridade do processo. Além disso, ainda é usual o comportamento de se deixar que sejam prolongados os atos processuais, mesmo quando o direito já se encontra evidenciado, tanto nos processos cíveis, quanto nos processos penais – inclusive nos procedimentos administrativos.

O presente artigo aborda, pois, todas essas questões: a morosidade ainda existente no Poder Judiciário, a falta de consciência em matéria processual do dever de celeridade quando isso for possível no caso concreto, as poucas medidas processuais – muitas vezes desnecessárias – que são utilizadas para protelar a satisfação da tutela pretendida: tudo isso é debatido tendo como pano de fundo o direito (e dever)

¹²⁹⁶ Mestrando em Ciência Jurídica na linha de pesquisa Função Política do Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Advogado. Pesquisador com ênfase nas áreas de Direito Digital, Direito Civil e Direito Processual Civil. Pedrinhas Paulista/SP, Brasil. E-mail: p_roberto7@outlook.com.

¹²⁹⁷ Mestranda em Ciência Jurídica na linha de pesquisa Função Política do Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Advogada. Bolsista pela CAPES e pela Fundação Araucária. Participa do Grupo de Pesquisa Intervenção do Estado na Vida das Pessoas (INTERVEPES). Realiza pesquisas na área do Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Direitos Humanos e Fundamentais, com ênfase, ainda, em questões voltadas à Educação. Santa Cruz do Rio Pardo/SP, Brasil. E-mail: victorias_marques@hotmail.com.

fundamental à duração razoável do processo, que deve ser cada vez mais aplicado e estudado, uma vez que não basta a prolação de uma decisão judicial que ponha fim à demanda, mas sim a sua resolução de forma eficaz e adequada.

Com relação à abordagem do tema, o artigo foi dividido em três partes. A primeira delas trata de uma breve exposição sobre as teorias unitária e dualista do processo, e sobre como o processo passou a ser encarado como ramo autônomo do Direito, compreendido independentemente do direito material, mas a ele complementar. A segunda parte do artigo dispõe sobre o direito ao razoável tempo do processo e como ele vêm sendo aplicado no âmbito do processo civil, tratando, ainda, da responsabilidade pela sua não observância.

A terceira e última parte do artigo, por sua vez, discorre sobre a falta de aplicabilidade do princípio constitucional estudado no âmbito do processo penal, e quais são as consequências disso. Finalmente, chega-se à conclusão de que apesar dos avanços já existentes quanto ao tema, o direito fundamental à duração razoável do processo ainda está longe de ser integralmente efetivado, posto que os mecanismos atualmente existentes são insuficientes para a sua concretização, devendo haver uma reformulação do sistema judiciário brasileiro para que haja a melhoria e celeridade processuais, principalmente no que concerne ao processo penal, sendo que no processo civil está havendo uma mudança – ainda paulatina – na forma de se encarar o processo, diante dos novos mecanismos trazidos pelo CPC/2015.

O método científico utilizado para a elaboração do presente artigo foi o dedutivo, através de uma explanação documental, com levantamento de dados e análise de sua significância, a partir de pesquisas bibliográficas, leitura de obras doutrinárias, outros artigos científicos, revistas jurídicas, e demais textos e materiais, incluída a análise de leis federais e o que dispõe o Pacto de São José da Costa Rica sobre a questão. A pesquisa, pois, enquadra-se nas áreas de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Fundamentais, Teoria Geral do Processo, Direito Processual Civil e Direito Processual Penal.

1 O PROCESSO COMO RAMO AUTÔNOMO DO DIREITO A PARTIR DAS TEORIAS UNITÁRIA E DUALISTA

É cediço que, caracterizada a insatisfação de uma pessoa em razão de uma pretensão não satisfeita, o Estado pode ser chamado a desempenhar a sua função jurisdicional, em cooperação com as partes envolvidas no conflito, através de normas adequadas. A essa soma de cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, sujeições e ônus dá-se o nome de processo. O direito processual, desse modo, é o conjunto de regras e princípios que regem o exercício da jurisdição pelo Estado-juiz ou pelo juiz arbitral, da ação pelo demandante, e da defesa pelo demandado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 63-64).

Sendo o direito material as normas que tratam das relações jurídicas ligadas a bens, negócios e utilidades da vida, o direito processual é um instrumento do direito material: os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo), são criados e se justificam pela necessidade de se garantir a autoridade do ordenamento jurídico.

De fato, o objeto do direito processual está nesses institutos, o que caracteriza a sua individualidade, diferenciando-o do direito material (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 64).

Conforme Cândido Dinamarco, a ciência do direito processual nasceu na obra de Von Bülow sobre as exceções e pressupostos processuais, em 1868. Antes disso, as normas do processo eram feitas de acordo com ditames unicamente práticos e estudados à moda dos velhos praxistas, sem qualquer construção segura dos institutos processuais e coordenação harmoniosa entre eles. Não havia diferenciação entre o direito substancial e o processo. Nesse momento, era natural que se acreditasse que a finalidade do processo era a tutela jurídica de interesses privados; e era natural afirmar que a ação era um direito que se exercia contra o adversário, não perante o Estado. Von Bülow demonstrou que há entre o juiz e as partes uma relação jurídica, por força da qual, de um lado, o magistrado assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo, e de outro, as partes ficam obrigadas, perante ele, a prestar colaboração e a se submeter aos resultados dessa atividade: tratava-se de uma relação jurídica de direito público, diversa da relação substancial litigiosa. Foi a partir da teoria da relação jurídica processual que se iniciou a independência do direito processual como ramo autônomo do Direito e o encaminhamento da solução de suas questões fundamentais, tais como jurisdição, ação e processo (1971, p. 45-46).

Ademais, foi Von Bülow o primeiro a sustentar a tese da unidade do ordenamento jurídico. Em 1868, asseverou que a lei vai do comando abstrato ao comando concreto, chegando à execução, e que o direito, tanto objetivo quanto subjetivo, transforma-se através do processo. Para o estudioso, a função do juiz não é a de reconhecer um direito preexistente, nem a do processo é a de tutelar um direito privado: a lei se limita a fornecer uma trilha obrigatória para a formação da norma concreta, mas é o juiz, através do processo, quem vai completar o direito substancial, produzindo a norma concreta. O Direito é, desse modo, escalonado, iniciando da norma incompleta contida na lei e se consumando com a sentença que completa essa norma e faz nascer o direito subjetivo do caso concreto (DINAMARCO, 1971, p. 49-50).

Outro marco fundamental na tese unitária do ordenamento jurídico foi Kelsen, com a teoria pura do Direito. Para ele, o Direito se desenvolve de forma gradual, através de etapas que se sucedem: a norma fundamental, imanente na consciência do povo; a Constituição; a lei; o decreto; o negócio jurídico; a sentença; e a execução, das quais cada qual configura pressuposto da seguinte e execução da precedente (DINAMARCO, 1971, p. 49-50).

Mas foram Calamandrei e Carnelutti, derivados da teoria de Kelsen, que trataram da necessidade de uma outra atividade complementar de produção jurídica, do direito que nasce da sentença, já que a lei é inapta para, sozinha, tratar das relações entre os indivíduos. De acordo com Carnelutti, o processo existe para a justa composição da lide, e isso pressupõe que as normas jurídicas substanciais contidas na lei não tenham por si sós aptidão para regular o conflito de interesses. O efeito da sentença, segundo ele, é tornar concreto o preceito abstrato e genérico contido na norma legal. No mesmo sentido, para Calamandrei, o momento essencial da jurisdição é aquele em que o juiz transforma a norma abstrata em comando concreto, incluindo-a na realidade, comandando e impondo sanções (DINAMARCO, 1971, p. 52-53).

O estudioso Micheli, por sua vez, estabeleceu que a concretização do comando geral e abstrato do legislador é obra do intérprete, o qual não corresponde somente à figura do magistrado, como atestavam os pan-processualistas: a sociedade, através das normas consuetudinárias, e os próprios interessados, enquanto desenvolvem sua atividade dentro e fora do processo – seja na transação, no juízo arbitral ou conciliação – também são intérpretes. Dessa forma, a experiência jurídica não se limita ao processo e ao juízo de um órgão do Estado, estendendo-se, em verdade, a toda a atividade jurídica realizada pelos sujeitos fora do processo. De fato, o ordenamento jurídico é mais complexo do que dispunham as teorias unitárias. Apesar disso, Micheli foi um estudioso e defensor da teoria unitária, uma vez que para ele só há concretização da norma quando há controvérsia e, sem esta, haverá mera atuação espontânea do direito. A teoria dualista, em contrapartida a esse pensamento, dispõe que a norma se concretiza de modo automático, independentemente de controvérsia, da consciência ou vontade de quem quer que seja, e antes da existência do processo (DINAMARCO, 1971, p. 53-54).

Disso, depreende-se o normativismo da concepção unitária, formulada basicamente de Kelsen. Na teoria unitária, mesmo quando se tenta compreender mais amplamente a experiência jurídica, atribuindo a obra de concretização da norma ao intérprete – que não se limita ao magistrado – chega-se sempre no campo norma. Os unitaristas viam no ato do devedor que paga, das partes que contratam, que se conciliam, do juiz que pronuncia uma sentença ou que satisfaz o credor na execução, meras etapas da cadeia de atividades destinadas à concretização, ou mesmo à criação da norma (DINAMARCO, 1971, p. 59-61).

Sabe-se bem que o Direito não se limita à norma, tratando também do fato ao qual a norma se aplica, e no valor que motiva a enunciação abstrata e que deve presidir a interpretação dos textos em que ela se constitui. O Direito é tido como um instrumento para a realização de valores considerados essenciais à coesão do grupo social e à caminhada em direção dos interesses comuns. A atividade do intérprete não corresponde à produção da norma concreta: o intérprete (quem quer que seja), já encontra uma norma concreta consumada e a sua atividade se situa exclusivamente no plano investigativo e nunca no axiológico, de modo que lhe cabe apenas investigar a verdade dos fatos ocorridos, verificando se esses fatos recebem daquela norma a sua disciplina concreta, além de esclarecer qual o sentido atual da norma e o que ela visa proteger (DINAMARCO, 1971, p. 59-61).

[...] Não cabe ao intérprete estabelecer um ainda inexistente contato entre o fato e a norma, nem dar a esta o significado que ditarem os seus sentimentos pessoais. Quando ele intervém, já encontra uma realidade consumada. [...] E o seu dever é o de ser fiel a essa realidade, referindo-a sem distorções históricas (quanto ao fato) ou axiológicas (quanto ao valor expresso da norma). Daí resulta que há concretização da norma, a sua aplicação ao caso concreto, não só independentemente da inserção do intérprete, mas também independentemente da opinião dos próprios sujeitos da relação jurídica e do seu comportamento [...] (DINAMARCO, 1971, p. 60).

Dito isso, entende-se que a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, no plano das abstrações próprias à filosofia do Direito, é a dualista, o que foi aceito pelo direito legislado (DINAMARCO, 1971, p. 64):

[...] não pode ser esquecido que o nosso ordenamento jurídico é todo ele feito para operar em dois planos distintos, havendo normas com diferentes graus de imperatividade, havendo códigos diferenciados (em que, bastante aproximadamente, separa-se a matéria substancial da processual), havendo soluções práticas diversas conforme se trate de questões de mérito ou de forma, havendo, enfim, cada qual com o seu método, seus critérios, suas finalidades, um direito material e um direito processual bem distintos entre si (DINAMARCO, 1971, p. 63).

Assim, o direito material se separa do direito processual, mas isso não significa que não caminhem conjuntamente: um depende do outro, de forma recíproca. De acordo com Dinamarco, a controvérsia sobre a unidade ou dualismo do ordenamento jurídico é uma questão metodológica que inicia a teoria do processo, de tal forma que desprezá-la significaria caminhar às escuras entre um emaranhado de institutos cuja disciplina harmoniosa depende de uma tomada de posição a respeito de um denominador comum, de um elemento coordenador, sendo que a sua solução está presente na solução dos diversos problemas particulares da ciência processual. A ação, assim, na teoria dualista, é considerada diferente do direito subjetivo substancial, seja como direito à sentença favorável (teoria concreta), seja como poder de exigir uma sentença de mérito (teoria abstrata). Ou seja, é através da ação que um dos litigantes utiliza-se de um dos instrumentos que a lei lhe põe à disposição: o processo (DINAMARCO, 1971, p. 66-68).

[...] relativiza-se a tradicional distinção entre substance e procedure. Direito processual e direito material não se diferem por critérios absolutos. Mesmo os direitos formais devem ser, igualmente, limitados por dados materiais da realidade, pelos substratos dos princípios jurídicos e pelas estruturas existentes, podendo-se afirmar que há conteúdos substanciais nas disposições processuais. Assim, evita-se a compreensão de que o direito processual é uma ciência rigorosamente formal, abstrata, com fórmulas puras e regras vazias, destituídas de conteúdo e neutras quanto a valores (CAMBI, 2020, p. 305).

E para que o direito de ação seja exercido de forma correta, atingindo o processo os fins a que se destina, deve ter ele um período oportuno e razoável de duração, o que corresponde a um direito de qualquer parte, seja no processo civil (na jurisdição contenciosa ou voluntária), no processo penal ou mesmo no processo administrativo: trata-se do direito a um razoável tempo do processo, o que se passa a expor.

2 O CPC/2015 E AS CONSEQUÊNCIAS DA NÃO OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO RAZOÁVEL TEMPO DO PROCESSO

É imprescindível que a duração do processo abarque a narrativa do litígio em sua inteireza e respeite todas as garantias processuais constitucionais inerentes à atuação e ao direito das partes, que devem ser conduzidas por um juiz imparcial que preze pelo tratamento igualitário dos polos processuais e pela cooperação entre os atores da contenda. O tempo mensurado entre a propositura da ação e a prolação da sentença varia bastante conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto. Sendo assim, surge a indagação a respeito de como o Estado, que exerce a jurisdição com exclusividade, devendo agir, pois, como garantidor do direito de ação, consegue dar execução ao direito fundamental à razoável duração do processo, solucionando a lide de forma justa e efetiva.

Com efeito, vários tratados e convenções internacionais contemplam o direito à duração razoável do processo, a exemplo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, de 1966 (artigos 9º e 14º), e da Convenção Americana sobre os Direitos do Homem, de 1969, também denominada de Pacto de São José de Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 1992 (art. 8, item 1). Há, nos dias atuais, uma forte tendência a se acrescentar aos textos constitucionais o direito fundamental ao desenvolvimento e conclusão do processo, conforme as suas peculiaridades, no menor prazo possível (GRANJA, 2018, online).

Com a implementação da chamada “Reforma do Judiciário”, instrumentalizada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi acrescentado ao rol de direitos e deveres individuais e coletivos, do art. 5º da Constituição Federal, o inciso LXXVIII, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988, online). A intenção do legislador constitucional foi a de compelir o Judiciário a emitir para os jurisdicionados pronunciamentos mais céleres, evidentemente visando a uma maior efetividade e controle desse Poder (PRIEBE; SPENGLER, 2017, p. 172).

Em consonância com o disposto na Carta Magna, estatuiu o Código de Processo Civil de 2015, no art. 4º, que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (BRASIL, 2015, online), destacando a essencialidade desse direito às partes do processo, que também acaba por revelar uma faceta de dever, porquanto é enfatizado no art. 6º do mesmo diploma que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Dessa forma, vale salientar que à noção de tempo razoável do processo deve se somar a capacidade cooperativa dos sujeitos processuais e a observância escorreita às garantias processuais constitucionais. Pinho e Alves ensinam que a finalidade do princípio da cooperação:

[...] não é fazer com que as partes concordem em tudo, mas que ao menos as disputas desnecessárias possam ser resolvidas mediante um consenso entre elas, não havendo porque criar entraves a cada

passo para frente que caminha a marcha processual. O objetivo da cooperação, portanto, é limitar a intervenção do Juiz apenas aqueles casos nos quais ela seria absolutamente necessária, permitindo que os Tribunais otimizem o seu próprio trabalho. A economia tanto de tempo como de dinheiro, por exemplo, é um aspecto que, como visto, também suscita preocupação no Brasil. Assim como nos Estados Unidos, a criação de impasses, de dificuldades, de incidentes meramente protelatórios, e a falta de interesse em colaborar na resolução do litígio, torna o processo no Brasil algo desnecessariamente caro e demorado, em prejuízo à efetividade da prestação jurisdicional (2015, p. 247).

O retrocitado art. 6º do CPC/2015 enuncia o que se denominou de cláusula geral do dever de cooperação, não por acaso inserida no capítulo “Das normas fundamentais do processo civil”, tal como a duração razoável do processo, a inafastabilidade da jurisdição, a primazia do julgamento de mérito, a isonomia, o pleno contraditório e a fundamentação das decisões. A colaboração dos sujeitos, assim, viabilizando a promoção da celeridade dos feitos, desdobra-se na adequada utilização dos inúmeros instrumentos e recursos disponíveis no processo civil brasileiro e na cautela para que a prática forense não acarrete numa atribulação ainda maior do sistema judicial (PINHO; ALVES, 2015, p. 257).

Consigna o art. 139, inciso II, do CPC/2015, ainda, que é dever do magistrado velar pela duração razoável do processo. Extrai-se disso uma evolução do princípio da duração razoável do processo – antes, meramente formal – para uma evolução material, indispensável no Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, pode-se dizer que a garantia do tempo razoável da lide se relaciona com outras garantias constitucionais, como a do devido processo legal, da segurança jurídica, dignidade da pessoa humana, acesso à justiça, legalidade, eficiência e, principalmente, da razoabilidade (em que deve haver uma célere tramitação do processo a partir da prudência na prestação jurisdicional) (GRANJA, 2018, online).

Tendo em vista, então, que não é possível estimar um tempo padrão para todos os processos, optou o legislador por um conceito jurídico indeterminado, suscetível de adequação a cada caso concreto, capaz de determinar se o direito fundamental ao prazo razoável para se resolver a demanda foi ou não violado, dadas as suas particularidades e natureza jurídica (GRANJA, 2018, online).

Priebe e Spengler cuidam de debater duas hipóteses do que se entenderia por “razoável”: a primeira é a de que seria “o tempo legal, expressamente previsto na legislação processual”, ao passo que a segunda considera como sendo “o tempo médio efetivamente despendido no país para cada espécie concreta de processos” (2017, p. 173).

De certa forma, a simples somatória dos prazos elencados na lei processual não seria suficiente para se estabelecer a duração razoável de uma demanda, não apenas pelo cômputo das intercorrências que surgem com o transcorrer do processo, mas também pela necessidade em se equilibrar os aspectos quantitativo e qualitativo da jurisdição, atribuindo-se, quanto a este último, os esforços dos meios alternativos de solução de conflitos e o aumento da quantidade de julgados. Portanto, somente

se obtém um conceito do que se compreende por “razoável” quando se analisa diretamente o caso *sub judice*, de sorte a se aferir se o provimento jurisdicional foi prestado adequadamente e de maneira quantitativa ou qualitativa (PRIEBE; SPENGLER, 2017, p. 174).

O dever de entregar a prestação jurisdicional em tempo razoável se destina não apenas aos profissionais do direito e aos administradores públicos, como também aos legisladores, a fim de que criem leis favoráveis ao bom e rápido desempenho do processo.

Por conta disso, o CPC consagrou inúmeros mecanismos para tornar o processo mais célere e eficiente, dentre os quais se pode citar o alargamento dos casos mercedores de tutela de urgência, o julgamento antecipado da lide, a sentença liminar de improcedência do pedido, as súmulas impeditivas de recurso, as súmulas vinculantes e o surgimento do processo judicial eletrônico, a proibição de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, a proporcionalidade do número de juízes à efetiva demanda judicial e à respectiva população, a distribuição imediata dos processos em todos os graus de jurisdição, a possibilidade de delegação aos servidores judiciários para a prática de atos administrativos e atos de mero expediente sem caráter decisório, a instalação da justiça itinerante, os meios alternativos de solução de conflitos (tais como a conciliação e a mediação), o afastamento de tecnicismos exagerados, entre tantos outros. Camargo e Pires salientam que a regra passou a ser a da rapidez na entrega jurisdicional, objetivando-se o fim da morosidade (2014, online).

[...] deve-se considerar que a duração razoável deve ser considerada em todos os processos, sejam civis, penais, tributários, etc., além de, porque não dizer, administrativo, parlamentar e legislativo. Desse modo, não é útil, nem inteligente, que as instâncias administrativas se neguem a decidir os processos respectivos, sob o tênue argumento do excesso de serviços. A burocracia administrativa, infelizmente, somente tem servido para o aumento das demandas judiciárias, pois tem sido frequente o manejo de mandados de segurança com o único escopo de determinar a autoridade coatora a prática de seu próprio trabalho (FARIA, 2010, p. 482).

Camargo e Pires aduzem que a justiça não pode vencer o tempo ou governá-lo nem ser-lhe mais perfeita ou imperfeita, restando à ela apenas com ele conviver. Isso porque o tempo carrega consigo a ideia de justiça, mesmo que utópica, de modo a apresentar apenas dois caminhos a seguir para aquelas pessoas que se relacionam com o processo: o da celeridade ou o da morosidade. Se ambos não forem trilhados de forma a prestigiar o devido processo legal, levam unicamente à injustiça (2014, online).

Com efeito, a busca por uma tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva, que possibilite um processo que não seja estático do ponto de vista formal, mas também encarado como um instrumento mínimo apto a gerar meios e resultados, está de acordo com os direitos fundamentais, o que faz com que o legislador tenha de limitar sua atuação, regulamentando as normas constitucionais, para que seja assegurada de modo eficiente a proteção judiciária. E para que os direitos fundamentais sejam garantidos e satisfeitos de forma concreta, são necessárias técnicas idôneas

para garantir o seu máximo grau de efetividade. Dessa forma, no plano da jurisdição constitucional, os magistrados não se sujeitam apenas à lei, mas também à análise crítica de seu significado, como forma de controle da legitimidade constitucional (CAMBI, 2020, p. 302-304).

[...] o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, adequada e eficiente vincula o legislador, seja para obrigá-lo a regulamentar dispositivos constitucionais para melhor assegurar a proteção judiciária [...] seja para limitar a atuação legislativa [...] Desse modo, o art. 5º, XXXV, da CF/1988 não tem teor somente técnico-processual, assumindo aspectos extrajudiciais e substanciais (CAMBI, 2020, p. 304-305).

De fato, de nada adianta uma pessoa ser titular de um direito material se não houver, em correspondência a isso, um direito ao processo indispensável para assegurar a sua eficácia. O processo nunca pode impedir a realização do direito substancial (CAMBI, 2020, p. 305).

A adequação da tutela jurisdicional resulta da sua aptidão para realizar a eficácia prometida pelo direito material, sendo, para tanto, indispensável conjugar, da melhor maneira possível, os valores da efetividade e da segurança [...] A dimensão objetiva do art. 5º, XXXV, da CF/1988 e, conseqüentemente, a sua eficácia irradiante sobre as leis (processuais) infraconstitucionais permite a construção de técnicas processuais adequadas, céleres e efetivas à realização dos direitos fundamentais. A ausência de regras processuais não é, pois, capaz de inviabilizar a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, cabendo, na ausência de lei expressa, ao juiz suprir a omissão obstaculizadora à proteção dos direitos materiais (CAMBI, 2020, p. 306).

Nesse sentido, e em razão do princípio da duração razoável do processo, pode-se dizer que tanto no processo coletivo quanto no individual, vigora a atipicidade da tutela, em que são admitidas todas as espécies de ações, bem como os meios e instrumentos processuais aptos a gerar a proteção adequada e efetiva de qualquer direito ou interesse. Além disso, é admitida a existência de cláusulas processuais abertas que confirmam à parte e ao juiz a possibilidade de construir a ação e o procedimento adequados para o caso concreto. Por exemplo, em casos urgentes em que seja necessário o fornecimento imediato de medicamento, os artigos 297 e 497 do CPC/2015 permitem o bloqueio do dinheiro público para que o direito à saúde seja resguardado, uma vez que se o Poder Judiciário, nesses casos, recorresse apenas ao instrumento de expedição de precatórios, os direitos fundamentais não seriam efetivados e a demora na concessão do direito poderia causar danos irreversíveis (CAMBI, 2020, p. 308).

[...] a concretização do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional depende da conjugação de vários elementos necessários

(como a dimensão dos poderes das partes e dos poderes/deveres do órgão judicial, da conformação e da adequação do procedimento, de formas mais apropriadas de tutela jurisdicional) à construção da melhor técnica processual capaz de realizar, mais efetivamente, os direitos materiais (CAMBI, 2020, p. 309).

Cintra, Grinover e Dinamarco elencam três critérios para se averiguar na prática o atendimento à duração razoável do processo, quais sejam, a complexidade do assunto, o comportamento dos litigantes e a atuação do órgão jurisdicional (2015, p. 112). Assim, quando inobservados, há a violação constitucional. Se o Estado não disponibilizar meios capazes de atender as necessidades reais para uma eficiente tramitação processual, com condições dignas de trabalho aos seus servidores, com fiscalização e qualificação destes, oferecendo ainda uma estrutura organizacional adequada, deverá ser responsabilizado. E essa responsabilidade, de acordo com o art. 37, § 6º da CF/88, é objetiva (ou seja, independe de dolo ou culpa), bastando a evidência da existência de dano oriundo da morosidade processual para que haja o dever de reparação (GRANJA, 2018, online).

De fato, o serviço judiciário defeituoso, mal organizado, sem os instrumentos adequados, pode tornar inútil a prestação jurisdicional e gerar graves prejuízos aos jurisdicionados pela excessiva morosidade na tramitação do processo, como o desaparecimento de bens, desaparecimento do devedor, etc. E isso afronta não apenas o princípio da razoável duração do processo, como também as garantias do acesso à justiça, de modo que as condutas negligentes ou omissivas por parte do Estado devem ser penalizadas, indenizando os prejudicados (GRANJA, 2018, online).

Com relação às partes do processo, estas devem agir com honestidade e lealdade, sem que se atrapalhe a celeridade da demanda. Atitudes meramente protelatórias devem ser repreendidas e penalizadas. Por exemplo, o art. 80, incisos IV e VII, do CPC/2015, estabelece ser cabível a aplicação de multa (requerida pela parte prejudicada ou mesmo imposta de ofício pelo juiz), nos casos em que se opuser resistência injustificada ao andamento do processo e quando for interposto recurso meramente protelatório. Referida multa é calculada a partir do caso concreto, sendo fixado o seu valor entre 01 a 10% sobre o valor da causa, o qual é revertido à parte prejudicada. Além disso, o litigante de má-fé, nesse caso, deve também arcar com os honorários advocatícios e as despesas a que deu causa. Caso o valor da causa seja irrisório, a multa poderá ser fixada em até 10 vezes o valor do salário mínimo. Se forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um deles na proporção do seu respectivo interesse na causa ou mesmo solidariamente, conforme se depreende do art. 81, do CPC/2015 (BRASIL, 2015, online).

[...] qualquer conduta que retarde indevidamente o andamento da lide, seja com pedido de provas inúteis ou desnecessárias, suscitar incidentes infundados, interpor recursos sem fundamentação mínima, dentre outras, ferem a garantia constitucional ao tempo razoável do processo, gerando aplicação de sanções processuais, que geralmente é representada pela aplicação de multas, calculadas

pelo percentual do valor da causa ou do proveito econômico pretendido por quem deu causa a violação (GRANJA, 2018, online).

No mesmo sentido, o art. 143, do CPC/2015 dispõe que o juiz responderá civil e regressivamente, por perdas e danos, quando no exercício das suas funções agir com dolo ou fraude, ou quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte (nesse último caso, somente será verificada a responsabilidade depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado por ele no prazo de 10 dias). Apesar de a responsabilidade ser do juiz, o prejudicado pode ingressar com ação de indenização contra o profissional do Direito e o Estado num litisconsórcio passivo, podendo também ingressar com ação unicamente contra o Estado (que poderá se voltar em ação regressiva contra o magistrado que, por sua vez, apenas será condenado se tiver procedido com dolo ou fraude) (GRANJA, 2018, online).

Frise-se, por oportuno, que o descumprimento do direito à razoável duração do processo pode levar a Comissão Americana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos a aplicar sanções pecuniárias ao Estado signatário de seus tratados, que será considerado inadimplente (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 112).

Feita essa breve análise do princípio à razoável duração do processo no âmbito cível, resta verificar como se dá a sua aplicação também na esfera penal, em que há dois interesses extremamente conflitantes: o da vítima, em ver o dano reparado, e o do acusado, que tem sua liberdade ameaçada.

3 A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA ESFERA PENAL

No que diz respeito ao direito processual penal, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 7, item 5, dispõe que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um magistrado ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. Além disso, essa pessoa tem o direito de ser julgada em um período de tempo razoável, ou a ser posta em liberdade, o que pode ser condicionado a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo, caso o processo prossiga (BRASIL, 1992, online).

No mesmo sentido, o art. 8, item 1, também do Pacto de São José da Costa Rica, preceitua que toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente, imparcial e anteriormente estabelecido em lei, caso haja acusação penal formulada contra ela, ou para que sejam determinados seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Ademais, a pessoa acusada de delito tem direito à presunção de inocência enquanto não for provada a sua culpa, sem prejuízo de que lhe sejam asseguradas as demais garantias processuais (BRASIL, 1992, online).

Deste modo, tendo sido o princípio da duração razoável do processo incorporado no ordenamento jurídico brasileiro através do Pacto de São José da Costa Rica,

e posteriormente reafirmado por meio do seu acréscimo no inciso LXXVIII do art. 5º, da Constituição Federal (surgido da Emenda Constitucional nº 45/2004), como já dito, pode-se aferir que todo investigado/réu tem o direito de responder ao processo sem que este se prolongue no tempo. A vítima do delito tem também o interesse de que o processo siga de forma célere, sem dilações indevidas, uma vez que almeja ver o autor do crime punido, bem como o dano por ele causado, reparado. Em última análise, a sociedade é também detentora desse interesse, vez que as normas de convívio social – e a própria concepção de justiça – são reafirmadas por intermédio da prestação da tutela jurisdicional pelo Estado (FRANCO, 2017, online).

Frise-se, porém, que a despeito de o ordenamento jurídico brasileiro ter aderido ao Pacto de São José da Costa Rica, não adotou, no âmbito processual penal, medidas e instrumentos capazes de promover a efetivação do direito à razoável duração do processo. De fato, foram criadas poucas leis com a estipulação de prazos fixos para a realização de determinados atos processuais, não sendo, porém, prevista a aplicação de qualquer sanção administrativa ou judicial aos profissionais do Direito que venham a descumprir referidos prazos, diferentemente do que ocorre no processo civil, a partir do advento do CPC/2015 ((FRANCO, 2017, online).

Isso porque a Constituição Federal, ao incorporar ao ordenamento jurídico o princípio do tempo razoável do processo no seu art. 5º, inciso LXXVIII, não indicou, de forma objetiva e precisa, o que vem a ser a duração razoável para o processo penal. Não há, por exemplo, nenhum mecanismo para aferir por quanto tempo a dilação probatória pode se estender sem que se reste caracterizado excesso de prazo para a conclusão do processo. Neste ponto, é inegável que a falta de critérios objetivos para atestar dilações indevidas no processo penal acarreta falhas na prestação da tutela jurisdicional, o que possibilita a morosidade do feito e prejudica, conseqüentemente, as partes (FRANCO, 2017, online).

O excesso da prisão cautelar, por exemplo, quando não atribuível à defesa, sendo exclusivamente imputável ao aparelho judiciário, e mesmo nos casos de crimes hediondos, afronta o valor constitucional da dignidade da pessoa humana, a garantia do devido processo legal, e da presunção de inocência, além do direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXVII, da CF/1988) (CAMBI, 2020, p. 304). E o mesmo pode ser dito com relação aos inquéritos policiais, que notadamente se prolongam no tempo sem que haja uma solução concreta (apesar de terem prazo de conclusão estabelecido pelo art. 10, do Código de Processo Penal), o que gera seu arquivamento ou mesmo a extinção da punibilidade (HAMILTON, 2008, p. 90).

Do exposto até o momento, observa-se que a mera disposição legal da aplicabilidade imediata relativa aos direitos fundamentais é condicionada à existência de mecanismos que possibilitem a sua concretização. O direito à razoável duração do processo, assim, tem sua aplicabilidade mitigada, até que seja editada pelo legislador lei que preencha as lacunas para que possa ser efetivado. Na verdade, o problema concernente à consolidação desse princípio, no âmbito do processo penal, é estrutural: o Poder Legislativo não cria leis aptas a promover a efetividade do princípio; o Judiciário mitiga a sua aplicação, demorando para prestar a tutela jurisdicional em razão do gigantesco número de demandas existentes e da falta de profissionais (magistrados,

servidores e estagiários) que consigam dar conta dessas mesmas demandas; o Executivo não cria políticas públicas voltadas à prevenção do cometimento de crimes, na raiz dos problemas sociais: tudo isso prejudica a efetividade judicial (FRANCO, 2017, online).

A tendência desse sistema falho é de entrar em colapso. Não há estímulo aos meios alternativos de resolução de conflitos no processo penal, o que permite a ampla judicialização dos litígios. Com o número de processos aumentando a cada dia, há maior dificuldade de dar andamento àquelas ações já propostas. O tempo, no processo penal, é precioso e fundamental: não se pode julgar a demanda de forma rápida e precoce, sob pena de serem violados os direitos ao contraditório e à ampla defesa. Em contrapartida, o processo não pode ser lento, sob pena de grave afronta à liberdade (em caso de réu preso), ou mesmo de impunidade (FRANCO, 2017, online).

Para a vítima, quanto maior o transcurso do tempo, maiores são as chances de serem causados danos irreversíveis à sua pessoa, ao se possibilitar, com a morosidade do processo, que o autor do delito seja beneficiado com uma eventual prescrição da pena. Por sua vez o réu, do ponto de vista psicológico, tem na ação penal não apenas a acusação do cometimento de um delito, mas uma carga que vai muito além das sanções previstas no Código Penal, por afetar todas as áreas da vida. O tempo demorado do processo, para ele, é também uma pena, uma vez que mesmo estando livre do cárcere, sofre os estigmas decorrentes de tal fato (FRANCO, 2017, online).

As consequências da propositura de uma ação penal, pois, transcendem o tradicional conceito de pena, pois quanto maior a duração do processo, maior também será a ingerência do Estado na vida do acusado. O caráter punitivo atrelado à pena vai muito além dos muros das delegacias e penitenciárias, adentrando na vida do indivíduo, no seu ambiente familiar, nas suas relações pessoais e de trabalho (FRANCO, 2017, online).

[...] o processo se transforma em pena prévia à sentença, através da estigmatização, da angústia prolongada, da restrição de bens e, em muitos casos através de verdadeiras penas privativas de liberdade aplicadas antecipadamente (prisões cautelares) [...] O mais grave é que o custo da pena-processo não é meramente econômico, mas social e psicológico. A continuação, é fulminada a presunção de inocência, pois a demora e o prolongamento excessivo do processo penal, vai, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado. Existe uma relação inversa e proporcional entre a estigmatização e a presunção de inocência, na medida em que o tempo implementa aquela e enfraquece esta. A situação se agrava no caso em que o acusado esteve ou permaneceu preso cautelarmente. Ainda que posteriormente seja absolvido, a prisão cautelar certamente terá maior visibilidade e repercussão que a sentença, e, aos olhos da sociedade, será vista como cumprimento de pena por alguém que tenha cometido um delito (LOPES JÚNIOR; BADARÓ, 2009, p. 07).

De fato, a demora na prestação da tutela jurisdicional pelo Estado-juiz afronta o princípio constitucional da duração razoável do processo e prejudica

as partes envolvidas na ação penal. Mais do que isso, a demora na punição do agente pode causar o descrédito na atuação da justiça pela sociedade, que passa a ter uma percepção de impunidade, com o enfraquecimento das normas de convívio social (FRANCO, 2017, online).

E a discussão sobre a aplicação do direito fundamental à razoável duração do processo penal é ainda mais relevante quando se verifica que o Brasil, desde 2017, vem ocupando o terceiro lugar no ranking mundial da população carcerária. Em 2019, o país tinha mais de 770 mil presos nas penitenciárias, sem contar as delegacias. Se for considerado que um terço desta população (33%) não foi ainda julgada, estando presa provisoriamente, fica muito evidente os prejuízos que podem ser causados pela demora na prestação da tutela jurisdicional (INFOPEN, 2020, online).

O Judiciário tem a função de preservar e fazer respeitar os valores consagrados no ordenamento jurídico, especialmente os previstos na Constituição. Isso é indispensável para que se viabilizem os direitos reconhecidos aos cidadãos [...] O processo, ao instrumentalizar o exercício da jurisdição, efetiva a norma a ser aplicada no caso concreto. O processo possui, na sociedade, a missão pedagógica de fazer com que os cidadãos cumpram seus deveres e tenham seus direitos respeitados, seja diminuída a margem de insegurança quanto às possibilidades de tomada de posição individual e que futuras violações à ordem jurídica sejam evitadas. O processo funciona como superego cultural ao projetar no imaginário humano as consequências da atuação do Judiciário na concretização da norma jurídica (CAMBI, 2020, p. 470-471).

Nesse sentido, práticas de protagonismo judiciário que estejam voltadas ao exato cumprimento dos preceitos constitucionais são relevantes, devendo ser aliadas às técnicas processuais que concretizem o direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva. De fato, a Constituição não deve ser encarada como um conjunto de normas fechadas, mas como um processo aberto e evolutivo. Consequentemente, as próprias técnicas processuais devem também evoluir, a fim de que a sociedade possa influenciar nas decisões políticas e jurídicas que nela interferiram (CAMBI, 2020, p. 471), uma vez que a “construção de uma identidade constitucional e a consistência judicial são pressupostos para se assegurar o direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição” (CAMBI, 2020, p. 732).

Feitas todas essas considerações, é certo que a lentidão do processo penal não atinge somente o réu e vítima, mas a comunidade como um todo. O surgimento e a implementação de novos mecanismos, como o acordo de não persecução penal, incluído pela lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), no art. 28-A, do CPP, pode ser tido como uma das possíveis saídas para que haja diminuição no número de processos parados, sem que o acusado permaneça impune. Todavia, outros mecanismos devem também ser criados, aprimorados e aplicados, para que a prestação da tutela jurisdicional penal seja adequada e célere, como forma de efetivação da justiça e atendimento dos preceitos constitucionais.

CONCLUSÃO

Quando se fala em Poder Judiciário, o assunto de morosidade da justiça, nos âmbitos cível e penal, é muito debatido, uma vez que a prestação da tutela jurisdicional, apesar dos grandes avanços já consolidados, ainda é lenta. E isso acontece porque apesar da existência desses avanços, no que diz respeito à celeridade do processo, ainda são poucos os mecanismos que proporcionam a sua concretização. Além disso, muitas vezes, os próprios litigantes acabam por ter atitudes processuais de descaso e má-fé ao, por exemplo, serem interpostas petições meramente protelatórias, o que gera prejuízos à parte contrária e também à sociedade como um todo, uma vez que isso acarreta o descrédito na atuação do Estado-juiz.

Na busca de que tais situações sejam minimizadas, o CPC/2015 trouxe diversas alterações a fim de efetivar um processo mais célere e adequado: a tentativa de conciliação logo no ajuizamento da ação, o fomento às demais técnicas autocompositivas, a necessidade de preenchimento de novos requisitos para se interpor recurso são exemplos disso. Ademais, o princípio constitucional da razoável duração do processo passou a ser também norma fundamental do processo civil (art. 4º, CPC), o que demonstra a sua importância.

Contudo, no que diz respeito ao processo penal, existem atualmente poucos mecanismos aptos a concretizar o razoável tempo da ação, o que gera prejuízos para a vítima, para o autor do delito, e para a sociedade. O princípio da duração razoável do processo penal é ainda jovem garantidor de direitos no ordenamento penal, dependendo, para a sua ampla efetivação e promoção, da criação de legislação ordinária que estabeleça prazos processuais a serem estritamente observados pelos profissionais do Direito, com a previsão de sanções em caso de dilações desnecessárias.

É certo que a duração razoável do processo, no âmbito penal, constitui direito do indivíduo e também dever do Estado-juiz, posto que a propositura de uma ação penal gera consequências na vida do acusado de diversas formas. De outro lado, o ofendido, que teve o seu bem jurídico violado, tem direito a uma resposta estatal rápida por parte do Estado, sem que haja a impunidade do transgressor da lei. Mais a fundo, a própria sociedade tem a expectativa de que as normas de convívio social sejam reafirmadas por intermédio da punição dos criminosos, o que, ressalte-se, deve se dar conforme a justa e correta aplicação do Direito Penal, conforme o princípio da legalidade, de modo que se evite que a pena ultrapasse os limites fixados em lei.

Ou seja, tanto o processo civil quanto o processo penal devem ser julgados em um tempo razoável, oportunizando-se aos litigantes, nesse período, o exercício do contraditório e da ampla defesa. Deve, pois, haver uma reforma processual neste ponto e também uma mudança de atitude, para que a estrutura e a mentalidade dos próprios operadores do Direito convirjam à ampliação do direito de acesso à justiça, com reaparelhamento da máquina judiciária e treinamento dos serventuários na tentativa de se prestar um serviço cada vez mais eficiente e célere. O combate à demora e à ineficiência da prestação da tutela jurisdicional depende do redirecionamento das regras processuais já existentes e da implementação de novos sistemas de gerenciamento judiciário. Ao legislador, cabe criar ou mesmo adequar

os ritos processuais ao direito material perseguido, o que também deve ser feito pelo magistrado, conforme o caso concreto que se analisa, sem que se atenha ao estreito formalismo, e sem que seja violado, por outro lado, o direito de defesa da parte.

Mas o problema da inobservância da duração razoável do processo não se limita apenas na legislação defasada. É incontestável que o modelo jurisdicional atualmente existente não dá conta de abranger, de forma efetiva, a enorme quantidade de demandas ajuizadas, sendo preciso que sejam adotados outros métodos que suportem o desafogamento do Judiciário. Nesse sentido, o incentivo à arbitragem no processo civil, bem o fomento à celebração de transações penais e acordos de não persecução penal, são bons exemplos que podem auxiliar na concretização desse objetivo.

De fato, o processo deve ser encarado como um instrumento para o acesso à justiça e garantia da igualdade não apenas formal, mas também material. A morosidade na prestação da justiça e aplicação do Direito é uma grave afronta aos direitos constitucionais, por ofender o direito do cidadão de se valer de uma prestação jurisdicional efetiva. Por essa razão, o descumprimento desse direito pelo Estado, pelas partes ou mesmo pelos profissionais do Direito, deve ser combatido, para que seja fortalecido e respeitado. A aplicação do princípio da duração razoável do processo, pautada na ética e na boa-fé processual, é medida imperiosa no Estado Democrático de Direito, na busca de uma justiça cada vez mais adequada.

REFERÊNCIAS

- BIANCO, Paolo Roberto De Angelis; MARQUES, Victória Santos. *O direito humano e fundamental à razoável duração do processo: uma breve reflexão nas áreas civil e penal*. II Encontro Virtual do CONPEDI: Processo, duração e efetividade da justiça II. Florianópolis: CONPEDI, 2020. Disponível em: <http://conpedi.daniilor.info/publicacoes/nl6180k3/74gvx4c8/5LRalL4te3K8dtal.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2021.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.
- BRASIL. *Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.
- CAMARGO, Daniel Marques de; PIRES, Hugo. *A justiça e o tempo*. 2014. Disponível em: <https://danieldecamargo.jusbrasil.com.br/artigos/138416618/a-justica-e-o-tempo>. Acesso em: 30 abr. 2021.
- CÂMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Prefácio do Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Reflexões sobre direito e processo*. Arquivo do Ministério da Justiça. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, dez. 1971. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7193>. Acesso em: 30 abr. 2021.
- FARIA, Márcio Carvalho. *A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização na busca de soluções à crise do processo*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636, v. 6, n. 6. Rio de Janeiro, 2010, p. 475-496.
- FRANCO, Elizeu Petersen. *O princípio da duração razoável do processo penal*. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58632/o-principio-da-duracao-razoavel-do-processo-penal#:~:text=Se%20de%20um%20lado%20o,seu%20bem%20jur%C3%ADico%20violado%20e>. Acesso em: 30 abr. 2021.
- GRANJA, Fabiana Pimenta. *Princípio da razoável duração do processo: seus desdobramentos e seus descumprimentos*. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/principio-da-razoavel-duracao-do-processo-seus-desdobramentos-e-seus-descumprimentos/>. Acesso em: 30 abr. 2021.
- HAMILTON, Sérgio Demoro. *A Razoável Duração do Processo e Seus Reflexos no Processo Penal*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 83-97, 2008. Disponível em: https://www.emerj.trj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista43/Revista43_83.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.
- INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias). Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados: nova ferramenta de visualização dos dados penitenciários vai possibilitar comparar informações de diferentes anos e categorias*. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados#:~:text=Considerando%20presos%20em%20estabelecimentos%20penais,liberdade%20em%20todos%20os%20regimes>. Acesso em: 30 abr. 2021.
- LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. *A cooperação no novo código de processo civil: desafios concretos para sua implementação*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Periódico Semestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636, v. 15, n. 15. Rio de Janeiro, jan./jun. 2015, p. 240-267.
- PRIEBE, Victor Saldanha; SPENGLER, Fabiana Marion. *A razoável duração do processo na jurisdição brasileira*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636, ano 11, v. 18, n. 2. Rio de Janeiro, mai./ago. 2017, p. 165-191.

O RECEBIMENTO INDIRETO DE VANTAGEM INDEVIDA E O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: SÃO MESMO NECESSÁRIOS ATOS POSTERIORES E AUTÔNOMOS DE RECICLAGEM PARA CONFIGURAÇÃO DE AUTOLAVAGEM?

Juliano Fontanella da Silva¹²⁹⁸

INTRODUÇÃO

A Ação Penal 470, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser reconhecida como marco importante para o direito penal brasileiro, seja pela envergadura e notoriedade do caso, amplamente divulgado, ou pelo fato de ser julgado originariamente pelo órgão de cúpula do judiciário, de modo que, como natural às decisões proferidas pelos tribunais superiores, mesmo ausente efeito vinculante do decidido quanto às teses apresentadas, com tendência de gerar efeito multiplicador. O caso posto em julgamento, envolvendo crimes e condutas complexos, e a apresentação de teses pouco difundidas no cotidiano forense até então, também foi relevante para nortear vindouras discussões nas instâncias inferiores.

Uma das matérias enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal naquele julgamento, em especial ao apreciar os sextos e os décimos sextos embargos infringentes, foi a possibilidade da configuração simultânea (ou não) dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, já que a tipicidade do crime de corrupção passiva, na modalidade receber indiretamente, é integrada por um ato de ocultação e, para a defesa, por tal motivo, a lavagem estaria contida na corrupção, o que impossibilitava a punição por ambos os crimes.

O pleito absolutório restou acolhido pelo plenário, constando na ementa do acórdão, cuja redação ficou aos cuidados do Ministro Roberto Barroso, que o recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, sendo indiferente que seja praticado com elemento de dissimulação, e que a autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do crime antecedente (já consumado).

A decisão, como natural, passou a ser amplamente utilizada para sustentar que quando o agente corrompido recebe propina de forma indireta deve ser responsabilizado apenas pela prática do crime de corrupção passiva, se ausentes atos diversos e autônomos de ocultação/dissimulação dos que compõem a primeira infração penal, tanto é assim que a edição nº 166 do Informativo Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 26 de março de 2021, enuncia justamente isso em seu sétimo item¹²⁹⁹.

Ocorre que outro notório caso, a Operação Lava Jato, reascendeu a referida discussão, já que, adotando referido modelo teórico, em tese, para ser possível uma

¹²⁹⁸ Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade IBMEC São Paulo e Pós-graduado em Direito e Processo Penal na Academia Brasileira de Direito Constitucional. Assessor de Promotor no Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: julianofontanelladasilva@gmail.com. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/4614969250088617> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0202-3068>

¹²⁹⁹ JURISPRUDÊNCIA EM TESES. Do crime de lavagem. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, ed. 166. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 11 maio 2021.

condenação pela prática de corrupção passiva e de autolavagem, faz-se necessária a demonstração de atos de ocultação/dissimulação autônomos e posteriores ao recebimento da peita e, no caso referido, imputou o Ministério Público Federal ambos os crimes em diversas ações penais em que o agente público recebeu a propina já em contas no exterior ou utilizando outro expediente similar, de modo que apenas existiu o recebimento, porém, segundo sustentou o órgão acusador, os valores já eram recebidos em um esquema de lavagem de dinheiro, dispensando-se, assim, outros atos autônomos e posteriores de reciclagem.

Após condenações pelo juízo de primeiro grau, que acolheu a tese acusatória e entendeu configurados ambos os delitos, as defesas interpuseram recursos sustentando a impossibilidade da dupla responsabilização, já que não comprovados atos posteriores e autônomos e presente, portanto, a consunção entre os delitos.

A tese defensiva não fora acolhida pelos tribunais superiores, nem mesmo pelo próprio Supremo Tribunal Federal que, também em outras oportunidades, deixou de aplicar o modelo teórico segundo o qual, em caso de recebimento indireto de vantagem indevida, não há crime de lavagem de dinheiro sem a comprovação de atos posteriores e autônomos de reciclagem.

Diante do aparente impasse, temos por objetivo, no presente artigo, utilizando-se de estudo teórico bibliográfico, de estudo de caso e do método hipotético-dedutivo, perscrutar a consistência dos fundamentos que sustentam os modelos que admitem - e também aqueles que não admitem - a configuração concomitante dos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro nos casos de recebimento indireto de vantagem indevida e que não existam atos posteriores e autônomos de reciclagem.

1 CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO

Para conseguirmos atingir os objetivos propostos no presente estudo, é necessário delimitar alguns conceitos que serão relevantes ao desenvolvimento do tema, e assim faremos nas próximas linhas.

1.1 CORRUPÇÃO PASSIVA

A conduta proibida pelo artigo 317 do Código Penal é aquela de solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, em razão da função pública, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

O ato de corrupção é caracterizado por uma interposição de interesses privados de natureza econômica do funcionário público sobre o interesse público, e o crime possui como bem jurídico tutelado o regular, correto e imparcial funcionamento da atividade pública (administração pública), com o objetivo de servir ao interesse geral¹³⁰⁰.

¹³⁰⁰ PRADO, Luiz Regis. Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 250 a 361). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 605-606.

Por ser tipo misto alternativo¹³⁰¹, a conduta típica consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida e, por ser delito de mera atividade, consoma-se com a solicitação ou com o recebimento da vantagem indevida, bem como com a aceitação da promessa da aludida vantagem¹³⁰².

O que importa para o presente trabalho, longe de esgotar a discussão sobre o crime, é que o agente que solicita e depois recebe a propina comete um único delito¹³⁰³, como natural ao tipo misto alternativo¹³⁰⁴, e a consumação se dá no exato momento em que ocorre a solicitação ou a percepção da vantagem indevida¹³⁰⁵, o que endossa a higidez da conclusão a que chegou o STF no julgamento dos sextos embargos infringentes opostos na Ação Penal 470, no sentido de que descabida é a sustentação de que o crime de corrupção passiva resta consumado quando o agente público aceita ou solicita a vantagem indevida, sendo o recebimento autônomo ao delito, pelo contrário¹³⁰⁶.

Outrossim, também é relevante que o recebimento da vantagem pode se dar indiretamente, isto é, por interposta pessoa¹³⁰⁷ (física ou jurídica), e que é normal que a entrega da vantagem indevida não aconteça às claras, mas sim com mecanismos de ocultação/dissimulação, elementares, no ponto, do crime de lavagem de dinheiro¹³⁰⁸.

¹³⁰¹ *Ibidem*, p. 607.

¹³⁰² *Ibidem*, p. 610.

¹³⁰³ A entrega da vantagem indevida deve ser considerada mero exaurimento do crime quando o agente previamente solicitou a peita (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume IV. 8. ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 427).

¹³⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 511.

¹³⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 793.

¹³⁰⁶ “O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva ‘receber’”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva “receber”, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvição por falta de provas 3. Perda do objeto quanto à impugnação da perda automática do mandato parlamentar, tendo em vista a renúncia do embargante. 4. Embargos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro. Embargos Infringentes. Embargante: João Paulo Cunha. Embargado: Ministério Público Federal. Relator: Luiz Fux. Relator para Acórdão: Roberto Barroso. AP 470 El-sextos. Julgado em 13/03/2014. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 21 ago. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur273403/false>. Acesso em: 11 maio 2021.

¹³⁰⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 3, parte especial: arts. 213 a 359-H. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 584.

¹³⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. RB-6.10.

1.2 LAVAGEM DE DINHEIRO

A conduta proibida pelo artigo 1º da Lei nº 9.613/1998 é a de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, além de condutas equiparadas.

A lavagem de capitais é o processo de ocultação ou dissimulação de bens ou valores originários de infração penal com o objetivo de dar-lhes aparência de legitimidade, para em seguida integrá-los no sistema econômico¹³⁰⁹, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude¹³¹⁰.

É importante perceber a lavagem como um processo dinâmico que tem por objetivo final a reintegração dos ativos à economia lícita. É dizer, não se trata de um simples ato de ocultação, mas de uma atividade voltada à simulação, à confecção de uma roupagem legítima a recursos escusos, ainda que o objetivo final não seja alcançado¹³¹¹.

A doutrina costuma dividir o processo de lavagem em, no mínimo, três fases, notadamente a de ocultação (*placement/colocação/conversão*), onde os atos objetivam afastar os ativos da infração antecedente, em que são exemplos o *smurfing*, a conversão em moeda estrangeira, os depósitos em contas de laranjas, etc; a de mascaramento ou dissimulação (*layering*), em que os atos objetivam afastar ainda mais os ativos, com várias operações destinadas a quebrar eventual cadeia, como o envio de dinheiro já convertido em moeda estrangeira para o exterior via cabo, e, por fim; a fase de integração, caracterizada pela introdução dos ativos na economia formal com a aparência de licitude. A classificação possui apenas fins teóricos, já que a legislação brasileira não exige a completude do ciclo para a configuração do crime, bastando a consumação da primeira etapa¹³¹².

Ainda que dispensável a completude do ciclo para a configuração do crime de lavagem de capitais, sendo suficiente, no plano objetivo, a mera ocultação, há um elemento subjetivo que permeia todas as etapas do crime, necessário à configuração do delito, notadamente a intenção de lavar o capital, com o desejo de completar o ciclo e reinserir na economia formal o ativo com aparência de lícito¹³¹³.

A questão do bem jurídico tutelado é polêmica, dividindo a doutrina, basicamente, entre aqueles que sustentam ser a ordem socioeconômica, a exemplo de Luiz Regis Prado¹³¹⁴, aqueles que sustentam ser a administração da justiça, a exemplo de Pierpaolo Cruz Bottini¹³¹⁵, e ainda outros que entendem ser os dois ao mesmo tempo (administração da justiça e ordem socioeconômica) ou adotam uma posição minoritária, que defende ser o mesmo bem jurídico do crime antecedente¹³¹⁶.

¹³⁰⁹ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 548.

¹³¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., RB-2.1.

¹³¹¹ *Ibidem*, RB-2.2.

¹³¹² *Idem*.

¹³¹³ *Idem*.

¹³¹⁴ PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico, p. 552.

¹³¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., RB-5.6.

¹³¹⁶ *Ibidem*, RB-5.3.

Ao contrário de países como Itália e Alemanha, a lei brasileira não veda a punição do autor do crime antecedente também pelo crime de lavagem de dinheiro, e a jurisprudência tem confirmado tal possibilidade¹³¹⁷, o que configura a denominada autolavagem.

Ocultar significa esconder, tirar de circulação, subtrair da vista, etc, e a consumação ocorre com o simples encobrimento, desde que acompanhado da intenção de converter, nem que seja futuramente, o ativo em lícito. Já a dissimulação é o ato ou conjunto de atos posteriores à ocultação, para aprofundar o escamoteamento¹³¹⁸.

2 MODELOS TEÓRICOS E SUAS FUNDAMENTAÇÕES

Antes de adentrar no problema central da pesquisa, com o que já foi até aqui exposto, é necessário fazer um recorte importante, já que a discussão sobre a (im) possibilidade de configuração concomitante dos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro só é pertinente para os casos, por óbvio, que o capital reciclado derive do delito de corrupção passiva, mas não só, o recebimento da propina deve ter ocorrido de forma indireta (por interposta pessoa, nos termos do julgado) e não devem existir atos posteriores e autônomos de dissimulação/ocultação, sendo, portanto, uma hipótese muito específica, embora muito recorrente.

Em situações que não apresentem essas características, a exemplo de crime antecedente que não carregue na descrição típica um ato de ocultação ou dissimulação ou quando restem demonstrados atos posteriores e autônomos de lavagem, a discussão é descabida, eis que unânime a possibilidade da configuração de ambos os crimes, em hipótese de autolavagem¹³¹⁹.

2.1 O MODELO TEÓRICO DE PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

A tese de que quando o agente corrompido recebe a vantagem indevida de forma indireta, sem a existência de atos posteriores e autônomos de ocultação/dissimulação, não há configuração concomitante do crime de lavagem de dinheiro, mas apenas de corrupção passiva, ganhou corpo, como já adiantado, após o julgamento dos sextos embargos infringentes opostos na Ação Penal 470, de modo que, sempre que o tema é invocado, remete-se àquele precedente.

¹³¹⁷ Idem.

¹³¹⁸ Ibidem, RB-6.9.

¹³¹⁹ O recorte é relevante, eis que, como veremos logo adiante, na Ação Penal 470 a discussão foi justamente por causa do recebimento indireto da propina, limitador da teoria, porém, em alguns trabalhos sobre o tema há aparência de que sempre que o crime de corrupção passiva for antecedente da lavagem de capitais tem vez referida discussão, havendo a necessidade de atos posteriores e autônomos de reciclagem para possibilitar a ocorrência de autolavagem, o que não é correto, já que, por exemplo, se o recebimento da propina se der de forma direta (e não indireta) não tem vez a polêmica. A título exemplificativo, citamos: NETTO, Patrícia Barcellos. Corrupção e Lavagem de Dinheiro: a relação existente e as divergências para configuração dos crimes. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 86, p. 119-140, jul. 2019 – dez. 2019. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/download/176/45#:~:text=A%20rela%C3%A7%C3%A3o%20se%20d%C3%A1%20pelo,produto%20obtido%20de%20origem%20il%C3%ADcita..> Acesso em: 11 maio 2021.

Em tal raciocínio, o correto entendimento do que foi lá decidido, além de uma análise cuidadosa dos argumentos lançados pelos Ministros, também deve passar pela análise da doutrina de Pierpaolo Cruz Bottini, advogado que elaborou parecer que instruiu o recurso e que realizou a sustentação oral na sessão de julgamento¹³²⁰. Adotando tais premissas é que, para perscrutar o modelo teórico proposto, partiremos da doutrina de Pierpaolo Cruz Bottini¹³²¹.

O livro escrito por Pierpaolo Cruz Bottini e por Gustavo Henrique Badaró sobre lavagem de dinheiro é dividido, basicamente, em duas partes: a primeira trata do direito material e ficou aos cuidados de Bottini e a segunda, que trata do direito processual, ficou aos cuidados de Badaró. Em tal contexto, na obra, é possível encontrar, digamos assim, uma interpretação autêntica da tese.

Bottini, ao tratar da subsistência da lavagem de dinheiro diante de infrações antecedentes que carregam na descrição típica um ato de ocultação ou dissimulação¹³²² e defender a ocorrência de consunção, argumenta¹³²³:

[...] se o único **ato** de ocultação ou dissimulação existente for aquele já contemplado pelo tipo penal do crime antecedente, haverá consunção, que ocorre quando o **fato** previsto por um tipo penal está compreendido em outro de âmbito mais abrangente e, portanto, só esta se aplica. [...]

Os casos de consunção têm uma aparência de concurso material porque as condutas estão previstas em tipos penais diferentes que guardam entre si relação horizontal, sendo, em regra, distintos os bens jurídicos tutelados pelas normas penais incidentes. Porém, na consunção, essa relação de instrumentalidade direta – um dos crimes é meio para a consecução do outro – ou de contingência – um deles está compreendido como fase de preparação ou de execução do outro – afasta a incidência das duas normas penais. A condenação, nesse caso, em concurso de crimes, afrontaria a vedação do bis in idem, uma vez que – em verdade – se puniria pelo mesmo **ato** delitivo duas ou mais vezes [...].

Portanto, nos casos de lavagem de dinheiro, sempre que a ocultação estiver contida dentre os elementos do crime antecedente, o delito restará absorvido por este, pela consunção. Tomemos como exemplo o crime de corrupção passiva [...]. O tipo penal indica dois comportamentos típicos, solicitar ou receber, mas apenas o segundo importa aqui porque o ato de solicitar vantagem indevida sem recebê-la, embora caracterize o ato consumado de corrupção passiva, não gera produto passível de ocultação ou dissimulação.

Pois bem, o recebimento da corrupção passiva pode se dar de forma direta ou indireta. O próprio agente pode receber a vantagem

¹³²⁰ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SclQNKPEVLA>. Acesso em: 11 maio 2021.

¹³²¹ Um bom resumo do pensamento de Bottini pode ser visto em: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Nem sempre é correta a dupla imputação por corrupção e lavagem. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-03/direito-defesa-nem-sempre-correta-dupla-imputacao-corrupcao-lavagem>. Acesso em 11 maio 2021.

¹³²² Como a corrupção passiva.

¹³²³ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., RB-6.10.

indevida, bem como terceiros podem fazê-lo em seu nome, como interpostas pessoas. Ambas as hipóteses estão contidas expressamente no tipo penal do art. 317 do Código Penal. Assim, se um funcionário público recebe vantagens indevidas por interposta pessoa, há corrupção passiva consumada.

A questão que se coloca: é possível reconhecer nesse caso um concurso material ou formal com o crime de lavagem de dinheiro, entendendo-se essa modalidade de adquirir recursos por interposta pessoa como ocultação ou dissimulação?

O STF discutiu esse tema nos autos da Ação Penal 470, e em embargos infringentes opostos, no caso de um servidor público que recebeu valores em razão do exercício de suas funções através de sua esposa, que buscou o dinheiro em espécie agência bancária. A Procuradoria Geral da República ofereceu denúncia pela prática – em concurso de delitos – de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. A Corte afastou a incidência do segundo por entender que o uso de interposta pessoa para o recebimento de valores integra expressamente o tipo penal de corrupção passiva. Essa forma de ocultação, portanto, está contida no art. 317 do Código Penal, de forma que o delito de lavagem de dinheiro é absorvido pelo crime antecedente (grifo nosso).

Bottini ainda rebate as condenações no âmbito da Operação Lava Jato:

Por fim, vale destacar posição que vem ganhando algum corpo em decisões judiciais recentes, em especial no âmbito da Operação Lava Jato. Trata-se da defesa do concurso formal entre lavagem de dinheiro e corrupção quando o ato de ocultação é mais sofisticado do que o mero uso de interposta pessoa. É o que ocorre nos casos em que o funcionário público recebe a vantagem indevida via contratos fraudulentos com empresas de fachada, ou em contas no exterior em nome de terceiros. Não se trata mais de um ato singelo de encobrimento, como acontece nos casos de recebimento via terceiros, em dinheiro vivo. Nessa situação – defendem alguns –, a dissimulação deixa de se identificar com o recebimento indireto previsto no tipo penal da corrupção passiva, extrapola seu âmbito e não está mais nele contido. Seria possível aqui a punição pelos dois crimes. [...].

Tal solução não parece adequada.

Como já exposto, o STF entende que a ocultação que caracteriza a lavagem de dinheiro pode ser singela ou complexa. Se a sofisticação do ato de ocultação é irrelevante para a consumação do tipo penal, ambas serão absorvidas pelo crime de corrupção passiva, quando o encobrimento revelar um meio indireto de recebimento da vantagem indevida. Não parece lógico afastar a distinção entre dissimulação simples e complexa para ampliar a abrangência da norma sobre lavagem de dinheiro e defender essa mesma distinção para afastar a consunção com a corrupção passiva.

Assim, se a ocultação ou dissimulação típica da lavagem de dinheiro se limitar ao recebimento “indireto” dos valores – por meio simples ou sofisticado –, haverá contingência entre os tipos penais,

aplicando-se o instituto da consunção. Haverá, por outro lado, concurso material entre lavagem de dinheiro e corrupção passiva se constatado no caso concreto outro **ato** de ocultação ou dissimulação para além do recebimento indireto, como, por exemplo, a simulação de negócios posteriores com a finalidade de conferir aparência lícita aos recursos recebidos. A menção ao recebimento indireto no tipo penal de corrupção passiva não implica salvo conduto para qualquer comportamento de ocultação posterior (grifo nosso).

Bottini defende, portanto, que ausente demonstração de ato de ocultação/dissimulação posterior e autônomo ao recebimento indireto da vantagem indevida, não há possibilidade de condenação por corrupção passiva e autolavagem.

2.2 O DECIDIDO NA AÇÃO PENAL 470

O tema foi objeto de debate específico no Supremo Tribunal Federal no julgamento dos sextos e dos décimos sextos embargos infringentes opostos na Ação Penal 470. Em razão do acima já exposto, por ser o primeiro caso julgado e pela repetição de argumentos nos décimos sextos embargos infringentes, aqui faremos uma análise mais detalhada apenas dos sextos EI, o que é suficiente para compreensão do que lá foi decidido.

Na Ação Penal 470, o Deputado Federal João Paulo Cunha, presidente da Câmara dos Deputados na época dos fatos, foi condenado pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, restando assentado nos sextos embargos infringentes que a conduta imputada e considerada suficientemente provada foi a de ele ter recebido R\$ 50.000,00 em espécie para beneficiar a empresa SMP&B (de Marcos Valério) em contratos encetados com aquela Casa Parlamentar. O recebimento da propina aconteceu de forma indireta, eis que perfectibilizado quando a esposa do parlamentar trocou um cheque da agência de publicidade SMP&B na agência do Banco Rural de Brasília¹³²⁴¹³²⁵.

A discussão naquele julgamento foi, basicamente, se o saque do cheque no valor de R\$ 50.000,00 pela esposa do deputado configurava, além do crime de corrupção passiva, lavagem de capitais.

Para trilharmos o que decidiu o STF é importante ter em mente, em especial: (i) que cada Ministro apresenta seu voto de forma autônoma e pode concluir pela condenação ou absolvição por razões totalmente diferentes, como, aliás, aconteceu naquele caso; (ii) que a ementa do acórdão foi redigida pelo Ministro Luís Roberto Barroso por força do regimento interno, por ter sido o primeiro a proferir o voto

¹³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sextos Embargos infringentes na AP 470.

¹³²⁵ Sustentou-se, também, que havia um esquema de lavagem de dinheiro envolvendo o Banco Rural para viabilizar os pagamentos aos parlamentares sem a identificação deles, no sentido de que os cheques emitidos pela agência de publicidade, quando trocados na boca do caixa, eram registrados como sendo beneficiária da retirada a própria empresa e não o efetivo portador da cártula, porém, quanto ao Deputado João Paulo Cunha, concluiu-se que ele não possuía envolvimento e desconhecia tal esquema, de modo que o estratagemas não poderia ser imputado a ele (e nem foi), tanto é que sua esposa assinou o recibo do saque.

pela absolvição¹³²⁶ e, portanto, a divergir do relator, que mantinha a condenação também pelo crime de lavagem de dinheiro, o que não possui relação direta com a fundamentação utilizada pela maioria para a conclusão pela absolvição, e; (iii) que o STF estava a julgar ação penal originária, portanto, avaliando fatos e provas como se juízo de primeiro grau fosse, e não a tese em abstrato.

Anote-se, também, por relevante, que dos dez Ministros que votaram (Joaquim Barbosa estava ausente), quatro (Luiz Fux – Relator-, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Celso de Mello) ficaram vencidos, eis que mantinham a condenação por corrupção passiva e também por lavagem de dinheiro¹³²⁷ e, portanto, não acolheram a tese.

Dos Ministros que votaram pela absolvição (Dias Toffoli, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Teori Zavaski e Roberto Barroso), nem todos assim fizeram por acolher o modelo teórico segundo o qual há necessidade de demonstração de atos de ocultação posteriores e autônomos ao recebimento da peita.

O Ministro Dias Toffoli votou pela absolvição por considerar que inexistiam provas de dolo, no sentido de que ficou convencido que João Paulo Cunha não sabia da proveniência ilícita dos recursos, nem que eles viriam da SMP&B, já que pensou que seriam recursos repassados pelo PT para realização de pesquisa eleitoral¹³²⁸.

O Ministro Marco Aurélio votou pela absolvição fundamentando na atipicidade da conduta, já que considerou que o saque realizado pela esposa do deputado não era capaz de conferir aparência de legitimidade aos ativos e, por isso, de configurar o crime de lavagem de capitais¹³²⁹.

O Ministro Teori Zavaski¹³³⁰ fundamentou a sua conclusão partindo da premissa de que o delito de lavagem exige uma especial finalidade de reciclagem, o que diferenciaria os atos de ocultação relacionados ao próprio aproveitamento da vantagem patrimonial advinda do delito daquelas ações relacionadas ao processo de lavagem. Em tais termos, asseverou que aqueles fatos imputados ao deputado não se adequavam à figura típica, eis que o mecanismo de utilização da própria esposa para sacar o valor não poderia ser considerado como idôneo para qualificá-lo como

¹³²⁶ Nos termos do artigo 135, § 4º do RISTF. BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 16 out. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

¹³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sextos Embargos infringentes na AP 470, ata de p. 76 do inteiro teor.

¹³²⁸ *Ibidem*, p. 61-67 do inteiro teor.

¹³²⁹ Relativamente à lavagem, há um tipo penal em branco? A resposta é negativa. Tem-se tipo exaustivo quanto aos elementos que o caracterizam. Os dois primeiros vocábulos nele contidos mostram-se praticamente sinônimos, no que se tem a sequência do preceito. Reporta-se a ocultar, mas se contenta o preceito com a simples ocultação? Não, porque, logo após, há referência à origem, à ocultação da origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente – e vem o rol dos delitos, já que a regência é da Lei nº 9.613, de 1998, antes da modificação que passou a aludir a prática criminosa gênero, como antecedente do crime de lavagem, ou seja, não basta ocultar. É preciso que se dê, de alguma forma, ao valor aparência – daí cogitar-se de branqueamento – de numerário legítimo. Indago, Presidente: o simples fato de, em vez de ter ido diretamente à agência bancária – e a satisfação não foi no guichê, mas em sala apartada –, ter pedido a pessoa da respectiva confiança – a própria mulher – que fosse apanhar o numerário emprestou a esse numerário aparência de legítimo? Não, Presidente, não emprestou. A quantia continuou sem dar-se a ela essa mesma aparência. (*Ibidem*, p. 67-70 do inteiro teor).

¹³³⁰ *Ibidem*, p. 39-45 do inteiro teor.

“ocultar”, e, ainda que assim não fosse, a ação objetiva de “ocultar” reclama, para sua tipicidade, a existência de um contexto capaz de evidenciar que o agente realizou tal ação com a finalidade específica de emprestar aparência de licitude aos valores, o que também não estava presente naquele caso.

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski, em partes, acatou a tese da necessidade de demonstração de atos posteriores e distintos, embora também justifique a decisão na não demonstração da intenção do agente em lavar o dinheiro¹³³¹, posição que fica mais clara em julgamentos futuros em que admitiu a condenação concomitante pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro em razão de considerar demonstrado o dolo de ambos os crimes, conforme detalharemos em tópico abaixo.

A Ministra Rosa Weber¹³³² fundamentou sua conclusão na necessidade de demonstração de ato distinto e posterior do recebimento indireto para a configuração do delito de lavagem de capitais, citando precedentes estadunidenses, pontuando que não afastava, contudo, a possibilidade, em tese, do crime de corrupção passiva ser antecedente do crime de lavagem de dinheiro.

O Ministro Luís Roberto Barroso¹³³³, redator do acórdão, em seu voto, consignou que o recebimento por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina, além de esperado, integra a própria materialidade da corrupção passiva, não constituindo, portanto, ação distinta e autônoma da lavagem de dinheiro, de modo que, para restar caracterizado o crime autônomo de lavagem de capitais seria necessário identificar atos posteriores, destinados a recolocar na economia formal a vantagem indevidamente recebida.

O que se vê, portanto, é que dos dez Ministros que votaram apenas três fundamentaram suas conclusões no modelo teórico defendido por Bottini e, desses, apenas Roberto Barroso, redator do acórdão, o fez de forma mais contundente, o que evidencia que no precedente referenciado como o nascedouro da jurisprudência que acolheu a tese, ela ficou longe de alcançar maioria, de modo que a ementa publicada nem de longe apresenta as razões invocadas pela maioria dos Ministros para decidir pela absolvição de João Paulo Cunha.

2.3 O DECIDIDO NO HC 165.036/PR – RELATORIA MINISTRO EDSON FACHIN

As imputações realizadas no âmbito da Operação Lava Jato e os recursos interpostos pelas defesas - com fundamento no modelo teórico proposto por Bottini

¹³³¹ Um réu só pode ser condenado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro se verificada a ocorrência de atos delituosos distintos. Isto é, se o réu, após ter recebido dinheiro proveniente de corrupção, vier a praticar novos atos delituosos, distintos dos anteriores, com a finalidade de branqueamento de capitais, com o escopo de ‘limpar’ o dinheiro ‘sujo’. Gostaria de deixar essa premissa bem esclarecida em meu voto: admito a coexistência da prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro por um mesmo agente, mas desde que se comprove a realização de atos distintos para cada um desses delitos. Em outras palavras, não aceito a imposição de dupla punição advinda de um único fato delituoso. Não posso aceitar, data venia, que um réu seja punido duas vezes por um mesmo fato delituoso, se provada uma única intenção criminosa, qual seja, a de corromper-se para a prática de um ato de ofício (grifamos). (Ibidem, p. 74 do inteiro teor).

¹³³² Ibidem, p. 46-60 do inteiro teor.

¹³³³ Ibidem, p. 31 do inteiro teor.

- concitaram os tribunais superiores a novamente apreciar a matéria. Foi o que aconteceu no *Habeas Corpus* nº 165.036/PR, impetrado em favor do ex-deputado federal e ex-presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Consentino da Cunha e julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

Eduardo Cunha foi condenado pela prática dos crimes de corrupção passiva e lavagem de capitais por ter recebido USD 1,5 milhão da empresa CBH¹³³⁴ a título de propina por influência em contratos da Petrobras atinentes à exploração de Petróleo em Benin, valor transferido em cinco operações da conta Acona Internacional (*offshore* de titularidade de João Augusto Rezende Henriques) para a conta Orion SP (*trust* com endereço formal em Edimburgo constituído por e em favor de Eduardo Cunha), mantida no Banco Julius Baer, em Genebra/Suíça¹³³⁵. Em 2014 parte dos recursos foi transferida para a conta Netherton, outro *trust* de titularidade de Eduardo Cunha. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu pela ocorrência de um crime de lavagem e as condenações foram mantidas também pelo Superior Tribunal de Justiça.

A defesa impetrou *Habeas Corpus* no STF sustentando a inexistência de atos posteriores e autônomos ao recebimento da peita, objetivando, assim, o decote da condenação pelo delito de lavagem de capitais, fundamentando na existência de *bis in idem* e de consunção.

Por unanimidade de votos a ordem de *Habeas Corpus* foi denegada pelos Ministros da Segunda Turma do STF e as condenações foram mantidas. Constatou na ementa do acórdão que a punição pela autolavagem não configura *bis in idem*, porém, pressupõe a prática de atos de ocultação, dissimulação ou integração autônomos ao delito antecedente, ainda que se verifique, eventualmente, consumações simultâneas. Também restou rechaçada a ocorrência de consunção, destacando-se que eventual coincidência temporal entre o recebimento indireto de vantagem indevida, no campo da corrupção passiva, e a implementação de atos autônomos de ocultação, dissimulação ou integração na lavagem, não autoriza o reconhecimento de crime único se atingida a tipicidade objetiva e subjetiva própria do delito de lavagem¹³³⁶.

¹³³⁴ Empresa que vendeu para a Petrobras os direitos de participação na exploração dos campos de petróleo na República do Benin.

¹³³⁵ “Em suma, em 3.5.2011, a Petrobras transferiu USD 34,5 milhões para a CBH. Na mesma data, a CBH transferiu USD 31 milhões à conta da Lusitania Petroleum Limited, mantida no Banco BSI, em Lugano/Suíça. Em 5.5.2011, foram transferidos USD 10 milhões da conta da Lusitania para a conta Z203217, também mantida no Banco BSI e titularizada pela offshore Acona International Investments Ltd, cujo beneficiário final seria João Augusto Rezende Henriques, tido como intermediador do pagamento das vantagens destinadas ao então agente parlamentar. Entre 30.5.2011 e 23.6.2011, teria sido realizada a transferência de USD 1,5 milhão da conta da Acona International Investments Ltd, mantida no Banco BSI, para a conta, do Banco Julius Baer, em Genebra, em nome de Orion SP, trust com endereço em Edimburgo e que pertenceria ao recorrente. Em seguida, em 11.4.2014, foram realizadas transferências da conta Orion SP para a conta Netherton Investments PTE, igualmente mantida no Banco Julius Baer, constituída em Cingapura e que estaria submetida ao controle do recorrente”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. CORRUPÇÃO PASSIVA. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONSUNÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONCURSO FORMAL. PLURALIDADE DE CONDUTAS. DOLOS DISTINTOS. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. HC 165036. Impetrante: Ticiano Figueiredo de Oliveira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Eduardo Consentino da Cunha. Relator: Edson Fachin. 09/04/2019. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 mar. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur420356/false>. Acesso em: 11 maio 2021.

¹³³⁶ Idem.

O Ministro Edson Fachin, relator, pontuou que no caso do precedente da Ação Penal 470, o expediente atribuído ao deputado João Paulo Cunha naqueles autos não se revelaria apto a alcançar, por si só, os resultados próprios do delito de lavagem de bens, já que, naquele caso, a ocultação e dissimulação, com enfoque na possibilidade de reintegração de recursos, pressuporia atos outros, a revelar que, em verdade, o âmbito normativo da conduta então examinada realmente cingir-se-ia à espacialidade do delito de corrupção¹³³⁷, sendo essa a *ratio decidendi* daquele caso e o que seria diferente no caso do deputado Eduardo Cunha, já que os meios empregados eram eficientes em configurar também o delito de lavagem de capitais. O que importaria perquirir, portanto, era a eventual aptidão da conduta para o fim de conferir aparência de licitude ao objeto material do delito de corrupção¹³³⁸.

Também merece destaque, do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o aprofundamento da posição que adotou na Ação Penal 470, explicando que admite a configuração concomitante dos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro desde que presente também a intenção de lavar o produto da corrupção¹³³⁹¹³⁴⁰.

Eligeu-se o julgamento do referenciado remédio heroico para detalhamento no presente artigo e não de outros julgamentos em que o STF não seguiu o modelo teórico segundo o qual, para a configuração concomitante de corrupção passiva e autolavagem nas hipóteses do recebimento indireto de propina, devem ser demonstrados atos autônomos e posteriores de ocultação/dissimulação, já que nele fica expresso que os atos de lavagem não precisam ser posteriores à consumação do crime de corrupção passiva, mas podem ser concomitantes, posição que também contrasta com aquela de Bottini, que defende que a ocultação/dissimulação sempre deve ser posterior à prática da infração antecedente¹³⁴¹.

Em tais termos, embora a fundamentação adotada pelos Ministros considere, em razão da ementa da Ação Penal 470, que os atos devem ser autônomos, com detalhamento e aprimoramento de tal posição, afastam a necessidade de que sejam posteriores.

2.4 O QUE É *BIS IN IDEM* E A CONFUSÃO ENTRE ATO, AÇÃO E FATO

A tese defendida por Bottini como modelo teórico apto a resolver casos similares apresenta algumas confusões terminológicas, repetidas por aqueles Ministros que optaram por acolhê-la, como, aliás, não é novidade na Ação Penal 470, a exemplo do que ocorreu com a teoria do domínio do fato¹³⁴².

¹³³⁷ Ibidem, p. 20.

¹³³⁸ Ibidem, p. 24.

¹³³⁹ Ibidem, p. 69.

¹³⁴⁰ No seu voto no caso do ex-deputado Eduardo Cunha, contudo, entendeu pela ocorrência de consunção, porém, concluiu pela manutenção da condenação em razão da constatação de uma nova transferência para outra conta (Netherton), posterior ao recebimento da propina na conta Orion SP.

¹³⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., RB-6.11.

¹³⁴² GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís et al. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios

É relevante, para o que aqui é defendido, esclarecer, ainda que de maneira perfunctória, o que é *bis in idem*, já que, da forma que o brocardo é utilizado, como entimema¹³⁴³, suprimindo a premissa maior, notadamente quando ocorre o *bis in idem*, transforma o discurso em retórico, servindo para justificar qualquer coisa, rotulando situações com o *bis in idem* sem que se saiba ao certo o que veda referido princípio. Em tais termos, basta rotular uma situação como configuradora de *bis in idem* para justificar determinada posição, tornando despidianda qualquer reflexão teórica, já que é compartilhado por todos que o *bis in idem* é vedado, mesmo sem refletir o que isso realmente significa, como, aliás, não é incomum em nosso direito.

A maioria dos manuais não reserva mais do que algumas linhas para tratar do *ne bis in idem*, porém, o princípio significa que ninguém deve ser processado e punido duas vezes pela prática de uma mesma infração penal¹³⁴⁴, ou seja, é uma vedação da dupla punição pelo mesmo **fato** (definido como crime).

A tradução literal de *ne bis in idem* é “não duas vezes pelo mesmo **fato**” e historicamente ele é relacionado com a impossibilidade de um crime ser punido mais de uma vez. No Código Penal está indiretamente na consideração da pena cumprida no estrangeiro (art. 8º) e na detração (art. 42)¹³⁴⁵. Positivado em nosso ordenamento também é possível citar o Pacto de São José da Costa Rica – que possui força de norma supralegal e infraconstitucional¹³⁴⁶ – que, ao tratar das garantias judiciais, em seu artigo 8º, prevê que o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos **fatos**, além do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que, em seu artigo 14, prevê que ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado.

Para cada delito a lei prevê uma cominação (pena) e, quando se avolumam os crimes, outras fórmulas são utilizadas para avaliar a pena cabível (concurso de delitos), sendo certo que o que inexistente é autorização legal para a imposição de mais de uma pena para um único **fato**¹³⁴⁷.

No texto grifamos as palavras fato, ato e ação para facilitar que o leitor perceba como são utilizadas como sinônimos por Bottini e por alguns Ministros

sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-45.

¹³⁴³ Um entimema é qualquer argumento, dedutivo, indutivo, abdutivo ou analógico, cuja forma lógica não está explicitamente clara a partir de seu modo original de apresentação. Também chamado de argumento elíptico, pressupõe que uma premissa utilizada no raciocínio não precisa ser declarada ostensivamente, já que faz parte do conhecimento de fundo do intérprete. No raciocínio probatório, um argumento entimemático pode ser exemplificado com a afirmação de que Caim deu trinta facadas em Abel, logo, Caim agiu com dolo, de modo que o que permite ir da premissa (Caim deu trinta facadas em Abel) à conclusão (Caim agiu com dolo) é uma premissa maior implícita de que pessoas que causam muitas lesões letais em outras normalmente querem, conscientemente, produzir o resultado morte. (DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 54-56).

¹³⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral, p. 204.

¹³⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 304-307.

¹³⁴⁶ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 181.

¹³⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral, p. 204-205.

do STF em seus votos, o que explica parte da confusão criada, já que misturam elementos da ação com o resultado, o que dá aparência de higidez à tese da necessidade da demonstração de atos posteriores e autônomos ao recebimento indireto de vantagem indevida para configuração de autolavagem, sustentando-se que punir duas ou mais vezes um mesmo ato é vedado pelo princípio do *ne bis in idem*, o que não é correto, já que, como visto, o que é vedado é punir duas ou mais vezes o mesmo fato (resultado) e não o mesmo ato/ação (conduta), o que, aliás, é absolutamente permitido em nosso ordenamento jurídico.

Ato é elemento da ação, que é formada por um conjunto de atos e, como exemplo, no crime de homicídio, para matar são necessários vários atos, como carregar um revólver, procurar pela vítima, desferir um tiro, etc., mas a ação é apenas uma. Ato e ação não devem ser confundidos e não são sinônimos, mas parte e todo¹³⁴⁸. “O conceito de conduta a ser levado em consideração diz respeito à unidade significativa composta por uma sucessão de atos, que formam uma ação”¹³⁴⁹.

O número de atos indispensáveis à configuração de um crime é justamente o que classifica os delitos em unissubsistentes e em plurissubsistentes, sendo que os primeiros admitem a sua configuração por intermédio de um único ato enquanto os segundos exigem vários atos¹³⁵⁰. Nesse sentido, corrupção passiva e lavagem de capitais são crimes que podem ser plurissubsistentes e, por isso, a ação delituosa pode se dar por vários atos, muitas vezes impossíveis de descrição em sua totalidade, a exemplo da infinidade de atos praticados para abrir uma conta em nome de um *trust* no exterior, ordenar depósitos da propina em tal conta, acertar o pagamento da peita, etc¹³⁵¹.

Sendo o ato parte da ação, é equivocado falar que é vedado, por ferir o *ne bis in idem*, punir duas vezes o mesmo ato/ação, já que, pelo contrário, o artigo 70 do Código Penal admite expressamente a dupla punição como hipótese de concurso formal de delitos, que ocorre justamente quando o agente, mediante uma só ação, pratica dois ou mais crimes. Em tais termos, é forçoso concluir que uma única ação pode causar dois ou mais fatos, que podem ser, por exemplo, um crime de corrupção passiva e um crime de lavagem de dinheiro, e que devem ser punidos nos termos da lei.

Para finalizar o tópico e não o estender para além do que admite o presente trabalho, é interessante destacar que o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto na Ação Penal 470, defende a necessidade de **ação** distinta e autônoma do crime de corrupção passiva para possibilitar a configuração do delito de lavagem de capitais¹³⁵²

¹³⁴⁸ *Ibidem*, p. 498-499.

¹³⁴⁹ BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 925.

¹³⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral, p. 498.

¹³⁵¹ Em tal contexto, a identificação de atos distintos em hipótese de configuração concomitante de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro parece não ser um problema, não representar nenhum divisor de águas e não dizer muito, já que, como natural aos crimes plurissubsistentes, sempre existirão vários atos, a não ser que os defensores da referida tese (necessidade de atos diversos) entendam por atos outra coisa que não é esclarecida. Nesse raciocínio, sempre que a ação praticada for apta a, formal e materialmente, configurar os delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, será possível a responsabilização por ambos os crimes, já que sempre existirão vários atos.

¹³⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sextos Embargos infringentes na AP 470, p. 31 do inteiro teor.

e que a Ministra Rosa Weber fundamenta seu voto com precedentes norte americanos no sentido de que o ato que gera o produto do crime deve ser distinto da conduta que constitui a lavagem de dinheiro¹³⁵³, o que não faz nenhum sentido diante do que acabou de ser exposto.

Em resumo, ato é elemento da ação e o que é vedado é punir duas ou mais vezes um mesmo fato, e não um mesmo ato, sendo expressamente permitido punir duas ou mais vezes a mesma ação, como hipótese de concurso formal, desde que ela cause dois ou mais crimes (fatos).

2.5 A CONSUNÇÃO SERVE PARA RESOLVER O PROBLEMA?

Superada a confusão entre os conceitos de fato, ato e ação, com o objetivo de demonstrarmos que não há vedação na dupla punição de um mesmo ato/ação, pelo contrário, há expressa permissão, como hipótese de concurso formal de delitos, resta demonstrarmos que a consunção também é empregada de maneira equivocada no modelo teórico de Bottini.

A consunção, como a especialidade, a subsidiariedade e, para alguns, a alternatividade, é critério para a resolução do concurso aparente de leis penais, segundo o qual determinado crime (norma consumida) é fase de realização do outro (norma consuntiva) ou é regular forma de transição para o último¹³⁵⁴, de modo que a norma que abarca todo o desvalor atribuído pelo ordenamento jurídico a um caso concreto tem precedência sobre outra que somente abriga parte desse desvalor¹³⁵⁵. O exemplo clássico é o homicídio em relação à lesão corporal¹³⁵⁶.

A legislação brasileira não prevê expressamente os critérios a serem empregados para a solução do concurso aparente de normas¹³⁵⁷, o que fica aos cuidados da doutrina, e não há um verdadeiro consenso sobre o tema¹³⁵⁸, o que pode motivar alguns equívocos.

De qualquer sorte, para que se possa cogitar em aplicar o critério da consunção, a primeira coisa a ser identificada é a existência de hipótese de concurso aparente de normas, para o que, após a impossibilidade de resolução pelos critérios da especialidade e subsidiariedade¹³⁵⁹, presta-se o critério da consunção.

No ponto, releva anotar que o concurso aparente de leis penais é verificado na situação em que várias leis são aparentemente aplicáveis a um mesmo fato, mas, na realidade, apenas uma tem incidência, de modo que não há verdadeiramente um

¹³⁵³ *Ibidem*, p. 53 do inteiro teor.

¹³⁵⁴ Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime (BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 195).

¹³⁵⁵ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 919.

¹³⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, p. 442.

¹³⁵⁷ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 917.

¹³⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, p. 440.

¹³⁵⁹ Os critérios de subsidiariedade e de consunção são de aplicação secundária ou complementar ao de especialidade (*Ibidem*, p. 442).

concurso, mas somente aparência de concurso, eis que, na realidade, existe transgressão real apenas de uma lei, o que dá lugar também a um único delito¹³⁶⁰. O que se busca é escolher entre aqueles dispositivos que aparentem aplicabilidade ao fato o que realmente é aplicável, e a norma aplicável é aquela suficiente para esgotar o total conteúdo de injusto da conduta¹³⁶¹, daí o motivo pelo qual o homicídio consome o crime de lesões corporais, já que abrange totalmente o conteúdo de injusto da conduta, enquanto o delito de lesões corporais o faz apenas parcialmente, o que também ocorre quando, por exemplo, a forma qualificada do crime afasta a aplicação da forma simples.

Para que ocorra, portanto, um concurso aparente de leis, deve existir unidade de fato e pluralidade de leis, ou seja, um só fato – correspondente a uma única violação real da lei – e, pelo menos, duas normas com aparência de aplicabilidade¹³⁶².

Há certa dificuldade em diferenciar o concurso formal (hipótese de concurso de crimes) do concurso aparente de leis penais quando há unidade de ação, já que o elemento comum ao concurso aparente de leis e ao concurso ideal (formal) é justamente a unidade de ação, ao passo que a diferença é que no primeiro a ação é co*mpreendida plenamente por uma das disposições aparentemente aplicáveis (há tipicidade única), enquanto no concurso formal de crimes a ação única requer a aplicação simultânea de várias disposições (há tipicidade plural)¹³⁶³.

Em tais termos, o concurso aparente de normas penais não se confunde com o concurso de delitos na medida que no último há pluralidade de delitos, como resultado de várias lesões jurídicas, em uma concorrência efetiva (e não aparente) de leis penais¹³⁶⁴. Enquanto no concurso aparente de leis há unidade de fato e aparência de concurso de normas, no concurso de delitos há pluralidade de fatos (crimes) - mesmo que realizados com apenas uma ação/omissão (hipótese de concurso formal) - e efetiva concorrência de leis.

Como uma ação é composta de vários atos, como acima descrito, a interpretação do sentido de uma ação (ou de sua finalidade, para os finalistas) nem sempre torna muito claro, no acontecimento, quando se está diante de um único crime ou de vários delitos. O critério diferenciador é justamente o desvalor (da ação e resultado) contido na situação analisada, de modo que quando haja um preceito capaz de abranger totalmente o desvalor do fato realizado se estará diante de um único crime e ocorre a necessária aplicação dos critérios de solução do concurso aparente de normas, entre eles, se for o caso, o da consunção, e, por outro lado, se o desvalor do fato (ou fatos) não se esgota com a aplicação de um único preceito legal, estar-se-á diante de hipótese de concurso de crimes¹³⁶⁵.

No modelo teórico de Bottini, o autor considera como critério de identificação da consunção apenas uma relação de meio e fim ou de contingência entre os crimes, no

¹³⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral, p. 438.

¹³⁶¹ *Ibidem*, p. 438.

¹³⁶² *Ibidem*, p. 438.

¹³⁶³ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 961.

¹³⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral, p. 439.

¹³⁶⁵ BUSATO, Paulo César. *Op. cit.*, p. 917.

sentido de um ser meio para a consecução do outro ou quando esteja nele compreendido, daí conclui que se a lavagem de dinheiro for meio ou estiver contida no crime de corrupção passiva existirá concurso aparente de normas resolvido pela consunção da segunda na primeira, e o raciocínio que faz é o seguinte: como a ocultação ou dissimulação é o recebimento indireto (por interposta pessoa) e no crime de corrupção está descrito o “receber indiretamente” a peita, há consunção, já que o ato de receber indiretamente está contido no crime de corrupção passiva, o que impede a punição também a título de lavagem de capitais¹³⁶⁶, porém, a construção, além de ser carente de consistência teórica, é despidianda, já que não subsiste em passo anterior.

Antes de resolver determinada situação com o critério da consunção, deve-se, primeiro, decidir se é caso de concurso aparente de normas penais ou de concurso de crimes e a hipótese em que o agente recebe propina de forma indireta em situação apta a também configurar o delito de lavagem de capitais não passa no filtro do concurso aparente de normas, já que o desvalor da conduta proibida pelo crime de corrupção passiva não abarca integralmente a lavagem de dinheiro¹³⁶⁷, concluindo-se, portanto, que é caso de concurso de crimes e não de concurso aparente de normas penais.

Correta, portanto, a ponderação do relator, Ministro Edson Fachin, no HC 165.036/PR¹³⁶⁸, no sentido de que não há consunção entre corrupção passiva e lavagem de dinheiro, já que a corrupção passiva não esgota integralmente o desvalor da lavagem de capitais¹³⁶⁹.

No ponto, merece também destaque que o conteúdo penal substancial do *ne bis in idem* (proibição de sancionar ou punir alguém duas ou mais vezes pelo mesmo fato) exige a concorrência da tríplice identidade entre sujeito, fato e fundamento, o último consistente na necessidade de se evitar a dupla punição quando o desvalor total do fato é abarcado integralmente por apenas um dos preceitos incriminadores¹³⁷⁰.

A tese de Pierpaolo Cruz Bottini peca duplamente ao ignorar que apenas é possível falar em *bis in idem* e também em concurso aparente de leis penais quando uma norma abarcar integralmente o desvalor total do fato.

No que toca ao concurso de normas, o princípio da valoração integral do fato, que diz respeito à valoração penal total da conduta do agente – que deve abarcar todos os aspectos relevantes e valorá-los da forma específica determinada pela lei -, tem função de fundamento e o princípio do *ne bis in idem* tem função de limite, sendo complementares um ao outro, fundindo-se no princípio da proporcionalidade, do qual

¹³⁶⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Parecer Jurídico apresentado na Ação Penal 470. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-pierpaolo-joao-paulo-cunha.docx>. Acesso em: 11 maio 2021.

¹³⁶⁷ O desvalor total do fato e da conduta de corrupção passiva e lavagem de dinheiro apenas estaria abarcado por apenas uma norma a possibilitar resolução com a utilização dos critérios de concurso aparente de leis penais se o legislador criasse, por exemplo, uma forma qualificada de corrupção passiva assim descrita: “se a vantagem indevida é recebida em contas secretas no exterior – pena: ...”.

¹³⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 165036.

¹³⁶⁹ O surgimento dos tipos de lavagem de dinheiro decorrem justamente da necessidade de abarcar situações como a punição do autor do crime antecedente em concurso com a ocultação de bens (BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., RB-3.1).

¹³⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral, p. 305.

derivam um aspecto negativo (que dá lugar à proibição do excesso) e outro positivo (que significa medida justa). No aspecto negativo, veda-se que a consequência penal ultrapasse a medida do injusto e da culpabilidade (*ne bis in idem*), já no aspecto positivo, impõe-se a necessidade de sua adequação ao conteúdo de injusto e de culpabilidade¹³⁷¹.

Em tais termos, o modelo teórico segundo o qual quando o agente recebe propina de forma indireta em hipótese apta a também configurar o delito de lavagem de capitais deve ser punido apenas por corrupção passiva se não demonstrados atos posteriores e autônomos de reciclagem não é proporcional, já que isso não é medida justa, eis que a solução é inadequada ao conteúdo de injusto e à culpabilidade, bem como a punição de ambos os crimes, na hipótese, não ultrapassa a medida do injusto e a culpabilidade, pelo contrário, é intuitivo que é necessária.

Com efeito, o modelo teórico proposto por Bottini é absolutamente injusto na medida em que confere soluções completamente diferentes para situações semelhantes. Basta pensar no agente corrompido que pratica atos posteriores de reciclagem do produto da corrupção remetendo o dinheiro que recebeu para o exterior, hipótese em que a tese admite a condenação por corrupção passiva e também por lavagem de dinheiro, ao passo que se o mesmo agente corrompido já receber a propina em contas no exterior em nome de um *trust*, portanto, já reciclada, deve ser condenado apenas por corrupção passiva.

Pierpaolo Cruz Bottini acerta ao dizer que na consunção há relação de meio e fim ou de contingência entre os crimes, porém, erra ao ir direto no ponto e parar por aí, ignorando que, antes de resolver uma situação com o critério da consunção, é necessário decidir se é caso de concurso aparente de leis penais ou de concurso de crimes, etapa em que, com base na valoração integral dos fatos, deve-se avaliar se há um preceito legal capaz de abranger totalmente o desvalor do fato e, como o dispositivo que criminaliza a corrupção passiva não abrange totalmente o desvalor contido no dispositivo que criminaliza a lavagem de dinheiro (e vice-versa), é hipótese de concurso de crimes e não de concurso aparente de normas, razão pela qual não há de se falar em consunção, que é justamente critério de resolução (apenas) de concurso aparente de normas penais e, por isso, aplicável apenas se fosse caso de concurso aparente de leis.

Concluindo o presente tópico, portanto, percebe-se que a consunção não serve para resolver o problema, já que a hipótese que admite o concurso entre corrupção passiva e lavagem de dinheiro é a de concurso de crimes e não de concurso aparente de normas penais.

2.6 COMO RESOLVER O PROBLEMA?

Após perscrutarmos os fundamentos do modelo teórico proposto por Bottini e concluirmos que ele é suspeito desde um ponto de vista de higidez teórica, voltaremos ao caso concreto enfrentado nos sextos embargos infringentes opostos na Ação Penal 470 para demonstrarmos que para resolução do problema lá enfrentado a teoria

¹³⁷¹ Ibidem, p. 306.

proposta era totalmente desnecessária e, mais, inservível. A controvérsia consistia em decidir se o fato de o ex-deputado João Paulo Cunha receber R\$ 50.000,00 de propina por meio de sua esposa, que foi ao banco trocar o cheque emitido por quem pagou a peita, além do crime de corrupção passiva, configurava também lavagem de dinheiro.

A questão que fez surgir toda aquela discussão foi se o receber indiretamente propina, típico do crime de corrupção passiva, por ter em si elemento de ocultação/dissimulação, também configuraria lavagem de dinheiro, e o raciocínio da imputação/condenação foi o seguinte, quando o ex-deputado recebeu a peita por meio de sua esposa o fez também com elemento de ocultação/dissimulação, ocultar e dissimular são verbos do crime de lavagem de capitais, logo, também praticou o crime descrito no artigo 1º da Lei nº 9.613/98.

Ao apontarmos as falhas teóricas do modelo proposto por Bottini não estamos a advogar que o mérito da decisão do STF em absolver João Paulo Cunha da imputação de lavagem de dinheiro está equivocado, pelo contrário, a decisão foi acertada, aliás, era intuitivo que naquele caso a medida de justiça era a absolvição, o que pode ter motivado os Ministros a decidir de tal forma¹³⁷².

Ocorre que a construção teórica apresentada pela defesa e encampada por alguns Ministros era totalmente desnecessária, bastando, como fizeram os Ministros Marco Aurélio e Teori Zavascki, dizer que naquele caso a ocultação existente não configurava o delito de lavagem de dinheiro. Aliás, embora apresentadas em sequencial oposto no parecer de Bottini¹³⁷³, as teses foram expostas na sustentação oral da seguinte forma: (i) a conduta narrada não é apta a configurar a ocultação/dissimulação descrita no crime de lavagem de capitais, já que ineficaz em conferir aparência lícita ao dinheiro, razão pela qual o fato é atípico; (ii) mesmo que a conduta fosse eficaz em configurar ocultação/dissimulação, a lavagem de dinheiro estaria contida no crime de corrupção passiva no “receber indiretamente”, razão pela qual aplicável a consunção a fazer prevalecer apenas o delito de corrupção passiva¹³⁷⁴.

Bottini busca esclarecer que a ocultação/dissimulação presente naquele caso não era aquela proibida pelo delito de lavagem de dinheiro, defendendo que, para a configuração do delito de lavagem de capitais, faz-se necessária uma intenção de lavar o dinheiro e reinseri-lo na economia formal com aparência de lícito¹³⁷⁵, além da potencialidade da conduta para a reciclagem, exemplificando que não basta ocultar enterrando o dinheiro proveniente de crime no quintal de casa para a configuração

¹³⁷² Na perspectiva de que a técnica de fundamentação/motivação da decisão judicial é justificativa. O julgador primeiro toma a decisão e depois justifica. O que pode ter ocorrido no caso foi um silogismo retrospectivo, no sentido de que era intuitivo que o ex-deputado deveria ser absolvido e, por tal sentimento, concluiu-se pela absolvição e, após, buscaram-se argumentos para justificar a decisão tomada, porém, isso demanda um aprofundamento sobre o contexto da decisão judicial, o que não é conveniente no presente trabalho.

¹³⁷³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Parecer jurídico apresentado na Ação Penal 470.

¹³⁷⁴ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SclQNKPEVLA>. Acesso em: 11 maio 2021.

¹³⁷⁵ Guardamos certa ressalva com relação à defesa da necessidade de elemento subjetivo específico, já que isso pode implicar nos mesmos problemas já enfrentados com o dolo e com a prova do dolo, de modo que, talvez, seria mais adequado a defesa da necessidade de elementos objetivos a indicar que as condutas integram processo de reciclagem, porém, para os objetivos do presente trabalho, tal discussão é desnecessária.

do delito de lavagem de capitais, mas que isso pode configurar o crime se demonstrada a intenção do agente em escamotear o ativo quando ele enterra o dinheiro como etapa para oportuna remessa ao exterior por operação de dólar cabo¹³⁷⁶.

A conclusão pela ausência de aptidão das condutas praticadas naquele caso concreto para configurar a ocultação proibida pelo delito de lavagem de capitais também seria facilmente alcançada em análise sob o prisma da tipicidade material, se a conduta passasse no filtro da tipicidade formal.

A falta de violação de um bem jurídico torna o fato penalmente irrelevante, por falta de pretensão de ofensividade, de modo que, caso ausente a violação de um bem jurídico, não existe um tipo de ação ou omissão¹³⁷⁷. A conduta deve ser eficiente em lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico tutelado, sob pena de não haver delito¹³⁷⁸.

Em tal perspectiva, não basta identificar uma situação de ocultação/dissimulação, eis que, para relevância de um tipo de ação, além de uma dimensão conceitual de relevância, faz-se necessária uma dimensão material, é necessário não só que haja uma correspondência descritiva entre o fato e a norma, mas também uma relevância, uma lesividade que justifique a intervenção do sistema criminal¹³⁷⁹. A função teleológica ou interpretativa do bem jurídico como critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção de certo bem jurídico¹³⁸⁰, presta-se, justamente, para identificar as hipóteses que merecem ser punidas pela violação material da norma e para eliminar do campo da relevância penal as condutas que, mesmo aparentemente típicas, não mereçam repressão por não lesionar ou colocar em perigo determinado bem jurídico objeto de proteção.

No caso do ex-deputado João Paulo Cunha, mesmo considerando que houve ocultação/dissimulação no recebimento indireto da propina, as condutas narradas não eram aptas a lesionar o bem jurídico protegido pelo delito descrito no artigo 1º da Lei nº 9.613/98¹³⁸¹ e, portanto, não restou configurado o crime de lavagem de capitais. Em qualquer perspectiva que sejam analisadas as condutas, conclui-se que, naquele caso, não havia a prática de lavagem de dinheiro.

Disso decorre que o ex-deputado deveria ser absolvido (como foi) da imputação de lavagem de capitais, não pela impossibilidade de autolavagem quando do recebimento indireto de propina sem a existência de atos posteriores e autônomos de reciclagem, mas pela ausência de efetiva configuração do crime de lavagem de dinheiro naquele caso concreto¹³⁸².

¹³⁷⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. cit., RB-6.9.

¹³⁷⁷ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 270.

¹³⁷⁸ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 101.

¹³⁷⁹ BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 346.

¹³⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição, p. 45.

¹³⁸¹ Seja ele a administração da justiça ou a ordem socioeconômica, já que, na primeira hipótese, as condutas não afetaram a capacidade da Justiça de exercer suas funções de investigação, processamento, julgamento e recuperação do produto do delito (a esposa do ex-deputado trocou um cheque e assinou o recibo do saque) e, na segunda hipótese, as condutas, definitivamente, não representavam elemento de desestabilização econômica.

¹³⁸² A condenação por corrupção passiva e também por lavagem de dinheiro naquele caso realmente

A resolução do problema, portanto, é esquecer o critério da consunção e concluir que, nas hipóteses de recebimento de propina de forma indireta, apenas não será possível a condenação também pela prática de autolavagem quando as condutas evidenciadas não forem eficientes em também configurar o delito de lavagem de capitais, independentemente da existência de atos posteriores e autônomos¹³⁸³.

Quando o agente recebe propina de forma indireta apenas não será possível a sua punição pela prática concomitante de lavagem de capitais quando a ocultação/dissimulação não for eficiente em caracterizar, formal e materialmente, também o delito descrito no artigo 1º da Lei nº 9.613/98. Se houver violação material e formal também ao dispositivo que criminaliza a prática de lavagem de capitais, a condenação pela prática de corrupção passiva e lavagem de dinheiro é necessária, não havendo qualquer impeditivo tocante ao *ne bis in idem* ou ao critério da consunção.

No caso do ex-deputado João Paulo Cunha, o modelo teórico de Bottini era desnecessário na medida em que, naquele caso, não houve a prática das condutas vedadas pelo dispositivo que criminaliza a lavagem de capitais¹³⁸⁴ e era inservível, já que, se as condutas caracterizassem também lavagem de dinheiro, o caso seria de concurso efetivo (e não aparente) de normas, a ser resolvido pelos critérios do concurso de crimes, como aconteceu no caso do ex-deputado Eduardo Cunha¹³⁸⁵¹³⁸⁶.

CONCLUSÃO

Após incursionarmos no nascedouro da discussão e testarmos as fundamentações das teorias, possível fazer algumas ponderações sobre o recebimento indireto de vantagem indevida e o crime de lavagem de dinheiro.

configuraria *bis in idem*, não pelos fundamentos lá ventilados, mas pela condenação duas vezes pelo mesmo fato, já que, na realidade, houve a efetiva prática apenas do crime de corrupção passiva e, como não configurada a lavagem de dinheiro, caso prevalecesse a condenação por ambos os crimes, também seria cominada a pena do preceito secundário do delito de lavagem pela prática apenas de corrupção.

¹³⁸³ E da complexidade (ou não) deles. O que importa não é se são simples ou complexos, mas sim se são eficientes em configurar lavagem de capitais.

¹³⁸⁴ De modo que não era aplicável a norma prevista no artigo 1º da Lei nº 9.613/98 e, portanto, não havia concurso, nem mesmo aparente, de normas.

¹³⁸⁵ No tocante às relações concursais, são aplicáveis as regras gerais atinentes ao tema (arts. 69 e 70 do CP). É dizer: por exemplo, em relação ao delito antecedente de corrupção, seja ativa, seja passiva. Não há falar-se em exaurimento da corrupção com o delito subsequente de lavagem de ativos, visto que são tipos delitivos independentes, mas sim em eventual concurso de delitos (PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico, p. 557).

¹³⁸⁶ Tocante à discussão se é caso de concurso formal/ideal ou de concurso material/real de delitos, depende do caso concreto, no sentido da identificação (ou não) de mais de uma ação ou omissão, porém, tal discussão é secundária e pouco produtiva no presente trabalho, já que, mesmo no caso de concurso formal, em que o agente pratica os dois crimes com apenas uma ação, as penas podem ser aplicadas cumulativamente caso verificados desígnios autônomos. No ponto e apenas para isso, há certa relevância na posição do Ministro Ricardo Lewandowski em defender a necessidade de dolos distintos, intenção em praticar ambos os crimes, já que, no caso de concurso formal de delitos, para aplicação do modelo de cumulação de penas, faz-se necessária a presença de desígnios autônomos. Quer a lei reprovar de modo mais severo aquele que, mesmo mediante uma única conduta, realizou-a com vontade de consumação de dois ou mais resultados. Atende-se, assim, à doutrina finalista de Welzel no sentido de que o importante é o desvalor da ação e não o desvalor do resultado e, para parte da doutrina, o desígnio autônomo é alcançado apenas por meio do dolo direto (BUSATO, Paulo César. Op. cit., p. 933-934).

A primeira a ser destacada é que a discussão sobre a impossibilidade da configuração concomitante de corrupção passiva e lavagem de dinheiro apenas é invocada em casos em que os ativos provenientes da corrupção passiva sejam recebidos indiretamente e que não existam atos posteriores e autônomos de reciclagem, em razão do artigo 317 do Código Penal descrever o “receber indiretamente” e essa forma de recebimento implicar em expediente de ocultação/dissimulação, o que fundamenta a pretensão de consunção. Disso decorre que em casos de recebimento direto da peita, se demonstrados atos posteriores e autônomos de reciclagem (mesmo no recebimento indireto) ou quando o crime antecedente não guardar na descrição típica um ato de ocultação ou dissimulação, não há espaço para tal discussão.

Foi possível observar, também, que a ementa publicada como resultado do julgamento dos sextos embargos infringentes opostos na Ação Penal 470 não reflete os argumentos utilizados pela maioria dos Ministros que votaram pela absolvição do ex-deputado João Paulo Cunha da imputação de lavagem de dinheiro e, no julgamento, a tese da necessidade de atos de reciclagem posteriores e autônomos ao recebimento indireto de vantagem indevida para configuração de autolavagem ficou longe de alcançar maioria, de modo que a utilização da ementa do julgado como referência ao acolhimento da tese é suspeita. O próprio STF em julgamentos posteriores deixou de aplicar o modelo teórico.

Ademais, há deficiências teóricas no modelo que defende não ser possível a punição concomitante dos delitos de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro se não demonstrados atos de reciclagem posteriores e autônomos ao recebimento da vantagem indevida, sustentando que a dupla imputação configuraria *bis in idem* por haver consunção e subsistir apenas o crime de corrupção passiva.

Quando a ação praticada, mesmo que única, for eficiente em configurar, formal e materialmente, os crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro será caso de concurso real de normas (concurso de delitos) e não de concurso aparente de leis penais, afastando-se a possibilidade de resolução do concurso pelo critério da consunção, eis que apto apenas a resolver o concurso aparente de normas penais. Apenas existirá concurso aparente de leis penais quando houver um dispositivo que abarque o integral desvalor da ação e do resultado, o que não ocorre com a corrupção passiva em relação à lavagem de capitais.

A última ponderação a ser feita, portanto, é que apenas não será possível a configuração concomitante dos crimes de corrupção passiva e de autolavagem quando os expedientes de ocultação/dissimulação empregados no recebimento indireto da propina não forem eficientes em configurar também o delito de lavagem de capitais, sendo indiferente se existem atos posteriores e autônomos, ou se praticados atos simples ou complexos. A única análise a ser feita é se as condutas são formalmente e materialmente típicas.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BITENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Nem sempre é correta a dupla imputação por corrupção e lavagem. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-03/direito-defesa-nem-sempre-correta-dupla-imputacao-corrupcao-lavagem>. Acesso em: 11 maio 2021.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Parecer Jurídico apresentado na Ação Penal 470. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-pierpaolo-joao-paulo-cunha.docx>. Acesso em: 11 maio 2021.
- BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 maio 2021.
- BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 12 maio 2021.
- BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 12 maio 2021.
- BRASIL. Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 12 maio 2021.
- BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 16 out. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos infringentes na AP 470. Lavagem de dinheiro. 1. Lavagem de valores oriundos de corrupção passiva praticada pelo próprio agente: 1.1. O recebimento de propina constitui o marco consumativo do delito de corrupção passiva, na forma objetiva “receber”, sendo indiferente que seja praticada com elemento de dissimulação. 1.2. A autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese. 1.3. Absolvição por atipicidade da conduta. 2. Lavagem de dinheiro oriundo de crimes contra a Administração Pública e o Sistema Financeiro Nacional. 2.1. A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores. 2.2. Absolvição por falta de provas. 3. Perda do objeto quanto à impugnação da perda automática do mandato parlamentar, tendo em vista a renúncia do embargante. 4. Embargos parcialmente conhecidos e, nessa extensão, acolhidos para absolver o embargante da imputação de lavagem de dinheiro. Embargos Infringentes. Embargante: João Paulo Cunha. Embargado: Ministério Público Federal. Relator: Luiz Fux. Relator para Acórdão: Roberto Barroso. AP 470 El-sextos. Julgado em 13/03/2014. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 21 ago. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur273403/false>. Acesso em: 11 maio 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. CORRUPÇÃO PASSIVA. LAVAGEM DE DINHEIRO. CONSUNÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONCURSO FORMAL. PLURALIDADE DE CONDUTAS. DOLOS DISTINTOS. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. HC 165036. Impetrante: Ticiano Figueiredo de Oliveira. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Eduardo Consentino da Cunha. Relator: Edson Fachin. 09/04/2019. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 mar. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur420356/false>. Acesso em: 11 maio 2021.
- BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 3, parte especial: arts. 213 a 359-H. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- GRECO, Luís; LEITE, Alair. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato. Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís et al. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-45.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume IV. 8. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- JURISPRUDÊNCIA EM TESES. Do crime de lavagem. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, ed. 166. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 11 maio 2021.
- NETTO, Patrícia Barcellos. Corrupção e Lavagem de Dinheiro: a relação existente e as divergências para configuração dos crimes. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 86, p. 119-140, jul. 2019 – dez. 2019. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/download/176/45#:~:text=A%20rela%C3%A7%C3%A3o%20se%20d%C3%A1%20pele,produto%20obtido%20de%20origem%20il%C3%ADcita..> Acesso em: 11 maio 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PRADO, Luiz Regis. Tratado de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 250 a 361). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- PRADO, Luiz Regis. Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

A REPRESA BILLINGS E O RECURSO ESPECIAL 403.190/SP: UM CASO DE AÇÃO HUMANA NO ANTROPOCENO

José Sebastião Fagundes Cunha¹³⁸⁷, Márcio Valério Alves da Costa¹³⁸⁸,
Rogério Cangussu Dantas Cachichi¹³⁸⁹

INTRODUÇÃO

O reservatório Billings tem sua história atrelada ao desenvolvimento do Estado de São Paulo, e, especialmente, da região metropolitana no entorno da cidade de São Paulo. Construído no início do século passado, foi idealizado através da criação de um lago artificial de grandes proporções, cujas águas captadas servem de alimentação à Usina Henry Borden, no Município de Cubatão, com a finalidade de produzir energia elétrica.

A pujança econômica, para a qual a energia produzida muito contribuiu, veio desacompanhada de planejamento urbano e saneamento básico para a totalidade das cidades inseridas em tal contexto, o que propiciou a ocupação desordenada em áreas de preservação e mananciais, com prejuízo ambiental.

E sobre um loteamento clandestino construído na região do reservatório, é que trata o acórdão objeto do presente capítulo, das consequências jurídicas da atuação de particulares e do Poder Público em tais circunstâncias. O fato é examinado, também, à luz do pensamento social contemporâneo.

A represa constitui um marco do desenvolvimento não apenas para a cidade de São Paulo, mas para a poderosa indústria do ABCD, e para Cubatão, que com o tempo se tornou o maior polo petroquímico da América Latina, impactando positivamente no cômputo das riquezas produzidas no Brasil.

Todavia, a drástica intervenção ambiental necessária na construção do reservatório, somada à ausência de planejamento urbano adequado, ocasionou efeitos reflexos, não esperados, tais como: degradação ambiental decorrente da ocupação de áreas de preservação e mananciais; poluição das águas decorrentes da ausência de saneamento básico nos núcleos urbanos surgidos em seu entorno; risco de comprometimento da água usada para abastecimento público, dentre outros.

¹³⁸⁷ Pós-doutor na Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Secretário da União Ibero-americana de Juízes. Ex-presidente da Junta Eleitoral de Ponta Grossa. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR).

¹³⁸⁸ Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Santos sob a orientação do Prof. Dr. Alcindo Fernandes Gonçalves. Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ex-Procurador do Município de Cubatão/ SP. Ex-Técnico Judiciário, e atualmente Analista Judiciário- Área Judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

¹³⁸⁹ Doutorando em direito pela Universidade de Marília – Unimar sob orientação do Prof.Dr. Jonathan Barros Vita. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM sob a orientação do Prof.Dr. Lafayette Pozzoli e coorientação do Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa. Graduado em filosofia pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Juiz Federal da Seção Judiciária do Paraná.

Dentro de tal contexto, formou-se um loteamento irregular no Município de São Bernardo do Campo, cuja existência colocou em risco a água usada para o abastecimento de milhares de pessoas, provocando a atuação do Ministério Público do Estado de São Paulo na defesa de tais interesses.

Adotou-se a Ação Civil Pública como instrumento de defesa, a qual deu início ao processo que culminou com paradigmática decisão do Superior Tribunal de Justiça, merecedora de destaques e reflexões, como se verá a seguir.

As práticas dos atores sociais envolvidos comportam reflexão e exame em cotejo com o moderno pensamento social ambiental, na medida em que o caso analisado representa um exemplo extremamente significativo das consequências da ação humana, na segunda metade do século XX.

1 BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA SOBRE A ORIGEM DA REPRESA BILLINGS

A Represa Billings, localizada à sudeste da Região Metropolitana de São Paulo (RMSP), é o maior reservatório de água da RMSP, com área de 127 milhões de metros quadrados e profundidade máxima de 19 metros.

Foi construída em 1927 com o escopo de propiciar a produção de energia elétrica, mediante o direcionamento de suas águas por tubulações, através de um desnível com mais de 700 metros de altura, dentro do complexo da Usina Henry Borden, na cidade de Cubatão. A água é recebida em duas unidades produtivas, uma externa e outra subterrânea¹³⁹⁰.

Para propiciar o aumento de sua capacidade produtiva, no início dos anos quarenta desviou-se parte da água dos rios Tietê e Pinheiros para o reservatório, através do uso de usinas elevatórias.

Conforme informa CARDOSO-SILVA et al

[...] Em 1958, o reservatório passou também a ter fins de abastecimento público. Contudo, o lançamento de efluentes domésticos no leito dos rios Tietê e Pinheiros, ao longo do tempo acabou por acarretar acelerado processo de eutrofização no reservatório (CARDOSO-SILVA et al, 2014, p. 33).

Além de tais circunstâncias, ocupações irregulares desprovidas de infraestrutura, em especial, de saneamento, acentuaram ainda mais as alterações no ambiente onde se inseriu o reservatório.

Ressalvadas as peculiaridades econômicas e culturais de cada país, e no caso brasileiro, sua condição de subdesenvolvimento econômico, a situação acima retratada se harmoniza com o pensamento de Gorz para o período, que afirma:

[...] o início dos anos 1960, o conjunto das arbitragens sociais e econômicas favoreceu os processos e os consumos de alto conteúdo

¹³⁹⁰ As unidades produtivas da Usina Henry Borden se dividem em “usina externa” e “usina subterrânea”, estando esta última totalmente enterrada na escarpa da Serra, com a finalidade de preservá-la em caso de bombardeios em eventual escaramuça ou guerra que porventura o Brasil se envolvesse.

energético; a pedra e o tijolo foram substituídos, nos prédios, pelo cimento, pelo aço, pelo alumínio; o couro foi substituído por materiais plásticos, as embalagens de vidro retornáveis pelas embalagens descartáveis; as fibras naturais pelas fibras sintéticas, os transportes coletivos pelos individuais, as cidades médias pelas aglomerações de subúrbios imensos em torno das grandes cidades, os adubos orgânicos pelos adubos sintéticos, etc. (GORZ, 2010, pág. 55).

Outra alteração significativa no reservatório se deu em 1981, com o isolamento do braço do Rio Grande para manutenção da qualidade da água para abastecimento público; e em 1992, quando o bombeamento dos rios Tietê e Pinheiros passou a ser restrito a situações emergenciais.

A adequada infraestrutura urbana é determinante para integração do homem à natureza de forma harmônica, o que é essencial no entorno de reservatórios de água, tais como a Billings, que se insere em contexto provido de mananciais, nascentes e Mata Atlântica.

Na Represa Billings, por exemplo, verificou-se diferença na qualidade das águas em toda a sua extensão, a qual apresenta índices proporcionais à ocupação regular e planejada do entorno.

Assim, os loteamentos clandestinos existentes ocasionam variada gama de consequências, não apenas para os que lá residem, mas para toda população que se serve da água extraída do local para abastecimento.

Tal questão foi objeto da decisão referencial do Superior Tribunal de Justiça, proferida em 2006, a qual merece destaque em função do caráter inovador de seu conteúdo.

2 O RECURSO ESPECIAL n. 403.190-SP (2001/0125125-0)

O Recurso Especial n. 403.190-SP (2001/0125125-0), julgado em 27 de junho de 2006, versa sobre litígio alusivo a loteamento clandestino construído em região de proteção de Mata Atlântica e de mananciais da Represa Billings. Trata-se, em seu âmbito, de conflito entre os Direitos Constitucionais à moradia e à proteção ao meio ambiente equilibrado.

O litígio pode ser resumido através das palavras do Relator do Acórdão, Ministro João Otávio de Noronha, que assevera:

[...] Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo objetivando a reparação de danos ao meio ambiente, sob a alegação de que foram erguidas construções em loteamento clandestino fixado no local indicado pelo autor, o que comprometeu a mata atlântica local, apesar das restrições legais e os recursos hídricos da Represa Billings”.

Em primeira instância, os pedidos foram julgados improcedentes, ante a compreensão de que estaria consolidada a ocupação do local, com a irreversibilidade das lesões decorrentes.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a responsabilidade ambiental, considerando que a alienação de imóvel à adquirente com o objetivo declarado e exclusivo de promoção de loteamento, caracterizou a responsabilidade por ato do terceiro envolvido, o qual estava ciente da finalidade ilegal do negócio jurídico realizado.

Houve ainda o reconhecimento na mesma decisão, da responsabilidade da empresa que realizou o trabalho de abertura de ruas sem prévia aprovação de projeto pela Prefeitura, e sem observância dos cuidados técnicos necessários.

Por fim, a inovadora decisão imputou responsabilidade ao Poder Público Municipal, pois restou comprovada sua inércia em não coibir a devastação ambiental.

As responsabilidades acima referidas, abrangem, em síntese, o seguinte objeto condenatório: a) restauração da área ao estado anterior, com completa recomposição do complexo ecológico atingido; b) demolição das edificações realizadas; c) recomposição da superfície do terreno; d) recobrimento do solo com vegetação; e) desassoreamento dos córregos e demais providências a serem indicadas em laudo técnico de reparação dos danos ambientais; f) multas e custas.

Inconformado com a decisão, recorreu o Município de São Bernardo do Campo, reportando-se a precedente da 2ª Turma do STJ, em sessão realizada no dia 16 de março de 2006 (poucos dias antes - REsp n. 332.772-SP), onde foram determinadas providências diversas: a) manutenção das pessoas no local; b) recuperação “do que fosse possível”; c) compensação mediante aquisição de nova área para o que não fosse recuperado.

O paradigmático recurso em análise, todavia, estava provido de informação fundamental e diversa, que o distinguiu do precedente evocado pela Municipalidade: o fato do “Reservatório Billings” servir como fonte de água para parte da Grande São Paulo.

Concluiu-se, assim, que o dano ambiental avultaria não apenas pela destruição da Mata Atlântica, mas em razão do assoreamento da represa, colocando em risco o abastecimento de toda população envolvida, de parcela expressiva da Grande São Paulo.

No caso, observou-se a existência de ordem judicial precedente para que o Município fiscalizasse o local, proibindo novas construções na área ocupada, o que não foi cumprido, caracterizando a omissão do Poder Público local, em função não apenas da criação, mas do agravamento da situação.

Prevaleceu a defesa do meio ambiente, através do interesse público no abastecimento de água em detrimento dos interesses particulares dos ocupantes do loteamento, em função da impossibilidade de conciliar ambos a contento, sendo determinada, ante a complexidade da situação, a realização de laudo técnico prévio no local, o qual deverá contemplar a real necessidade de demolição de construções existentes.

3 A MANIFESTAÇÃO DO STJ NO CASO (2006): SUA RELEVÂNCIA JURÍDICA E SOCIAL

Os fatos em julgamento, sob a ótica social, são exemplos da forma como se desenvolveram os núcleos urbanos no Brasil, especialmente no entorno das grandes capitais.

Como salienta GRANZIERA,

[...] esse adensamento, que na maioria das vezes ocorreu sem planejamento nem controle, se de um lado ofereceu a uma parcela da população acesso ao trabalho e, para alguns, melhores condições de vida, por outro lado causou um desequilíbrio urbano que não se conseguiu ainda solucionar, inclusive no que toca às questões ambientais (GRANZIERA, 2019, p. 549).

De fato, as águas da Billings têm seu destino pautado pelos núcleos urbanos formados no ciclo do Desenvolvimento Econômico brasileiro, que pode ser delimitado, em linhas gerais, do período que se inicia com os governos do Presidente Getúlio Vargas até o início dos anos oitenta.

Incrementou-se, no interregno, a indústria nacional, sendo que, com o adensamento dos núcleos urbanos na Capital, no ABCD e na Baixada Santista, houve a ocupação desordenada e formação de núcleos urbanos relacionados com as águas da Billings.

Os núcleos urbanos que se formaram, porém, não eram apenas irregulares, pois as cidades são também compostas de áreas valorizadas e regulares, o que despertou a atuação de grandes grupos econômicos, sempre dispostos a atuar em favor dos próprios interesses junto às decisões do Poder Público.

Referindo-se às questões materiais que norteiam a ocupação urbana, afirma MARICATO

[...] Os capitais que ganham com a produção e exploração do espaço urbano agem em função do seu valor de troca, para eles, a cidade é a mercadoria, é um produto resultante de determinadas relações de produção. Se lembrarmos que a terra urbana, ou um pedaço de cidade, constitui sempre uma condição de monopólio – ou seja, não há um trecho ou terreno igual a outro, e sua localização não é reproduzível – estamos diante de uma mercadoria especial que tem o atributo de captar ganhos sob a forma de renda. A cidade é um grande negócio e a renda imobiliária, seu motor central. (MARICATO, 2015, pág. 23).

Em meio a tal cenário, a decisão em comento representou avanço para a época, o que no entender de Belchior e Matias (2015, pág. 35/37) apresentou as seguintes consequências: a) ampliação da responsabilidade pelo dano ambiental para alcançar o alienante de imóvel; b) preferência da restauração ambiental in natura, inadmitindo a desafetação ou desclassificação jurídica tácita em razão do fato consumado.

Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela prevalência do interesse público (preservação de reservatório de abastecimento urbano) em relação aos loteamentos irregulares (direito à moradia), com acentuado viés de preservação do meio ambiente, mesmo como consequência secundária, em visão antropocêntrica.

Mas não é só em seus aspectos jurídicos que merece destaque o julgado, pois seu exame igualmente revela as diversas camadas da estrutura social envolvidas, no âmbito público e privado. Tal exame demonstra o comportamento do ser humano

e as consequências de suas ações, que culminaram em um novo ciclo da história da humanidade, marcada pela denominada sociedade de risco e o ciclo geológico do Antropoceno.

4 AS INTERVENÇÕES DOS SERES HUMANOS NO PLANETA E O ANTROPOCENO

Como afirma GIDDENS (1991, pág. 11), “modernidade” refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”. Tal “estilo” ou “costume de vida” no plano do Ocidente teve início e forma através da cultura Eurocêntrica, vindo a se espalhar pelo mundo através das conquistas da maior potência econômica e tecnológica da época, o Reino Unido.

É o que, de forma genérica e cotidiana, se considera Modernização, a qual [...] significa o salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho e da organização, englobando para além disto muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas (BECK, 2019, pág. 23).

Todavia, os processos decorrentes da industrialização implicaram rápidas modificações ambientais, todas oriundas da intervenção de um único animal, a ponto de ser considerado o início de uma nova era histórico-geológica, denominada “Antropoceno”¹³⁹¹.

Historicamente, não se sabe quando o termo foi inicialmente empregado, sendo que alguns pesquisadores atribuem seu surgimento ao início da Revolução Industrial ou a momento anterior, no período das navegações, quando começa a ocorrer um intercâmbio de material biológico. Há os que creditam seu início a período mais recente, após o artefato da explosão nuclear, e outros ao uso intensivo dos combustíveis fósseis (RIBEIRO, 2015).

Assim, considera-se que as atividades humanas conseguiram alterar geologicamente o planeta, o que representa uma novidade, pois a humanidade deixa de ser uma força biológica para ser uma força geológica. Pela primeira vez na história da humanidade uma espécie atuou de forma a modificar o funcionamento de nosso clima (ABRAMOVAY, 2015).

5 A BILLINGS ENQUANTO TÍPICA INTERVENÇÃO HUMANA NA NATUREZA E A MODERNIDADE: O PAPEL DO ESTADO E DA SOCIEDADE CIVIL EM SEUS DESTINOS

O loteamento clandestino, objeto da decisão, é revelador da atuação do ser humano em prol de um alegado desenvolvimento, o qual, entretanto, não considera de forma ampla os aspectos sociais, mas apenas soluções imediatas de impacto

¹³⁹¹ O nome “Antropoceno” como se pode presumir, é atribuído em razão do comportamento de uma única espécie (o “ser humano”), notadamente como decorrência da sua intervenção no Sistema do Planeta Terra (Earth System) (SARLET e FENSTERSEIFER, 2020, p. 1).

econômico. Tal modelo gera reflexos negativos, especialmente para a parcela mais vulnerável da sociedade.

Aliás, cumpre refletir se, de fato, há algum modelo de desenvolvimento econômico planejado no Brasil, tendo em vista a maior parcela da população em âmbito urbano ou rural, que não seja meramente o atendimento dos interesses de partes locais interessadas. Heranças históricas, desde as capitânicas hereditárias, que se modificam, se reproduzem e sobrevivem em nossa sociedade.

Os danos ambientais reconhecidos na decisão estão associados a essa forma de ocupação do espaço urbano, sendo que no caso concreto foram decorrência da iniciativa particular, sucedida pela omissão do Poder Público, ocasionando lesões em área de preservação e mananciais, bem como risco ao abastecimento de água. Além de outros prejuízos futuros e incalculáveis decorrentes do desequilíbrio do ecossistema.

A realidade referida no Acórdão, de 2006, de omissão estatal, somada a irregular ocupação do solo urbano, vem reproduzida nas palavras de Leila da Costa Ferreira, em 2012, retratando condições que pouco se modificaram até o momento: [...] as soluções de compromisso já experimentadas historicamente entre Estado, mercado e comunidade – e suas correspondentes racionalidades – levaram-nos invariavelmente a um oceano de irracionalidades acumuladas, do qual são testemunhas a degradação ambiental, o aumento da população, as disparidades e desigualdades entre centro e periferia, a miséria e a fome que convivem com a abundância, as guerras étnicas e religiosas, a dependência do indivíduo em relação ao consumo mercantil, os modos selvagens de destinação dos direitos do mercado de trabalho – a lista, na verdade, é enorme... (FERREIRA, 2018, p. 35)

O Antropoceno, neste sentido, possuiria o risco decorrente de tais ações, na forma pensada por Beck (2009), que vislumbrou no lançamento de sua obra “Risikogellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne¹³⁹²”, nos idos de 1986, como sendo o seu principal horizonte, pois passamos a viver em uma sociedade de risco. Para Beck viver nesta nova era significa, em síntese, a convivência com cálculos probabilísticos de cenários futuros catastróficos decorrentes dos efeitos deletérios da ordem social contemporânea.

Na sociedade de risco e na era do Antropoceno, o desenvolvimento técnico-industrial provoca riscos imprevisíveis, invisíveis e incalculáveis, que exigem urgentemente da sociedade a autorreflexão, o exame dos fundamentos de nossa própria racionalidade, especialmente tendo em vista o consumo.

O que se assiste, através das ações humanas em busca do progresso e com impactos ambientais, são efeitos não-previstos, sendo extraída daí a ideia de modernização reflexiva, a qual é tratada com vigor nos estudos dos teóricos sociais Ulrich Beck e Anthony Giddens.

Trata-se do reconhecimento de uma sociedade que fabrica e produz seus próprios riscos, os quais não mais podem ser atribuídos a agentes externos, como nas organizações sociais de outrora.

¹³⁹² “Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade”. Tradução do título original em alemão realizada por Sebastião Nascimento na edição brasileira da obra referida no presente capítulo.

Para Beck vivemos uma nova realidade decorrente de um mundo em rápida transformação, uma mudança da natureza da existência humana, considerada um verdadeiro processo de metamorfose¹³⁹³.

A ação do homem na era industrial trouxe consequências impensáveis em torno do próprio modo de produção na sociedade moderna, sendo que para BECK [...] o que até então parecia impensável: que a sociedade industrial, justamente em sua concretização, ou seja, nos passos leves da normalidade, se despede do palco da história, saindo pelos bastidores dos efeitos secundários – e não do modo como até hoje havia sido previsto nos livros ilustrados da teoria social: com um estrondo político (revolução ou eleições democráticas) (BECK, 2019, pág. 13)

A atuação do homem da era industrial, portanto, produz riscos como consequência reflexa e inesperada, e adquire proporção tamanha que acaba por criar um severo impasse quanto aos fundamentos do próprio modelo que o origina, seja nas sociedades de economia planificada atualmente em extinção, seja nas de cunho capitalista, muito especialmente.

O mundo não pode mais ser concebido sem as influências da ação do homem sob o ambiente, com reflexos no âmbito do próprio estudo das relações sociais, a ponto de restar afastados clássicos conceitos como o de “classe social”.

Para Beck (2018, p. 112)

o movimento seguinte de metamorfose é que, na era da mudança climática, a noção de “classe social” torna-se classe antropocena. Em outras palavras, as questões e preocupações relacionadas à desigualdade social estão se tornando envolvidas na nova era geológica da história da Terra

Para o autor, a própria estrutura social por divisão de classes, evidenciada através dos estudos de economia política de Karl Marx, ganha contornos mais complexos com a nova era geológica da história da Terra, com o conceito da “classe antropocena” acima referido.

E esclarece ainda o autor

A noção de “Antropoceno” e as noções de “classe social” e “sociedade de classe” pertencem a mundos diferentes, talvez até a épocas diferentes da história. Temos, portanto de sugerir a questão: como e sob que condições a inseparabilidade de classe social e do Antropoceno se torna possível, talvez até necessária? Cabe procurar evidências empíricas da metamorfose na maneira como as pessoas vivem e experimentam riscos globais (e como os pesquisadores sociais observam e descrevem isso) (BECK, 2018, p. 112).

¹³⁹³ [...] Em suma, metamorfose não é mudança social, não é transformação, não é evolução, não é revolução e não é crise. É uma maneira de mudar a natureza da existência humana. Significa a era dos efeitos colaterais, Desafia nosso modo de estar no mundo, de pensar sobre o mundo de imaginar e fazer política (BECK, 2018, p.36).

A realidade brasileira, bem como a do sul global, é muito mais peculiar do que a revelada pela visão da pesquisa Eurocêntrica, e em matéria do desenvolvimento das grandes cidades, a realidade é bem retratada por Maricato

[...] As áreas ambientalmente frágeis – beiras de córregos, rios e reservatórios, encostas íngremes, mangues, áreas alagáveis, fundos de vale -, que, por essa condição, merecem legislação específica e não interessam ao mercado legal, são as que “sobram” para a moradia de grande parte da população. As consequências dessas gigantescas invasões são muitas: poluição dos recursos hídricos e dos mananciais, banalização de mortes por desmoronamentos, enchentes, epidemias etc. (MARICATO, 2015, pág. 82).

E como tal, é o que pode ser observado nas questões sociais que circundam a história da represa Billings e da própria Região Metropolitana de São Paulo e Baixada Santista.

CONCLUSÕES

A construção do Reservatório Billings está inscrita, por sua relevância, na história do Brasil, pois a energia elétrica dele extraída propiciou o desenvolvimento, dentre outros, da Baixada Santista, a formação do maior Polo Petroquímico do Brasil, da incipiente indústria do ABCD, e especialmente, de uma das maiores metrópoles do planeta.

Está situado em área que se insere parcialmente na Serra do Mar, onde se encontram áreas de preservação e mananciais, as quais, em que pese se encontrem protegidas por legislação específica, sofrem violações por parte da ação humana, firmada muitas vezes com a omissão do Poder Público.

O Acórdão analisado guarda importância pelas dimensões da responsabilidade ambiental imputada a tais atores sociais, com prevalência do interesse público sobre o de particulares, sendo ressaltado o risco de desabastecimento de água para parte da população.

Os fatos nele examinados comportam reflexão pela via da Teoria Social, como resultado da ação humana na sociedade industrial, a qual teve como consequência reflexa uma nova era geológica denominada Antropoceno.

E ainda, a compreensão de que vivemos em uma sociedade de risco e na modernidade reflexiva, segundo a moderna Sociologia Ambiental, a qual dialoga fortemente com a obra de autores como o britânico Anthony Giddens e o alemão Ulrich Beck.

Mas, fundamentalmente, chega-se à conclusão de que a sociedade necessita urgentemente adotar uma nova racionalidade frente a suas aspirações, mediante uma nova compreensão do sistema econômico no qual está inserida, da finitude dos recursos naturais do Planeta e, por consequência, da sua própria existência enquanto espécie.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo; RIBEIRO, Wagner Costa. A Era do Antropoceno – Parte 1. 29min21. 16 setembro 2015. Capital Natural. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=76gfeB1n-FI&t=334s>. Acesso em: 21 junho 2021.

BECK, Ulrich. A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução Maria Luiz X. de A. Borges; revisão técnica Maria Claudia Coelho. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. 1. ed. 3. reimpr. São Paulo: editora 34, 2019.

BELCHIOR, G. P. N.; MATIAS, J. L. N. Breve descrição dos fatos e das questões jurídicas abordadas no Acórdão. Revista do Superior Tribunal de Justiça. RSTJ, a. 27, (238): 21-37, abril/junho 2015.

BRASIL, Recurso Especial nº 403.190 - SP (2001/0125125-0). Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 2ª Turma, V.U., em 27/6/2006.

CARDOSO-SILVA, S.; NISHIMURA, P. Y.; PADIAL, P. R.; MARIANI, C. F.; MOSCHINI-CARLOS, V.; POMPÊO, M. L. M. Compartimentalização e qualidade da água: o caso da Represa Billings. Revista Bioikos. Campinas, 28(1):31-43, jan./jun., 2014.

FERREIRA, Leila da Costa. A questão ambiental: sustentabilidade e políticas públicas no Brasil. São Paulo: Boitempo Editorial, 2. reimpr., 2012.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GORZ, André. Ecológica. São Paulo: Anna Blume Editora, 2010.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. 5.ed. rev. at. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico Ltda, 2019.

MARGARIDO, Natália Takahashi. Ocupação de áreas no entorno de mananciais e impactos sobre a qualidade da água: um estudo sobre a Represa Billings (São Bernardo do Campo, SP). 206p. Dissertação (Mestrado em Análise Ambiental Integrada) - Universidade Federal de São Paulo - Campus Diadema, 2019.

MARICATO, Erminia. Para entender a crise urbana. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Curso de Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MULTA COMINATÓRIA OU *ASTREINTE*: ANÁLISE A LUZ DA NORMA PROCESSUAL E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Larissa Pereira Barbosa¹³⁹⁴

INTRODUÇÃO

A multa cominatória ou *astreinte*, é um instituto de direito processual tradicional e que foi desenvolvido nos mais diversos ordenamentos jurídicos ao longo de séculos, ainda que as particularidades inerentes a cada sistema devam ser consideradas. No ordenamento pátrio, é concebida como instrumento de coação do devedor ao cumprimento de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer; o instituto é renovado na norma processual vigente, que prevê sua aplicabilidade também sobre obrigações de pagar (art. 139, IV, do CPC).

Ainda hoje exsurtem dúvidas e controvérsias quanto a aplicação desta modalidade de multa, devido a enxuta redação trazida pela lei adjetiva, e que merecem ser analisadas. Não só porque a norma processual dispõe de diversas modalidades de multas, que poderão ser aplicadas pelo juízo de ofício ou a requerimento das partes, e que são um meio disciplinador e de efetividade processual e que visam, em última análise, atingir o objetivo trazido com o novo processo civil brasileiro – processo justo, efetivo e tempestivo; mas também, porque a multa cominatória, mais empregada entre elas, possui requisitos próprios e interpretações jurisprudenciais que merecem ser destacadas.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) afetou alguns temas relativos à multa cominatória para julgamento em Recurso Repetitivo, como se vislumbram dos temas número 98 acerca da aplicação contra a Fazenda Pública e em ação em que se pleiteia medicamentos; número 706 acerca da ocorrência de preclusão ou coisa julgada; número 1000, em que discute a aplicação sobre exibição de documentos na vigência do CPC de 2015; entre outros entendimentos consolidados, que merecem ser apresentados.

A redação enxuta, que ainda gera controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, e cujo estudo se destina o presente artigo, é relevante de sobremaneira sob o viés prático, onde cotidianamente é empregada. Para tanto, pretende-se, inicialmente, apresentar um breve histórico do instituto, em seguida, conceituá-lo segundo a norma e a doutrina, indicando ainda as hipóteses de aplicabilidade; e por fim, tecer um cotejo entre a norma processual e a interpretação que foi dada a ela pelo STJ, em seus aspectos mais relevantes.

1 BREVE HISTÓRICO

Justifica-se, preambularmente ao estudo, tecer um breve histórico sobre o instituto, tendo em vista o seu desenvolvimento a margem da Lei, e com o delinear da história dos ordenamentos jurídicos, lentamente, positivamente incorporado.

¹³⁹⁴ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL (2019). Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst (2021). Assessora no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. E-mail: larissa.pereira@live.com.

A *astreinte*, como é comumente conhecida, em que pese tenha sido enaltecida somente com a influência da jurisprudência francesa, em termos mais preambulares já vinha sendo incorporada no ordenamento jurídico pátrio desde o Império. Isto porque, o ordenamento jurídico brasileiro foi inaugurado com a incorporação das Ordenações portuguesas; e como corolário da multa cominatória atualmente concebida, as ordenações Manuelinas (anos de 1512 a 1603) tinham como previsão à época as Ações de Preceito ou Ações Cominatórias, onde era possível efetivar a tutela das obrigações de fazer ou não fazer mediante multa, o que foi incorporado, posteriormente, pelas Ordenações Filipinas (anos de 1580 a 1640). Ressalva Rafael Caselli PEREIRA que a ação cominatória para a prestação de fato ou abstenção de ato, também conhecida por ação de preceito cominatório ou embargos à primeira, poderia ser assim conceituada:

Se algum se temer outro que o queira ofender na pessoa, ou lhe queira sem razão ocupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao juiz que segure a ele e as suas *cousas* do outro, que o quiser ofender, a qual segurança o juiz lhe dará; e, se, depois dela, ele receber ofensa daquele, de que foi seguro, restitui-lo-á o juiz, e trará tudo o que foi sentido e atentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrantou, e menosprezou seu mandado, como achar por direito.¹³⁹⁵

Como primórdio, portanto da tutela inibitória e de remoção do ilícito, poderia o juiz à época utilizar-se da ação cominatória ou de preceito para a tutela possessória e de obrigações de fazer ou não fazer, inclusive com a previsão de restituição e pagamento de multa em caso de desobediência.

No entanto, foi através do Regulamento 737/1850 que as normas processuais foram dissociadas do direito material no Brasil. Este diploma, porém, deixou de prever a ação cominatória que ainda era aplicada seguindo a orientação da Ordenação Filipina (Livro 3, Título 78, § 5º). A multa cominatória foi posteriormente prevista na Consolidação Ribas (art. 769) na qual era autorizada ao juiz na sentença impor uma pena cominada.¹³⁹⁶

Consolidada a República brasileira, a Constituição de 1891 outorgou aos Estados-membros a competência para legislar a respeito do processo civil comum, resguardando-se a União legislar sobre o processo civil aplicável a Justiça Federal. Os códigos estaduais redigidos por alguns Estados, apesar disso, eram quase todos inspirados no Regulamento 737 e faziam nítida diferença entre os interditos proibitórios e a ação cominatória.¹³⁹⁷ Também foi prevista no Código de Processo Civil de 1939, enquanto ação, que por sua vez, estabeleceu clara distinção entre o interdito proibitório para tutela da posse (arts. 377-380) e a ação cominatória (arts. 302-313), destinada a satisfação de obrigações de fazer e não fazer, cujas hipóteses de incidência estavam taxativamente previstas na Lei.¹³⁹⁸ Ainda que o código da época não tenha previsto a multa cominatória, como hoje

¹³⁹⁵ PEREIRA, Rafael Caselli. A multa judicial (*astreinte*) e o CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018., p. 38.

¹³⁹⁶ *Ibidem*, p. 39.

¹³⁹⁷ *Ibidem*, p. 40.

¹³⁹⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm Acesso em: 12 de jan. 2021.

se concebe, mas genericamente a multa contratual ou a pedida pelo autor, despertou entendimentos na doutrina e jurisprudência da época, acerca da adoção no sistema brasileiro da sanção pretoriana francesa conhecida como *astreinte*.¹³⁹⁹ O código de 1939, segundo a concepção de Enrico Tullio Liebman, cujos ensinamentos foram resgatados Rafael Caselli PEREIRA, previa que,

A execução terá início pela citação do executado para cumprir a condenação no prazo determinado na sentença ou fixado pelo juiz. Se o executado não cumprir a obrigação, poderá o exequente prosseguir a execução para o pagamento da multa, se convencionada, ou das perdas e danos. Mas o exequente pode também preferir que a obra ou serviço seja feito por terceiro à custa do executado: deverá neste caso requerer que o serviço ou obra seja avaliado ou arrematado em hasta pública.¹⁴⁰⁰ À época, acreditava-se que a imposição de multa sobre as obrigações de fazer ou não fazer infungíveis quedava impossibilitada, porquanto inexistia um regramento próprio como o previsto no direito processual francês que garantisse segurança jurídica necessária. Nesta seara, havia uma predileção da conversão da prestação específica em perdas e danos e o prosseguimento do cumprimento de sentença em pagar quantia certa, ante a insegurança jurídica em relação ao instituto da multa.

A influência pretoriana francesa também merece destaque neste introito histórico, tendo em conta a sua origem, e posto que a Revolução Francesa de 1789 foi a pedra angular para a concepção de um novo modelo de nação, refletido no ordenamento jurídico daquele Estado. Inspirando-se nos valores da revolução, o Código Civil de Napoleão Bonaparte (1804) buscava privilegiar a liberdade dos indivíduos, e previa a faculdade do devedor de exonerar-se da prestação específica (fazer ou não fazer) com o pagamento da obrigação pelo seu equivalente pecuniário. (art. 1.142), estreitando o uso de meios coercitivos ao devedor para o cumprimento da obrigação. A respeito do tema ensinam Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO que,

À época do direito liberal, em razão dos princípios de defesa da liberdade e da autonomia da vontade, negou-se ao juiz a possibilidade de utilizar qualquer meio executivo destinado a convencer o réu a realizar algo contra a sua vontade. Nessa linha, foi expressamente vedada a utilização da multa para convencer o demandado a não fazer ou a fazer. O Código Napoleão afirmou expressamente, em seu art. 1.142 que toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor. Não havia como se obter a tutela em natura da prestação inadimplida, mas apenas sua conversão em dinheiro, até porque o Estado, nesta época não estava preocupado em garantir ao credor o bem objeto do contrato, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, para o que

¹³⁹⁹ PEREIRA, Rafael Caselli. Op. Cit. p. 41.

¹⁴⁰⁰ Ibidem, p. 42.

bastava uma sanção negativa, como a nulidade ou o pagamento do equivalente em pecúnia.¹⁴⁰¹

A conversão em perdas e danos na época era considerada lícita, já que correspondia ao prejuízo sofrido pelo credor. Assim, o devedor seria condenado ao pagamento dessas perdas e danos referentes ao descumprimento da obrigação e em relação ao atraso por este descumprimento. Este meio era o aplicado pelos juízes franceses da época, porque não dispunham de nenhum poder para impor sanção ao executado pelo descumprimento da obrigação, como concluiu Ana Luísa Fioroni REALE.¹⁴⁰²

Em que pese a *astreinte* francesa tenha sido positivada somente com a Lei 72.626 de 1972, consagrada em 1976 com a jurisprudência da Corte de Cassação e aprimorada com outras leis editadas nos anos 90 do século passado, já vinha sendo aplicada na França como criação pretoriana desde o século XIX. Com o passar dos anos, a jurisprudência francesa suavizou a ideia de que toda obrigação de fazer ou não fazer se resolveria em perdas e danos, e isto fez desenvolver com primor o instituto da *astreinte* ou *ad-stringere*, que consiste na imposição de sanção pecuniária, acessória a obrigação principal, com forma do juiz obrigar o devedor ao cumprimento de obrigação posta em sentença ou antecipação de tutela.¹⁴⁰³ A conversão em perdas e danos, portanto, não poderia advir do alvitre do devedor inadimplente, mas da vontade do credor, principal interessado no cumprimento da obrigação específica reconhecida em sentença ou em antecipação de tutela. Nas palavras de Rafael Caselli PEREIRA,

Exatamente para sanar a lacuna existente no direito francês quanto à satisfação de obrigações de fazer /não fazer, é que as *astreintes* surgiram, no início do século XIX, como criação pretoriana de caráter coercitivo e independente de eventual indenização dos prejuízos decorrentes da inexecução da obrigação reconhecida judicialmente. Na verdade, o surgimento da Lei 72-626, de 06 de julho de 1972, fulminou o entendimento existente à época, de que a *astreinte* teria como principal função o ressarcimento dos danos sofridos pelo prejudicado, em razão do descumprimento da ordem emanada.¹⁴⁰⁴

A multa neste sentido, tem a finalidade de vencer a vontade do devedor ao cumprimento da obrigação, e não deve constituir-se na conversão em perdas e danos,

¹⁴⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante processo comum. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. vol. 2. p. 793.

¹⁴⁰² REALE, Ana Luísa Fioroni. A multa *astreinte* como importante medida de apoio, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, diante do art. 139, IV, do Novo Código de Processo Civil. São Paulo, 2016. 166 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 166 f. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Ana-Lu%C3%ADsa-Fioroni-Reale.pdf Acesso em 20 de out. de 2020.

¹⁴⁰³ PEREIRA, Rafael Caselli. Op. Cit., p. 52.

¹⁴⁰⁴ Ibidem, p. 54.

mas em acessório da obrigação principal imposta pelo Estado-juiz. Passou, assim, a ser admitida como acessório à obrigação imposta ao devedor e com caráter coercitivo e autônomo, distinguindo-se a tutela ressarcitória (perdas e danos propriamente ditos).

2 A MULTA COMINATÓRIA COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL PÁTRIO

No ordenamento jurídico pátrio, o Código de Processo Civil de 1973, resultado da influência de inúmeras legislações do direito comparado e reformas promovidas ao longo dos anos, inaugurou a utilização da multa cominatória como um meio para coagir o devedor ao cumprimento da tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer e entregar coisa. No diploma revogado, a multa tinha previsão nos arts. 287 e 461¹⁴⁰⁵, que invertendo a lógica trazida pelo CPC de 1939, tinham como excepcionais a conversão em perdas e danos e como regra o cumprimento da tutela específica.

Pela redação art. 287 do CPC/1973 dada pela reforma da Lei 10.444/2002, a multa poderia ser requerida pelo autor para pedir que a imposição ao réu da abstenção da prática de algum ato, prestar ato ou entregar coisa, como pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela. Com a interpretação sistemática do art. 461 e 461-A do CPC/1973, após as reformas realizadas em 1994 e 2002, é que a multa passou a ser aplicada independentemente de requerimento da parte ao juiz, isto é, *ex officio* (art. 461, § 2º, CPC/1973).

A multa fixada em periodicidade diária restou consagrada pelos §§ 4º e 6º do art. 461 supracitado, que assim dispunham: “§ 4º: O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito”. E o § 6º previa que “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”, disposições últimas que ainda permanecem na norma processual vigente.

Em que pese não seja o instituto da multa cominatória novo no ordenamento pátrio, o CPC/2015¹⁴⁰⁶ sem dúvidas foi o responsável por o aprimorar, renovado pelas normas fundamentais como corolário da devida prestação da tutela jurisdicional. O Código de Processo Civil vigente, introduzido no ordenamento jurídico pela Lei 13.105/2015 e reformado pela Lei 13.363/2016, seguindo a orientação de outros diplomas processuais e o rol de direitos fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988 (CF), previu em seu primeiro capítulo, entre os artigos 1º e 12, um rol de normas fundamentais que servem de substrato aos sujeitos processuais na condução do processo, traduzindo muitas vezes os direitos fundamentais previstos no art. 5º da CF. Merecem destaque, entre outros princípios, o direito à obtenção em tempo razoável da solução do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º); dever de

¹⁴⁰⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 12 de jan. 2021.

¹⁴⁰⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 de jan. 2021.

boa-fé das partes (art. 5º); e o dever de cooperação para a obtenção em tempo razoável da decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º). Isto porque, a norma adjetiva deve ser pensada para a organização de um processo justo, alcançando suas finalidades em tempo razoável, direito este fundamental e reconhecido pelo art. 5º, LXXVIII da Constituição de 1988, e, principalmente, colaborando para justiça material da decisão, e pela busca da efetividade (art. 4º). A multa hoje, como instrumento do poder diretório do juiz no processo (conhecimento ou execução) – vide art. 139, e incisos, do CPC/2015 - é um instrumento hábil para o resguardo dos valores processuais e da própria tutela jurisdicional, cujo debate inicia-se a seguir.

3 MULTA COMINATÓRIA: CONCEITO E APLICABILIDADE

A multa cominatória, popularmente conhecida como *astreinte* e cuja previsão legal está no art. 357 do CPC/2015, no entendimento de Fredie DIDIER JUNIOR e outros, “*é medida executiva que pode ser imposta pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, como objetivo de compelir alguém ao cumprimento de uma prestação (art. 536, § 1º, c/c art. 537, CPC/2015)*”¹⁴⁰⁷. No mesmo sentido, afirma Daniel Amorim Assumpção NEVES, “*Apesar de não existir uma gradação entre as medidas executivas à disposição do juízo par efetivar a tutela das obrigações de fazer ou não fazer, a multa como forma de pressionar o executado a cumprir sua obrigação parece ter merecido posição de destaque (...)*”¹⁴⁰⁸. Destarte, é instrumento para coerção indireta do devedor ao cumprimento da obrigação imposta, sob pena de sanção pecuniária, fixada pelo juiz de ofício ou a requerimento, e adequada ao caso em concreto.

A multa possui como atributos a sua natureza processual, finalidade coercitiva e o caráter notadamente acessório. Nas palavras de Rafael Caselli PEREIRA “*(...) é revestida de natureza heterogênea (híbrida), preponderantemente processual, sendo meio coercitivo indireto a garantir o direito das partes, de obter, num prazo razoável, a satisfação do direito material, obtido através da solução integral do mérito*”¹⁴⁰⁹ conforme previsão do art. 4º do CPC/2015. A natureza jurídica da multa é processual, porque é imposta ao cumprimento de uma obrigação processualmente constituída. A finalidade é a coerção do devedor ao cumprimento da obrigação, sob pena da incidência de uma sanção pecuniária. E o caráter acessório reforça o entendimento de que a multa não se confunde com a obrigação principal: ela é um instrumento para que a obrigação seja cumprida, de modo que ela não visa dar algo ao lesado em troca do dano, mas obrigar o responsável a indenizar o lesado que sofreu o dano¹⁴¹⁰.

Merece destaque igualmente a abrangência do art. 537 do CPC/2015, trazendo a aplicabilidade da *astreinte* sob diversos atos e momentos processuais.

¹⁴⁰⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; et al. Curso de direito processual civil: execução. 7ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 605.

¹⁴⁰⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Código de Processo Civil Comentado. 5ª ed. rev., e atual. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 1029.

¹⁴⁰⁹ PEREIRA, Rafael Caselli. Op. Cit., p. 34

¹⁴¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. p. 795.

A multa é meio para efetividade da tutela provisória de urgência e evidência (art. 297, *caput*, e art. 311, III, do CPC/2015), também aplicável sobre as obrigações de fazer constituídas em cumprimento de sentença ou processo de execução (art. 536, § 1º, art. 538, § 3º, art. 806, § 1 e art. 814, *caput* e parágrafo único, todos do CPC/2015).

No que tange à aplicabilidade sobre a exibição de documentos, consoante art. 380, parágrafo único, art. 400, parágrafo único, e art. 403, parágrafo único, todos do CPC/2015, o Superior Tribunal de Justiça afetou o tema em repetitivo para discussão acerca da fixação da *astreinte* na vigência do CPC/2015 (Tema 1.000), considerando o exposto na Súmula 372, fixada na vigência da norma revogada. Referido recurso foi julgado em julho/2021 e no qual se fixou a seguinte tese: “Desde que prováveis a existência da relação jurídica entre as partes e de documento ou coisa que se pretende seja exibido, apurada em contraditório prévio, poderá o juiz, após tentativa de busca e apreensão ou outra medida coercitiva, determinar sua exibição sob pena de multa com base no art. 400, parágrafo único, do CPC/2015.”

Em que pese inicialmente vislumbre-se somente sua aplicabilidade sobre obrigações de dar coisa certa, fazer e não fazer; a vigente norma processual amplia também a aplicação da multa cominatória sobre obrigações de pagar quantia certa, conforme previsão do art. 139, IV, do CPC/2015. Explica Marcelo de Lima GUERRA que (...) não há nenhuma razão para se dispensar um tratamento privilegiado aos credores de obrigação de fazer ou não fazer, em relação aos demais. Revela-se anti-isonômico que o credor de obrigações de fazer e não fazer possa receber tutela executiva, de modo mais eficaz, com a utilização de meios executivos adequados à situação concreta e concebidos pelo juiz “caso a caso”. (...) Impõe-se, portanto, também em face do princípio constitucional da isonomia, (...) a extensão dos poderes reconhecidos ao juiz (...), a toda e qualquer situação de tutela executiva, independentemente da natureza do crédito a ser satisfeito *in executivis*. (Grifos no Original)¹⁴¹¹

Assim, com a possibilidade de aplicação de multa também sobre o cumprimento de sentença ou execução de pagar quantia certa, o CPC dispôs de um grande instrumento na mão dos juízes, com vistas a obtenção de um processo célere e efetivo (arts. 4º e 6º do CPC/2015). Entretanto, a medida deve ser aplicada de forma subsidiária aos meios executivos diretos, e com cautela, observando-se os requisitos de adequação e necessidade ao caso concreto.

Não se olvida ainda que a multa possa ser aplicada sobre obrigações infungíveis (ou personalíssimas) e fungíveis, mesmo que para esta última modalidade o juiz se utilize de meios de execução direta ou sub-rogatória. Isto porque, na concepção de Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO, não há nenhum fundamento lógico para a predileção de meios típicos e diretos de execução nas obrigações fungíveis de modo a excluir a execução indireta através da multa, expondo que,

Diante do atual contexto da justiça civil e das novas relações sociais, não há qualquer motivo para pensar que a execução realizada forçadamente

¹⁴¹¹ GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2002. Apud: PEREIRA, Rafael Caselli. Op. Cit., p. 123.

pelo Estado, independentemente da vontade do réu, é melhor ou mais adequada que a execução sob pena de multa, cujo fim é convencer ao cumprimento. A execução sob pena de multa é mais rápida, barata e simples do que a execução que depende do encontro de terceiro para fazer o que deveria ter sido feito pelo réu, ou mesmo do que a execução que é realizada por um agente ou oficial da jurisdição.¹⁴¹²

A multa cominatória, portanto, é meio mais rápido e eficaz de que se vale a jurisdição para o cumprimento das obrigações processualmente impostas e do direito material almejado pela parte. Os requisitos para a fixação desta modalidade de multa coercitiva (de acordo com o *caput* do art. 537) são: que a multa seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

Na prática, o valor da multa e o prazo para cumprimento do preceito dependerão da obrigação imposta pelo juiz ao destinatário da ordem. De modo que, em se tratando de medida de coação do devedor, não há parâmetro legal, deve o próprio juiz, diante das circunstâncias do caso concreto, fixar o prazo e o valor que entende mais adequado; nas palavras de Daniel Amorim Assumpção NEVES “(...) *Se o valor não pode ser irrisório, porque assim sendo não haverá nenhuma pressão sendo efetivamente gerada, também não pode ser exorbitante, considerando-se que um valor muito elevado também desestimula o cumprimento da obrigação*”.¹⁴¹³ O STJ possui entendimento consolidado que o valor da multa não está vinculado ao valor do dano ou da prestação inadimplida, podendo superar o valor da prestação¹⁴¹⁴, como já aludido.

¹⁴¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. p. 798.

¹⁴¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit. p. 1031.

¹⁴¹⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR COISA CERTA. MEDICAMENTOS. ASTREINTES. FAZENDA PÚBLICA. MULTA DIÁRIA COMINATÓRIA. CABIMENTO. NATUREZA. PROVEITO EM FAVOR DO CREDOR. VALOR DA MULTA PODE ULTRAPASSAR O VALOR DA PRESTAÇÃO. NÃO PODE INVIABILIZAR A PRESTAÇÃO PRINCIPAL. NÃO HÁ LIMITAÇÃO DE PERCENTUAL FIXADO PELO LEGISLADOR. 1. A obrigação de fazer permite ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, ainda que seja a Fazenda Pública, consoante entendimento consolidado neste Tribunal. Precedentes: AgRg no REsp 796255/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeiro Turma, 13.11.2006; REsp 831784/RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, 07.11.2006; AgRg no REsp 853990/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 16.10.2006; REsp 851760 / RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, 11.09.2006. 2. A multa processual prevista no caput do artigo 14 do CPC difere da multa cominatória prevista no Art. 461, § 4º e 5º, vez que a primeira tem natureza punitiva, enquanto a segunda tem natureza coercitiva a fim de compelir o devedor a realizar a prestação determinada pela ordem judicial. 3. Os valores da multa cominatória não revertem para a Fazenda Pública, mas para o credor, que faz jus independente do recebimento das perdas e danos. Consequentemente, não se configura o instituto civil da confusão previsto no art. 381 do Código Civil, vez que não se confundem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor. 4. O legislador não estipulou percentuais ou patamares que vinculasse o juiz na fixação da multa diária cominatória. Ao revés, o § 6º, do art. 461, autoriza o julgador a elevar ou diminuir o valor da multa diária, em razão da peculiaridade do caso concreto, verificando que se tornou insuficiente ou excessiva, sempre com o objetivo de compelir o devedor a realizar a prestação devida. 5. O valor da multa cominatória pode ultrapassar o valor da obrigação a ser prestada, porque a sua natureza não é compensatória, porquanto visa persuadir o devedor a realizar a prestação devida. 6. Advirta-se, que a coerção exercida pela multa é tanto maior se não houver compromisso quantitativo com a obrigação principal, obtemperando-se os rigores com a percepção lógica de que o meio executivo deve conduzir ao cumprimento da obrigação e não inviabilizar pela bancarrota patrimonial do devedor. 7. Recurso especial a que se nega provimento., REsp 770.753/RS, 1ª Turma, Rel.: Min. Luiz Fux, DJ 15/03/2007 p. 267. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501260>

Orienta ainda o STJ, que a multa deve ser fixada considerando-se: a importância do bem jurídico tutelado, a capacidade econômica e a capacidade de resistência a quem é dirigida, que se fixe ainda um prazo razoável para o cumprimento do preceito e se avalie no caso concreto a aplicação de outros meios para a tutela específica, bem como o dever do credor de mitigar o próprio prejuízo. Em que pese os parâmetros delineados pelo STJ tenham sido fixados antes da vigência no NCPC, o referido tribunal afirmou a sua aplicabilidade em casos posteriores à vigência da referida norma¹⁴¹⁵, portanto, o *quantum* (valor) fixado pelo juiz a título de multa em caso de descumprimento da ordem continua a ser balizado de acordo com os critérios apresentados e as circunstâncias do caso concreto. Portanto, a multa fixada deve ser suficiente para coagir o devedor ao cumprimento da decisão judicial e compatível com a obrigação imposta.

Conforme o art. 500 do CPC/2015 a indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação, podendo superá-la, o que a diferencia de sobremaneira da cláusula penal limitada ao valor da obrigação (art. 412 do Código Civil¹⁴¹⁶). No mesmo sentido, o Enunciado nº 144 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), expõe que mesmo nos Juizados Especiais “A multa cominatória não fica limitada ao valor de 40 salários-mínimos, embora

593&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em 11 jan. 2021.

¹⁴¹⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZATÓRIA. ORDEM JUDICIAL DETERMINANDO QUE A RÉ RETIRE GRAVAMES DE VEÍCULO NO DETRAN, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA. ASTREINTES. PARÂMETROS DE FIXAÇÃO. 1. É verdade que, para a consecução da “tutela específica”, entendida essa como a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação, poderá o juiz determinar as medidas de apoio a que faz menção, de forma exemplificativa, o art. 461, §§ 4º e 5º do CPC/1973, dentre as quais se destacam as denominadas astreintes, como forma coercitiva de convencimento do obrigado a cumprir a ordem que lhe é imposta. 2. No tocante especificamente ao balizamento de seus valores, são dois os principais vetores de ponderação: a) efetividade da tutela prestada, para cuja realização as astreintes devem ser suficientemente persuasivas; e b) vedação ao enriquecimento sem causa do beneficiário, porquanto a multa não é, em si, um bem jurídico perseguido em juízo. 3. O arbitramento da multa coercitiva e a definição de sua exigibilidade, bem como eventuais alterações do seu valor e/ou periodicidade, exige do magistrado, sempre dependendo das circunstâncias do caso concreto, ter como norte alguns parâmetros: i) valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado; ii) tempo para cumprimento (prazo razoável e periodicidade); iii) capacidade econômica e de resistência do devedor; iv) possibilidade de adoção de outros meios pelo magistrado e dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate de loss*). 4. É dever do magistrado utilizar o meio menos gravoso e mais eficiente para se alcançar a tutela almejada, notadamente verificando medidas de apoio que tragam menor onerosidade aos litigantes. Após a imposição da multa (ou sua majoração), constatando-se que o apenamento não logrou êxito em compelir o devedor para realização da prestação devida, ou, ainda, sabendo que se tornou jurídica ou materialmente inviável a conduta, deverá suspender a exigibilidade da medida e buscar outros meios para alcançar o resultado específico equivalente. 5. No tocante ao credor, em razão da boa-fé objetiva (NCPC, arts. 5º e 6º) e do corolário da vedação ao abuso do direito, deve ele tentar mitigar a sua própria perda, não podendo se manter simplesmente inerte em razão do descaso do devedor, tendo dever de cooperação com o juízo e com a outra parte, seja indicando outros meios de adimplemento, seja não dificultando a prestação do devedor, impedindo o crescimento exorbitante da multa, sob pena de perder sua posição de vantagem em decorrência da *supressio*. Nesse sentido, Enunciado nº 169 das Jornadas de Direito Civil do CJF. 6. (...). 7. Recurso especial parcialmente provido. AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, 4ª Turma, Rel. Min.: Maria Isabel Gallotti, DJe 14/12/2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501628853&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 11 jan. 2021.

¹⁴¹⁶ BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 12 de jan. 2021.

deva ser razoavelmente fixada pelo Juiz, obedecendo ao valor da obrigação principal, mais perdas e danos, atendidas as condições econômicas do devedor.” Isto porque, ainda que a regra do valor da causa nos juizados especiais seja de 40 salários-mínimos, de acordo com o art. 3º, I, da Lei 8.099/90¹⁴¹⁷, a multa, como acessório à obrigação, poderá superá-la, mas deve observar os parâmetros de fixação para que não se torne excessiva.

A doutrina inclina-se no sentido que o juiz também pode balizar-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para a fixação da multa no caso concreto.¹⁴¹⁸

Além do requisito do valor, deve ser fixado pelo juiz um prazo razoável para que a obrigação seja cumprida, incidindo a multa cominatória somente em caso de descumprimento injustificado da decisão e cujo parâmetro de fixação novamente se remete ao caso concreto e à obrigação imposta no processo. Expõem Freddie DIDIER JUNIOR e outros que *“A estipulação de prazo incompatível com as possibilidades materiais e jurídicas de cumprimento da ordem judicial implica a não incidência da multa, que tem caráter acessório e, por isso, somente incide enquanto houver possibilidade material e jurídica de cumprimento.”*¹⁴¹⁹ O STJ também possui entendimento, na mesma direção, de que é nula a decisão que fixa a multa sem que seja dado um prazo razoável ao cumprimento do preceito.

Outrossim, o CPC/2015 foi o responsável por sanar omissão existente na norma processual em relação ao destinatário dos valores economicamente percebidos com a *astreinte*, ao expor, no § 2º do art. 537, que o valor da multa será devido ao exequente. Ainda que por muito tempo a doutrina tenha debatido se os valores deveriam ser revertidos ao Estado, vez que a multa era vista como meio de defesa da autoridade do Estado-juiz e das decisões por ele emanadas, a norma processual vigente é clara ao dispor que a multa é adotada para coagir o devedor ao cumprimento de obrigação, que em última análise visa a proteção do direito do exequente, e, portanto, deve ser a ele destinada. Neste sentido, destaca Daniel Amorim Assumpção NEVES *“(…) É evidente que, na hipótese de a multa funcionar em sua tarefa de pressionar o obrigado, a parte contrária será beneficiada por sua aplicação, porque conseguirá a satisfação de seu direito em razão do convencimento gerado no devedor em razão da aplicação da multa”*.¹⁴²⁰ O exequente pode ser o autor da demanda ou o réu, vez que não há vedação à aplicação da multa a qualquer das partes no curso do processo.

Em relação à periodicidade da multa, o CPC/2015 excluiu a palavra “diária”, pelo que se deduz a possibilidade de sua fixação em quota única, semanal, quinzenal, mensal e acaso entenda ser necessário, o juiz também poderá fixar como medida de tempo o dia ou as horas; tendo em conta a obrigação que deverá ser cumprida. De modo que, deve servir de parâmetro para a fixação da multa pelo juiz, as características do caso concreto e o direito que se pretende tutelar.¹⁴²¹ A multa também pode ser progressivamente fixada em caso de inadimplemento contumaz da obrigação,

¹⁴¹⁷ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 12 de jan. 2021.

¹⁴¹⁸ DIDIER JUNIOR, Freddie; et al. Op. Cit., p. 607-608.

¹⁴¹⁹ Ibidem, p. 609.

¹⁴²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit. p. 1031.

¹⁴²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. p. 800. vol. 2.

fazendo com que ela se torne mais intimidadora quanto maior for a resistência do réu ao cumprimento da obrigação¹⁴²², conforme disposto no 537, § 1º, I, do CPC/2015.

No que tange à eficiência e aplicabilidade, o § 4º do art. 537 do CPC/2015 expõe que “A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.” Em interpretação literal da lei, tem-se que a eficácia da multa é imediata, e a sua incidência inicia desde o fim do prazo para o cumprimento do preceito que a fixar. Assim, o termo inicial para contagem da multa é o dia seguinte àquele em que a parte obrigada, depois de intimada da decisão que fixou a multa cominatória, deixa de observar o prazo concedido para o atendimento do comando judicial.¹⁴²³

O termo inicial neste caso também flui a partir do decurso do prazo da intimação pessoal do devedor de acordo com a Súmula 410 do STJ, entendimento este que restou reafirmado pelo egrégio Tribunal após a vigência do CPC de 2015¹⁴²⁴, ainda que a doutrina tenha se aludido ao cancelamento ou inaplicabilidade da referida súmula; e o termo final, de acordo com a Lei, é o dia do cumprimento da obrigação, podendo ainda ser do requerimento de conversão em perdas e danos pelo credor ou adoção de medida sub-rogatória que a substitui, o dia em que se verifica a impossibilidade do cumprimento da obrigação específica ou do último dia para sua incidência (caso o juiz tenha fixado limitador temporal ou de valor).¹⁴²⁵ Neste sentido explica Araken de ASSIS,

O exequente não pode haver o equivalente pecuniário da prestação de fazer ou de não fazer e permanecer credor vitalício do valor da pena. A única finalidade da *astreinte* consiste em premir o executado para atingir a execução específica, não constituindo causa de atribuição patrimonial autônoma para o exequente. E, como toda ameaça, para ser levada a sério, eventualmente necessita materializar-se, mas não é causa autônoma de atribuição patrimonial ao exequente. Assim, há de cessar sempre que inviabilizada a execução específica. Em outras palavras, ocorrendo o cumprimento, ainda que tardio e após a fluência da multa, ou a impossibilidade aventada no art. 499, soma-se o valor desta no cômputo das perdas e danos até a data do cumprimento, salvo redução pelo juiz (art. 537, § 1.º, I). O poder conferido ao órgão judiciário no art. 537, § 1.º, visa a subordinar, por razões de equidade, o montante da pena ao valor global das perdas e danos.¹⁴²⁶

¹⁴²² Ibidem, p. 803.

¹⁴²³ PEREIRA, Rafael Caselli. Op. Cit., p. 162.

¹⁴²⁴ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. MULTA DIÁRIA. NECESSIDADE DA INTIMAÇÃO PESSOAL DO EXECUTADO. SÚMULA 410 DO STJ. 1. É necessária a prévia intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer antes e após a edição das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, nos termos da Súmula 410 do STJ, cujo teor permanece hígido também após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. 2. Embargos de divergência não providos. EREsp 1.360.577/MG, Corte Especial, Rel.: Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 07/03/2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201202737602&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 11 jan. 2021.

¹⁴²⁵ PEREIRA, Rafael Caselli. Op. Cit., p. 164.

¹⁴²⁶ ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro: manual de execução. 2ª ed. em E-book baseada na 18ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. vol. 4. [E-book]. Não paginado.

A multa persistirá enquanto for necessário e possível o cumprimento da prestação específica, ou até que seja efetivamente cumprida pelo devedor. Havendo o reconhecimento da impossibilidade de cumprimento, apurar-se a o valor devido para a execução somado ao valor das perdas e danos (art. 499 do CPC/2015), caso seja requerida a conversão pelo credor. E, a sua eficácia poderá ser interrompida pela interposição de Agravo de Instrumento recebido com efeito suspensivo, caso em que tenha sido fixada em tutela provisória por exemplo (art. 1015, I e VI, do CPC/2015), ou com o recebimento de Apelação pelo tribunal com efeito suspensivo (art. 1012, §§ 3º e 4º, do CPC/2015).

Ademais, inova o CPC/2015 ao prever que a decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte (art. 537, § 3º, do CPC/2015). Nestes casos deve ser seguido pelo credor o rito do cumprimento provisório de sentença (art. 520 e seguintes do CPC/2015); sendo esta mais uma importante medida de coerção psicológica que permite ao credor antecipar a cobrança da multa vencida. Nas palavras de Freddie DIDIER JUNIOR e outros “(...) o devedor não apenas sabe que a medida executiva continua a incidir enquanto mantido o estado de inadimplência, como também experimenta atos concretos de cobrança do valor da multa.”¹⁴²⁷ Assim, a execução provisória da multa, que necessariamente reclama o requerimento do credor (art. 513, § 1º, e art. 520, I, do CPC/2015), corre concomitantemente com as medidas coercitivas para o cumprimento da obrigação imposta.

Superar-se-ia, somente nesta fase o ideário de intimação pessoal para o cumprimento com fundamento na Súmula 410 do STJ, sendo necessária a intimação pessoal do devedor somente nos casos que seja revel ou não tenha advogado constituído nos autos (art. 513, § 2º, II, do CPC/2015); no entanto, o STJ ratificou o entendimento da indispensabilidade da intimação pessoal, ainda que nestes casos. Justifica-se a intimação pessoal tendo em conta que a obrigação deve ser cumprida pelo próprio executado, diferente de atos processuais postulatórios, a contagem da multa não ocorre sem a intimação pessoal.

Exaurido, então, o prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento da decisão mandamental, serão acrescidos multa e honorários de 10 % (dez por cento) devidos ao cumprimento de sentença. Para que não haja a incidência da multa, o executado deve providenciar o depósito judicial, cujo levantamento, *ipsis litteris*, somente ocorrerá com o trânsito em julgado de sentença favorável à parte, e não antes, mesmo que haja prestação de caução (art. 520, IV, do CPC/2015). Nas palavras de Freddie DIDIER JUNIOR e outros,

Isso porque o beneficiário da multa só se torna, efetivamente, titular do direito subjetivo de crédito se e *quando* transitar em julgado a decisão que certifica o seu direito subjetivo à prestação (fazer ou não fazer) para cujo cumprimento se impôs a multa coercitiva. Ou seja: se o sujeito obteve a tutela provisória na qual se fixou multa coercitiva e o comando não foi cumprido pelo adversário, o montante somente será efetivamente devido se a decisão final confirmar a tutela provisória; o direito subjetivo ao crédito da multa somente nasce a partir do trânsito em julgado da decisão favorável,

¹⁴²⁷ DIDIER JUNIOR, Freddie; et al. Op. Cit., p. 635.

embora a multa possa ser cobrada desde quando teve início o descumprimento até a data da satisfação do fazer ou não fazer (art. 537, § 4º, do CPC).¹⁴²⁸

Destaca-se neste aspecto novamente o caráter acessório da multa. Seguindo-se o jargão de que “o acessório segue a sorte do principal”, somente haverá o direito subjetivo ao crédito da multa se a decisão que a fixar for confirmada em sentença. A execução provisória, neste caso, seria mais um elemento para a coerção psicológica do devedor, que, no entanto, deve aguardar o deslinde da lide para que seja economicamente aproveitado. O legislador neste ponto buscou homenagear tanto a segurança jurídica quanto a efetividade das decisões judiciais; tal tema já havia sido objeto de discussão pelo STJ no Tema 743.

Há, lado outro, instrumentos normativos especiais que condicionam não só o levantamento, mas o próprio início da execução da multa ao trânsito em julgado de sentença favorável. É o caso do art. 213, §§ 2º e 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990¹⁴²⁹) cujos valores serão revertidos ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo Município onde tramitar a demanda (art. 214 do ECA); e também do art. 83, §§ 2º e 3º, do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003¹⁴³⁰), cujos valores reverterão ao Fundo do Idoso, onde houver, ou ao Fundo Municipal de Assistência Social, ficando vinculados ao atendimento ao idoso (art. 84 da Lei); devendo ser observadas as particularidades nestes casos.

4 ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS RELEVANTES

Merecem, por fim, serem destacados os aspectos jurisprudenciais relevantes, sob os quais ainda hoje o STJ está em constante debate, dizem respeito à alteração do valor e ou periodicidade da multa e ou diminuição do valor já consolidado. Isto porque, restou fixado também no § 1º do art. 537 do CPC/2015, a faculdade do juiz, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: se tornou insuficiente ou excessiva (inciso I) ou que o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento (inciso II).

Outrossim, tal dispositivo, ao permitir ao juiz de ofício a alteração ou revisão do valor da multa, aparentemente, o faz em relação à multa vincenda e não em relação à multa vencida; salvo se a decisão for no sentido de sua exclusão. Ainda que não se possa falar em coisa julgada ou preclusão sobre a decisão que fixa a multa, segundo o entendimento do STJ (Tema 706)¹⁴³¹; se for do entendimento do juiz majorar ou

¹⁴²⁸ Ibidem, p. 636.

¹⁴²⁹ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069, de 12 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 de jan. 2021.

¹⁴³⁰ BRASIL. Estatuto do Idoso. Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em 12 de jan. 2021.

¹⁴³¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA DIÁRIA ARBITRADA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Casa é iterativa no sentido de que a decisão que comina a multa

minorar a multa, agora a previsão expressa de Lei dispõem que ela não produzirá efeitos retroativos (*ex nunc*), em observância à segurança jurídica, ponto em que há ainda ampla divergência doutrinária. No entendimento de Daniel Amorim Assumpção NEVES,

(...) enquanto a multa mostrou concreta utilidade em pressionar o devedor, o valor obtido é realmente um direito adquirido da parte, não podendo o juiz reduzi-lo, ainda que instado a tanto pela parte contrária. Mas isso não significa que o valor calculado durante todo o tempo de vigência da multa seja efetivamente devido, porque a partir do momento em que a multa teve seu objetivo frustrado, perdendo a sua função, a sua manutenção passaria a ter caráter puramente sancionatório, com nítido desvirtuamento de sua natureza. O mais adequado é o juiz determinar, com eficácia *ex tunc*, a partir de quando a multa já não tinha mais utilidade, revogando-a a partir desse momento e calculando o valor somente ao período que a multa se mostrou útil.¹⁴³²

A alteração da periodicidade e valor da multa pelo juiz poderá acontecer caso tenha ela se tornado insuficiente ou excessiva, caso a obrigação tenha sido parcialmente cumprida pelo devedor ou se este demonstrar justa causa ao seu descumprimento; ou seja, depende da apresentação de fatos/elementos supervenientes a sua fixação, e plena conformação nas hipóteses legais mencionadas. Expõem Freddie DIDIER JUNIOR e outros que isso é possível considerando-se o caráter acessório da multa, que deixa de incidir quando não é mais possível cumprir a ordem de fazer ou não fazer, ou caso tenha havido seu cumprimento total ou parcial.¹⁴³³

A revisão de ofício pelo juiz para minorar o valor da multa sempre foi tema debatido na jurisprudência, tendo como principal fundamento o enriquecimento indevido do credor, vedado no ordenamento jurídico pelo art. 884 do Código Civil. Segundo a doutrina, o enriquecimento pode advir do lado perverso da multa, que pode ser conceituado a partir do acúmulo de seu valor em razão do não cumprimento da decisão judicial, quando o valor tende a tornar-se desproporcional e superior ao valor da obrigação imposta (pelo seu equivalente em pecúnia, por exemplo).¹⁴³⁴

Antes da vigência da nova norma processual eram frequentes no STJ os julgados que reduziam *ex officio* o valor da multa para que não causassem enriquecimento sem

não preclui nem faz coisa julgada material. Assim, é possível a modificação do valor dessa sanção até mesmo de ofício, a qualquer tempo, inclusive na fase de execução, quando irrisório ou exorbitante. 2. Para verificar se o valor da multa cominatória é exorbitante ou irrisório, ou seja, se está fora do patamar de proporcionalidade e de razoabilidade, deve-se considerar o quantum da multa diária no momento da sua fixação, em vez de comparar o seu total alcançado com a integralidade da obrigação principal, tendo em vista que este critério prestigiará a conduta de recalcitrância do devedor em cumprir a decisão judicial, além de estimular a interposição de recursos a esta Corte para a redução da sanção, em total desprestígio à atividade jurisdicional das instâncias ordinárias. 3. (...). 4. Agravo interno desprovido. AgInt no AREsp 1.362.273/PR, 3ª Turma, Rel.: Min. Marco Aurélio Belizze, DJe 21/02/2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201802357980&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 11 jan. 2021.

¹⁴³² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. Cit. p. 1.033.

¹⁴³³ DIDIER JUNIOR, Freddie; et al. Op. Cit., p. 615.

¹⁴³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. vol. 2. p. 803-804.

causa em favor da parte. Atualmente, é o entendimento de que somente de forma excepcional, em sede de recurso especial, o valor da multa poderá ser alterado, se ínfimo ou exagerado¹⁴³⁵; o que também deve ser aplicado em outros recursos, como o de apelação, e caso haja pedido de reforma nesse sentido.

De fato, mesmo após a vigência do CPC/2015 continua sendo um tema caro às *astreintes* separar a linha tênue do arbitramento da multa cominatória com o enriquecimento indevido. Isto porque, o acúmulo da multa em razão do não cumprimento da obrigação pode tornar-se desproporcional face à obrigação imposta; ainda que a ela não esteja limitado, como já destacado. Não se olvida neste ponto, que o credor tenha direito de receber o valor da multa fixada pelo descumprimento da obrigação pelo devedor, mas o que ultrapassar excessivamente o que lhe é devido, pode importar no seu enriquecimento indevido. Ressalvam Luiz Guilherme MARINONI, Sérgio Cruz ARENHART e Daniel MITIDIERO que,

Ademais, a única razão de ser da multa é de pressionar ao cumprimento da obrigação. Quando seu valor atingiu limite que se tornou insuportável e, ainda assim, não venceu a resistência do réu, é de admitir que o seu incremento, ou mesmo a continuação da sua imposição, não permitirá o alcance dos fins inicialmente almejados. Ainda assim, a orientação da multa brasileira caminha em outro sentido. A multa é sempre devida ao exequente, não importando o valor que venha a atingir. De todo modo, o *caput* do art. 537 do CPC, indica que o valor da multa deve ser “suficiente e compatível com a obrigação”, o que pode prestar-se como referência para que, ultrapassado exagerada e desproporcionalmente o valor da prestação devida, deve o magistrado perceber a *inefetividade* desse meio coercitivo, substituindo-a por outra técnica ou modificando o seu valor ou a sua periodicidade (art. 537, § 1º).¹⁴³⁶

A redução da multa tendo como único fundamento o enriquecimento ilícito da parte, neste viés, contraria a existência do próprio instituto, tendo o STJ se pronunciado neste sentido (antes mesmo da vigência do *códex*), e fixado importante precedente que dispõe “*Se o único obstáculo ao cumprimento da determinação judicial para qual havia a incidência de multa diária for o descaso do devedor, não é possível reduzi-la, pois as astreintes têm por objetivo, justamente, forçar o devedor renitente a cumprir sua obrigação.*”¹⁴³⁷ Isto porque o devedor tem o dever de mitigar o próprio

¹⁴³⁵ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. DANO MORAL E MULTA COMINATÓRIA. REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO. INVIABILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar os valores fixados a título de indenização por danos morais ou de multa cominatória, quando ínfimos ou exagerados. Hipótese em que os valores estabelecidos atendem às peculiaridades da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 2. Inviável, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo interno a que se nega provimento. AgInt no AREsp 1621499/DF, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 21/09/2020, DJe 24/09/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201903429401&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 11 jan. 2021.

¹⁴³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. vol. 2. p. 805.

¹⁴³⁷ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.192.197/SC, 3ª Turma, Rel.: Min. Nancy Andrighi, DJe 05/06/2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNu>

o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*), ou seja, tem o dever de impedir o aumento da desnecessário e irrazoável do montante da multa arbitrada, em homenagem a cooperação e a boa-fé processuais (art. 5º do CPC/2015)¹⁴³⁸, e não pode reclamar a redução da multa alegando o enriquecimento ilícito da outra parte, se ele mesmo não cumpriu com o ônus que lhe incumbia.

Noutro sentido, o CPC/2015 consagra no art. 5º e 6º o dever de boa-fé e cooperação das partes no processo; deste modo, a multa fixada no processo também não pode ser vista pelo credor (exequente) como um meio de enriquecimento para além do bem da vida pretendido, criando-se a expectativa de que o devedor não cumpra a decisão para que esta se faça incidir. Ao credor também incumbe a manutenção da demanda para que seu direito seja satisfeito, deve este ser diligente ao buscar a efetivação de seu direito, adotando postura proativa no sentido de cobrar do juiz a adoção de medidas mais eficazes de coerção; se ao revés permaneceu inerte mostrando-se mais interessado na percepção da multa em si, do que na tutela do direito material almejado¹⁴³⁹, isto também pode ser dado como causa *in concreto* para a redução da multa.

A exclusão da multa, cujos efeitos operariam *ex tunc*, segundo a doutrina de Freddie DIDIER JUNIOR deve ser tida como excepcional e se forem vislumbrados no caso concreto: a desproporcionalidade da medida e a impossibilidade de cumprimento pelo devedor.¹⁴⁴⁰ Na concepção de Diego Henrique Nobre de OLIVEIRA, há que se considerar o dever de agir com boa-fé, de maneira que, impossibilitado o cumprimento da ordem judicial, deve o devedor informá-la ao juízo o mais rápido possível, para que a multa não se faça incidir. Ressalvando que “(...) a multa será computada até o evento que impediu a tutela in natura, já que até esse momento ela podia cumprir sua função de coagir o devedor ao cumprimento do dever (...)”¹⁴⁴¹

A nova norma processual criou, portanto, no art. 537, § 1º, do CPC/2015 uma expectativa de direito ao exequente da multa. A multa deverá ser revista nas hipóteses previstas em Lei; e somente não incidirá em caso de cumprimento do preceito no prazo concedido, justificativa em tempo da impossibilidade do cumprimento da decisão ou não se não for proferida sentença favorável à parte (art. 537, § 3º, última parte, do CPC/2015), considerando-se sempre a acessoriedade da multa em relação ao pedido. A revisão para majorar o minorar ou valor, considerando-se que ela se tornou excessiva ou insuficiente não produz efeitos *ex tunc* (retroativos), em observância a segurança jurídica e a disposição legal trazida com a norma processual vigente; ainda que se mostre distinta ao consolidado entendimento jurisprudencial.

Outro tema de relevo no que tange à multa cominatória ou *astreintes* é a sua aplicabilidade face à Fazenda Pública. O STJ possui entendimento de que é possível

meroRegistro&termo=201000821010&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em 11 jan. 2021.

¹⁴³⁸ DIDIER JUNIOR, Freddie; et al. Op. Cit., p. 620-621.

¹⁴³⁹ Idem.

¹⁴⁴⁰ Ibidem, p. 617-618.

¹⁴⁴¹ OLIVEIRA, Diego Henrique Nobre de. Algumas questões sobre as *astreintes* e seu regramento no novo Código de Processo Civil. IN: DIDIER JUNIOR, Freddie; MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Novo CPC Doutrina Selecionada: Execução. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 5. p. 278.

a sua fixação sob ente público, especialmente no que tange às tutelas de direito à saúde e fornecimento de medicamentos (Tema 98, art. 6^a da Constituição de 1988).¹⁴⁴² Entende-se nesses casos que a multa não visa punir a administração pública, mas combater a má conduta do agente público que descumpriu a ordem judicial por saber que a multa recairia sob o erário.¹⁴⁴³ Não se olvida nessa hipótese que possa haver ação de regresso da administração pública contra o agente, ressalvadas ainda outras sanções administrativas e criminais, pela prática do ato doloso ou culposo de improbidade administrativa (Lei 8.429/92¹⁴⁴⁴). Confirma-se, portanto, a aplicabilidade da *astreinte* sobre a Fazenda Pública, cujo reconhecimento encontrou resistência durante muito tempo na doutrina por considerar-se que ao fim e ao cabo o responsável pelo adimplemento da multa seria a própria sociedade.¹⁴⁴⁵

O fundamento para a resistência reside na inexistência de coercitividade, porque a multa não causaria abalo psicológico a uma pessoa em específico, vez

¹⁴⁴² BRASIL. 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 AgRg no 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 recalcitrância 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. (...) 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 1.474.665/RS, Repetitivo Tema 98, Segunda Seção, Rel.: Min. Benedito Gonçalves, DJe 22/04/2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquis a/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402074797>. Acesso em 11 jan. 2021.

¹⁴⁴³ DIDIER JUNIOR, Fredie; et al. Op. Cit., p. 627.

¹⁴⁴⁴ BRASIL. Lei Improbidade Administrativa. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 12 de jan. 2021.

¹⁴⁴⁵ CHALFIN, Renato. Anotações sobre as *Astreintes* no Novo Código de Processo Civil: o que mudou? Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/6/art20160620-06.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2019.

que a Fazenda Pública não se apresenta como um único indivíduo que possa ser subjetivamente afetado.¹⁴⁴⁶ Neste sentido, é ponto ainda controvertido na doutrina a possibilidade de aplicação da multa cominatória diretamente ao agente público responsável pelo cumprimento da obrigação. Esta alternativa restou levantada por Freddie DIDIER JUNIOR e Luiz Guilherme MARINONI, como forma de efetiva coação psicológica; discordam dessa possibilidade Marcelo Lima GUERRA, Guilherme Rizzo AMARAL, ao ressaltar que agente público em hipótese remota participa da relação jurídico-processual que fixou a multa, e, portanto, não pode por ela ser responsabilizado.¹⁴⁴⁷ No entendimento de Rafael Caselli PEREIRA,

(...) a aplicabilidade ou não da *astreinte*, face ao Poder Público, deve ser analisada a partir do caso concreto, levando-se em conta, se não há outros meios menos gravosos a serem utilizados pelo Estado, para que seja alcançado o resultado prático equivalente (no caso a penhora *online* pode ser deferida de imediato na ação em que se busque o fornecimento de medicamentos, ao invés de se fixar *astreinte* e correr o risco de que, em caso de descumprimento, o *quantum* se torne expressivo, a ponto de punir o bolso do próprio cidadão). Ainda, sendo o Poder Público o destinatário do preceito de fazer ou não fazer, imperioso que o Judiciário leve em consideração pelas regras da experiência comum o tempo necessário para que sejam atendidas determinadas ordens, haja vista a já reconhecida burocratização excessiva e morosidade do sistema (...).¹⁴⁴⁸

Conseqüentemente, pode-se concluir que a aplicação da multa cominatória ou *astreinte* face à Fazenda Pública, ainda que aceita pela jurisprudência consolidada do STJ, reclama notória cautela pelo juiz, com o reconhecimento das particularidades do caso concreto. Os recursos recolhidos pelos entes públicos advêm da própria sociedade, e não é razoável puni-la pela morosidade e descumprimento de ordem judicial dentro da complexa administração da esfera pública. Por outro lado, não é possível admitir a morosidade do ente público face a prestação de um direito materialmente constituído e emergente, como o direito à saúde por exemplo. No caso concreto, cabe ao juiz adotar a medida mais adequada e razoável à solução da lide, sendo a orientação doutrinária acima citada, pelo equivalente em pecúnia (e medida sub-rogatória como penhora via SISBAJUD, por exemplo).

CONCLUSÃO

Pelo exposto, pode-se inferir a importância que as *astreintes* desempenham no processo de modo geral; as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º do CPC/2015) e a multa cominatória é instrumento de que se vale o juiz para coagir o devedor ao cumprimento da prestação específica (art. 497 do CPC/2015 – dar, fazer ou não fazer) e de pagar quantia certa.

¹⁴⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁴⁷ PEREIRA, Rafael Caselli. Op. Cit., p. 116.

¹⁴⁴⁸ Ibidem, p. 118.

A multa deve ser aplicada sobretudo visando o resguardo do direito material do exequente, mas deve ser compatível com a obrigação e com prazo razoável para seu cumprimento. Embora o *quantum* a ser fixado não encontre limites na obrigação ou no dano causado, é dever do juiz, através do poder geral de direção do processo, fixar a multa em patamar razoável e proporcional à obrigação imposta e considerando-se as circunstâncias do caso concreto, sob pena de que se torne excessiva ou inexecutável. Também é seu dever majorar a multa caso verifique que se tornou insuficiente e que a decisão imposta ainda não tenha sido cumprida pelo réu.

A multa, assim como a tutela de urgência (art. 297 do CPC/2015), perdura seus efeitos enquanto não for cumprida a obrigação ou revogada a decisão pelo juiz. Mesmo com a vigência do CPC/2015, amplo ainda é o debate jurisprudencial apresentado, seja pelos repetitivos mencionados, ou demais julgados sob os quais já se assenta entendimento consolidado. É, portanto, instrumento processual hábil à proteção de inúmeros direitos e meio que, se adequadamente utilizado, pode tornar o processo civil, como corolário da instrumentalidade processual, um caminho para a devida tutela jurisdicional e atividade satisfativa almejada pelas partes (art. 4º do CPC/2015).

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro: manual de execução. 2. ed. em E-book baseada na 18. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. vol. 4. [E-book]. Não paginado.
- BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 12 de jan. 2021.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 12 de jan. 2021.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 12 de jan. 2021.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 de jan. 2021.
- BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm. Acesso em: 12 de jan. 2021.
- BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069, de 12 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 de jan. 2021.
- BRASIL. Estatuto do Idoso. Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 12 de jan. 2021.
- BRASIL. Lei Improbidade Administrativa. Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-normaatualizada-pl.html>. Acesso em: 12 de jan. 2021.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AgRg no AREsp 738.682/RJ, 4ª Turma, Rel. Min.: Maria Isabel Gallotti, DJe 14/12/2016. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201501628853&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 11 jan. 2021.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AREsp 1.362.273/PR, 3ª Turma, Rel.: Min. Marco Aurélio Belizze, DJe 21/02/2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201802357980&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 11 jan. 2021.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AREsp 1621499/DF, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 21/09/2020, DJe 24/09/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201903429401&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 11 jan. 2021.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EREsp 1.360.577/MG, Corte Especial, Rel.: Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 07/03/2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201202737602&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 11 jan. 2021.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.192.197/SC, 3ª Turma, Rel.: Min. Nancy Andrighi, DJe 05/06/2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000821010&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 11 jan. 2021.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.474.665/RS, Repetitivo Tema 98, Segunda Seção, Rel.: Min. Benedito Gonçalves, DJe 22/04/2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402074797>. Acesso em: 11 jan. 2021.
- CHALFIN, Renato. Anotações sobre as Astreintes no Novo Código de Processo Civil: o que mudou? Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/6/art20160620-06.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2019.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; et al. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.
- GUERRA, Marcelo Lima. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2002. Apud: PEREIRA, Rafael Caselli. Op. Cit.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante processo comum. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. vol. 2.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Código de Processo Civil Comentado. 5. ed. rev., e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

OLIVEIRA, Diego Henrique Nobre de. Algumas questões sobre as *astreintes* e seu regramento no novo Código de Processo Civil. IN: DIDIER JUNIOR, Fredie; MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Novo CPC Doutrina Seleccionada: Execução. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 5.

PEREIRA, Rafael Caselli. A multa judicial (*astreinte*) e o CPC/2015: visão teórica, prática e jurisprudencial. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

REALE, Ana Luísa Fioroni. A multa *astreinte* como importante medida de apoio, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, diante do art. 139, IV, do Novo Código de Processo Civil. São Paulo, 2016. 166 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 166 f. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Ana-Lu%C3%ADsa-Fioroni-Reale.pdf Acesso em: 20 de out. de 2020.

A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO ATUAL CENÁRIO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Nicole Duarte¹⁴⁴⁹, Hermelindo Silvano Chico¹⁴⁵⁰

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988 ocorreram significativas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro. Neste passo, a família passa por transições, abandonando a clássica concepção atrelada ao casamento, registro e vínculo biológico, dissolvendo paradigmas, já que o conservadorismo não mais se sustentava.

Deixa a família de ser composta exclusivamente pelo casamento e pelos filhos advindos desta união, passando a ser entendida por todas as formas de arranjos afetivos, estando as relações muito mais marcadas pela afetividade do que unicamente pelo biologicismo¹⁴⁵¹. Estas relações de afetividade, entre outras, se encontram abrangidas pela união estável, pela unidade formada por apenas um dos pais e filhos (a família chamada monoparental), por filhos que convivem com genitor e padrasto, mães e madrastas¹⁴⁵², bem como pela pluriparentalidade.

O presente trabalho tem como proposta analisar como a afetividade passou a ser afirmada na filiação, de acordo com as alterações trazidas pela Constituição Federal e pelo Código Civil de 2002, verificando, também, como a jurisprudência tem se comportado diante das mudanças. Em um momento introdutório, analisar-se-ão as alterações ocorridas na entidade familiar, buscando refletir sobre as limitações da família, incluindo a posição de inferioridade da mulher (e mãe) no Código Civil de 1916. Nesse aspecto, iniciando no estágio pretérito ao texto constitucional, também serão analisadas as alterações legislativas quanto a filiação, quando da existência do opressor sistema do menor em situação irregular, das distinções entre filhos legítimos e ilegítimos, bem como quanto a sua submissão à autoridade familiar.

Neste passo, busca-se mostrar que os filhos se tornam sujeitos de direito, deixando de ser meros objetos de intervenção do Estado e de submissão paterna. Supera-se as distinções trazidas pelo Código de 1916 quanto da concepção de filiação composta restritamente por vínculos biológicos e matrimoniais, enfrentando outros valores e, dentre eles, o afetivo. Nesse sentido, o presente trabalho visa demonstrar a nova interpretação para o significado de família, com a superação do antigo modelo que exaltava o caráter patriarcal e hierarquizado do casamento e da consanguinidade.

Ao final, busca-se demonstrar a leitura jurídica da afetividade nas relações de filiação, quando da criação de condutas suscetíveis e merecedoras da aplicação

¹⁴⁴⁹ Nicole Duarte. Graduação em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil. Pós-Graduada em Direito. e-mail: nicole.duarte@tjpr.jus.br. Assessora de Magistrado, na 1ª Seção Judiciária com sede no Foro de São José dos Pinhais - TJPR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4963261945712757>. Orcid nº 0000-0003-2801-786X

¹⁴⁵⁰ Doutorando em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: hermelindo.chico@puqpr.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/289456515254439>. Orcid: 0000-0001-7897-193X.

¹⁴⁵¹ CALDERON Ricardo. Princípio da afetividade no direito de família. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 395.

¹⁴⁵² MONTEZEUMA, Marcia Amaral. Síndrome da Alienação Parental: diagnóstico médico ou jurídico? In: DIAS, Maria Berenice (Coord). Incesto e alienação parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 33.

da norma jurídica, oportunidade em que será analisado como o direito e a jurisprudência vêm se comportando frente ao reconhecimento da afetividade e às novas entidades familiares, de forma a protegê-las e facilitar o seu reconhecimento.

1 ALTERAÇÕES NO CONCEITO DE FAMÍLIA E FILIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Os ensinamentos de Claude Lévi-Strauss¹⁴⁵³ asseveravam que a família se caracterizava e se identificava por uma aliança entre homem, mulher e a uma filiação. Em se tratando de uma sociedade conservadora, para que fosse reconhecida a entidade familiar, tanto jurídica como socialmente, era preciso que houvesse a chancela do matrimônio, com perfil hierarquizado e patriarcal. O casamento era regrado e tutelado pelas leis da igreja, sendo visto como uma verdadeira instituição religiosa, devendo as orientações sacras serem rigidamente respeitadas.¹⁴⁵⁴

Sendo o catolicismo a base moral da sociedade brasileira¹⁴⁵⁵, a única estrutura familiar aceita era aquela constituída pelo casamento. Como bem leciona Maria Berenice DIAS¹⁴⁵⁶: “Chancelado pelos céus, o matrimônio não pode ser desfeito: o que Deus uniu o homem não separa!”. Em outras palavras, esta união era indissolúvel.

O Código Civil de 1916, limitava a família ao casamento e aos filhos legítimos. Não existindo o divórcio, a mulher estava sujeita a manter-se em uma relação que, muitas vezes (para não dizer sempre) a colocava em posição de inferioridade. Ao se casar, a esposa passava a ser representada pelo marido em todos os atos de sua vida civil, tornando-se relativamente incapaz.

O modelo de família da referida legislação originava-se no pátrio poder, que, ao contrário da definição de pai hoje existente, caracteriza-se, de fato, por um poder, uma soberania e autoridade. Todos se subordinavam ao *pater familias*. Mulher, filhos, netos, irmãos, escravos e libertos. Somente quem possuía direito próprio era o “chefe”, enquanto os dependentes eram *alieni iuris*, pessoas de direito alheio pertencentes ao patriarca¹⁴⁵⁷.

Não se buscava de forma alguma proteger as relações de afeto ou preocupar-se com a felicidade, mas sim, interessava-se em manter a estabilidade da tradicional família matrimonial.¹⁴⁵⁸ Tanto é assim que o pátrio poder somente atingia os filhos chamados de legítimos, que seriam apenas aqueles nascidos na constância do casamento, entre homem e mulher, e necessariamente concebidos posteriormente às núpcias. Ou seja, os laços sanguíneos entre genitor e filho sequer eram suficientes

¹⁴⁵³ LÉVI-STRAUSS, Claude. A família. Porto Alegre: Villa Martha, 1980, p. 46.

¹⁴⁵⁴ CALDERON, Ricardo. Princípio da Afetividade no direito de família. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 24.

¹⁴⁵⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

¹⁴⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 4 [e-book]

¹⁴⁵⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, Guarda e Autoridade parental. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13-16.

¹⁴⁵⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18.

para que estivesse sob sua autoridade¹⁴⁵⁹, sendo atribuída à mãe a responsabilidade de se encarregar pelos “filhos de segunda categoria.”¹⁴⁶⁰

Ao homem e marido cabia a administração e chefia da sociedade conjugal, com a atribuição de representar legalmente a família, administrar os bens comuns e particulares da mulher, estabelecer o domicílio conjugal, além de gerir a pessoa e os bens dos filhos menores.¹⁴⁶¹

À esposa restava apenas o cuidado da casa e educação dos filhos, mas ainda de forma relativa e secundária.¹⁴⁶² O lugar dado pelo direito para a mulher sempre foi um não lugar.¹⁴⁶³ A sua voz não era ouvida, devendo guardar seus pensamentos, ideias e opiniões para si, sendo ignorada do cenário público e político. Não possuía representatividade em seus direitos, sendo, em grande parte, analfabeta e subordinada ao marido. Sua força produtiva sempre foi descartada, não havendo o menor reconhecimento, quicá, pelos afazeres domésticos e cuidados dos filhos. “A ela era imposta a submissão, e aos filhos a obediência.”¹⁴⁶⁴

Os pequenos avanços iniciam-se em 27 de agosto de 1962, quando entra em vigor do Estatuto da mulher Casada (Lei nº 4.121/62), oportunidade em que é devolvido a sua capacidade absoluta, sendo possível que lhe fosse reservada a propriedade exclusiva dos bens adquiridos como produto de seu trabalho.

A partir da Emenda Constitucional nº 09/77 e da Lei nº 6.515/77, que regula a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, acabou a indissolubilidade do matrimônio, eliminando a ideia da família como instituição religiosa.

Para além disso, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, amplia-se o conceito de família, já não sendo mais uma instituição decorrente somente do matrimônio, ou que se limita a uma função meramente econômica, religiosa e política. Surge a possibilidade de ser reconhecida e se originar da informalidade, na uniparentalidade, e, essencialmente, a partir do elemento primordial: a afetividade.¹⁴⁶⁵ A hierarquia do patriarca cede lugar à democratização, passando as relações familiares a serem orientadas pela reciprocidade, igualdade e respeito. De acordo com Zeno VELOSO¹⁴⁶⁶, em um único dispositivo¹⁴⁶⁷ a Constituição Federal espancou séculos

¹⁴⁵⁹ Conforme estabelecido pelo artigo 383 do Código Civil de 1916: “O filho ilegítimo não reconhecido pelo pai fica sob o poder materno”.

¹⁴⁶⁰ SILVA, Marcos Alves. Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filho. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 51.

¹⁴⁶¹ DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto... p. 4 [e-book].

¹⁴⁶² MATOS, Ana Carla Harmatiuk. As Famílias não fundadas no casamento e a condição feminina. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 26.

¹⁴⁶³ PEREIRA, Rodrigo da cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. Revista Síntese Direito de Família. Porto Alegre. v. 4, n. 16, jan./mar, 2003, p. 5–11.

¹⁴⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das Famílias. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016, p. 105.

¹⁴⁶⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Princípios relativos à família. In: _____ (Coord.) Curso de direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 11 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018. p. 146.

¹⁴⁶⁶ VELOSO. Zeno. Homossexualidade e direito. O Liberal. Belém, ano 58, nº 29.176, mai.1999, p.3.

¹⁴⁶⁷ Referindo-se ao artigo 226 da Constituição Federal.

de hipocrisia e preconceito, ao instaurar a igualdade entre mulheres e homens, além de estender o conceito de família, a fim de proteger todos os seus membros.

Ao ser dada esta proteção em seu texto, a Constituição acentuou um novo conceito de entidade familiar, abrigo também outros vínculos afetivos, uma vez que o *caput* do artigo 226 possui cláusula geral de inclusão e, nesta oportunidade, também fez com que a proteção dada ao casamento fosse atribuída igualmente à união estável, não sendo aceitável excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Do mesmo modo, perante a nova dimensão adquirida à entidade familiar, abandona-se a designação tradicional “pátrio poder”, à qual atribuía-se ao homem e marido a soberania sobre os filhos, preferindo-se substituí-lá por poder familiar.¹⁴⁶⁸

Desta sorte, inicia-se um processo de transformação no ordenamento jurídico. Com isso, o Código Civil, ainda que possuindo o peso do conservadorismo em parte de seu texto, vez que feito no século passado, com a ajuda e contribuição da doutrina e da jurisprudência, é oxigenado, numa interpretação civil constitucional, passando-se a efetivamente permitir o início de questionamentos quanto à quebra patriarcado.

A partir de então, acompanhando os ditames constitucionais, em 1989, o art. 358 do Código Civil, que dispunha que os filhos incestuosos e os adúlteros não poderiam ser reconhecidos, é revogado por meio da Lei nº 7.841/89, sendo finalmente afastada a preconceituosa e discriminatória distinção entre os filhos fruto de relação extraconjugal ou não advindos do casamento e os concebidos na constância do matrimônio.

Por conseguinte, implanta-se um novo modelo para o direito da criança e do adolescente, deixando de lado o sistema irregular do menor, que possuía caráter assistencialista e beneficente (previsão do Código de Menores em 1979), passando a ser adotada a doutrina da proteção integral, prevista tanto constitucionalmente, por meio do artigo 227 da Constituição Federal, quanto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069, oficializada em 13 de julho de 1990.

O seu real valor passa a ser reafirmado,¹⁴⁶⁹ não somente como pessoas em situação de vulnerabilidade e em desenvolvimento biopsicossocial, mas também como filhos, parte da entidade familiar.

Diante disso, inicia-se o processo para o reconhecimento da filiação afetiva, migrando o conceito de “filho” de um fato natural para um ato volitivo. Assim, a verdade biológica cede seu espaço para a verdade construída a partir da vontade do exercício da parentalidade.¹⁴⁷⁰

2 O RECONHECIMENTO DA AFETIVIDADE NA FILIAÇÃO

A nova interpretação para o significado de família está diretamente conectada à afetividade, com a superação do antigo modelo, que exaltava o caráter patriarcal e

¹⁴⁶⁸ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42.

¹⁴⁶⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. O período Pós Constituição de 1988. In: ____ Curso de direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 11. ed, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p. 55

¹⁴⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto... p.21.

hierarquizado do casamento.¹⁴⁷¹ Nas palavras de CARBONERA, “o afeto, que começou como um sentimento unicamente interessante para aqueles que o sentiam, passou a ter uma importância externa e ingressou no meio jurídico”.¹⁴⁷²

Neste passo, embora a Constituição não traga em seu texto expressamente a palavra afetividade, tal situação se encontra sutilmente esboçada em diversas passagens, estando implícita em suas disposições, deixando claro que os selos do casamento e do biologicismo não são os únicos que merecem reconhecimento e proteção.

Face a essas considerações, Paulo LOBO cita expressamente quais artigos constitucionais possibilitam identificar a afetividade:

Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é propriedade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).¹⁴⁷³

Da mesma forma, o Código Civil também não apresenta menção direta em seu texto, mas é possível notá-la nas disposições do artigo 1.593, quando disciplina que, “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou **outra origem.**” (grifei). A expressão “outra origem” claramente reflete, ainda que timidamente, a possibilidade da existência e reconhecimento de um vínculo que não o biológico.¹⁴⁷⁴

Para o direito, o que interessa não é a afetividade enquanto fato psíquico ou social, mas sim, as relações sociais de natureza afetiva que criam condutas suscetíveis de merecerem a aplicação de normas jurídicas. Não se trata apenas de um sentimento e de uma manifestação individual e subjetiva.

A afetividade é exteriorizada, sendo alcançada no mundo jurídico pelas manifestações de solidariedade, cuidado, responsabilidade, assistência e educação, que passam a ser demonstradas dia-a-dia nos relacionamentos e a partir da convivência familiar.¹⁴⁷⁵

¹⁴⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. Em nome do pai. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord). Direito de família contemporâneo: doutrina jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 586-587.

¹⁴⁷² CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do afeto nas relações de família. In: Fachin, Luiz Edson (Coord). Repensando os Fundamentos do Direitos Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar. 1998, p. 274.

¹⁴⁷³ LOBO, Paulo. Direito civil: famílias. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 66.

¹⁴⁷⁴ ENUNCIADO 103 do Conselho da Justiça Federal “O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.” ENUNCIADO 108 do Conselho da Justiça Federal no fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e a socioafetiva. “ENUNCIADO 256 do Conselho da Justiça Federal. “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

¹⁴⁷⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Parentalidade socioafetiva: o ato fato que se torna relação jurídica. Revista

A afetividade, como dever jurídico, não se confunde com a existência real do afeto, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. O dever jurídico da afetividade entre pais e filhos apenas deixa de haver com o falecimento de um dos sujeitos ou se houver perda do poder familiar ou autoridade parental. Na relação entre cônjuges e entre companheiros o princípio da afetividade incide enquanto houver afetividade real, pois esta é pressuposto da convivência. Até mesmo a afetividade real, sob o ponto de vista do direito, tem conteúdo conceptual mais estrito (o que une as pessoas com objetivo de constituição de família) do que o empregado nas ciências da psique, na filosofia, nas ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune (amor e ódio, afeição e desafeição, sentimentos de aproximação e de rejeição). Na psicopatologia, por exemplo, a afetividade é o estado psíquico global com que a pessoa se apresenta e vive em relação às outras pessoas e aos objetos, compreendendo “o estado de ânimo ou humor, os sentimentos, as emoções e as paixões e reflete sempre a capacidade de experimentar sentimentos e emoções”. Evidentemente essa compreensão abrangente do fenômeno é inapreensível pelo direito, que opera selecionando os fatos da vida que devem receber a incidência da norma jurídica.¹⁴⁷⁶

Tão grande é a importância e o valor da afetividade que ela ganhou status de princípio fundamental no âmbito do Direito das Famílias, sendo a norteadora das relações familiares, conjugais e parentais.¹⁴⁷⁷ Desta forma, pormenoriza, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º III), da solidariedade (art. 3º, I) e entrelaça com os princípios da convivência familiar e da dignidade da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos, que destacam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.¹⁴⁷⁸

A forma conservadora de encarar a constituição da família foi alterada, “não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.”¹⁴⁷⁹

Há também maiores preocupações com a igualdade nos relacionamentos, seja entre pais e filhos, entre gêneros e outros parentes e companheiros.¹⁴⁸⁰ O conceito de entidade familiar é alargado, preconizando, mais do que a vontade, a felicidade individual de cada pessoa.¹⁴⁸¹ Além de superar sua composição matrimonializada, também é deixada de lado a sua formação meramente biológica, enfrentando

IBDFAM: Famílias e Sucessões. Belo Horizonte, v. 09 (mai./jun.), 2015, p. 19-20.

¹⁴⁷⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade em família e a orientação do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords). O superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 646/647.

¹⁴⁷⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Parentalidade socioafetiva...

¹⁴⁷⁸ LOBO, Paulo. Direito civil: Famílias... p. 65.

¹⁴⁷⁹ VIAFORE, Vanessa. O abandono afetivo e a responsabilidade civil frente ao afeto. Disponível em: www.pucrs.br/direito/graduação/tc/tccII/trabalhos2007_2/Vanessa_Viafore.pdf. Acesso em 16 ago. 2019.

¹⁴⁸⁰ CALDERON, Ricardo. Princípio da Afetividade no direito de família.... p. 18.

¹⁴⁸¹ Autos nº 2519184-2/2009. Vara de Família da Comarca de Simões Filho/BA. Data de Julgamento: 19 maio de 2009. Juíza de Direito Maria Martha Goés Rodrigues de Moraes.

outros valores no que diz respeito à filiação, sendo eles afetivos, emotivos e, até mesmo, psicológicos.¹⁴⁸²

Destaca-se, que o período de incidência do fato jurídico, que representa o princípio da afetividade, varia conforme a modalidade. Nas relações de parentalidade não há prazo fixo, o dever jurídico e responsabilidade perante os filhos persiste e conserva-se, já que é característica da própria relação parental.

Em contrapartida, este dever nas relações de conjugalidade, de modo genérico, permanece enquanto durar o relacionamento (embora em algumas situações os efeitos da relação conjugal possam ser postergados para um período posterior ao seu término, como por exemplo, o dever de prestar alimentos ao ex-cônjuge).¹⁴⁸³

Historicamente falando, há mais de três décadas a filiação afetiva é reconhecida pelo direito brasileiro, especificamente em 1979, com João Baptista Villela, por meio do artigo “Desbiologização da Paternidade”, o qual aduz:

A desbiologização da paternidade, que é, ao mesmo tempo, um fato e uma vocação, rasga importantíssimas aberturas sociais. Em momento particularmente difícil, quando o mundo atravessa aguda crise de afetividade, e, dentro dele, o país sofre com seus milhões de crianças em abandono de diferentes graus e espécies, a consciência de que a paternidade é opção e exercício, e não mercê ou fatalidade, pode levar a uma feliz aproximação entre os que têm e precisam dar e os que não têm e precisam receber.¹⁴⁸⁴

Logo, por vezes, a simples relação consanguínea não é suficiente para a materialização da essência da parentalidade, sendo muitas as situações em que o afeto e a carinho servem de suporte único para a criação do vínculo filial, como leva a lição de Maria Tereza Maldonado:

A verdadeira paternidade não é aquela que se adquire com o nascimento, mas aquela em que o amor brota no cotidiano. O amor não nasce com o nascimento de uma criança, ele é adquirido com o passar dos dias ao seu lado, cuidando da alimentação, do banho, da febre, acompanhando as primeiras palavras, os primeiros passos, enfim, é viver e crescer juntos, nas alegrias e nas dificuldades, é dessa convivência que o amor nasce, é a convivência plantada no solo fértil do amor.¹⁴⁸⁵

A filiação é construída no dia-a-dia, a partir dos gestos de cuidado, educação, amor e proteção. O vínculo biológico não garante amor,¹⁴⁸⁶ nem afeto e muito menos registro.¹⁴⁸⁷ Não que registro em cartório signifique presença e afeto, mas, também,

¹⁴⁸² DELINSKI, Julia Cristini. O novo direito e filiação. São Paulo: Dialética: 1997, p. 34

¹⁴⁸³ CALDERON, Ricardo. Princípio da Afetividade no direito de família... p. 144

¹⁴⁸⁴ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte: UFMG, n. 21, 1979.

¹⁴⁸⁵ MALDONADO, Maria Tereza. Os caminhos do coração: pais e filhos adotivos. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 26.

¹⁴⁸⁶ VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade... p. 27.

¹⁴⁸⁷ Inclusive, é isto que mostra o último Censo escolar, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ e divulgado em 2013, o qual noticiou que, assustadoramente, 5,5 milhões de crianças brasileiras apresentam a expressão “Pai não declarado” em seu registro. O que claramente viola o direito constitucional da criança à personalidade e identidade.

não se pode dizer que com a sua ausência deixa de existir família. E mais, não há que se dizer que o vínculo biológico é o único apto a caracterizar a filiação.

Há tempos o caráter matrimonializado, biológico e registral deixou de ser o único parâmetro para caracterizar a filiação e da entidade familiar. Neste passo, Jacqueline Nogueira afirma:

A afetividade é o elemento nuclear e definidor da união familiar, onde a finalidade mais relevante da família é a realização da afetividade pela pessoa no grupo familiar, num humanismo que só se constrói na solidariedade com o outro, a função afetiva a unifica e a estabiliza, onde o respeito, a liberdade e a igualdade são práticas constantes.¹⁴⁸⁸

Neste passo, a família passa a ser entendida por todas as formas de arranjos afetivos, que, dentre tantas, compreendem a adoção monoparental, adoção por casais homoafetivos, decisão de uma gravidez independente, famílias poliafetivas, filhos que convivem com genitor e padrasto, mães e madrastas e meio irmãos.¹⁴⁸⁹ A compreensão da relação advinda entre pais e filho nasce da superação do antigo pátrio poder, firmando-se em três pilares fundamentais: a afetividade, a publicização das relações de família, e a necessidade de novos sujeitos: a criança e adolescente.¹⁴⁹⁰

3 EXAME DO ATUAL CENÁRIO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA NO DIREITO DE FAMÍLIA

Hoje a afetividade é o vetor principal para caracterizar uma família. Desta forma, o componente afetivo reflete a verdade jurídica que está além das situações sociais, que teriam origem e determinação predominantemente biológicas.¹⁴⁹¹ Insta esclarecer que, o reconhecimento da filiação socioafetiva não extingue, necessariamente, os vínculos filiais pré-existentes no registro, ou seja, não se confunde com a adoção, já que referido instituto é regido especialmente pela subseção IV do Estatuto da Criança e do Adolescente e trata-se de medida excepcional.

A adoção somente será concretizada após um longo e rígido processo, quando esgotados todos os meios e tentativas para a manutenção daquela criança ou adolescente na família natural ou extensa, devendo ser prestada toda assistência, preparação psicossocial e jurídica. Em suma, ela cancela o registro original¹⁴⁹² do adotado (art. 41 e 47 do ECA), permitindo a desvinculação dos vínculos com os pais e parentes originários e inclusão dos adotantes.¹⁴⁹³

¹⁴⁸⁸ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 55.

¹⁴⁸⁹ MONTEZEUMA, Marcia Amaral. Síndrome da Alienação Parental: diagnóstico médico ou jurídico? In: DIAS, Maria Berenice (Coord). Incesto e alienação parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 33.

¹⁴⁹⁰ SILVA, Marcos Alves. Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filho. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 55.

¹⁴⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 20

¹⁴⁹² Salvo na adoção unilateral.

¹⁴⁹³ Pedido de Providência Número: 0002653-77.2015.2.00.0000. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Decisao%20socioafetividade.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2021.

Em contrapartida, a parentalidade socioafetiva entende-se por aquela relação construída ao longo dos anos entre pais e filhos, respaldada pelo livre e consciente reconhecimento da filiação, com a unívoca intenção, daquele que age como se pai/mãe fosse, de se ver juridicamente instituído como genitor¹⁴⁹⁴, assim como a unívoca intenção daquele que age como filho de se ver juridicamente reconhecido como tal.

Sobre o tema, ainda há grandes discussões nos tribunais, a fim de debater sobre o que há de prevalecer: a filiação biológica ou a afetiva. Seria possível e viável o reconhecimento concomitante de ambas? De um lado, a comprovação de ligação sanguínea entre duas pessoas, a qual pode ser atestada por meio de exame de ascendência genética, e de outro, há o estado de filiação construído pelo cotidiano e estabilidade de rotina.¹⁴⁹⁵

Nesse sentido, três correntes do direito de família brasileiro discutem sobre o assunto. A primeira sustenta que a parentalidade afetiva pública, contínua, estável e duradoura, prevalece sobre o vínculo biológico. A segunda, sustenta que prevalece o vínculo biológico, independentemente de ter inexistido qualquer convivência entre as partes (genitor e filho), mesmo perante a existência de uma realidade socioafetiva concreta. Quanto à terceira, esta afirma que é possível o reconhecimento das duas, em conjunto, sem a prevalência de uma ou outra, o que é denominado de multiparentalidade.¹⁴⁹⁶

Adianto que a lógica é uma só: a parentalidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem biológica. Inclusive, a nova interpretação do Direito de Família, acompanhando os ditames constitucionais, veda que uma se sobreponha à outra, sob pena de afrontar o princípio da igualdade de filiação/não discriminação entre os filhos. Desta forma, não há que se falar em eliminação da verdade biológica quando da existência da socioafetiva. O que existe é a superação da hierarquia, sobrevivendo a liberdade de escolha, fortificada em reais sentimentos, livre de imposições sociais.

3.1 PATERNIDADE AFETIVA

A paternidade afetiva pode ser identificada em caso de registro de filho alheio como próprio, situação bastante conhecida como “adoção à brasileira”, que se entende por uma espécie informal de adoção, sem dar cumprimento às determinações que o instituto requer.

Há ainda aquele que registra o filho da companheira como seu, mas só posteriormente vem a saber que não seria o pai biológico. Entretanto, este pai continua o papel de cuidado, em uma relação afetiva e estabelecida a paternidade responsável entre ambos, que se resume em acompanhar, partilhar e orientar a vida desse filho, com a dedicação de um pai socioafetivo, já que o pai biológico não se encontra nessa função.

¹⁴⁹⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: Famílias. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p. 390/391.

¹⁴⁹⁵ LOBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, ano V, n 19, p, 153.

¹⁴⁹⁶ CALDERON, Ricardo. Princípio da Afetividade... p. 186.

Em 2001¹⁴⁹⁷, um caso paradigmático foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, no qual se discutia a relação paterno filial consolidada faticamente, mas que no decorrer da ação restou comprovado a ausência de vínculo consanguíneo. Ao julgar, o Tribunal de origem decidiu pela manutenção do vínculo parental, mesmo quando da inexistência de vínculo biológico, declarando o reconhecimento *in casu* da paternidade socioafetiva.

Tal situação merece destaque, tendo em vista que o caso foi julgado sob o pálio do Código Civil de 1916, que possuía texto com uma carga conservadora e racionalidade mais áspera para o acolhimento de situações subjetivas afetivas.¹⁴⁹⁸

Nesse contexto inúmeras outras decisões foram proferidas, passando a ser cada vez mais comum casos clamando por reconhecimento e deliberação, muitas delas fundamentadas no estado de posse de filho.

Na função de edificador das decisões jurisprudenciais, o Superior Tribunal de Justiça assumiu papel relevante ao legitimar o entendimento dos tribunais estaduais, sendo firme em reconhecer a afetividade nas relações familiares, conforme pode se identificar no posicionamento adotado no REsp. 119.346/GO¹⁴⁹⁹, refletindo, de certo modo, a transição paradigmática vivenciada pela sociedade e pelo Direito de Família na época.¹⁵⁰⁰

Em consonância com tal entendimento, diversos julgadores passaram a reconhecer os vínculos parentais socioafetivos, ou seja, relações fundadas exclusivamente por laços de afetividade.

Exemplo disso foi a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, o qual deferiu a visitação de dois enteados ao padrasto, que estava recolhido no cárcere. Na decisão, o Tribunal remeteu-se a fundamentação constitucional do apenado em receber visitas de familiares e a garantia das crianças e adolescentes de terem a convivência familiar garantida, inclusive quando seus familiares estiverem recolhidos ao cárcere. E, no caso, estando demonstrada a paternidade afetiva, haveria de ser deferida as visitas.¹⁵⁰¹

¹⁴⁹⁷ TJPR - Apelação Cível nº. 108.417-9 - 2ª Câmara Cível - Rel. Des. Accácio Cambi - Julg. 12/12/2001.

¹⁴⁹⁸ CALDERÓN, Ricardo. Princípio da Afetividade no direito de família... p. 92.

¹⁴⁹⁹ FILIAÇÃO. ANULAÇÃO OU REFORMA DE REGISTRO. FILHOS. HAVIDOS ANTES DO CASAMENTO, REGISTRADOS PELO PAI COMO SE FOSSE DE SUA MULHER. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA HÁ MAIS DE QUARENTA ANOS, COM O ASSENTIMENTO TÁCITO DO CÔNJUGE FALECIDO, QUE SEMPRE OS TRATOU COMO FILHOS, E DOS IRMÃOS. FUNDAMENTO DE FATO CONSTANTE DO ACÓRDÃO, SUFICIENTE, POR SI SÓ, A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DO JULGADO. - Acórdão que, a par de reputar existente no caso uma "adoção simulada", reporta-se à situação de fato ocorrente na família e na sociedade, consolidada há mais de quarenta anos. Status de filhos. Fundamento de fato, por si só suficiente, a justificar a manutenção do julgado. Recurso especial não conhecido. (REsp 119.346/GO, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, DJ 23.06.2003, sem grifo no original)

¹⁵⁰⁰ CALDERÓN, Ricardo. Princípio da Afetividade no direito de família... p. 93.

¹⁵⁰¹ AGRAVO EM EXECUÇÃO. VISITA DE ENTEADO. PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA. VINCULO AFETIVO DEMONSTRADO. 1. A Constituição Federal e a legislação ordinária preveem a garantia dos apenados de receber visita de seus familiares, a fim de manter vínculo externo e perseguir o objetivo ressocializador da execução penal. Na mesma linha é prevista a garantia das crianças e adolescentes de terem a convivência familiar garantida, inclusive quando seus familiares estiverem recolhidos ao cárcere. 2. No caso dos autos está demonstrado vínculo afetivo dos enteados (um adolescente e um maior de idade) com seu padrasto,

Em outubro de 2018, o STJ no julgamento do AREsp nº 1353043, negou provimento ao recurso fundamentando na irrevogabilidade do reconhecimento de filho prevista no art. 1.609 CC, sendo descabida a negatória de paternidade quando restou claro que se estabeleceu vínculo afetivo entre pai e filha, bem como, que o reconhecimento espontâneo da paternidade somente poderia ser desfeito quando demonstrado vício do ato jurídico, o que não ocorreu no caso.

Nessa perspectiva, os julgados refletem as mudanças ocorridas no ordenamento jurídico, admitindo a paternidade socioafetiva como um fato social que merece reconhecimento pelo Direito, criando condutas suscetíveis e merecedoras da aplicação da norma jurídica. Diante desse cenário, parece que o futuro do direito de família reserva um espaço muito maior para a vontade e realidade do que para o biologicismo.

A expectativa daqui para frente é que essa linha de pensamento seja seguida, vez que os julgados têm se intensificado quanto ao reconhecimento da afetividade, entendendo que ser filho, pai e mãe é muito mais do que um vínculo biológico, é poder reconhecer como família quem quer ser e fazer parte dela.

3.2 MATERNIDADE AFETIVA

Embora a discussão inicial tenha sido gerada quanto a paternidade socioafetiva, inúmeras situações fáticas demonstram que as relações materno-filiais, embasadas no vínculo socioafetivo, também vem buscando reconhecimento. Do ponto de vista jurídico, o reconhecimento da maternidade socioafetiva não merece distinção quanto aos casos de paternidade, ou seja, os mesmos fundamentos que sustentam e consolidam uma são hígidos para embasar a outra, devendo também ser verificada a partir da presença de fatos jurídicos que comprovem a sua existência.

Por esta forma, mesmo quando inexistentes vínculos de consanguinidade, é possível declarar uma relação de filiação materna fundamentada apenas pelo vínculo socioafetivo. Tal situação restou plenamente demonstrada no julgamento do REsp 1.291.357¹⁵⁰².

No caso, a autora afirma que, em razão do falecimento de sua genitora, logo após o seu nascimento, passou a ser criada por sua mãe de fato até a data de seu óbito. O Tribunal de origem julgou antecipadamente a lide, extinguindo o feito sem resolução do mérito, sob o fundamento de ausência das condições da ação, quanto a impossibilidade jurídica do pedido, já que a mãe socioafetiva não teria demonstrado, em vida, a intenção de adotar a requerente, e nem deixado testamento com tal manifestação de vontade.

mostrando-se salutar o deferimento das visitas a fim de dar efetividade as garantias constitucionais. RECURSO PROVIDO. Agravo Nº 70078101276, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 15/08/2018

¹⁵⁰² RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – FAMÍLIA – AÇÃO DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE SOCIOAFETIVA – INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE EXTINGUIRAM O FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, SOB O FUNDAMENTO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA AUTORA. CONDIÇÕES DA AÇÃO – TEORIA DA ASSERÇÃO – PEDIDO QUE NÃO ENCONTRA VEDAÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO – POSSIBILIDADE JURÍDICA VERIFICADA EM TESE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Nº 1.291.357, 22 de outubro de 2015 (Data de julgamento). Relator: MINISTRO MARCO BUZZI.

Em sede recursal, o STJ deliberou que restou demonstrado que o pedido seria plenamente possível e, portanto, passível de análise pelo poder judiciário, uma vez que o ordenamento jurídico tem reconhecido cada vez mais as relações socioafetivas, quando se trata do estado de filiação, não existindo vedação legal explícita ao requerimento.

Os fundamentos expostos na decisão comprovam o acolhimento da afetividade como princípio no Direito de Família, o que reafirma que as relações afetivas de filiação, vivenciadas de forma duradoura e contínua, prossigam sendo percebidas na realidade brasileira, exigindo-se que sejam acolhidas juridicamente.

3.3 MULTIPARENTALIDADE

A discussão quanto a possibilidade de constar no registro de nascimento de uma criança a existência de dois ou mais pais (ou mães) e de eventual sobreposição da parentalidade biológica sobre a afetiva, vem tomando espaço na jurisprudência pátria.

A partir da atual estrutura do Direito Brasileiro, nas questões de filiação, vivencia-se um momento de superação lógica binária de exclusão, que admitia apenas uma espécie de filiação em cada caso, devendo ser optado ou pela afetiva ou pela biológica. Passa-se, em determinados casos, a adotar uma lógica plural, permitindo a coexistência das duas filiações.¹⁵⁰³

A multiparentalidade surge como uma alternativa intermediária em favor do filho que ostenta vínculo de afetividade com o pai afetivo e com o pai registral, sem que seja necessário colocar uma paternidade acima da outra. Conforme disposto no Acórdão n.919129: “Não há critério que possa definir preferência entre as duas formas de paternidade, sobretudo, quando há vínculo afetivo do menor tanto com o pai registral, como em relação ao pai biológico.”¹⁵⁰⁴

O Superior Tribunal de Justiça foi o pioneiro na construção da categoria da afetividade como elo parental. Dentre os casos julgados, menciona-se o REsp. 127.541/RS¹⁵⁰⁵, no ano 2000, e o REsp 813.604/SC¹⁵⁰⁶, em 2007, que mantiveram o reconhecimento do vínculo afetivo, ainda que existente ação de investigação de paternidade promovida por outra pessoa.

A prova da consolidação de que o entendimento se firmou é o reconhecimento da repercussão geral, tema nº 622 do STF.¹⁵⁰⁷ Ao decidir sobre a matéria, no RE 898060/SC, o STF optou pela coexistência das modalidades biológica e socioafetiva, ao invés de optar pela prevalência. No acórdão, por maioria, restou consolidado o entendimento da possibilidade da pluriparentalidade, mantendo-se ambas as paternidades de forma simultânea.

¹⁵⁰³ CALDERÓN, Ricardo. Princípio da Afetividade no direito de família... p. 216.

¹⁵⁰⁴ Acórdão n.919129, 20130610055492APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/02/2016, publicado no DJE: 16/02/2016.

¹⁵⁰⁵ REsp 127.541/RS, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10.04.2000, DJ 28/8/2000

¹⁵⁰⁶ REsp 813.604/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/08/2007, DJ 17/09/2007

¹⁵⁰⁷ “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.” (grifei).

Cabe ressaltar que a dupla paternidade/maternidade também é comum nos casos de reprodução assistida, que contam com o envolvimento de duas ou mais pessoas, quando o material genético de um homem e/ou de uma mulher é gestado no útero da doadora.

Nesse entendimento, o Enunciado n. 111¹⁵⁰⁸ da Primeira Jornada de Direito Civil dispõe que a reprodução por meio da técnica heteróloga é semelhante à adoção no que diz respeito à condição de filho atribuída à criança, feitas as devidas ressalvas quanto as distinções entre os institutos.¹⁵⁰⁹

Discutindo sobre o tema, o STJ¹⁵¹⁰ confirmou a decisão do juízo *a quo* e manteve o assento de nascimento de um infante com dupla paternidade (pai biológico e companheiro estável em união homoafetiva), sem a inclusão do nome da doadora do material fecundante. No referido caso, o companheiro pleiteou pela declaração da paternidade socioafetiva da recém-nascida, reconhecendo simultaneamente o nome dos dois pais no registro da criança, sem que houvesse a destituição do poder familiar do pai biológico.¹⁵¹¹

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral no julgamento RE 898.060/SC, já havia enfrentado a respeito dos efeitos da paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, permitindo implicitamente o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseada na origem biológica.¹⁵¹²

Em outra situação, tios conseguiram o direito de incluir seus nomes no registro civil de uma adolescente. Sendo os autores os responsáveis pela moradia, criação e bem-estar da menina desde os seus primeiros anos de vida, houve o reconhecimento da filiação socioafetiva, configurando caso de multiparentalidade, já que não houve destituição do poder familiar e prejuízo dos nomes dos pais biológicos no registro.¹⁵¹³

Diante do exposto, percebe-se que o nosso ordenamento jurídico está em processo de transformação, passando a efetivamente permitir o início de questionamentos quanto à quebra de barreiras morais e sociais, fato que se iniciou com

¹⁵⁰⁸ “A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.”

¹⁵⁰⁹ Na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecida a ligação entre a criança e o doador do material fecundante, ao passo que no processo adotivo são desligados os vínculos entre o adotado e seus familiares consanguíneos. Filgueira Filho. Fábio Antônio Correia. Comentários sobre os reflexos do REsp1.608.005/sc no contexto da reprodução assistida e multiparentalidade. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI308558,21048-Comentarios+sobre+os+reflexos+do+REsp1608005sc+no+contexto+da>. Acesso em 05 nov, 2019.

¹⁵¹⁰ REsp 1.608.005-SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019

¹⁵¹¹ Em juízo de primeiro grau, o pedido de registro da dupla paternidade foi julgado procedente. Todavia, o Ministério Público recorreu da sentença e apelou para o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC).

¹⁵¹² STF, RE 898.060, repercussão geral reconhecida, relator: ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21/9/16, publicação DJE em 24/8/17.

¹⁵¹³ Multiparentalidade: tios-avós terão seus nomes no registro civil de adolescente. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7063/Multiparentalidade%3A+tios-av%3B3s+ter%3%A3o+seus+nomes+no+registro+civil+de+adolescente>. Acesso em: 28 ago. 2021.

a simplória visão de família, resumida em pai, mãe e filho, para permitir que as entidades familiares sejam constituídas por quem e por tudo aquilo que se permita ser e estar.

3.4 RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Até recentemente o reconhecimento da maternidade e paternidade socioafetiva, para fins de formalizar o registro, somente ocorria mediante a via judicial, mesmo que consensual, sendo o único meio de reconhecê-la, tendo em vista a ausência de norma legal que a regresse. Só então, com a declaração judicial, seria averbada no registro, consagrando a relação socioafetiva documentalmente.

A partir de 2013, o cenário brasileiro começou a mudar, visto que alguns Estados passaram a autorizar o reconhecimento da filiação socioafetiva extrajudicialmente, diretamente nos cartórios de registro de pessoas naturais. O primeiro estado brasileiro a permitir o reconhecimento extrajudicial foi Pernambuco, passando os outros a acompanhá-lo, cada qual com um procedimento próprio, mas com fundamentações similares.¹⁵¹⁴

Perante a divergência nacional diante do tema, o IBDFAM desenvolveu pedido de providências¹⁵¹⁵ junto ao Conselho Nacional de Justiça, solicitando a padronização do procedimento de reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva em todos os cartórios de registro do país.

Por serem tantas as demandas judiciais e havendo a necessidade de uniformizar o procedimento, visando garantir a segurança jurídica, a Corregedoria Nacional de Justiça edita o Provimento nº 63 para dispor e regular sobre o reconhecimento voluntário e averbação de paternidade e maternidade socioafetiva, visando estabelecer previsões normativas para desburocratizar e tornar extrajudicial o registro da parentalidade socioafetiva, tornando desnecessário, em alguns casos, levar a questão à esfera judicial.

Em 14 de agosto de 2019 é editado o provimento 83/2019 do CNJ, o qual altera a sessão II do provimento 63/2017, para fins de limitar a faixa etária do reconhecimento extrajudicial, atingindo agora apenas os maiores de 12 anos, já que o provimento 63 não previa faixa etária mínima para tanto.

A mudança se fez necessária tendo em vista que a ausência de limitação gerava questionamentos, principalmente quanto a alteração da filiação de crianças ainda na primeira infância, situações que podem ser litigiosas e complexas,¹⁵¹⁶ ficando

¹⁵¹⁴ CALDERÓN, Ricardo. TOAZZA, Gabriele Bortolan. Filiação Socioafetiva: Repercussões a partir do Provimento 63 do CNJ. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/4/art20190426-07.pdf>. Acesso em: 07 out. 2019.

¹⁵¹⁵ CNJ. Pedido de Providências nº 0002653-77.2015.2.00.0000. Requerente: Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Decisao%20socioaf%20atividade.pdf>. Acesso em: 07 out. 2019.

¹⁵¹⁶ CALDERON, Ricardo. Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20\(revisado%2021%20agosto\)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%Aancias.pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%2021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%Aancias.pdf). Acesso em: 28 ago. 2021.

a encargo do judiciário que possui maiores condições de averiguar caso a caso. Assim, para as Serventias de Registros de Pessoas Naturais restaram apenas casos consensuais e incontroversos.

Nesse passo, também é acrescentado ao provimento nº 63 o artigo 10-A, buscando deixar claro que o vínculo afetivo deverá ser duradouro e público, *in verbis*: “A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e estar exteriorizada socialmente.” A intenção desta nova diretriz é deixar claro que não é qualquer relação que irá ser capaz e suficiente para reconhecer a relação paterno ou materno filial, mas somente aquelas com força suficiente para sedimentar a edificação de uma ligação socioafetiva.

Ainda, é preciso que a relação seja pública, estando exteriorizada no meio social em que os interessados convivem e, até mesmo, seja do conhecimento de terceiros. Ou seja, apenas relações ostensivas que geram reconhecimento na coletividade na qual convivem as partes é que estão a merecer este acolhimento extrajudicial.

No que diz respeito à multiparentalidade extrajudicial, o art. 14 do antigo Provimento n. 63 recebeu dois novos parágrafos. O *caput*¹⁵¹⁷ foi mantido, sendo acrescentado que somente será permitido a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno, devendo a Inclusão de mais de um ascendente tramitar pela via judicial. Percebe-se, desta forma, a preocupação de evitar vínculos sucessivos, que, a propósito, são difíceis de se concretizar na prática, pois geralmente o estado de filiação demanda tempo adequado de convivência a fim de sedimentar o estabelecimento da relação.¹⁵¹⁸

À face do exposto, constata-se que o Direito está acompanhando as constantes mudanças da sociedade, e a partir de então, vem criando formas e alternativas para desburocratizar o reconhecimento da afetividade, protegendo os novos arranjos familiares, na luta por igualdade e garantia dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma análise histórica da entidade familiar, pode-se concluir que as constantes mudanças sociais foram de grande relevância para a construção do modelo de família atual, principalmente no campo da filiação. A nova diretriz do Direito de Família, a partir da Constituição Federal de 1988, deixa de lado o entendimento de que a família tem como base única e exclusiva o matrimônio e os laços sanguíneos.

Perante a nova dimensão, abandona-se a designação tradicional “pátrio poder”, à qual atribuía ao homem e marido a soberania sobre os filhos. A partir de então, acompanhando os ditames constitucionais, finalmente é afastada a preconceituosa e discriminatória distinção entre os filhos legítimos (concebidos

¹⁵¹⁷ “O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.”,

¹⁵¹⁸ TARTUCE, Flávio. O provimento 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça e o novo tratamento do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucesoes/104,MI309727,81042-O+provimento+832019+do+Conselho+Nacional+de+Justica+e+o+novo> Acesso em: 28 ago. 2021.

na constância do matrimônio) e os ilegítimos (fruto de relação extraconjugal ou não advindos do casamento).

Desta sorte, inicia-se um processo de transformação no ordenamento jurídico, ainda que presente o peso do conservadorismo, com a ajuda e contribuição da doutrina e da jurisprudência, a legislação é oxigenada numa interpretação civil constitucional, passando-se a efetivamente permitir o início de questionamentos quanto à quebra de valores e práticas tradicionais. Mais do que isso, inicia-se um processo de superação do biologicismo, surgindo mudanças revolucionárias, levando ao reconhecimento da afetividade como elemento fundamental para a construção da família.

Com isso, descobre-se que o conceito de família não pode ser reduzido a modelos pré-estabelecidos, prevalecendo a flexibilização do sistema familiar, passando o Direito de Família a rever definições e posicionamentos, de forma a reconhecer que mero vínculo genético, por si só, não é suficiente para afastar a filiação socioafetiva. E mais, que existem casos em que a parentalidade afetiva poderá se sobrepor à relação de consanguinidade, em razão dos laços construídos no dia-a-dia, a partir dos gestos de cuidado, educação, amor e proteção, configurando uma relação pública, contínua, estável e duradoura.

Com a nova estruturação do Direito Brasileiro, também se vivencia momento de superação lógica binária, permitindo-se, em determinados casos, a coexistência das duas filiações: afetiva e biológica, adotando-se a lógica plural da multiparentalidade. Na luta por igualdade e garantia dos direitos fundamentais, criam-se formas e alternativas para proteger os novos arranjos familiares e desburocratizar o reconhecimento da afetividade, como verifica-se com a edição dos provimentos 63 e 83 do Conselho Nacional de Justiça, para fins de autorizar o reconhecimento da filiação socioafetiva extrajudicialmente, diretamente nos cartórios de registro de pessoas naturais.

Diante do exposto, percebe-se que a simplória visão de família, resumida em pai, mãe e filho, não mais se sustenta, e que a simples relação consanguínea não é mais suficiente para a materialização da essência da parentalidade, sendo muitas as situações em que o afeto e a carinho servem de suporte único para a criação do vínculo filial.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: Famílias. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.
- CALDERON Ricardo. Princípio da afetividade no direito de família. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- CALDERON, Ricardo. Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ. 2019. Disponível em [https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20\(revisado%2021%20agosto\)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%Aancias.pdf](https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%2021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FINAL%20-%20com%20refer%C3%Aancias.pdf). Acesso em: 28 ago. 2021.
- CALDERÓN, Ricardo. TOAZZA, Gabriele Bortolan. Filiação Socioafetiva: Repercussões a partir do Provimento 63 do CNJ. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/4/art20190426-07.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2021.
- CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do afeto nas relações de família. In: Fachin, Luiz Edson (Coord). Repensando os Fundamentos do Direitos Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.
- DELINSKI, Julia Cristini. O novo direito e filiação. São Paulo: Dialética: 1997.
- DIAS, Maria Berenice. As Uniões Homoafetivas frente à Constituição Federal. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/686/As+Uni%C3%B5es+Homoafetivas+frente+%C3%A0+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Feder+al+> Acesso em: 28 ago. 2021.
- DIAS, Maria Berenice. Filhos do afeto. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. [e-book]
- DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das Famílias. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016.
- FACHIN, Luiz Edson. Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código civil Brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. Em nome do pai. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord). Direito de família contemporâneo: doutrina jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- FILGUEIRA FILHO. Fábio Antônio Correia. Comentários sobre os reflexos do RESp1.608.005/sc no contexto da reprodução assistida e multiparentalidade. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI308558,21048-Comentarios+sobre+os+reflexos+do+RESp1608005sc+no+contexto+da> Acesso em: 28 ago. 2021.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.
- História do novo Código Civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/24906-historia-do-novo-codigo-civil/> Acesso em: 28 ago. 2021.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. A família. Porto Alegre: Villa Martha, 1980.
- LOBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, ano V, n 19, 2004.
- LOBO, Paulo. Direito civil: famílias. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOBO, Paulo. Socioafetividade em família e a orientação do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coords). O superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. O período Pós Constituição de 1988. In: _____ Curso de direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 11 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.
- MALDONADO, Maria Tereza. Os caminhos do coração: pais e filhos adotivos. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk. As Famílias não fundadas no casamento e a condição feminina. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MONTEZEUMA, Marcia Amaral. Síndrome da Alienação Parental: diagnóstico médico ou jurídico? In: DIAS, Maria Berenice (Coord). Incesto e alienação parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- Multiparentalidade: tios-avós terão seus nomes no registro civil de adolescente. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7063/Multiparentalidade%3A+tios-av%C3%B3s+ter%C3%A3o+seus+nomes+no+registro+civil+de+adolescente>. Acesso em: 28 ago. 2021.
- NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memoria Jurídica, 2001.
- Pedido de Providências nº 0002653-77.2015.2.00.0000. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Decisao%20socioafetividade.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2021.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Família, direitos humanos, psicanálise e inclusão social. Revista Síntese Direito

de Família. Porto Alegre. v. 4, n. 16, jan./mar, 2003, p. 5–11.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Parentalidade socioafetiva: o ato fato que se torna relação jurídica. Revista IBDFAM: Famílias e Sucessões. Belo Horizonte, v. 09 (mai./jun.), 2015, p. 19-20.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. Amante Virtual: (In) consequências no Direito de Família e Penal. Florianópolis: Habitus, 2001.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Marcos Alves. Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filho. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Roberto da. A construção do estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5554. Acesso em: 28 ago. 2021.

SOUZA, Juliana Rodrigues. Alienação Parental: sob a perspectiva do direito à convivência familiar. 2 ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2017.

TARTUCE, Flávio. O provimento 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça e o novo tratamento do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI309727,81042-O+provi+mento+832019+do+Conselho+Nacional+de+Justica+e+o+novo>. Acesso em: 28 ago. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, Guarda e Autoridade parental. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VELOSO, Zeno. Homossexualidade e direito. O Liberal. Belém, ano 58, nº 29.176, mai.1999.

VIAFORE, Vanessa. O abandono afetivo e a responsabilidade civil frente ao afeto. (Monografia). Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2007. Disponível em: www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2007_2/Vanessa_Viafore.pdf. Acesso em: 28 ago. 2021.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte: UFMG, n. 21, 1979.

BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS PARA FINS DE PERSECUÇÃO CRIMINAL E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AFETADOS PELA TECNOLOGIA

Ana Letícia Manfrim Rohden¹⁵¹⁹

INTRODUÇÃO

Os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal são consequência do desenvolvimento das tecnologias de informação que vêm mudando o mundo. Além da evolução das ferramentas que permitem o reconhecimento facial, de íris, biometria e de geolocalização, a ciência passou a permitir que as investigações forenses deixassem de ser intuitivas, baseadas apenas na observação do perito, para serem computadorizadas, precisas e eficientes no auxílio de resolução de crimes.

Antes, a ciência forense tradicional baseava-se na análise de fios de cabelo, fibras de tecidos, arcada dentária, impressão digital, balística e grafotécnica. O desenvolvimento tecnológico possibilitou a utilização de informações genéticas humanas para fins forenses em muitos países. A tecnologia é utilizada há mais de vinte e cinco anos pelos Estados Unidos, também pelo Reino Unido e hoje mais de sessenta países possuem bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal.

No Brasil, a tecnologia foi regulamentada a partir da Lei nº 12.654/12 e passou-se a permitir a coleta de dados genéticos de investigados e condenados para fins de persecução criminal. A constitucionalidade da Lei é questionada no Recurso Extraordinário nº 973.837, com reconhecida repercussão geral, sob o ângulo do princípio constitucional da não autoincriminação e da legalidade. Mais recentemente, a regulação a respeito do tema foi alterada com a aprovação da Lei nº 13.964/2019, ampliando o rol de crimes hediondos, atribuindo a falta grave como penalidade para condenados que se recusem a fornecer o DNA e promovendo outras alterações importantes na regulação da tecnologia.

Esta ferramenta estabelece uma nova alternativa à investigação, podendo auxiliar na resolução de crimes, essencialmente aqueles que deixam vestígios biológicos, como estupros e homicídios. Porém, para que ela cumpra seu papel, é necessária uma discussão aprofundada a respeito dos dilemas bioéticos que ela apresenta, bem como que se garanta a credibilidade da cadeia de custódia da prova. Para tanto, é necessário observar a experiência de países que utilizam a ferramenta há mais tempo, entendendo como suas legislações foram estabelecidas e aprender como podemos fazer o melhor uso da tecnologia no Brasil.

Ainda nesse sentido, para construir uma legislação eficiente, que extraia o melhor que a identificação por DNA pode oferecer à sociedade, é necessário entender como a inserção do perfil genético nos bancos pode relativizar a garantia dos direitos fundamentais - essencialmente, àqueles relacionados ao direito à não autoincriminação e ao silêncio, basilares do processo penal democrático.

¹⁵¹⁹ Mestranda em Direitos Humanos e Democracia na UFPR. Especialista em Criminologia e Direito Penal pela PUCRS. Estagiária de pós-graduação do Ministério Público. Email: aleticia.rohden@gmail.com

Nesta intersecção, o presente artigo se propõe, inicialmente, a apresentar o desenvolvimento histórico dos bancos de perfis genéticos no mundo, de modo a compreender como a tecnologia passou a assumir, gradualmente, importância no cenário forense e como se passou a entender seus riscos e benefícios.

Em seguida, busca-se entender como ocorreu a implementação dos bancos no Brasil, quais foram suas bases e qual o estado da arte atualmente no país. Assim, de posse de todas as informações, por fim, considerando a possibilidade de afronta de direitos fundamentais, e a incidência imediata do princípio da máxima efetividade, tratar dos requisitos para sua relativização.

No que se refere à metodologia, trata-se de pesquisa qualitativa, que pressupõe revisão bibliográfica e análise de documentação direta, para compreender as implicações sociais e jurídicas relacionadas à regulação e uso empírico da utilização do DNA para fins de persecução criminal. As etapas da pesquisa envolveram inicialmente, uma análise das principais leis e diretivas a respeito do tema, em seguida, mais especificamente, a legislação brasileira e também atinente aos direitos fundamentais. Além disso, abrangeu a revisão bibliográfica da literatura atinente ao uso e regulação dos bancos de perfis genéticos.

1 A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA COM OS BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS

O primeiro banco de dados de DNA para uso forense do mundo foi estabelecido pelo Reino Unido, no ano de 1994, o qual foi denominado como *UK National DNA Database* (NDNAD). Inicialmente, a iniciativa foi amplamente apoiada pela população britânica e um ano após sua aprovação, a tecnologia foi implementada. Hoje, o país conta com os dados de mais de 10% da sua população armazenados no banco de dados nacional¹⁵²⁰. Isso porque, a legislação a respeito do tema foi sistematicamente ampliada para aumentar as hipóteses de recolhimento de amostras de indivíduos abordados por policiais, ainda que não processados pelo Estado, e armazenadas por tempo indeterminado¹⁵²¹.

Em dezembro de 2008, a legislação do Reino Unido foi confrontada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, por meio do caso conhecido como “Marper vs. Reino Unido”¹⁵²², e que de forma unânime, entendeu que a retenção por tempo indefinido de perfis genéticos, impressões digitais e amostras biológicas de pessoas inocentes viola o direito à privacidade, estabelecido no artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

¹⁵²⁰ SANTOS, Filipe; MACHADO, Helena; SILVA, Susana. Forensic DNA databases in European countries: is size linked to performance? *Life Sciences, Society and Policy*, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 7, dez. 2013. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4513018/pdf/40504_2013_Article_12.pdf. Acesso em: 15 abr 2021

¹⁵²¹ WALLACE, H. The UK National DNA Database: Balancing crime detection, human rights and privacy. Disponível em: <https://www.embopress.org/doi/pdf/10.1038/sj.embor.7400727>. Acesso em: 20/04/2021.

¹⁵²² CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of S. and Marper v. The United Kingdom: Judgment. Strasburgo, 04 dez. 2008. Disponível em: <https://rm.coe.int/168067d216>. Acesso em: 12 abr 2021.

Em resposta, a Inglaterra e o País de Gales aprovaram, em 2012, a Lei de Proteção à Liberdade¹⁵²³, que resultou na exclusão de mais de 1,7 milhões de perfis do banco de DNA, além da destruição de mais de 7 milhões de amostras biológicas. A legislação passou a prever também a exclusão automática de indivíduos absolvidos por delitos de menor gravidade e após três anos, daqueles absolvidos por crimes graves.

No mesmo ano de criação do banco de perfis genéticos britânico, os Estados Unidos sancionaram o *DNA Identification Act of 1994*¹⁵²⁴, que autorizou o Departamento de Investigação Federal (FBI), a criar e manter um sistema nacional de perfis genéticos. A legislação impôs alguns termos e condições ao implemento da tecnologia, incluindo requisitos para a inclusão dos perfis e participação dos laboratórios estaduais, a instituição do Conselho Consultivo, responsável pela edição de normas que garantem a qualidade dos laboratórios. Estabeleceu ainda, penas para aqueles que violassem a privacidade e permitissem acesso ao banco de dados a laboratórios cujos sistemas de controle de qualidade e privacidade não fossem conhecidos.

O sistema norte-americano é denominado Combined DNA Index System (CODIS) e permite que estados comparem perfis de DNA de cenas de crimes com os de indivíduos condenados, cujos dados estão no banco. De acordo com os dados apresentados pelo FBI, até o mês de fevereiro de 2001, o sistema havia auxiliado na investigação de 1.733 casos ao redor do país¹⁵²⁵, que organiza a sua base de dados de perfis genéticos em três diferentes níveis hierárquicos.

O sistema nacional de DNA (NDIS), que passou a operar em 1998, é o nível mais alto da organização e permite que os laboratórios participantes do sistema CODIS comparem os perfis genéticos a nível nacional. Cada estado mantém uma base referente ao seu território (NDIS) e os laboratórios ao redor do país possuem uma base de dados local (LDIS)¹⁵²⁶.

Com o objetivo de garantir a idoneidade e padrões de segurança dos laboratórios participantes do sistema, o FBI realizou a primeira auditoria no ano de 2001¹⁵²⁷, quando concluiu que precisava aumentar a supervisão para garantir que os laboratórios seguissem os requisitos de qualidade e criar procedimentos que garantissem que os perfis de DNA fossem extraídos de forma precisa, completa e autorizada pela lei.

Para tanto, recomendaram que a integridade dos bancos estaduais e locais fosse rotineiramente auditada pelo Gabinete do Inspetor Geral. Alguns anos depois, em 2006, o referido Gabinete publicou um relatório de vulnerabilidades operacionais

¹⁵²³ Lei de Proteção da Liberdade de 2012. The Stationary Office, Londres. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/contents/enacted>. Acesso em: 15 abr 2021.

¹⁵²⁴ Lei de Identificação por DNA de 1994. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-108/pdf/STATUTE-108-Pg1796.pdf>. Acesso em 20 abr 2021.

¹⁵²⁵ The Combined DNA Index System. Audit Report. Department of Justice. September 2001. Disponível em: <https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0126/final.pdf>. Acesso em 07 abr 2021.

¹⁵²⁶ Combined DNA Index System Operational and Laboratory Vulnerabilities. U.S. Department of Justice Office of the Inspector General Audit Division. May 2006. Disponível em: <https://oig.justice.gov/sites/default/files/legacy/reports/FBI/a0632/final.pdf>. Acesso em 07 abr 2021.

¹⁵²⁷ The Combined DNA Index System. Audit Report. Department of Justice. September 2001. Disponível em: <https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0126/final.pdf>. Acesso em 07 abr 2021.

do CODIS¹⁵²⁸, pontuando as melhoras observadas após 2001, as falhas e incidentes relatados pelos estados e vinte duas recomendações corretivas para melhorar a administração dos laboratórios operantes do sistema CODIS.

A padronização viabilizada pelo sistema CODIS, gerido pelo FBI, permite que os bancos de DNA sejam constantemente monitorados, comparados entre si e melhorados, de forma a garantir sua confiabilidade. Entretanto, recentemente, empresas privadas que lidam com o DNA forense passaram a não mais se conectar ao CODIS. Trata-se de uma mudança de paradigma perigosa, que arrisca a precisão e o controle de qualidade dos sistemas, que produzirão provas a serem utilizadas pela justiça e que ainda não foi resolvida pelo país¹⁵²⁹.

No âmbito europeu, cumpre ressaltar as principais recomendações editadas pelo Conselho da Europa, e que regulam os pontos indispensáveis à organização da coleta e manutenção do perfil genético para fins forenses, tais como a notificação, recolhimento, armazenamento, comunicação e uso de dados pela polícia, publicidade, direito de acesso aos arquivos policiais, direito de retificação e direito de recurso, duração do armazenamento, atualização e segurança de dados.

Com efeito, a Recomendação nº R (87) 15¹⁵³⁰, adotada pelo Comitê de Ministros em 1987, definiu princípios a serem aplicados na garantia da incolumidade da cadeia de custódia da prova, desde a coleta, passando pelo armazenamento, também pelo uso do laudo pericial no processo penal e por fim, na comunicação desses dados. Por sua vez, a Recomendação nº R (92)¹⁵³¹, de 1992, recomendou aos Estados que, em suas legislações e políticas, somente realizassem coleta de amostras biológicas para análise de DNA em circunstâncias determinadas em lei ou com autorização específica de uma autoridade.

No ano de 2005, Bélgica, Alemanha, Espanha, França, Luxemburgo, Holanda e Áustria assinaram o Tratado de Prüm¹⁵³². Outros oito Estados-Membros (Finlândia, Itália, Portugal, Eslovênia, Suécia, Romênia, Bulgária e Grécia) declararam a intenção de aderir-lo. O documento visa organizar o desenvolvimento da cooperação entre os assinantes na luta contra o terrorismo e a imigração ilegal. Para tanto, os Estados acordaram em intensificar o intercâmbio de informações de identificação por perfil genético, impressões digitais e outros dados pessoais, promovendo a cooperação policial entre as partes contratantes.

¹⁵²⁸ Combined DNA Index System Operational and Laboratory Vulnerabilities. U.S. Department of Justice Office of the Inspector General Audit Division. May 2006. Disponível em: <https://oig.justice.gov/sites/default/files/legacy/reports/FBI/a0632/final.pdf>. Acesso em 07 abr 2021.

¹⁵²⁹ Flood, C. A. (2016). Legal Issues with Forensic DNA in the USA. Wiley Encyclopedia of Forensic Science, 1–14. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9780470061589.fsa1133>. Acesso em 20 abr 2021.

¹⁵³⁰ CONSELHO DA EUROPA. Recomendação nº R (87) 15. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/search.html?qid=1528082330952&text=recommendations&scope=EURLEX&type=quick&lang=en&page=2>. Acesso em: 26 abr 2021

¹⁵³¹ CONSELHO DA EUROPA. Recomendação nº R (92) 1. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/search.html?qid=1528082330952&text=recommendations&scope=EURLEX&type=quick&lang=en&page=2>. Acesso em: 26 abr. 2021

¹⁵³² PARLAMENTO EUROPEU. Prüm Treaty. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/660/660824/660824pt.pdf. Acesso em: 20 abr 2021.

Dois anos depois, partes do Tratado de Prüm passou a fazer parte do ordenamento jurídico da União Europeia, após a aprovação numa sessão do o Conselho Justiça e Assuntos Internos, abrangendo todas as matérias respeitantes à cooperação policial e judiciária em matéria penal. A proposta de compartilhamento dos dados resultou na busca pela uniformização dos dados inseridos e na expansão das informações dos bancos de dados em diversos países.

Observando a experiência de países próximos, no âmbito do MERCOSUL, a Argentina conta com um Banco Nacional de Dados Genéticos, construído como uma estrutura autárquica do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação Produtiva. A tecnologia foi regulamentada pela Lei nº 23.511/87¹⁵³³, com o objetivo de auxiliar na identificação de vítimas de crimes contra a humanidade, promovidos pela ditadura que perdurou no país até 1983. Após, por meio da Lei nº 26.548/09¹⁵³⁴, o banco passou a permitir o uso dos dados para fins forenses.

Dentro desse contexto, os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal foram instalados em diversas partes do mundo. Sob diferentes construções sociais, cada país lida de forma diferente com a regulação da tecnologia. Pondera os riscos e os benefícios entre a intervenção nos direitos fundamentais e as razões que a justificam, traçando seus próprios limites de acesso do Estado ao corpo e as informações pessoais do indivíduo.

De acordo com a Interpol, em 2019, ao menos 70 países membros possuíam bancos de perfis genéticos em operação¹⁵³⁵. Alguns países adotam a coleta obrigatória, outros não. Alguns o fazem somente em pessoas condenadas, outros em suspeitos também. Não há consenso internacional a respeito. Porém, há medidas de prevenção mínimas que são importantes e devem ser adotadas, para garantir a eficácia e confiança pública na tecnologia.

A discussão legislativa referente a implementação dos bancos de perfis genéticos no Brasil teve início em 2011, com a apresentação do Projeto de Lei (PL) nº 93/2011, que deu origem à Lei nº 12.654/12. Com apenas quatro artigos, essa Lei passou a regular a coleta, manutenção e utilização de dados genéticos para fins de persecução criminal.

2 A IMPLEMENTAÇÃO E LEGISLAÇÃO DA TECNOLOGIA NO BRASIL

No âmbito nacional, no ano de 2008, foi firmado um convênio entre o Departamento de Polícia Federal (DPF) e o FBI para a implementação e utilização do sistema CODIS. No ano seguinte, os peritos da DPF utilizaram o referido *software* para

¹⁵³³ Banco Nacional de Datos Geneticos. Argentina. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21782/norma.htm>. Acesso em 20 abr 2021.

¹⁵³⁴ Ambito funcional. Objeto. Funciones. Archivo Nacional de Datos Genéticos. Reserva de la Información. Argentina. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160772/norma.htm>. Acesso em 20 abr 2021.

¹⁵³⁵ INTERPOL Global DNA Profiling Survey 2019. Disponível em: <https://www.interpol.int/fr/content/download/15469/file/INTERPOL%20Global%20DNA%20Profiling%20Survey%20Results%202019.pdf>. Acesso em 20 abr 2021.

identificação das vítimas do voo AF 447 (Rio-Paris) para comparações entre corpos e familiares na amostra fechada.¹⁵³⁶

Posteriormente, o sistema CODIS passou a ser utilizado no banco de perfis genéticos para fins de identificação criminal, instituído no país em 2012, por meio da Lei nº 12.654¹⁵³⁷. Em seguida, o Decreto nº 7.950/13 regulamentou o objeto da lei e criou também a autoridade garantidora desses bancos: o Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Por fim, foi alterada pela Lei nº 13.964/2019¹⁵³⁸, ampliando o rol de crimes hediondos, atribuindo a falta grave como penalidade para condenados que se recusem a fornecer o DNA e promovendo outras alterações importantes na regulação do tema.

A Lei que instituiu os bancos, incluiu na Lei de Execução Penal¹⁵³⁹ o artigo 9º-A, que obriga que condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos na Lei de Crimes Hediondos, sejam submetidos à identificação do perfil genético.

O Comitê Gestor foi instituído com a tarefa de promover a “coordenação das ações dos órgãos gerenciadores de bancos de dados de perfis genéticos e a interação dos dados nos âmbitos da União, dos Estados e do Distrito Federal” que é composto por representantes titulares e suplentes, indicados pelo Ministério da Justiça, pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e pelos Estados ou Distrito Federal, sendo um de cada região geográfica.¹⁵⁴⁰

A constitucionalidade da margem regulatória conferida ao Comitê Gestor é discutida, uma vez que por meio de resoluções pode regular temas que afetam os direitos fundamentais e, mais especificamente, estão relacionados aos procedimentos de coleta do DNA e à anonimização de dados genéticos e pessoais.¹⁵⁴¹

No âmbito judiciário, em 2016, diante da reputação de repercussão geral do Recurso Extraordinário (REExt nº 973.837/MG), o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a se manifestar acerca da constitucionalidade da Lei nº 12.654/12. Diante da complexidade da matéria, convocou uma audiência pública, que contou com a participação de especialistas de diferentes áreas, que apresentaram suas experiências

¹⁵³⁶ GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. *Ciência forense: da cena do crime ao laboratório de DNA*. Projeto Cultural, 2014.

¹⁵³⁷ E passou a obrigar os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a serem submetidos, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA, por técnica adequada e indolor.

¹⁵³⁸ Que resultado do processo legislativo dos projetos de lei que integravam o chamado “Pacote Anticrime” promoveu alterações importantes na regulação do tema.

¹⁵³⁹ BRASIL. Lei nº 8.072 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 26 abr 2021.

¹⁵⁴⁰ BRASIL. Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Brasília, DOU de 13.3.2013.

¹⁵⁴¹ BRASIL. Ministério da Justiça. RIBPG. Resolução nº 3, de 14 de maio de 2014. Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta compulsória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/resolucoes/resolucao10-coleta_12654.pdf/view. Acesso em: 28 abr 2021.

com a tecnologia. A questão ainda não foi dirimida e aguarda julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Nesse cenário, foi aprovada a Lei nº 13.964/19¹⁵⁴², que alterou a legislação penal e processual penal em diversos pontos, inclusive no que se refere aos bancos de perfis genéticos, principalmente aumentando o rol de delitos que ensejam a coleta e armazenamento dos dados e também tipificando como falta grave a recusa do preso em fornecer o material - também tipificada no inciso VIII do artigo 50 da LEP.

Noutro ponto, a referida lei garantiu ao titular dos dados genéticos acesso às suas informações, bem como aos documentos referentes à cadeia de custódia da prova, trazendo a possibilidade das informações serem contraditadas pela defesa. O instituto também suprimiu o termo “condenado por crimes dolosos”, substituindo-o por “condenados pelos crimes previstos no *caput*”, definindo, ainda que de maneira muito abrangente e imprecisa, quais são os delitos passíveis de identificação por perfil genético.

As sedutoras promessas de redução das taxas de crime carregadas pelos bancos, incluem a necessidade de assegurar garantias constitucionais e direitos fundamentais àqueles que possuem seus dados armazenados. Isso implicará num grande aumento de perfis nos bancos brasileiros. Entretanto, pesquisas demonstram que o tamanho do banco, ou seja, o aumento do número de perfis genéticos nele armazenado, não impacta na sua eficiência.

Este é o caso da pesquisa desenvolvida por Filipe Santos, Helena Machado e Susana Silva¹⁵⁴³, a qual comparou a legislação e a performance de 20 bancos nacionais de DNA no âmbito europeu e dentre outros dados, concluiu que os bancos de dados britânico e suíço possuem quase a mesma capacidade de solucionar crimes. Entretanto, o banco britânico possui critérios mais expansivos de inclusão dos dados e muito mais perfis armazenados.

Diante das incipientes investigações científicas acerca da eficiência e eficácia dos bancos de DNA para investigações criminais e segurança pública, o tema deve ser abordado com cautela. Não temos ainda modelos estatísticos e analíticos consensuais sobre como aprender e quantificar de forma precisa os reais benefícios da tecnologia de bancos de DNA para a segurança pública e diminuição de crimes para além de sua contribuição em casos pontuais de crimes específicos, que obviamente não pode ser negada.¹⁵⁴⁴

De toda forma, importa levar em consideração que o acesso a uma amostra de DNA pode revelar muito sobre a saúde de uma pessoa, bem como possibilitar buscas familiares, que é um tema bastante controverso do ponto de vista jurídico. A pesquisa familiar é também chamada de *match* parcial e acontece quando um perfil

¹⁵⁴² Que resultou do processo legislativo dos projetos de lei que integravam o chamado “Pacote Anticrime” promoveu alterações importantes na regulação do tema.

¹⁵⁴³ SANTOS, Filipe; MACHADO, Helena; SILVA, Susana. Forensic DNA databases in European countries: is size linked to performance? *Life Sciences, Society and Policy*, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 1-13, dez. 2013. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4513018/pdf/40504_2013_Article_12.pdf. Acesso em: 23/02/2021.

¹⁵⁴⁴ SCHIOCCHEIT, Taysa. Reflexões jurídicas acerca da regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação criminal no Brasil. In: Helena Machado; Helena Moniz. (Org.). *Bases de Dados Genéticos Forenses: tecnologias de controlo e ordem social*. 1ed. Ladeira da Paula: Coimbra Editora, S.A., 2014

genético extraído de uma cena de crime não localiza correspondência exata no banco de dados, mas encontra um DNA parecido, que pode corresponder a um parente do dono daquela amostra.

A técnica impõe a discussão de questões éticas delicadas e a violação da privacidade de potenciais parentes revelados por meio do procedimento, que não tem qualquer envolvimento com o crime em investigação. A Lei nº 13.964/19 inseriu na Lei de Execução Penal dispositivo que proíbe a técnica no Brasil, garantindo que a amostra biológica se destine exclusivamente à identificação. Entretanto, a ausência de debate aprofundado sobre o tema, o recoloca constantemente em pauta no Congresso Nacional.

Os perfis genéticos constituem, no âmbito dos direitos fundamentais de personalidade, informação pessoal sensível para fins de tratamento jurídico. Para garantir o uso do DNA de forma lícita e com credibilidade científica é imprescindível que a lei incorpore dentro dos parâmetros de proporcionalidade salvaguardas concretas aos direitos fundamentais afetados pela coleta, análise, armazenamento e uso de dados genéticos para fins de persecução criminal. Isso porque, diante da violação de direito fundamental, a falta de proteção implica em desproporcionalidade e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade da norma.

3 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS À IDENTIFICAÇÃO POR PERFIL GENÉTICO

O direito à intimidade, à vida privada, honra e a imagem dos cidadãos brasileiros são invioláveis e passíveis de serem indenizados, conforme estabelece o inciso X, do artigo 5º da Constituição Federal. Trata-se, portanto, de preceito fundamental da República Federativa do Brasil, relacionado à dignidade da pessoa humana, este que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais se voltam, essencialmente, a garantia da dignidade da pessoa humana, de modo que cada um seja uma explicitação do princípio, de forma mais ou menos intensa¹⁵⁴⁵. Da mesma forma, direitos fundamentais também são abrangidos pelos direitos humanos, e possuem a finalidade de preservar a liberdade e a dignidade da pessoa humana.¹⁵⁴⁶ Nesse sentido, a Constituição Federal se apresenta como a supremacia legislativa no país, tendo as demais normas submetidas aos seus parâmetros.

É nesse contexto que se inserem os princípios fundamentais do processo penal, que devem ter como base o compromisso democrático, principalmente no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, descritos na Carta Magna e também dos direitos humanos, dentro de um contexto mais amplo.

Analisar a constitucionalidade dos dispositivos trazidos pela Lei nº 12.654/12 e mais recentemente, pela Lei nº 13.964/19 implica observar como os bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal limitam ou violam os direitos fundamentais afetados pela tecnologia. Conforme anteriormente explicitado, essa análise foi feita

¹⁵⁴⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁵⁴⁶ FABRIZ, Daury Cesar. DIREITOS FUNDAMENTAIS, DANO MORAL E SUA REPARALIDADE. Curitiba: CRV, 2012.

por tribunais estrangeiros e internacionais, resultando, no caso da Corte Europeia de Direitos Humanos, numa legislação mais clara e precisa, com a finalidade de cumprir com os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade. Para garantir a segurança dos direitos e a funcionalidade dos bancos de DNA, o Brasil precisa fazer o mesmo.

No âmbito do processo penal, ressalta-se dois principais direitos fundamentais possivelmente atingidos pelo uso do DNA como prova: o direito de não produzir prova contra si mesmo e o direito ao silêncio, este abrangido pelo primeiro e que integram o devido processo legal, garantia positivada no inciso LIV, do artigo 5º da Constituição Federal.

A extensão do direito à não autoincriminação, *nemo tenetur se detegere*, é amplamente debatida na doutrina. Alguns autores o observam a partir de uma ótica de aplicação limitada, reduzida ao direito ao silêncio. Outros, por uma perspectiva mais ampla, incluem a produção de qualquer prova que exija a colaboração do indivíduo, sendo essa a perspectiva majoritária entre especialistas¹⁵⁴⁷.

Nesse sentido, as dimensões da não autoincriminação comportam, por sua vez, outros direitos: de não colaborar com a investigação e de não produzir ou não contribuir ativamente para a produção de provas contra si mesmo, incluindo o direito de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e o direito de não ceder seu corpo (total ou parcialmente) para a produção de prova incriminatória.¹⁵⁴⁸

Em que pese ausente previsão legal do direito à não autoincriminação no sistema jurídico brasileiro, especialistas defendem sua presença implícita no sistema de garantias constitucionais.¹⁵⁴⁹ Ademais, o instituto é encontrado em documentos internacionais, reconhecidos e recepcionados pela legislação brasileira.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, apesar de não ter mencionado expressamente o *nemo tenetur se detegere* faz referência à presunção de inocência e estabelece a não utilização de tortura (artigo XI e V).

Aqui, cumpre ressaltar ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992, por meio do Decreto nº 592, faz referência à garantia da não autoincriminação quando dispõe no artigo 14, n. 3, alínea g, que toda pessoa acusada de um delito terá direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem se confessar culpada.

Diante disso, considerando que a Constituição Federal de 1988 atribui aos direitos internacionais natureza de norma constitucional, como a mesma hierarquia das disposições apresentadas na Carta Magna¹⁵⁵⁰, o *nemo tenetur se detegere* é norma

¹⁵⁴⁷ LAZZARETTI, Bianca Kaini; SCHIOCCHET, Taysa. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: uma análise do direito de não autoincriminação a partir da jurisprudência do STF. In: SCHIOCCHET, Taysa; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: ensaios sobre o Direito brasileiro (II). Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. p. 87-118.

¹⁵⁴⁸ Clínica De Direitos Humanos|UFPR. Memoriais apresentados nos autos de Recurso Extraordinário nº 973.837. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=726317153&prcid=5374758#>. Acesso em 15 de jun de 2020

¹⁵⁴⁹ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 22ª ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

¹⁵⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

constitucional material e também formal. Trata-se de direito relacionado à liberdade, reconhecido como um atributo pessoal e subjetivo ao ser humano.¹⁵⁵¹

Em outro ponto, ressalta-se que o direito ao silêncio é espécie do direito à não autoincriminação e permite que o indivíduo permaneça em silêncio durante toda a investigação e processo penal, sem que seja compelido a produzir provas contra si mesmo ou ainda, contribuir com a identificação e elaboração de provas contrárias aos seus interesses. Isso tudo, sem que seu silêncio e ausência de colaboração seja interpretado em seu desfavor.

Cumpra mencionar que em diversas oportunidades o Supremo Tribunal Federal entendeu pela proteção do direito à não responder ao interrogatório.¹⁵⁵² Da mesma forma, posicionou-se pelo direito do paciente em não colaborar com a produção de prova grafotécnica¹⁵⁵³ ou mesmo com o fornecimento de padrões vocais.¹⁵⁵⁴ Portanto, os reiterados entendimentos da Corte Superior revelam uma posição histórica que privilegia a proteção do direito à não autoincriminação, em detrimento aos interesses públicos.

Nesse sentido, ainda que se admita a coleta compulsória de DNA, restringindo-se o direito à não autoincriminação, é necessário o estabelecimento de critérios explícitos à excepcional relativização de direitos fundamentais, bem como limites ao acesso do Estado ao corpo e informações pessoais, por meio de garantias legais de proteção aos direitos fundamentais de personalidade afetados, notadamente os dados pessoais sensíveis.

Para que se atenda o imperativo da proporcionalidade à afetação de direitos fundamentais, é necessário que a legislação brasileira conte com um rol taxativos de delitos autorizadores à coleta, sem a utilização de termos genéricos, que excluam a possibilidade de analogias e delimitem ao judiciário os casos de aplicação da tecnologia.

Da mesma forma, também com o objetivo de delimitar a relativização do direito à não autoincriminação, é necessário que a legislação estabeleça critérios objetivos, coerentes e justificados para eventual coleta compulsória de DNA. Em geral, os países utilizam o critério temporal da pena ou explicitam uma categoria ou um rol com os tipos penais específicos.

A coleta do material genético também deve ser sucedida da análise da tutela judicial efetiva da prova no caso concreto. Deve ser analisada a utilidade da prova

¹⁵⁵¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

¹⁵⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99.289. Paciente: Maria Aparecida Dambrós de Castilhos. Impetrante: Marcelo Mayora e Outro. Coator: Relator do HC nº 103.446 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625232>. Acesso em: 28 abr 2021.

¹⁵⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 567. Autor: Ministério Público Eleitoral do Estado de São Paulo. Réu: Francisco Everardo Oliveira Silva. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Revisor: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 21 de novembro de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7014273>. Acesso em 28 abr 2021.

¹⁵⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83096/RJ. Paciente: Jayme Barbosa Caccavo. Impetrante: Ubiratan Tiburcio Guedes. Relator: Min. Ellen Gracie. DJ: 18 nov. 2003. Brasília, 12 dez. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79246>. Acesso em 28 abr 2021.

no processo e se ela justifica a flexibilização ou limitação aos direitos fundamentais afetados. Na análise da proporcionalidade, não só o tipo de informação é relevante, como também as suas possibilidades de utilização e a utilidade desta informação. Deve ser considerado qual o objetivo do Estado com a informação coletada e quais possibilidades de utilização e combinação dessa informação serão possíveis de acordo com a tecnologia utilizada.

Dessa forma, os benefícios forenses trazidos pelo acesso ao material genético de indivíduos processados e condenados é evidente. Entretanto, a recolha, tratamento, utilização, armazenamento e conservação desses dados implicam em questões éticas, científicas e jurídicas que precisam ser constantemente observadas. As informações devem ser preservadas, garantindo o anonimato e a confidencialidade, relativizando direitos à privacidade e a não autoincriminação de forma proporcional e esclarecida.

CONCLUSÕES

Os bancos de perfis genéticos são consequência e também parte da evolução científica e tecnológica das ferramentas de informação que auxiliam em diversos aspectos da vida social e também na seara criminal, com a elucidação e persecução de crimes. Tanto é verdade que os bancos de perfis genéticos para fins forenses foram instituídos pela primeira vez há mais de vinte e cinco anos e hoje são utilizados por, ao menos, setenta países ao redor do mundo.

Dentro dessa conjuntura, ao longo dos anos, os países que utilizam a tecnologia foram aperfeiçoando suas legislações sobre o tema, que foram confrontadas por tribunais locais e internacionais, passando a ser cada vez mais específicas e delimitadas. Garantindo o acesso ao corpo do indivíduo processado ou condenado em circunstâncias bem definidas, úteis à elucidação de delitos e garantindo direitos fundamentais e de autodeterminação. Nesse mesmo sentido, percebeu-se que os Estados que utilizam a tecnologia há mais tempo contam com sistemas auditáveis e contestáveis pela defesa, garantindo sua transparência e promovendo os princípios do contraditório e ampla defesa.

Nesse contexto, concluiu-se que a legislação brasileira acerca do tema ainda é incipiente. Silente em pontos relevantes, tais como a identificação taxativa de delitos passíveis de identificação por DNA, bem como em como é feita a garantia da cadeia de custódia da prova. É necessário utilizar a experiência estrangeira para aprimorar o sistema nacional, e para tanto, é imprescindível a análise das decisões de tribunais internacionais e o constante aprimoramento da legislação conforme o avanço da ciência.

Finalmente, também é indispensável ponderar como a identificação por perfil genético afeta direitos e garantias fundamentais. A legislação precisa ser clara para que a relativização de garantias constitucionais, tais como o direito à não autoincriminação seja feita de forma coerente e pertinente ao caso concreto, quando superada pelo benefício social que promoverá.

REFERÊNCIAS

- WALLACE, H. The UK National DNA Database: Balancing crime detection, human rights and privacy. Disponível em: <https://www.embopress.org/doi/pdf/10.1038/sj.embor.7400727>. Acesso em: 20/04/2021.
- SANTOS, Filipe; MACHADO, Helena; SILVA, Susana. Forensic DNA databases in European countries: is size linked to performance? *Life Sciences, Society and Policy*, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 7, dez. 2013. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4513018/pdf/40504_2013_Article_12.pdf. Acesso em: 15 abr 2021
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of S. and Marper v. The United Kingdom: Judgment. Strasburgo, 04 dez. 2008. Disponível em: <https://rm.coe.int/168067d216>. Acesso em: 12 abr 2021.
- Lei de Proteção da Liberdade de 2012. The Stationary Office, Londres. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/contents/enacted>. Acesso em: 15 abr 2021
- Lei de Identificação por DNA de 1994. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-108/pdf/STATUTE-108-Pg1796.pdf>. Acesso em: 20 abr 2021.
- The Combined DNA Index System. Audit Report. Department of Justice. September 2001. Disponível em: <https://oig.justice.gov/reports/FBI/a0126/final.pdf>. Acesso em: 07 abr 2021.
- Combined DNA Index System Operational and Laboratory Vulnerabilities. U.S. Department of Justice Office of the Inspector General Audit Division. May 2006. Disponível em: <https://oig.justice.gov/sites/default/files/legacy/reports/FBI/a0632/final.pdf>. Acesso em: 07 abr 2021.
- Flood, C. A. (2016). Legal Issues with Forensic DNA in the USA. *Wiley Encyclopedia of Forensic Science*, 1–14. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9780470061589.fsa1133>. Acesso em: 20 abr 2021.
- PARLAMENTO EUROPEU. Prüm Treaty. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/660/660824/660824pt.pdf. Acesso em: 20 abr 2021.
- CONSELHO DA EUROPA. Recomendação nº R (87) 15. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/search.htm?qid=1528082330952&text=recommendations&scope=EURLEX&type=quick&lang=en&page=2>. Acesso em: 26 abr 2021
- CONSELHO DA EUROPA. Recomendação nº R (92) 1. Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/search.htm?qid=1528082330952&text=recommendations&scope=EURLEX&type=quick&lang=en&page=2>. Acesso em: 26 abr. 2021
- Banco Nacional de Datos Geneticos. Argentina. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21782/norma.htm>. Acesso em: 20 abr 2021.
- INTERPOL Global DNA Profiling Survey 2019. Disponível em: <https://www.interpol.int/fr/content/download/15469/file/INTERPOL%20Global%20DNA%20Profiling%20Survey%20Results%202019.pdf>. Acesso em: 20 abr 2021.
- GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. *Ciência forense: da cena do crime ao laboratório de DNA*. Projeto Cultural, 2014.
- BRASIL. Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Brasília, DOU de 13.3.2013.
- BRASIL. Ministério da Justiça. RIBPG. Resolução nº 3, de 14 de maio de 2014. Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta compulsória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/resolucoes/resolucao10-coleta_12654.pdf/view. Acesso em: 28 abr 2021.
- BRASIL. Lei nº 8.072 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 26 abr 2021.
- SCHIOCCHE, Taysa. Reflexões jurídicas acerca da regulamentação dos bancos de perfis genéticos para fins de investigação de criminal no Brasil. In: Helena Machado; Helena Moniz. (Org.). *Bases de Dados Genéticos Forenses: tecnologias de controlo e ordem social*. 1. ed. Ladeira da Paula: Coimbra Editora, S.A., 2014
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FABRIZ, Daurly Cesar. *DIREITOS FUNDAMENTAIS, DANO MORAL E SUA REPARALIDADE*. Curitiba: Editora CRV, 2012.
- LAZZARETTI, Bianca Kaini; SCHIOCCHE, Taysa. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: uma análise do direito de não autoincriminação a partir da jurisprudência do STF. In: SCHIOCCHE, Taysa;

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. Bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal: ensaios sobre o Direito brasileiro (II). Rio de Janeiro: Multifoco, 2018. p. 87-118.

Clínica De Direitos Humanos|UFPR. Memoriais apresentados nos autos de Recurso Extraordinário nº 973.837. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=726317153&prclD=5374758#>. Acesso em: 15 de jun de 2020

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 22. ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99.289. Paciente: Maria Aparecida Dambrós de Castilhos. Impetrante: Marcelo Mayora e Outro. Coator: Relator do HC nº 103.446 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de junho de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=625232>. Acesso em: 28 abr 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 567. Autor: Ministério Público Eleitoral do Estado de São Paulo. Réu: Francisco Everardo Oliveira Silva. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Revisor: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 21 de novembro de 2013. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7014273>. Acesso em: 28 abr 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 83096/RJ. Paciente: Jayme Barbosa Caccavo. Impetrante: Ubiratan Tiburcio Guedes. Relator: Min. Ellen Gracie. DJ: 18 nov. 2003. Brasília, 12 dez. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79246>. Acesso em: 28 abr 2021.

Curitiba, 28 de abril de 2021.

NO CAMINHO DA EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ, MEDIANTE A APROXIMAÇÃO E O DIÁLOGO COM OUTRAS INSTITUIÇÕES E COM A SOCIEDADE

Renata Martins de Sousa¹⁵⁵⁵

INTRODUÇÃO

Neste ano em que a Lei Maria da Penha completa 15 anos de sua vigência, as questões relacionadas com a sua efetivação, eficácia e a promoção da justiça às vítimas, permanecem em espaços de destaque nas discussões jurídicas e sociais. Notoriamente, muitos são os avanços promovidos, alcançados e reconhecidos pelos atores do sistema de justiça e pela sociedade, todavia, por outro lado, ainda salta aos olhos a complexidade desta violência e os árduos esforços que necessitam ser empreendidos para a sua superação.

Nesse norte, esta pesquisa discorre quanto às principais medidas extraprocessuais colocadas em prática, desde o advento da citada lei, pelo Poder Judiciário do Paraná em articulação com outras instituições do sistema de justiça e através de um diálogo de proximidade com o meio social.

Deste modo, serão explanados, brevemente, as concepções do termo “justiça” e seus contornos jurídicos e sociais, e os mandamentos constitucionais dirigidos ao Poder Judiciário. Mais adiante, de forma pormenorizada, serão delineados o histórico de atuação interinstitucional e social promovidos pelo Judiciário paranaense e as contribuições desta articulação para a proteção das mulheres vítimas da violência doméstica e familiar.

É de suma importância elucidar que a escolha deste tema se pautou na recorrência, no país e no Estado do Paraná, dos delitos praticados neste contexto, tendo este quadro se agravado durante a pandemia do Coronavírus. Somado a isso, especialmente neste momento, há dados que corroboram a existência de subnotificações.

Quanto à situação nacional, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública divulgou, no Anuário de 2020, estatísticas comparativas do 1º semestre de 2019 e 2020, que apontavam a diminuição dos registros policiais de lesão corporal dolosa, ameaças, estupros e estupros de vulneráveis¹⁵⁵⁶. Neste aspecto, salientou-se que esses dados divergiam de grande parte dos países que decretaram a quarentena¹⁵⁵⁷, ponderando que, em verdade, evidenciavam dificuldades e óbices para as mulheres denunciarem

¹⁵⁵⁵ Especialista em Direito Penal pelo Instituto Damásio de Direito. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Assistente de Juiz de Direito Substituto D-1. Apucarana, Brasil. E-mail: remartinssousa@tjpr.jus.br

¹⁵⁵⁶ FBSP- Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Ano 14, 2020. ISSN 1983-7364, p. 32-35.

¹⁵⁵⁷ Anuário Brasileiro de Segurança Pública, p. 38.

a violência¹⁵⁵⁸, uma vez que: na maior parte dos crimes, sua presença era necessária na Delegacia; o agressor se encontrava com a vítima na residência, situação que dificultaria a comunicação telefônica ou a ida até à autoridade policial; e diante da redução de servidores e horários de atendimento somado ao aumento das demandas, acarretando instabilidade nos serviços de proteção.

Ao final desta análise, avaliaram os pesquisadores os desafios advindos com a pandemia no enfrentamento da violência contra a mulher, destacando a necessidade de priorização de uma sólida política pública, alcançando setores além da segurança pública, e ressaltando a imprescindibilidade de fortalecimento das redes de proteção à mulher e de definição de metas, diretrizes, recursos econômicos e humanos para atuação conjunta, influenciando nas políticas de combate à violência de gênero¹⁵⁵⁹.

No que concerne aos feminicídios, foi constatado um crescimento de 1,9% no primeiro semestre de 2020¹⁵⁶⁰. Além disso, apontou-se um aumento de 3,8% nas ligações ao número de emergência da Polícia Militar, relativas à violência doméstica, nos 12 estados cujos dados foram colhidos¹⁵⁶¹.

No Paraná, a CEVID apresentou estatísticas de solicitações de medidas protetivas de urgência entre os anos de 2019, 2020 e início deste ano, tecendo considerações sobre a probabilidade da subnotificação¹⁵⁶². Acrescente-se, ainda, que, de acordo com dados do Ministério Público, houve aumento de 3,8% nos inquéritos de feminicídio, entre 2019 e 2020, além de, nos 12 primeiros dias de 2021, um caso de tentativa ou consumação de feminicídio, foi registrado a cada dois dias no Estado¹⁵⁶³.

Sendo objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária¹⁵⁶⁴, e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹⁵⁶⁵, não há como se pensar neste futuro sem trazer à lume a imprescindibilidade de mudanças na realidade das mulheres vítimas da violência doméstica e familiar. Em verdade, trata-se de contexto fático no âmbito social que, para encontrar a justiça, enseja mais do que a mera regulamentação pelo Direito: requer a participação efetiva e conjunta dos atores do sistema jurídico.

Dito isto, na abordagem desta pesquisa, primou-se pela coleta qualitativa de dados, a fim de explicar a articulação interinstitucional e social em relação à problemática. No tocante ao procedimento, houve a aplicação do método hipotético-dedutivo na apreciação das pesquisas documental, legal, doutrinária e jurisprudencial.

¹⁵⁵⁸ Anuário Brasileiro de Segurança Pública, p. 38-39.

¹⁵⁵⁹ Anuário Brasileiro de Segurança Pública, p. 41.

¹⁵⁶⁰ Anuário Brasileiro de Segurança Pública, p. 28.

¹⁵⁶¹ Anuário Brasileiro de Segurança Pública, p. 28.

¹⁵⁶² CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Boletim Informativo. 2ª ed., 2020, p. 12.

¹⁵⁶³ RPC Curitiba. Paraná registra 217 inquéritos de feminicídio ou tentativa em 2020, aponta levantamento. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2021/01/12/parana-registra-217-inqueritos-de-feminicidio-ou-tentativa-em-2020-aponta-levantamento.ghml>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

¹⁵⁶⁴ BRASIL; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, 1988.

¹⁵⁶⁵ Constituição da República Federativa do Brasil.

1 AS PERSPECTIVAS, AS AÇÕES E SEUS EFEITOS NO TOCANTE À JUSTIÇA ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

1.1 ENTRE AS QUESTÕES QUE PERMEIAM A JUSTIÇA: SUAS DEFINIÇÕES, O MODO DE PROMOVÊ-LA À SOCIEDADE E O PAPEL DO JUDICIÁRIO.

Falar de justiça, inevitavelmente, traz à mente uma diversidade de concepções elaboradas pelos filósofos do Direito. Dentre tantas, permanecem sempre atuais as compreensões de Aristóteles e de Immanuel Kant, cujos pontos primordiais devem ser delineados, sem a pretensão de olvidar a relevância das demais não discutidas.

Quanto ao filósofo grego, é essencial recordar que, na sua visão, a justiça é uma virtude, adquirida pelo exercício, que se revela no equilíbrio, no meio-termo entre os opostos, ao passo que o injusto é relacionado com os extremos, sejam estes o excesso ou a falta¹⁵⁶⁶. Nessa linha, Aristóteles explicita as acepções de justiça absoluta e particular, destrinchando desta as espécies de justiça distributiva, corretiva e recíproca¹⁵⁶⁷.

Sobre a mais conhecida e debatida como tema central na contemporaneidade, Aristóteles descreve que a justiça distributiva se realiza na repartição das honras, riquezas e vantagens, mediante um tratamento igual àqueles que são iguais e desigual aos que assim o são¹⁵⁶⁸. Esta ideia, embora desenvolvida em uma sociedade escravocrata e na qual não eram todos considerados cidadãos e sujeitos de direito, aproxima-se, na atualidade, do que é concebido como igualdade material, também denominada isonomia, na medida em que ambas reconhecem que há diferenças entre os indivíduos, que devem ser consideradas na prática para se alcançar um tratamento justo.

Em relação à Immanuel Kant, é possível inferir que a justiça tem uma dimensão ética, decorrente do imperativo categórico, isto é, de uma obrigação ou de uma ação que é boa por si mesma, não dependendo de qualquer contexto, finalidade ou condição¹⁵⁶⁹, e que se rege pela universalidade, sendo aplicáveis a todos os indivíduos¹⁵⁷⁰. Além disso, é associada à liberdade, a qual dela é derivada¹⁵⁷¹.

Partindo destas bases filosóficas, convém observar que, de modo geral, as sociedades perpassam por processos históricos de lutas por direitos, as quais remontam à busca da igualdade formal/material e da liberdade, que, como mencionado, estão no cerne destas visões de justiça. Particularmente à situação das mulheres, também isto se constata, visto que foram relegadas, inicialmente, às posições inferiores àquelas ocupadas pelos homens e, gradualmente, estão conquistando espaços sociais,

¹⁵⁶⁶ ARISTOTELES. *Ética a Nicômaco* – tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 107.

¹⁵⁶⁷ *Ética a Nicômaco*, p. 99-100.

¹⁵⁶⁸ *Ética a Nicômaco*, p. 100-102

¹⁵⁶⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* – tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Editora Nacional, p. 18

¹⁵⁷⁰ *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, p. 23

¹⁵⁷¹ ZAMBAM; Neuro José; ANTUNES, Lucio Henrique Spiazzi Algerich. O agir justo segundo Immanuel Kant: considerações acerca das motivações. *Revista Direitos Humanos e Democracia*. Editora Unijuí, ano 6, n. 11, jan/jun 2018, ISSN 2317-5389, p. 3-30, p. 20.

no âmbito público e privado, movidas pelo propósito de serem livres e tratadas de modo isonômico a eles.

Como exemplos de promoção desta acepção de justiça às mulheres, tem-se a promulgação e a aplicação da Lei Maria da Penha, buscando sua plena efetivação. No aspecto formal, são reconhecidos a violência doméstica e familiar, praticada de diversas formas e em distintos contextos, e o dever do poder público de desenvolver políticas para assegurar os direitos humanos e a salvaguarda das mulheres da negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão¹⁵⁷². No plano material, como serão expostas algumas mais adiante, são empreendidas ações, voltadas principalmente à vítima, para que saiba dos seus direitos e a fim de que tenha uma rede de apoio quando e para deixar o ambiente de violência e o respectivo ciclo.

Ocorre que, praticados crimes no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, é comum ser clamado, pela vítima e pela sociedade, que seja feita a justiça através do Direito Penal e do Poder Judiciário, intérprete da lei. Neste cenário, em que pese a atuação jurisdicional endoprocessual em observância aos termos legais, muitas vezes, denota-se um desencontro entre a acepção de justiça da vítima e da sociedade e a aplicação do Direito Penal, o que gera críticas ao Judiciário e um sentimento social de injustiça.

Diante desta divergência, a princípio, por um lado, é importante ponderar que esta percepção social e da vítima não decorre de um mero descontentamento ou de simples visão distorcida da realidade. As suas origens podem ser correlacionadas com o longo período de tratamento de neutralização dispensado à vítima, quando da passagem da fase de ouro/vingança privada para a administração pública da justiça, e a recente revalorização da figura da ofendida, após a 2ª Guerra Mundial.

No plano fático, a última fase ainda está se concretizando no sistema criminal, por exemplo, através de mudanças legislativas e de práticas de Justiça Restaurativa, assegurando um olhar mais direcionado às consequências que foram causadas à vítima pelo delito e à sua participação, em momentos oportunos, no processo penal. Assim, como trata-se de um movimento em curso e que requer a implementação pelos Poderes e pelos órgãos do sistema de justiça - sobretudo para promover, às vítimas, a disseminação de informações referentes aos seus direitos, ao modo que se desenvolve o processo penal, à possibilidade de participação por meio do assistente de acusação, e para disponibilizar condições para o acompanhamento mais próximo do processo, mormente para os hipossuficientes organizacionais- ainda persiste um distanciamento da pessoa ofendida nas ações penais de natureza pública, o que contribui para a sensação de que a justiça não está sendo feita.

De outra banda, não se pode perder de vista que o Poder Judiciário é o intérprete e o aplicador do ordenamento jurídico. No Estado Democrático de Direito

¹⁵⁷² BRASIL; BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Diário Oficial da União, 2006.

da República Federativa do Brasil¹⁵⁷³, no qual é adotado o sistema acusatório na seara criminal¹⁵⁷⁴, o Magistrado, ao cumprir sua função, deve observar as normas constitucionais, penais e processuais penais, as quais asseguram os direitos e as garantias fundamentais aos investigados e aos acusados, a observância aos princípios e à separação das funções, devendo conduzir o processo penal de forma independente e imparcial. Nas palavras de Aury Lopes Júnior:

“A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial. (...) Então, no Estado Democrático de Direito, se o juiz não está obrigado a decidir conforme deseja a maioria, qual é fundamento da independência do Poder Judiciário? O fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal¹⁵⁷⁵.”

Desta feita, no âmbito do processo penal, não pode o Magistrado posicionar-se de modo a exercer as funções da acusação ou da defesa. Como visto, deve ater-se a julgar o caso, a partir do conjunto probatório produzido pelas partes, e a propiciar o respeito aos direitos e garantias penais e processuais do investigado/acusado.

Neste aspecto, quanto à situação da violência doméstica e familiar, vale salientar que a jurisprudência passou a reconhecer a dificuldade de ampla produção de provas, devido às circunstâncias clandestinas do cometimento destes delitos, e a especial relevância da palavra da vítima¹⁵⁷⁶. Lado outro, equilibrou este valor probatório, em favor do ofensor, uma vez que a versão da ofendida não pode destoar do acervo de provas¹⁵⁷⁷.

Com efeito, isso demonstra o afastamento do garantismo hiperbólico monocular e a aproximação do garantismo penal integral, concebido por Luigi Ferrajoli¹⁵⁷⁸, significando o primeiro, segundo Douglas Fischer¹⁵⁷⁹, o olhar ampliado

¹⁵⁷³ BRASIL; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, 1988.

¹⁵⁷⁴ BRASIL; BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 1941.

¹⁵⁷⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 69-70.

¹⁵⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 615.661/MS da Sexta Turma, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 24 de novembro de 2020.

¹⁵⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.441.535/ES da Sexta Turma, Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 28 de maio de 2019.

¹⁵⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁵⁷⁹ FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Coord.). Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade

e desproporcional em prol apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos, contrapondo-se ao segundo, que objetiva resguardar a proteção dos bens jurídicos individuais e coletivos simultaneamente aos interesses da sociedade, dos investigados e dos processados.

Desta forma, verifica-se que a atuação jurisdicional está compatibilizada com o fim de propiciar a justiça almejada à sociedade e à vítima e, simultaneamente, à observância de limites constitucionais e legais, os quais não podem ser violados, ainda que a resposta do mérito não se coadune com as vontades e expectativas sociais e da ofendida, a fim de que a justiça não seja concebida e concretizada como vingança, a qual é inadmissível na ordem jurídica.

Somado a isso, é certo que o Direito Penal somente é acionado após a ameaça ou ofensa ao bem jurídico por ele tutelado. Contudo, a violência doméstica e familiar instaura-se muito antes da tentativa ou consumação das infrações penais praticadas neste contexto. Transparece nas condutas do ofensor de humilhação e de abuso psicológico da mulher, enraizadas no machismo, na ideologia de superioridade do homem sobre a mulher e na submissão desta.

Logo, denota-se que o processo penal e a resposta obtida através dele, muitas das vezes, não conseguirão propiciar a justiça desejada pela vítima e pela sociedade, haja vista que sucedem à ameaça ou à lesão ao seu bem jurídico, quando, então, já advieram “marcas” que são irreparáveis.

Não obstante, ante o dever do Poder Público em promover políticas para resguardar os direitos humanos de mulheres neste contexto de violência doméstica e familiar¹⁵⁸⁰, a partir de uma interpretação sistemática dos mandamentos constitucionais e do papel do Judiciário, tem-se que este último Poder também possui esta incumbência, a qual não pode ser restringida apenas ao Legislativo e/ou Executivo.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 128/2011, determinando que fossem criadas Coordenadorias Estaduais das Mulheres em Situação de Violência Doméstica e Familiar no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal¹⁵⁸¹. No ato normativo, estabeleceu o seguinte rol exemplificativo de atribuições:

“Art. 2º As Coordenadorias Estaduais da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar terão por atribuição, dentre outras: I – elaborar sugestões para o aprimoramento da estrutura do Judiciário na área do combate e prevenção à violência doméstica e familiar contra as mulheres; II – dar suporte aos magistrados, aos servidores e às equipes multiprofissionais visando à melhoria da prestação jurisdicional; III – promover a articulação interna e externa do Poder Judiciário com outros órgãos governamentais e não-governamentais; IV – colaborar para a formação inicial, continuada e especializada de magistrados e servidores na área do combate/prevenção à violência

moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Editora Juspodivm, 2010, p. 48.

¹⁵⁸⁰ BRASIL; BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.

¹⁵⁸¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 128 de 17 de março de 2011. Diário da Justiça eletrônico, 2011.

doméstica e familiar contra as mulheres; V – recepcionar, no âmbito de cada Estado, dados, sugestões e reclamações referentes aos serviços de atendimento à mulher em situação de violência, promovendo os encaminhamentos e divulgações pertinentes; VI – fornecer os dados referentes aos procedimentos que envolvam a Lei nº 11.340/2006 ao Conselho Nacional de Justiça de acordo com a parametrização das informações com as Tabelas Unificadas do Poder Judiciário, promovendo as mudanças e adaptações necessárias junto aos sistemas de controle e informação processuais existentes; VII – atuar sob as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça em sua coordenação de políticas públicas a respeito da violência doméstica e familiar contra a mulher.”

Mais adiante, o CNJ editou a Resolução nº 254 de 04 de setembro de 2018¹⁵⁸², que instituiu a Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher pelo Poder Judiciário, com o objetivo de definir diretrizes, medidas de prevenção e combate, bem como assegurar a adequada solução de conflitos que envolvessem mulheres neste contexto. Ademais, restou disposto que as Coordenadorias Estaduais seriam órgãos permanentes, cumulando outras atribuições, criou-se o programa nacional “Justiça pela Paz em Casa” e definiu-se a violência institucional contra as mulheres.

À face do exposto, depreende-se que as questões relativas à justiça estão, cada vez mais, atinentes ao seu viés substancial e dirigidas ao escopo de sua materialização. Para que esta ocorra, garantir a isonomia tem se mostrado primordial.

Nessa vertente, é notório um movimento do Poder Judiciário, em relação à situação da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, que transpõe a prestação jurisdicional no processo penal. Por conseguinte, será tratado, especificamente, quanto às ações do Poder Judiciário paranaense, empreendidas, mediante a Comissão Estadual criada após o ato normativo citado, dissertando-se, de forma inicial e sucinta, em relação às suas frentes de atuação. Em seguida, serão apresentadas as medidas interinstitucionais efetivadas em prol da proteção das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

1.2 DO PLANO NORMATIVO À EXECUÇÃO: O JUDICIÁRIO PARANAENSE, A CEVID E AS MEDIDAS COLOCADAS EM PRÁTICA EM ARTICULAÇÃO COM OUTRAS INSTITUIÇÕES

Editado o primeiro mencionado ato pelo CNJ, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no dia 11 de novembro de 2011, instalou, pela Resolução nº 20, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar (CEVID), como órgão de assessoria e vinculado ao Gabinete da Presidência do respectivo Tribunal¹⁵⁸³. Em precedência ao segundo ato normativo do CNJ, a Resolução

¹⁵⁸² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 254 de 04 de setembro de 2018. Diário da Justiça eletrônico, 2018.

¹⁵⁸³ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Resolução nº 20 de 11 de novembro de 2011. Diário da Justiça Eletrônico. Curitiba, 2011.

nº 203, de 09 de julho de 2018, alterou o segundo e terceiro dispositivos legais da Resolução nº 20/2011, prevendo novas atribuições à CEVID¹⁵⁸⁴.

Dentre os 13 incisos de suma importância da última resolução, convém destacar aquele que determinou a promoção de articulação interna e externa do Poder Judiciário com outros órgãos governamentais e não-governamentais, com a finalidade de efetivar programas de combate à violência doméstica. Neste ponto, consubstancializando a Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra Mulher, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná possui ativo 24 convênios dedicados à área¹⁵⁸⁵. Somado a isso, são realizadas campanhas, parcerias e articulações para a efetividade da proteção às mulheres.

No que tange aos convênios, ganha destaque a implementação da Casa da Mulher Brasileira (CMB), inaugurada em 15 de junho de 2016, em Curitiba¹⁵⁸⁶, disposta como uma das ações do programa “Mulher: Viver sem Violência”, instituído pelo Decreto Federal nº 8.086/2013, atualmente denominado “Programa Mulher Segura e Protegida”¹⁵⁸⁷. Trata-se de espaço onde a mulher que está em situação de violência doméstica e familiar recebe assistência concentrada, integral e sensível à sua realidade, por um Serviço de Acolhimento e apoio psicossocial, pela Delegacia da Mulher, Defensoria Pública, Juizado de Violência Doméstica e Familiar, Ministério Público, Patrulha Maria da Penha e por outros programas objetivados a assegurar sua autonomia financeira. O local também se adequa à realidade de mulheres que são mães, visto que abrange uma brinquedoteca para crianças.

De acordo com Cleusa Nery Saldanha Cruz, na pesquisa elaborada no ano de 2018, constatou-se que¹⁵⁸⁸:

“A CMB em Curitiba é inovadora como Política Pública no atendimento à mulher em situação de violência doméstica. Nesse espaço a mulher encontra um local amplo e agradável, que oferece os serviços de que ela necessita, e a garantia de profissionais capacitados para ajudá-las, no entanto a CMB é ainda muito nova, são apenas dois anos de funcionamento.”

¹⁵⁸⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Resolução nº 203 de 09 de julho de 2018. Diário da Justiça Eletrônico. Curitiba, 2011.

¹⁵⁸⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Convênios e parcerias institucionais. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/cevid?p_p_id=101_INSTANCE_K5Qh&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&a_page_anchor=35702570. Acesso em: 15 de abril de 2021.

¹⁵⁸⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Casa da Mulher Brasileira. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/cevid?p_p_id=101_INSTANCE_K5Qh&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&a_page_anchor=41071972. Acesso em 15 de abril de 2021.

¹⁵⁸⁷ BRASIL. Decreto nº 8.086 de 30 de agosto de 2013. Institui o Programa Mulher Segura e Protegida. Diário Oficial da União. 2013.

¹⁵⁸⁸ CRUZ, Cleusa Nery Saldanha. Casa da Mulher Brasileira em Curitiba: ações de proteção social às mulheres vítimas de violência doméstica. Trabalho de conclusão de curso. Matinhos, 2018, p. 68.

Nesse toar, a Comissão de Estudos sobre Violência Doméstica da Ordem dos Advogados do Brasil do Paraná (CEVIGE- OAB/PR)¹⁵⁸⁹, a Defensoria Pública deste Estado¹⁵⁹⁰ e a “Campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha- A Lei é mais forte”¹⁵⁹¹ já reforçaram positivamente o atendimento dispensado na CMB e a sua posição de referência nacional. Como pontos de realce em favor das vítimas, são observados a agilidade no acolhimento, a desnecessidade de diversos deslocamentos, o encaminhamento para os serviços necessários e o espaço de abrigamento temporário de curta duração em casos de extremo e iminente risco à vida. Outro dado relevante consiste em, desde sua abertura até janeiro de 2020, terem sido realizados 44 mil atendimentos¹⁵⁹².

Além da implantação da CMB, conforme mencionado, a Patrulha Maria da Penha é um dos serviços disponibilizados às vítimas no local. Após instituída por meio da Lei Estadual nº 19.788/2018¹⁵⁹³, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através da CEVID, celebrou convênios com Municípios, através das Secretarias da Mulher, para a sua execução pelas Guardas Municipais. Até outubro de 2020, 16 Municípios estavam conveniados e mais 2 disponibilizavam o serviço, pela Polícia Militar.¹⁵⁹⁴

A atuação da Patrulha ocorre mediante acompanhamento, dispensado periodicamente e com fim de prevenção às mulheres que já tiveram seus direitos violados neste contexto de violência doméstica e familiar e possuem em vigência medidas protetivas concedidas na forma da Lei Maria da Penha. Especificamente sobre o Judiciário, sua contribuição é feita ao disponibilizar informações, pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher ou pelas Varas Criminais às equipes policiais, sobre as medidas protetivas concedidas, somada a uma avaliação de riscos das situações. Diante disso, a Patrulha, que possui uma gerência central responsável pela coordenação de equipes capacitadas para o atendimento humanizado, estabelece uma escala de prioridade para as visitas às vítimas, tendo como parâmetro o grau de vulnerabilidade de cada uma delas.

Na visão de Jocelaine Espindola da Silva, a partir da análise do serviço pouco depois de implantado em Curitiba, “A existência da Patrulha é um diferencial no sentido

¹⁵⁸⁹ OAB PARANÁ. Casa da Mulher Brasileira é importante instrumento de enfrentamento à violência de gênero. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/casa-da-mulher-brasileira-e-importante-instrumento-de-combate-a-violencia-de-genero/>. Acesso em: 16 de abril de 2021.

¹⁵⁹⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. Referência Nacional, Casa da Mulher Brasileira completa 4 anos em Curitiba. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2020/06/1937/Referencia-Nacional-Casa-da-Mulher-Brasileira-completa-4-anos-em-Curitiba.html>. Acesso em: 16 de abril de 2021.

¹⁵⁹¹ COMPROMISSO E ATITUDE LEI MARIA DA PENHA. Casa da Mulher Brasileira é referência no acolhimento de vítimas de violência em Curitiba. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/casa-da-mulher-brasileira-e-referencia-no-acolhimento-de-vitimas-de-violencia-em-curitiba-parana-portal-16-06-2019/>. Acesso em: 16 de abril de 2021.

¹⁵⁹² PREFEITURA MUNICIPAL DE CURITIBA. Casa da Mulher Brasileira faz 44 mil atendimentos. Disponível em: <https://www.curitiba.pr.gov.br/noticias/casa-da-mulher-brasileira-faz-44-mil-atendimentos/54341>. Acesso em: 16 de abril de 2021.

¹⁵⁹³ PARANÁ. Lei nº 19.788 de 20 de dezembro de 2018. Institui no âmbito do Estado do Paraná as Patrulhas Maria da Penha e dá outras providências. Diário Oficial. Curitiba, 2018.

¹⁵⁹⁴ CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Boletim Informativo. 4ª ed., 2020, p. 12-13.

de proteção para as mulheres que são vítimas, as quais passaram a ter a possibilidade de buscar apoio e até resgaste no momento necessário, enfim, de encontrar e receber a guarida de que necessitam”¹⁵⁹⁵.

Outrossim, uma parceria de grande repercussão foi feita com a Associação de Emissoras de Radiofusão do Paraná (AERP), sendo uma das ações da “Semana Nacional da Justiça pela Paz em Casa” a divulgação de informações sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher em rádios de todo o Estado, além de entrevistas com membros do Poder Judiciário, Magistrados e com a Desembargadora Coordenadora da CEVID¹⁵⁹⁶. Com efeito, é possível constatar que esta medida visa propiciar condições para o alcance amplo do acesso à justiça às vítimas, porquanto difunde orientações sobre os seus direitos e os meios para que solicitem ajuda e sejam encaminhadas.

Ainda no campo de conscientização da problemática, a conjugação de esforços interinstitucionais é observada em diversas campanhas. Em razão da multiplicidade destas ações, necessário realçar duas, quais sejam: a “Campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha- A Lei é mais forte” e a “Campanha Sinal Vermelho contra a Violência”.

No que concerne à primeira, tem origem na cooperação entre os Poderes Judiciário, Legislativo, Ministério Público, Defensoria Pública e Governo Federal¹⁵⁹⁷, através da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República e o Ministério da Justiça. No âmbito estadual, é organizada e apoiada pela CEVID, tendo sido lançada em 14/12/2013¹⁵⁹⁸.

Como finalidades imediatas, são explicitadas assegurar a aplicação devida da Lei Maria da Penha e o ágil julgamento dos casos relacionados, pelo apoio e efetivação promovida pelos entes federativos. Sobre os objetivos mediatos, deixa-se em evidência a participação dos atores do sistema de justiça e da sociedade, bem como a transparência ao meio social quanto à concretização das normas da Lei Maria da Penha pelas instituições.

Já no ano de 2020, no cenário da pandemia da Covid-19, a “Campanha Sinal Vermelho contra a Violência”¹⁵⁹⁹, de iniciativa do CNJ, da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), da Associação Brasileira das Redes de Farmácias e Drogarias (ABRAFARMA) e de outras entidades, foi implementada no Paraná. Em consonância com um viés empático e compreensivo no tocante às dificuldades da vítima em denunciar o ofensor devido ao grau elevado de violência a que está

¹⁵⁹⁵ ARRUDA, Jocelaine Espindola da Silva. Um olhar sobre a Lei Maria da Penha no Paraná: avanços e desafios. Dissertação. Curitiba, 2015, p. 110.

¹⁵⁹⁶ CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Boletim Informativo. 5ª ed., 2021, p. 34.

¹⁵⁹⁷ COMPROMISSO E ATITUDE LEI MARIA DA PENHA. O que é a campanha compromisso e atitude pela Lei Maria da Penha?. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/o-que-e-a-campanha-compromisso-e-atitude-pela-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 18 de abril de 2021.

¹⁵⁹⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Lançamento regional da campanha “Compromisso e Atitude” pela Lei Maria da Penha. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1KI/content/lançamento-regional-da-campanha-compromisso-e-atitude-pela-lei-maria-da-penha/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 18 de abril de 2021.

¹⁵⁹⁹ Boletim Informativo, 2ª ed., 2020, p. 26-27.

submetida, agravadas no contexto atual ante as restrições impostas pela pandemia, esta ação propõe a capacitação dos atendentes e farmacêuticos dos estabelecimentos cadastrados na campanha e possibilita que a mulher seja acolhida e acione a equipe policial, de modo silencioso, através dos referidos profissionais, apenas apresentando um “x” vermelho na palma de sua mão.

Logo após este ato da vítima e a ligação à Polícia, sendo possível, o responsável pelo atendimento conduzirá a mulher a um espaço reservado na farmácia até a chegada dos policiais ou, se isto for inviável, colherá os dados principais da vítima para repassá-los à equipe policial. Ademais, é esclarecido que deverão ser observados os direitos ao sigilo e à privacidade da mulher e, quanto aos atendentes e farmacêuticos, não haverá a condução à Delegacia, sendo, somente possível, de forma excepcional, ser chamado para dar seu testemunho quando testemunha ocular de alguma violência no estabelecimento.

Para a adesão à campanha, o Tribunal de Justiça do Paraná, por meio da CEVID e dos Magistrados locais, promove a articulação com as redes farmacêuticas e fornece materiais para informação e capacitação dos profissionais. Há o apoio, ainda, das Polícias Civil e Militar, e de outras entidades¹⁶⁰⁰. No momento, mais de 580 farmácias aderiram à ação no Estado¹⁶⁰¹.

Cumprir registrar que, a fim de propiciar o acompanhamento e a melhoria das medidas relativas à campanha, após o atendimento, o profissional da farmácia preencherá um relatório trazendo informações pertinentes ao citado momento. Além do mais, é previsto, depois do lançamento da campanha, a criação de um Comitê específico, com fins de monitoramento, apuração de falhas e aprimoramento da iniciativa.

De mais a mais, no cenário de pandemia, a atenção do Judiciário e dos órgãos do sistema de justiça direcionou-se às possíveis e gravosas consequências sobre as mulheres em contexto de violência doméstica e familiar, vislumbrando a imprescindibilidade de tomada de ações para que a realidade que vivenciassem chegasse ao conhecimento das instituições e para que recebessem os encaminhamentos adequados.

Desta forma, no dia 1º de junho de 2020, a CEVID, a Secretaria de Segurança Pública e Administração Penitenciária, Secretaria da Justiça, Família e Trabalho e CELEPAR, formalizaram iniciativa conjunta do Botão do Pânico Paranaense¹⁶⁰². O dispositivo é destinado às mulheres que possuem medidas protetivas, de forma preventiva, por decisão judicial posterior à uma avaliação psicossocial, buscando tornar efetiva a fiscalização de seu cumprimento e propiciar o célere acionamento da Polícia Militar do local de onde a mulher estiver, mediante o aplicativo “APP 190”.

Esta ação, inicialmente, abrange 15 Municípios, tendo começado a fase experimental em Londrina e sido ampliada posteriormente para os demais. Calha consignar que essa escolha não foi feita aleatoriamente, mas sim embasada em um critério proporcional entre os índices de violência e o tamanho da população.

¹⁶⁰⁰ Boletim Informativo, 2ª ed., p. 26-27.

¹⁶⁰¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Evento online apresenta a campanha “Sinal Vermelho de Combate à violência doméstica. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jzB/content/evento-online-nesta-terca-feira-4-8-apresenta-a-campanha-sinal-vermelho-de-combate-a-violencia-domestica/18319. Acesso em: 20 de abril de 2021.

¹⁶⁰² Boletim Informativo, 1ª ed., p. 50-51.

Nessa vertente, dois dias depois, outra ação semelhante e conjunta da CEVID, Ministério Público, Defensoria Pública e Polícia Civil, consistiu no lançamento do Boletim de Ocorrência online para as situações de violência abrangidas pela Lei Maria da Penha¹⁶⁰³. A partir de então, a mulher maior de 18 anos pode fazer o registro policial virtualmente quanto aos casos de lesão corporal no âmbito doméstico, contravenção de vias de fato cometidas no ambiente doméstico e familiar, além de ameaça, injúria, calúnia e difamação.

Somada às mencionadas, em julho de 2020, a articulação entre a CEVID com a CMB, o Núcleo de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher (NUDEM) da Defensoria Pública, e o Núcleo de Promoção de Igualdade de Gênero (NUPIGE) do Ministério Público, contribuiu para a retomada dos atendimentos do Instituto Médico Legal (IML) do Estado, que estavam suspensos desde março do mesmo ano, às mulheres que necessitavam realizar atendimento de lesões corporais e outros exames¹⁶⁰⁴. Por certo, o retorno dos serviços foi essencial para reduzir a insegurança das vítimas em denunciar seus ofensores, decorrente das dificuldades de comprovar a violência física, e para não agravar o quadro de subnotificação dos casos.

Passando à atuação do Judiciário paraense em comunicação direta com a sociedade, tem-se as informações sobre a CEVID e sua atuação disponibilizadas para acesso no portal eletrônico próprio¹⁶⁰⁵ e nas redes sociais. Quanto às últimas, cabe o adendo da relevância do canal, na medida em que o uso, no atual mundo globalizado, se torna, cada vez mais, disseminado na sociedade. Com isso, a CEVID consegue promover a conscientização dos direitos dessas mulheres, diretamente a elas, de modo informal, seja pela postagem e divulgação de notícias, das normas e das ações ou pela realização de “lives”, propiciando condições para que possam acessar à Justiça.

Nesse viés, desde janeiro de 2020, a CEVID, no endereço eletrônico, publica Boletins Informativos, expondo o trabalho que tem desempenhado no período dos meses especificados em cada periódico¹⁶⁰⁶. No último Boletim Informativo, consta, com enfoque na sociedade e nos profissionais da rede de atendimento, a realização do curso, na modalidade EAD, “Violência doméstica: atendimento humanizado, oitiva sem julgamento e violência institucional.”¹⁶⁰⁷, lançado em 11 de março de 2021, objetivando uma sensibilização no momento de acolhimento e escuta da vítima, para que se compatibilize com as suas necessidades e evite a revitimização.

Por fim, neste corrente ano, foi apresentado o “Dossiê Feminicídio: porque aconteceu com ela?”, elaborado com base na avaliação de 55% dos processos em andamento, pela equipe da CEVID em colaboração com pesquisadoras da Universidade

¹⁶⁰³ Boletim Informativo, 2ª ed., p. 28-29.

¹⁶⁰⁴ Boletim Informativo, 3ª ed., p. 14-15.

¹⁶⁰⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/cevid>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

¹⁶⁰⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/cevid?p_p_id=101_INSTANCE_K5Qh&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_de=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&a_page_anchor=49079625. Acesso em: 13 de abril de 2021.

¹⁶⁰⁷ Boletim Informativo, 5ª ed., p. 46-49.

Federal do Paraná ¹⁶⁰⁸. O documento, que fez parte do Planejamento Estratégico da gestão de janeiro de 2020 a janeiro de 2021, explanou importantes dados e considerações relacionados aos perfis das vítimas, dos ofensores e da composição masculina/feminina das instituições e órgãos atuantes nos processos, assim como no tocante às características das agressões, os locais, dias da semana, horários do crime e os meios utilizados para a prática da violência.

A relevância do dossiê para a vítima e a sociedade é, acertadamente, mencionada ao seu final:

“‘Por que aconteceu com ela?’ também busca, de um lado, oferecer elementos para as demais políticas públicas, como por exemplo no setor da educação, e de outro, servir como repertório de informações e de difusão entre as mulheres, de alerta para as situações de risco fazendo com que acionem a rede e as autoridades públicas, como também, para que aquelas que não estão em situação de violência, exercitem a sororidade e atuem positiva e colaborativamente para o rompimento do ciclo de violência.”¹⁶⁰⁹

Destarte, constata-se que, com o advento da Lei Maria da Penha, o Poder Judiciário do Paraná tem executado programas, iniciativas e ações internas e interinstitucionais, para concretizar a ratio essendi do referido diploma legal, buscando a efetivação dos direitos fundamentais das mulheres que estão no contexto de violência doméstica e familiar. Aprofundando a abordagem dessas medidas, para além da exposição da proposta e da finalidade, cumpre fazer a análise referente a elas no tocante à efetivação da justiça.

1.3 SOB O FILTRO DA JUSTIÇA: A RELAÇÃO ENTRE O JUDICIÁRIO PARANAENSE, AS VÍTIMAS E A SOCIEDADE DIANTE DAS MEDIDAS IMPLEMENTADAS E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

Previsto na Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXV¹⁶¹⁰, o direito fundamental de acesso à Justiça, hodiernamente, ocupa o centro dos debates jurídicos. De modo mais específico, os aspectos principais são pertinentes à abrangência do seu significado e aos hipossuficientes organizacionais.

Conforme leciona Gomes¹⁶¹¹, este direito possui estreita relação com os direitos sociais, mas, simultaneamente, como disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, pode ser ligado aos direitos civis e políticos. Ademais, o ponto mais importante mencionado pelo autor consiste em ser um direito humano instrumento de tutela de todos os demais.

Referente aos hipossuficientes organizacionais, Ada Pellegrini Grinover¹⁶¹² considera serem aqueles que apresentam uma vulnerabilidade peculiar no contexto

¹⁶⁰⁸ SÁ, Priscila Placha. Dossiê Femicídio: por que aconteceu com ela? Priscila Placha Sá (Coord.). Curitiba, Tribunal de Justiça do Paraná, 2021, p. 14.

¹⁶⁰⁹ Dossiê Femicídio: por que aconteceu com ela?, p. 95.

¹⁶¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁶¹¹ GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. Direitos humanos e princípios institucionais da Defensoria Pública. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.128.

¹⁶¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. O acesso à justiça no ano 2000. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.) O processo civil contemporâneo. Curitiba: Juruá, 1994, p. 33.

das relações sociojurídicas que existem na sociedade contemporânea. Por isso, para a autora, esses indivíduos necessitam de guarida quanto ao seu acesso à ordem jurídica justa e à participação através do processo.

Contribuindo para a temática, Mauro Cappelletti e Bryan Garth¹⁶¹³ abordam três ondas, realizando um estudo sobre os obstáculos do acesso à Justiça e os esforços concretizados para a sua superação. Diante da problemática do presente artigo e da contemporaneidade da terceira onda, cabe sintetizar que a primeira se voltou primordialmente para a assistência jurídica, enquanto a segunda, à tutela de interesses metaindividuais e à sua representatividade.

Já a terceira, trabalhada pelos autores, trata da instrumentalidade do processo e dos meios consensuais de solução de conflitos. Na concepção de Gomes, neste marco “a informalização, a desburocratização e a simplificação de procedimentos são objetivos centrais para permitir maior acesso à justiça.”¹⁶¹⁴

Destarte, denota-se que começa a ser enxergado que os entraves do acesso à Justiça transpõem o ajuizamento da demanda e a representação nos casos que abrangem a coletividade. O próprio processo, se apegado a formalismos e visto como único meio de pacificação social, sobrelevando o seu desenvolvimento formal à prestação da tutela jurisdicional para a solução do conflito, é um obstáculo.

A partir deste panorama, Kim Economides propõe a existência de uma quarta onda, pertinente ao “Valor Justiça”. Aqui, o olhar sobre o acesso passa a incluir os operadores do Direito, devido ao sentimento de injustiça vivenciado pelos indivíduos, avaliando de que modo os atores do sistema realizam a interpretação da ordem jurídica, ante os ideais éticos e em prol da democracia social, e os relevantes desafios no âmbito da atuação profissional e do ensino jurídico¹⁶¹⁵.

Sob esta ótica e com fundamento no arcabouço teórico apresentado, impõe-se trazer à tona a atuação interinstitucional e pertinentes ponderações.

Consoante delineado, o Poder Judiciário do Estado do Paraná implementa ações individuais, endo e extraprocessuais, em prol dos direitos humanos e fundamentais das mulheres que estão em contexto de violência doméstica e familiar. A esse respeito, constata-se como cerne a estreita relação com o neoconstitucionalismo, trazendo como marco filosófico o pós-positivismo e, como teóricos, a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional¹⁶¹⁶.

Não obstante, somente estas medidas não se revelam suficientes para a redução desse quadro, caracterizado pela clandestinidade do cometimento do ato violento, por relações mantidas entre a ofendida e o ofensor e pela complexidade da violência, crescendo a partir de condutas aparentemente insignificantes para patamares mais elevados e em ciclos difíceis de serem rompidos.

¹⁶¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹⁶¹⁴ Direitos humanos e princípios institucionais da Defensoria Pública, p. 202.

¹⁶¹⁵ Defensoria Pública: ponto a ponto: direitos humanos e princípios institucionais da Defensoria Pública, p. 202.

¹⁶¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 240, abr/jun. 2005, 1-42, p. 4-12.

Em vista deste cenário, objetivando a sua modificação, a atuação do Judiciário paranaense em conjunto aos órgãos governamentais e não-governamentais mostra-se um avanço, porquanto identifica que efetivar mudanças na realidade dessas mulheres enseja mais do que o protagonismo isolado deste Poder e que o cumprimento de suas atribuições no exercício de sua função típica. Ressalte-se que a própria CEVID reconhece expressamente que “trabalho em prol da mulher em situação de violência doméstica é trabalho em rede”¹⁶¹⁷.

Nesse norte, há que se pontuar que, mesmo com os atores do sistema de justiça observando suas funções institucionais no seu respectivo âmbito de atuação, a interinstitucionalidade ainda persiste como essencial, caso seja possível, pois a articulação e o diálogo possibilitam a compreensão ampliada da situação fática dos envolvidos, sob distintas perspectivas, a avaliação sobre os óbices e limitações existentes, as medidas cabíveis de execução e as suas consequências.

Em relação às ações promovidas no Estado do Paraná, extrai-se que a parceria com a AERP, a participação na “Campanha Sinal Vermelho contra a Violência” e os esforços conjugados para a confecção do registro policial online nos casos de violência doméstica e familiar visam efetivar o acesso à Justiça e o início da movimentação do aparato estatal para a proteção das mulheres. Isto porque, a primeira iniciativa mencionada, está direcionada à informação e à conscientização das vítimas e da sociedade sobre a realidade da violência, ao passo que a segunda, a assegurar condições de a revelação ser feita informal, indireta e discretamente pelas vítimas e à preparação dos profissionais que receberão o pedido de ajuda, e, por fim, a terceira, a facilitar a comunicação direta da vítima com a equipe policial sobre o ato violento sofrido.

No âmbito das ações individuais promovidas pelo Judiciário paranaense, a disponibilização de informações no portal eletrônico e nas redes sociais da CEVID, com destaque para os Boletins Informativos e o “Dossiê Femicídio: por que aconteceu com ela?”, igualmente, está relacionada a esta fase inicial, exercendo função semelhante à ação de parceria com a AERP.

Nesta etapa, tem-se, também, que a estrutura, os serviços, os encaminhamentos e os programas existentes na CMB refletem o desvelo dos órgãos integrantes do sistema de justiça em amparar as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar e lhes proporcionar meios de fortalecimento da sua autonomia financeira. Pertinente a esta, nunca é demais rememorar que a situação da dependência econômica é comum na realidade da maioria dessas mulheres¹⁶¹⁸, sendo, em alguns casos, a principal motivação ou uma das razões para a manutenção do relacionamento com o agressor, pois são prováveis, na visão delas, as privações e as dificuldades de subsistência que poderão, algumas junto aos filhos, ter que vivenciar com o seu término.

Destá feita, a CMB de Curitiba representa um local de acolhida e recomeço para muitas mulheres, especialmente para as que buscam pela primeira vez o atendimento, ao encontrarem os serviços que necessitam articulando-se para a dispensa de uma

¹⁶¹⁷ CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Boletim Informativo. 1ª ed., 2020, p. 16-17.

¹⁶¹⁸ Dossiê Femicídio: por que aconteceu com ela?, p. 71.

assistência integral em um momento de muita insegurança em suas vidas. Sob o olhar da sociedade, a existência da CMB pode ser vista como um compromisso que está sendo efetivado em prol das mulheres, atenta aos seus direitos fundamentais, principalmente à vida, à liberdade e à integridade em todas as suas vertentes.

Na seara de encaminhamentos iniciais, a atuação do Judiciário do Estado do Paraná, em conjunto com outras instituições, para a retomada dos serviços do IML em favor das mulheres vítimas de violência doméstica que não haviam sofrido agressão sexual, no contexto da pandemia da Covid-19, foi fundamental ao reforçar a necessidade de providências e de uma resposta do órgão. A suspensão dos exames agravava, sobremaneira, a possibilidade de subnotificação dos casos e de uma persecução penal ineficiente, gerando insegurança na vítima em promover a denúncia.

Posteriormente à constatação da violência, pode-se inferir que o Judiciário paranaense não está apenas limitado em garantir o atendimento inicial da vítima e em formalizar a concessão das medidas protetivas. Mais do que isso, a implementação da Patrulha Maria da Penha e do Botão do Pânico revela o compromisso com as mulheres e com a sociedade na fiscalização da observância, pelo agressor, das restrições impostas e na segurança das vítimas, constatando, ainda, que, entre elas, há diferenças no grau de vulnerabilidade, e concretizando, mediante uma avaliação de riscos que será utilizada na ordem das visitas, o princípio da isonomia.

De mais a mais, a participação na “Campanha Compromisso e Atitude pela Lei Maria da Penha – A Lei é mais forte” evidencia o empenho do Judiciário do Estado do Paraná para a apresentação de respostas de mérito céleres e justas às vítimas. Logo, o olhar em relação às mulheres em contexto de violência doméstica e familiar não se esgota na concessão das medidas protetivas, mas sim perdura atento à relevância do significado sentimental que representa, para as vítimas, a demora no andamento processual da ação penal e no seu julgamento final.

À vista disso, é possível constatar que o Poder Judiciário paranaense não está voltado somente à sua estruturação e à capacitação dos seus membros para garantir a justiça substancial às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Pelo contrário, exterioriza saber a importância da interinstitucionalidade e do estabelecimento de um diálogo com as vítimas e com o meio social, e age de tal modo através da execução das ações mencionadas e de outras iniciativas, deixando nítido seu compromisso, para além do aspecto formal, com a realidade dessas mulheres e com o objetivo fundamental da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente artigo, tornou-se possível refletir, inicialmente, que as concepções quanto à concretização da “justiça”, para o Direito e para a sociedade, no que se refere às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, encontram pontos divergentes e convergentes, sendo envidadas medidas quanto a estes.

Relacionado às distinções, cumpriu destacar a existência, no processo penal, de alguns limites intransponíveis na atuação do Poder Judiciário, para que esteja em conformidade ao Estado Democrático de Direito, ao sistema acusatório adotado

e à sua função de garantidor dos direitos fundamentais do acusado. Assim, ponderou-se que há casos nos quais, ainda que a pretensão da vítima e da sociedade esteja direcionada à responsabilização e à punição do investigado para o alcance da sua visão de justiça, não cabe ao Judiciário fazer o papel da acusação, mas tão somente exercer suas funções de intérprete e aplicador do Direito, o que não significa um descaso em relação à mulher e à sociedade, e sim a promoção da justiça em observância ao ordenamento jurídico.

Noutro norte, um olhar convergente sobre a situação dessas mulheres e a efetivação da justiça consistiu em considerar, no âmbito da ação penal, as características peculiares das condutas delitivas, principalmente o aspecto da clandestinidade, culminando na atribuição de relevância à palavra da vítima, no momento da valoração da prova e da análise do conjunto probatório. Além disso, nos vieses da vítima, da sociedade e do Judiciário, a celeridade no andamento processual e na resposta de mérito deve ser buscada para a realização da justiça substancial.

Na seara extraprocessual, vislumbrou-se compatível a visão da sociedade e do Direito a respeito da imprescindibilidade de maior participação do Judiciário em prol da prevenção da violência doméstica e familiar, da facilitação no acionamento do sistema de justiça e no acompanhamento e supervisão das medidas protetivas aplicadas. Assim, adveio a Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, propiciando as bases para a implementação e o fortalecimento dessas ações.

Delimitando a análise sobre o Estado do Paraná, a instituição da CEVID e as iniciativas, medidas e articulações sociais e interinstitucionais revelaram que o Poder Judiciário estadual se dedica com afinco a modificar positivamente a situação das mulheres, de forma preventiva e após a violência já vivenciada. Ao que se observa, o Judiciário paranaense está intensamente presente nas questões relacionadas à proteção dessas vítimas, ao seu empoderamento e à conquista da sua autonomia.

Não obstante a persistência expressiva e preocupante dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, pode-se afirmar que o Judiciário estadual está cumprindo suas atribuições para propiciar a mudança deste cenário no Estado e materializar a justiça às vítimas, inclusive, o fazendo de forma transparente, como verifica-se através da CEVID, e em constante diálogo com os demais atores do sistema de justiça e com a sociedade. Por certo, ainda há muito a ser feito, especialmente mediante a ampliação das ações já efetivadas, todavia, ante o já percorrido e concretizado, é notório que o Poder Judiciário do Paraná está no caminho que efetiva a justiça substancial às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, em consonância e respeito à visão delas, da sociedade e conforme o Direito.

REFERÊNCIAS

- ARISTOTELES. Ética a Nicômaco – tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- ARRUDA, Jocelaine Espindola da Silva. Um olhar sobre a Lei Maria da Penha no Paraná: avanços e desafios. Dissertação. Curitiba, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 240, abr/jun. 2005, 1-42.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 615.661/MS da Sexta Turma, Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Brasília, 24 de novembro de 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.441.535/ES da Sexta Turma, Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 28 de maio de 2019.
- BRASIL; BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, 1988.
- BRASIL; BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, 1941.
- BRASIL. Decreto nº 8.086 de 30 de agosto de 2013. Institui o Programa Mulher Segura e Protegida. Diário Oficial da União. 2013.
- BRASIL; BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Diário Oficial da União, 2006.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 128 de 17 de março de 2011. Diário da Justiça eletrônico, 2011.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 254 de 04 de setembro de 2018. Diário da Justiça eletrônico, 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CEVID – Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Boletim Informativo. 1. ed., 2020
- CEVID – Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar Boletim Informativo. 2. ed., 2020.
- CEVID – Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar Boletim Informativo. 3. ed., 2020.
- CEVID – Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar Boletim Informativo. 4. ed., 2020.
- CEVID – Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar Boletim Informativo. 5. ed., 2021.
- COMPROMISSO E ATITUDE LEI MARIA DA PENHA. Casa da Mulher Brasileira é referência no acolhimento de vítimas de violência em Curitiba. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/casa-da-mulher-brasileira-e-referencia-no-acolhimento-de-vitimas-de-violencia-em-curitiba-parana-portal-16-06-2019/>. Acesso em: 16 de abril de 2021.
- COMPROMISSO E ATITUDE LEI MARIA DA PENHA. O que é a campanha compromisso e atitude pela Lei Maria da Penha?. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/o-que-e-a-campanha-compromisso-e-atitude-pela-lei-maria-da-penha/>. Acesso em: 18 de abril de 2021.
- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. Referência Nacional, Casa da Mulher Brasileira completa 4 anos em Curitiba. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/2020/06/1937/Referencia-Nacional-Casa-da-Mulher-Brasileira-completa-4-anos-em-Curitiba.html>. Acesso em: 16 de abril de 2021.
- CRUZ, Cleusa Nery Saldanha. Casa da Mulher Brasileira em Curitiba: ações de proteção social às mulheres vítimas de violência doméstica. Trabalho de conclusão de curso. Matinhos, 2018, p. 68.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Coord.). Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

- FBSP- FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Ano 14, 2020. ISSN 1983-7364.
- GOMES, Marcos Vinícius Manso Lopes. Direitos humanos e princípios institucionais da Defensoria Pública. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O acesso à justiça no ano 2000. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.) O processo civil contemporâneo. Curitiba: Juruá, 1994.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes- tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Editora Nacional.
- LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- PARANÁ. Lei nº 19.788 de 20 de dezembro de 2018. Institui no âmbito do Estado do Paraná as Patrulhas Maria da Penha e dá outras providências. Diário Oficial. Curitiba, 2018.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Resolução nº 20 de 11 de novembro de 2011. Diário da Justiça Eletrônico. Curitiba, 2011.
- PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Resolução nº 203 de 09 de julho de 2018. Diário da Justiça Eletrônico. Curitiba, 2011.
- OAB PARANÁ. Casa da Mulher Brasileira é importante instrumento de enfrentamento à violência de gênero. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/casa-da-mulher-brasileira-e-importante-instrumento-de-combate-a-violencia-de-genero/>. Acesso em: 16 de abril de 2021.
- PREFEITURA MUNICIPAL DE CURITIBA. Casa da Mulher Brasileira faz 44 mil atendimentos. Disponível em: <https://www.curitiba.pr.gov.br/noticias/casa-da-mulher-brasileira-faz-44-mil-atendimentos/54341>. Acesso em: 16 de abril de 2021.
- RPC Curitiba. Paraná registra 217 inqueritos de feminicídio ou tentativa em 2020, aponta levantamento. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2021/01/12/parana-registra-217-inqueritos-de-feminicidio-ou-tentativa-em-2020-aponta-levantamento.ghtml>. Acesso em: 15 de abril de 2021.
- SÁ, Priscila Placha. Dossiê Feminicídio: por que aconteceu com ela? Priscila Placha Sá (Coord.). Curitiba, Tribunal de Justiça do Paraná, 2021.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Convênios e parcerias institucionais. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/cevid?p_p_id=101_INSTANCE_K5Qh&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&a_page_anchor=35702570. Acesso em: 15 de abril de 2021.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Casa da Mulher Brasileira. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/cevid?p_p_id=101_INSTANCE_K5Qh&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&a_page_anchor=41071972. Acesso em: 15 de abril de 2021.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Lançamento regional da campanha “Compromisso e Atitude” pela Lei Maria da Penha. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1IKI/content/lancamento-regional-da-campanha-compromisso-e-atitude-pela-lei-maria-da-penha/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 18 de abril de 2021.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Evento online apresenta a campanha “Sinal Vermelho de Combate à violência doméstica. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/evento-online-nesta-terca-feira-4-8-apresenta-a-campanha-sinal-vermelho-de-combate-a-violencia-domestica/18319. Acesso em: 20 de abril de 2021.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/cevid>. Acesso em: 13 de abril de 2021.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. CEVID - Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/cevid?p_p_id=101_INSTANCE_K5Qh&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&a_page_anchor=49079625. Acesso em: 13 de abril de 2021.
- ZAMBAM; Neuro José; ANTUNES, Lucio Henrique Spiazzi Algerich. O agir justo segundo Immanuel Kant: considerações acerca das motivações. Revista Direitos Humanos e Democracia. Editora Unijuí, ano 6, n. 11, jan/jun 2018, ISSN 2317-5389, p. 3-30.

Data: 27 de abril de 2021.

ENTRE VULNERABILIDADES, EMERGÊNCIAS E DESIGUALDADES: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS OCASIONADOS PELA PANDEMIA DO COVID-19 NOS SISTEMAS PÚBLICO E PRIVADO DA EDUCAÇÃO INFANTIL

Renan Francelino da Silva¹⁶¹⁹, Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto¹⁶²⁰,
Eduarda Peixoto da Cunha França¹⁶²¹

INTRODUÇÃO

O ano de 2020 iniciou-se com um quadro calamitoso e surpreendente. Se, no Brasil, já existiam problemas relacionados diretamente às falhas sistêmicas enraizadas no âmago da sociedade, a pandemia do [sars-cov-2 ou, como ficou popularmente conhecido, novo Coronavírus (COVID-19)] parece ter desestabilizado e caotizado ainda mais o que, naturalmente, já era desafiador: a garantia dos direitos socioeconômicos e culturais para além das promessas constitucionais.

Se já não bastasse o número de casos de mortes e enfermidades de COVID-19, os dados demonstram que a enfermidade por este causada atingiu – em maior escala – grupos economicamente hipossuficientes e socialmente marginalizados, grupos estes que deveriam figurar enquanto destinatários primários do agir do Estado.

Enquanto a maioria das escolas particulares adotaram o sistema de aulas remoto através das Tecnologias Digitais de Informação e Comunicação (TDICs), o sistema público de ensino suspendeu o calendário escolar em decorrência da ausência de investimento voltado para a implementação dessas tecnologias na rede pública.

A partir daí, enxerga-se duas problemáticas: 1) a falta de qualidade do ensino remoto no sistema privado e público de ensino; e 2) a falta de investimento a este na rede pública de ensino.

A última questão, em específico, é consideravelmente preocupante. Afinal, o ano de 2020 parece ter interferido de maneira significativa em um dos setores que já era deficitário no país e acentuado o desnivelamento na qualidade de ensino – entre ensino público e privado – que já era grave.

¹⁶¹⁹ Bacharel e Mestrando em Direito (Linha de Pesquisa: “Processo, Hermenêutica e Efetividade dos Direitos”) pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Bolsista do Programa de Concessão de Bolsas de Pós-Graduação da Fundação de Amparo à Ciência e à Tecnologia do Estado de Pernambuco (FACEPE). Pesquisador e Coordenador do Grupo de Estudos do U.Data - Laboratório de Pesquisas Empíricas em Direito do PPGD-UNICAP. Brasil, Recife/PE. E-mail: renan.fs@outlook.com.br.. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6547830112603497>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3272-0566>.

¹⁶²⁰ Advogado e Mediador Extrajudicial. Doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Membro dos Grupos de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (CONREP/UFPE) e do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional - Grupo “Virada de Copérnico” (UFPR). Membro da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB-PE. Recife/PE. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5901709767724314>. E-mail: manuelcamelo2012@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7826-8531>

¹⁶²¹ Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Interpretação e Decisão Judicial (NUPID) na linha “Direito, Desacordos e Jurisdição Constitucional”. Recife/PE. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3505409056838918>. E-mail: eduardacunhapf@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7163-923X>

Tal quadro levanta o seguinte questionamento: quais os impactos decorrentes da pandemia do COVID-19 nas instituições brasileiras de ensino da educação infantil (creches e pré-escolas) da rede pública e privada?

Este artigo pretende analisar os impactos oriundos da pandemia do COVID-19 em detrimento da necessidade de implementação do distanciamento social para creches e pré-escolas brasileiras.

Para tanto, utiliza-se do método dedutivo a partir de uma abordagem qualitativa, apoiada na técnica, com ênfase nas pesquisas bibliográfica e documental.

Na pesquisa bibliográfica, recorreu-se aos livros, artigos científicos e reportagens, em meio físico e digital, que tratam da temática ora abordada.

Na pesquisa documental, realizou-se um estudo jurídico-legislativo em torno de tal direito fundamental e de sua regulamentação na Educação Básica, a partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88); do Código Civil de 2002 (CC/02); do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); da Lei de Diretrizes e Bases do Ensino Nacional (LDBN); além de alguns atos legislativos e do executivo criados para enfrentar a contingencialidade dessa etapa educacional no contexto pandêmico.

Este artigo foi dividido em quatro partes, nas quais objetivou-se, respectivamente:

a) estudar quais os fundamentos constitucionais que obrigam a que o Estado garanta a efetividade do direito à educação; b) compreender quais os impactos que a pandemia do COVID-19 surtiu sobre o ensino infantil, notadamente no que diz respeito à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional; c) identificar estratégias de articulação entre a família, as escolas e o Estado na promoção da efetividade da educação infantil remota; d) apontar as desigualdades latentes entre os sistemas de ensino público e privado no que tange à promoção da efetividade da educação infantil no período pandêmico.

1 DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS QUE OBRIGAM O ESTADO BRASILEIRO A GARANTIR E A PROMOVER À EDUCAÇÃO

A Constituição de 1988 (CF/88) foi promulgada em meio a um cenário de (re) democratização. Buscando superar um passado de violência, supressão de direitos e práticas institucionais abusivas, os dispositivos da nova Constituinte vieram com o intuito de transformar a realidade social do país. Por isso, dentre o amplo rol de garantias e direitos elencados – políticos, individuais, coletivos e difusos –, encontram-se os direitos sociais, ou “direitos de segunda geração”.

Tal geração está atrelada à ideia de igualdade e à possibilidade de poder exigir do Estado a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais por meio da execução de políticas públicas, programas sociais e ações afirmativas. Desse modo, o Estado é chamado à garantia de direitos e oportunidades iguais a todos os cidadãos e deve fazê-lo através de políticas públicas que viabilizem direitos e garantias necessários para uma vida digna, como acesso básico à saúde, ao, ao lazer, à educação, dentre outros direitos dessa natureza.

A declaração do direito à educação – de caráter notadamente social – tornou-se particularmente detalhada na CF/88, o que representou um salto de qualidade em relação à legislação anterior.

Tal direito encontra-se genericamente previsto na redação do art. 6º¹⁶²² da Constituição, que tratou dos direitos sociais e tem sua regulação específica no Capítulo III - Da Educação, da Cultura e do Desporto, Seção I, a partir do artigo 205¹⁶²³, das mesma Carta Magna.

Por se tratar de um direito de cunho notadamente prestacional, o Estado é acionado para o concretizar. Ou seja: ao contrário dos direitos individuais – que, em tese, só por não serem infringidos, são garantidos –, os direitos sociais demandam um agir do Estado para que sejam, de fato, efetivados¹⁶²⁴⁻¹⁶²⁵.

É importante ressaltar que tal direito está diretamente vinculado aos fundamentos da República brasileira, previstos no art. 1º¹⁶²⁶, e aos objetivos fundamentais previstos no art. 3º¹⁶²⁷ da Carta Constitucional.

Dessa forma, a partir das normas positivadas na Constituição Federal de 1988, percebe-se que a educação se conecta diretamente com as linhas mestras que orientam os escopos do Estado brasileiro. Mas, para efetivar esse direito, é necessário que haja não apenas uma previsão normativa abstrata, como também instrumentos jurídicos que obriguem o Estado a concretizá-lo.

¹⁶²² Constituição Federal de 1988: “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”. BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. Nº 1/92 a 42/2203 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

¹⁶²³ Constituição Federal de 1988: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. Nº 1/92 a 42/2203 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

¹⁶²⁴ A não concretização do direito à educação ocasiona, portanto, manifesta inconstitucionalidade por omissão por parte do Poder Público.

¹⁶²⁵ Essa linha de raciocínio encontra fundamento no que Robert Alexy intitula de “*entitlements concerning social rights*” (em tradução livre: direitos concernentes aos direitos sociais). ALEXY, Robert. On constitutional rights to protection. *Legisprudence*, v. 3, n. 1, 2009.

¹⁶²⁶ No art. 1º, observa-se enquanto um dos fundamentos, no inciso II, a cidadania, e no inciso III, a dignidade da pessoa humana. A educação, nesse sentido, figura enquanto condição determinante para uma efetiva aplicação desses fundamentos, pois somente através dela pode-se pensar em um pleno gozo da cidadania e em uma verdadeira dignidade da pessoa humana. BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. Nº 1/92 a 42/2203 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

¹⁶²⁷ No art. 3º, por sua vez, também se pode ligar o direito à educação aos objetivos fundamentais da República, sobretudo no que toca ao inciso I, cuja redação prevê a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, o que parece ser possível somente através da educação. BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. Nº 1/92 a 42/2203 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

A obrigatoriedade da prestação estatal da educação é consideravelmente significativa, pois remete aos instrumentos constitucionais¹⁶²⁸ capazes de assegurar os direitos presentes na Constituição de 1988, tais quais: a) o mandado de segurança coletivo¹⁶²⁹; b) o mandado de injunção¹⁶³⁰; e c) a ação civil pública¹⁶³¹.

Com tudo o que foi exposto, percebe-se que o direito em comento é amplamente protegido pela Constituinte de 1988 e que sua garantia é responsabilidade dos familiares, do Estado e da comunidade em geral. Cabe questionar, todavia, como cada um dos responsáveis – Estado, pais e família – vão atuar a fim de sanar as deficiências educacionais deixadas pela pandemia: se, no Brasil, já existem desafios em tempos normais¹⁶³², a pandemia do COVID-19 comprometeu ainda mais o cenário educacional no país.

Agora, além dos obstáculos – de ordem econômica, social e cultural – que impediam esse direito de ser efetivado, a falta de acesso à internet e a falta de preparo do Estado para oferecer ensino de qualidade pelas plataformas digitais, apareceram enquanto dois dos muitos outros desafios cujas consequências precisarão ser encaradas daqui pra frente.

Diante da atual virulenta crise sanitária, é necessário repensar qual a responsabilidade do Estado, da família, das escolas, da comunidade em geral, perante essa realidade. Também, corrigira letargia estatal no que tange à falta de preparo para crises sanitárias inesperadas, desconstruindo possíveis imobilismos futuros em futuras crises.

2 O ENSINO INFANTIL REMOTO EMERGENCIAL *VERSUS* AS DIRETRIZES EDUCACIONAIS INFANTIS BRASILEIRAS: UMA PROBLEMÁTICA A SER DISCUTIDA

No contexto pandêmico ora abordado, o Senado Federal decretou o Estado de Calamidade Pública de Importância Internacional decorrente de tal vírus, com efeitos até 31 de dezembro de 2020 – Decreto Legislativo (DLG 6/2020) –, a fim de estabelecer medidas excepcionais a serem adotadas durante o enfrentamento da atual virulenta crise sanitária¹⁶³³.

¹⁶²⁸ O acionamento desses instrumentos e a cobrança na implementação dos referidos direitos depende da sociedade civil – que, após a CF 88, passou a dispor de uma ampla gama de ferramentas para subsidiar constitucionalmente os seus direitos e dos legitimados coletivos. Essas prerrogativas previstas permitem tanto pressionar o Estado para que efetive esses direitos, como para controlar o seu abuso de poder. CURY, C. R. J.; HORTA, J. S. B.; FÁVERO, O. A relação educação-sociedade estado pela mediação jurídico-constitucional. In: FÁVERO, Osmar (Org.). A educação nas constituintes brasileiras: 1823-1988. Campinas, SP: Autores Associados, 1996, p. 28-29.

¹⁶²⁹ A sua finalidade é proteger direito líquido e certo que não foi amparado por habeas corpus ou habeas datas e quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for a autoridade pública ou pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

¹⁶³⁰ Tal remédio constitucional serve para evitar que a falta de uma determinada norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

¹⁶³¹ Esse remédio constitucional serve para proteger interesses coletivos e difusos.

¹⁶³² Pode-se citar como exemplo a distância entre a moradia de determinados alunos e a escola, dificultando a mobilidade do estudante; a falta de interesse dos pais em educar os filhos ou mesmo da inviabilidade de que estes estudem, pela necessidade de trabalhar e ajudar no sustento da casa; e pela falta de vagas em escolas públicas.

¹⁶³³ CAMACHO, Alessandra Conceição Leite Funchal et al. Alunos em vulnerabilidade social em disciplinas

Uma das, se não a mais impactante, medidas voltadas ao combate de tal vírus foi a substituição das aulas presenciais e demais atividades pedagógicas nas instituições de ensino de todos os níveis, etapas e fases, pelas aulas e atividades “em meio digital”.

Para acompanhar as medidas restritivas direcionadas ao combate ao novo Coronavírus, e atender aos anseios e interesses da classe estudantil infantil e de seus responsáveis (família e professores/as), os profissionais da área tiveram de se reinventar: para flexibilizar o agir pedagógico, recriar as práticas pedagógicas, e alinhá-las às possibilidades do período, a fim de promover as necessidades (básicas) educacionais dos menores e de suas famílias em paralelo com o uso das tecnologias¹⁶³⁴.

Nesse cenário pandêmico, surge, dentre outras modalidades, o Ensino Infantil Remoto Emergencial (EIRE): uma circunstância de ensino (emergencial-excepcional), em que, conforme Patricia Alejandra Behar, o processo de ensino e a aprendizagem que ocorria de forma física necessitou ser relocado para o ambiente virtual¹⁶³⁵.

Entretanto, antes de adentrar o problema da pesquisa proposta, é preciso enfrentar uma questão que está interligada a referida modalidade de ensino: a confusão conceitual¹⁶³⁶ envolvendo dois termos parecidos, embora em essência distintos: (o que é) *Ensino à Distância (EaD?)* e (o que é) *Atividade Remota Emergencial (ERE?)*.¹⁶³⁷

De modo geral, o primeiro, é caracterizado como uma modalidade de ensino em que a experiência é compartilhada com outros profissionais especialistas no campo educacional e se vale de diferentes modelos pedagógicos, de acordo com a tecnologia envolvida¹⁶³⁸.

Já o segundo, é descrito como uma modalidade de ensino em que professores e alunos estão mediando seu conhecimento, interagindo de maneira síncrona e/ou assíncrona em ambientes e tempos distintos, utilizando-se ou não de instrumentos digitais, de modo a viabilizar o contato direto dos alunos entre si ou do aluno com o professor, por meio do uso dos meios tecnológicos¹⁶³⁹⁻¹⁶⁴⁰.

de educação à distância em tempos de COVID-19. *Research, Society and Development*, v. 9, n. 7, 2020, p. 5.

¹⁶³⁴ CASTRO, Mayara Alves de; VASCONCELOS, José Gerardo; ALVES, Maria Marly. Estamos em casa! Narrativas do cotidiano remoto da educação infantil em tempo de pandemia. *Práticas Educativas, Memórias e Oralidades - Rev. Pemo*, v. 2, n. 1, 2020, p. 3.

¹⁶³⁵ UFRGS. Artigo: O Ensino Remoto Emergencial e a Educação a Distância. 2020. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/coronavirus/base/artigo-o-ensino-remoto-emergencial-e-a-educacao-a-distancia/>. Acessado em: 18 de jun. 2021.

¹⁶³⁶ Sobre essa confusão conceitual, conf. JOYE, Cassandra Ribeiro; MOREIRA, Marília Maia; ROCHA, Sinara Socorro Duarte. Educação a Distância ou Atividade Educacional Remota Emergencial: em busca do elo perdido da educação escolar em tempos de COVID-19. *Research, Society and Development*, v. 9, n. 7, 2020, p. 5-6.

¹⁶³⁷ JOYE, Cassandra Ribeiro; MOREIRA, Marília Maia; ROCHA, Sinara Socorro Duarte. Educação a Distância ou Atividade Educacional Remota Emergencial: em busca do elo perdido da educação escolar em tempos de COVID-19. *Research, Society and Development*, v. 9, n. 7, 2020, p. 4.

¹⁶³⁸ JOYE, Cassandra Ribeiro; MOREIRA, Marília Maia; ROCHA, Sinara Socorro Duarte. Educação a Distância ou Atividade Educacional Remota Emergencial: em busca do elo perdido da educação escolar em tempos de COVID-19. *Research, Society and Development*, v. 9, n. 7, 2020, p. 14.

¹⁶³⁹ JOYE, Cassandra Ribeiro; MOREIRA, Marília Maia; ROCHA, Sinara Socorro Duarte. Educação a Distância ou Atividade Educacional Remota Emergencial: em busca do elo perdido da educação escolar em tempos de COVID-19. *Research, Society and Development*, v. 9, n. 7, 2020, p. 13.

¹⁶⁴⁰ Ainda, segundo o art. 1º do DECRETO Nº 9.057/2017, “considera-se educação a distância a modalidade

Uma vez distinguidos tais modelos de ensino, cumpre registrar que o Ensino Infantil Remoto Emergencial, que vem sendo aplicado na temporalidade do Novo Coronavírus, não é autorizado para a Educação Infantil.

No entanto, em respeito às medidas de isolamento e distanciamento social – em decorrência da pandemia do COVID-19 – e objetivando movimentar o sistema educacional brasileiro, o Ministério da Educação – MEC estabeleceu a Portaria nº 343/2020 que objetivou substituir as aulas presenciais por aulas em meio digital, enquanto durar tal estado de excepcionalidade.

Posteriormente, o atual Presidente da República editou a Medida Provisória (MP) nº 934/20, que dispensou, excepcionalmente¹⁶⁴¹, a obrigatoriedade de observância ao mínimo de dias de efetivo trabalho escolar, nos termos do disposto no inciso I do *caput*¹⁶⁴² e no § 1º do art. 24¹⁶⁴³ e no inciso II do *caput* do art. 31¹⁶⁴⁴ da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases do Ensino Nacional – LDBN), desde que cumprida a carga horária mínima anual estabelecida nos referidos dispositivos, observadas as normas a serem editadas pelos respectivos sistemas de ensino.

Porém, parece existir uma incerteza no tocante a legalidade do uso do EIRE nas práticas pedagógicas educacionais aplicáveis à infância.

educacional na qual a mediação didático-pedagógica nos processos de ensino e aprendizagem ocorra com utilização de meios e tecnologias de informação e comunicação, com pessoal qualificado, com políticas de acesso, com acompanhamento e avaliação compatíveis, entre outros, e desenvolva atividades educativas por estudantes e profissionais da educação que estejam em lugares e tempos diversos”. (BRASIL. DECRETO LEGISLATIVO Nº 9.057, de 25 de maio de 2017. Regulamenta o art. 80 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União. Edição: 100. Seção 1. Página: 3. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20238603/do1-2017-05-26-decreto-n-9-057-de-25-de-maio-de-2017-20238503. Acessado em: 17 de jun. 2021.

¹⁶⁴¹ A referida lei dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

¹⁶⁴² Lei de Diretrizes e Bases do Ensino Nacional: “Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: I - a carga horária mínima anual será de oitocentas horas para o ensino fundamental e para o ensino médio, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver [...]”. BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 27833, Coleção de Leis do Brasil - 1996, Página 6544, Vol. 12, 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 09 de novembro de 2020.

¹⁶⁴³ Lei de Diretrizes e Bases do Ensino Nacional: “Art. 24. [...] § 1º A carga horária mínima anual de que trata o inciso I do *caput* deverá ser ampliada de forma progressiva, no ensino médio, para mil e quatrocentas horas, devendo os sistemas de ensino oferecer, no prazo máximo de cinco anos, pelo menos mil horas anuais de carga horária, a partir de 2 de março de 2017”. BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 27833, Coleção de Leis do Brasil - 1996, Página 6544, Vol. 12, 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 09 de novembro de 2020.

¹⁶⁴⁴ Art. 31. A educação infantil será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: [...] II - carga horária mínima anual de 800 (oitocentas) horas, distribuída por um mínimo de 200 (duzentos) dias de trabalho educacional [...] BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 27833, Coleção de Leis do Brasil - 1996, Página 6544, Vol. 12, 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 09 de novembro de 2020.

Segundo a Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação (ANPED), em seu manifesto¹⁶⁴⁵, tanto a modalidade remota (emergencial) (EIRE) quanto a modalidade à distância (EaD), são ilegais, porque não previstas pela Lei acima mencionada, ainda que em casos emergenciais, tal como ocorre no Ensino Fundamental.¹⁶⁴⁶

Assim, ainda que a LDBN determine o mínimo de dias letivos de efetivo trabalho escolar e a MP 934/20, em caráter de excepcionalidade, dispense a obrigatoriedade de observância a tal mínimo de dias, desde que cumpridas as 800 (oitocentas) horas anuais, essa medida não encontra respaldo jurídico, tendo em vista os princípios insculpidos na própria Lei¹⁶⁴⁷.

Tal argumento justifica-se pelo fato de que perfil da primeira etapa do Ensino Básico (creche e pré-escola) não deve(ria) se resumir a ministrar aulas¹⁶⁴⁸. Deve-se, ao invés, implementar um conjunto de práticas pedagógicas que buscam articular as experiências e os saberes dos indivíduos entre 0 a 6 anos de idade com os conhecimentos que fazem parte de seu desenvolvimento integral (o patrimônio cultural, artístico, ambiental, científico, social, dentre outros) e com os seus seis direitos de aprendizagem e desenvolvimento¹⁶⁴⁹.

3 DAS DIFICULDADES DE APLICAÇÃO DO ENSINO INFANTIL REMOTO EMERGENCIAL: UMA MEDIDA QUE NÃO SE INSTRUMENTALIZA

O período de isolamento social trouxe desafios a serem enfrentados por toda a sociedade, sobremaneira pelos professores(as)¹⁶⁵⁰, que atuam na etapa educacional infantil¹⁶⁵¹.

Como primeira dificuldade, identifica-se a não instrumentalidade do ensino infantil remoto emergencial. Tal dificuldade encontra, conforme identifica Araújo, três vertentes: o aprendizado do menor, o uso de ferramentas digitais e o incentivo à parceria (colaborativa) de três agentes: o menor, a escola e a família¹⁶⁵².

¹⁶⁴⁵ Trata-se de um posicionamento da respectiva Associação, elaborado com o apoio da coordenação do GT07 - Educação de Crianças de 0 a 6 anos, Angela Scalabrin Coutinho e Romilson Martins Siqueira e com a colaboração de Bianca Cristina Corrêa e Maria Luiza Rodrigues Flores, pesquisadoras do GT07, e dos pesquisadores Luiz Fernandes Dourado e Salomão Barros Ximenes do GT05 – Estado e Política Educacional.

¹⁶⁴⁶ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM EDUCAÇÃO. manifesto ANPed | Educação a Distância na Educação Infantil, não! Rio de Janeiro, 2020, p. 1.

¹⁶⁴⁷ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM EDUCAÇÃO. manifesto ANPed | Educação a Distância na Educação Infantil, não! Rio de Janeiro, 2020, p. 1.

¹⁶⁴⁸ TODOS PELA EDUCAÇÃO. Ensino a distância na Educação Básica frente à pandemia da Covid-19. Nota Técnica, 2020, p. 11.

¹⁶⁴⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. A Base Nacional Comum Curricular. 2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/conselho-nacional-de-educacao/basenacional-comum-curricular-bncc>. Acesso em: 7 de jun. 2021, p. 25.

¹⁶⁵⁰ Neste sentido, Saraiva, Traversini e Lockmann (2020, p. 17) aduzem que tal medida gera exaustão nos professores.

¹⁶⁵¹ TODOS PELA EDUCAÇÃO. Ensino a distância na Educação Básica frente à pandemia da Covid-19. Nota Técnica, 2020, p. 14.

¹⁶⁵² ARAUJO, Ana Christina Abreu. O cenário desafiador da pandemia e a educação infantil. Revista Carioca de Ciência, Tecnologia e Educação, v. 5, n. especial, 2020, p. 26.

Para a ANPED, o ensino infantil remoto emergencial, ainda que nos termos da Medida Provisória nº 934/20, não se instrumentaliza, vez que os princípios que regem o uso da EaD ou o uso de quaisquer instrumentos tecnológicos de ensino remoto exigem, dentre outras medidas, planejamento e gestão compartilhada, domínio, técnica para uso das tecnologias e autonomia dos sujeitos, acesso aos recursos disponíveis e acompanhamento¹⁶⁵³.

Nessa esteira, cumpre frisar que a dinâmica do sistema e/ou processo educacional infantil ocorre através de vivências e experiências que transcendem as atividades ou sequências concorrentemente denominadas didáticas e perpassam as brincadeiras e o cuidado para com esse grupo de pessoas¹⁶⁵⁴.

Para acompanhar essa medida, e atender aos anseios e interesses da classe estudantil infantil e de seus responsáveis (família e professores/as), flexibilizou-se o agir pedagógico, reinventando as práticas pedagógicas e alinhando-as às possibilidades do momento, com vistas a promover as necessidades (básicas) educacionais dos menores e de suas famílias em paralelo com o uso das tecnologias¹⁶⁵⁵.

Identifica-se, ainda, como segunda dificuldade, a fragilidade dos sistemas de ensino infantil nacional, haja vista o fato de a atividade neles realizada estar baseada em convívio social e na ludicidade¹⁶⁵⁶.

Além disso, vislumbra-se uma ausência de políticas intergovernamentais que busquem proteger a infância, políticas tais que devem advir de atos das secretarias municipais através do estabelecimento de planos estratégicos que superem as medidas desarticuladas e esporádicas¹⁶⁵⁷.

Em razão de tal fragilidade e da ausência de políticas públicas (sobremaneira em razão da ausência de recursos financeiros necessários para tanto) nesta área, discute-se a possibilidade da volta às aulas à moda antiga, ou seja, presenciais.

Daí, pondera-se, contudo, que, apesar da dificuldade de se planejar, é preciso estudar as possibilidades e trilhas de retorno de tais aulas¹⁶⁵⁸, para que não se corra

¹⁶⁵³ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM EDUCAÇÃO. manifesto ANPEd | Educação a Distância na Educação Infantil, não! Rio de Janeiro, 2020, p. 2.

¹⁶⁵⁴ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM EDUCAÇÃO. manifesto ANPEd | Educação a Distância na Educação Infantil, não! Rio de Janeiro, 2020, p. 2.

¹⁶⁵⁵ CASTRO, Mayara Alves de; VASCONCELOS, José Gerardo; ALVES, Maria Marly. Estamos em casa! Narrativas do cotidiano remoto da educação infantil em tempo de pandemia. Práticas Educativas, Memórias e Oralidades - Rev. Pemo, v. 2, n. 1, 2020, p. 3.

¹⁶⁵⁶ CASTRO, Mayara Alves de; VASCONCELOS, José Gerardo; ALVES, Maria Marly. Estamos em casa! Narrativas do cotidiano remoto da educação infantil em tempo de pandemia. Práticas Educativas, Memórias e Oralidades - Rev. Pemo, v. 2, n. 1, 2020, p. 3.

¹⁶⁵⁷ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM EDUCAÇÃO. manifesto ANPEd | Educação a Distância na Educação Infantil, não! Rio de Janeiro, 2020, p. 3.

¹⁶⁵⁸ Trazendo os dados para a nossa realidade, significaria, conforme indica Arruda, reabrir as escolas, cumprindo todas as medidas de emergência necessárias, por volta dos meses de agosto ou setembro. Porém, o “novo normal”, decorrente do constante estágio evolutivo da pandemia da COVID-19, promove instabilidades que põem à saúde de todas as pessoas envolvidas (alunos/as, professores/as, funcionários/as das escolas e familiares) em risco e impossibilitam o planejamento de atividades educacionais à moda antiga (isto é, presenciais). ARRUDA, Eucídio Pimenta. Educação remota emergencial: elementos para políticas públicas na educação brasileira em tempos de covid-19. Revista de Educação à Distância, 2020, v. 7, n. 1, 2020, 262.

o risco de retornos precoces ou atrasados, expedientes tais que ocasionaria perdas significativas para o campo educacional infantil brasileiro¹⁶⁵⁹.

Portanto, qualquer que seja a medida a ser tomada, não se pode estabelecer qualquer estratégia, sem que se atente para quatro questões (leia-se mensagens) essenciais¹⁶⁶⁰:

- 1) Frente ao atual momento, soluções de ensino remoto podem contribuir e devem ser implementadas. Mas, considerando seu efeito limitado, é preciso cuidadosa normatização e, desde já, atenção ao planejamento de volta às aulas;
- 2) Uma estratégia consistente para o ensino remoto é aquela que busca mitigar as condições heterogêneas de acesso e os diferentes efeitos de soluções a distância em função do desempenho prévio dos estudantes.
- 3) Ensino remoto não é sinônimo de aula online. Há diferentes maneiras de estimular a aprendizagem à distância e, se bem estruturadas, atividades educacionais podem cumprir mais do que uma função puramente acadêmica.
- 4) Mesmo à distância, atuação dos professores é central.

Tais mensagens, em que pese haverem sido direcionadas para a segunda (Ensino Fundamental) e terceira etapa (Ensino Médio) do Ensino Básico¹⁶⁶¹ sintetizam, a partir das mais recentes evidências científicas e do atual cenário educacional brasileiro decorrente da atual crise virulenta sanitária, as principais inquietudes no tocante ao modelo de ensino discutido neste artigo. São, por assim dizer, caminhos para se pensar o atual cenário educacional brasileiro no contexto da atual virulenta crise sanitária e as possíveis estratégias para enfrentar essa crise.

Parece que a alternativa mais adequada (e segura) para amenizar e/ou mitigar os prejuízos causados pela pandemia do COVID-19 no sistema de Ensino brasileiro face ao distanciamento social e ao fechamento provisórios de escolas¹⁶⁶² e dar continuidade ao ano letivo, muito antes de promover a volta às aulas e atividades presenciais, é o ensino infantil remoto emergencial.

Contudo, essa medida precede uma (necessária) discussão acerca de sua legalidade e um cuidado para com as especificidades nas práticas pedagógicas-educativas-infantis cotidianas, agindo no agora e pensando no amanhã.

¹⁶⁵⁹ ARRUDA, Eucídio Pimenta. Educação remota emergencial: elementos para políticas públicas na educação brasileira em tempos de covid-19. Revista de Educação à Distância, 2020, v. 7, n. 1, p. 262, 2020.

¹⁶⁶⁰ TODOS PELA EDUCAÇÃO. Ensino a distância na Educação Básica frente à pandemia da Covid-19. Nota Técnica, 2020, p. 5.

¹⁶⁶¹ O grupo “Todos Pela Educação” emitiu uma Nota denominada “Análise: ensino a distância na educação básica frente à pandemia da covid-19. Entretanto, foi excluída a primeira etapa da Educação Básica - A Educação Infantil (Creche e Pré-Escola), vez que a dinâmica educacional para o grupo de pessoas entre 0 a 5 anos difere consideravelmente das dinâmicas nas etapas subsequentes. Por esta razão, deve-se abordar referido cenário por meio de análise específica no que concerne à pertinência de atividades à distância no contexto do fechamento provisório de escolas em decorrência da pandemia do COVID-19.

¹⁶⁶² TODOS PELA EDUCAÇÃO. Ensino a distância na Educação Básica frente à pandemia da Covid-19. Nota Técnica, 2020, p. 5.

As especificidades da primeira etapa do Ensino Básico impõem, a cada dia, novos desafios, movendo reflexões sobre os processos e o sistema educacional¹⁶⁶³ infantil brasileiro e de sua nova roupagem¹⁶⁶⁴ - rumo à garantia da efetividade do direito educacional infantil.

4 DAS CONSEQUÊNCIAS DA PANDEMIA SOBRE O ENSINO INFANTIL: IMPACTOS E POSSIBILIDADES PARA OS SISTEMAS PÚBLICO E PRIVADO DE EDUCAÇÃO

A pandemia do COVID-19 provocou, como visto neste artigo, impactos nas práticas cotidianas pedagógicas infantis no Brasil.

Resultado disso, o Estado foi acionado para estabelecer medidas emergenciais educacionais¹⁶⁶⁵ – sobremaneira em respeito ao Decreto Legislativo nº 6 (DLG 6/2020) – em tal etapa educacional face a atual virulenta crise sanitária.

Dentre essas medidas, o uso do ensino remoto e a flexibilidade dos requisitos curriculares (a carga horária mínima anual e os dias de efetivo trabalho escolar) tornaram-se alternativas para dar continuidade às atividades pedagógicas em meio a tal pandemia.

Por outro lado, viu-se (e sentiu-se) a necessidade de um (ativo) protagonismo Estatal a fim de promover e efetivar o direito fundamental e social educacional na pequena infância.

A partir de agora, serão tecidos alguns comentários a respeito das consequências advindas dessas medidas educacionais emergenciais, nos contextos escolares públicos e privados, a fim de discutir possíveis estratégias para amenizar prováveis perdas e futuros prejuízos educacionais.

Para isso, esta seção será dividida em dois momentos: a) primeiramente, discutir-se-á a necessidade de interlocução entre a família, a sociedade e o Estado, para (a maior) efetividade da educação infantil no atual contexto pandêmico; e, b) após, far-se-á a verificação dos principais impactos e desigualdades verificáveis nas redes de ensino público e privado, a fim de traçar estratégias de estabilização voltadas para o atual e futuro momento de pandemia (isso é, o pós-pandemia).

¹⁶⁶³ Isso porque “os sistemas educacionais devem se adaptar às novas demandas que surgiram. A globalização e a tecnologia modificaram completamente o cenário em que nos encontramos e, portanto, são necessários modelos educacionais capazes de responder a essa realidade”. AGUIRRE, M. A. La formación inicial del profesorado de educación primaria ante el reto del cambio social y tecnológico: un estudio en la Comunidad de Madrid. Universidade Complutense de Madrid. Tesis Doctoral. Madrid, 2019.

¹⁶⁶⁴ CASTRO, Mayara Alves de; VASCONCELOS, José Gerardo; ALVES, Maria Marly. Estamos em casa! Narrativas do cotidiano remoto da educação infantil em tempo de pandemia. *Práticas Educativas, Memórias e Oralidades* - Rev. Pemo, v. 2, n. 1, 2020, p. 3.

¹⁶⁶⁵ CAMACHO, Alessandra Conceição Leite Funchal et al. Alunos em vulnerabilidade social em disciplinas de educação à distância em tempos de COVID-19. *Research, Society and Development*, v. 9, n. 7, 2020, p. 6.

5 A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E O DIREITO/DEVER DE EDUCAÇÃO: O DIÁLOGO NECESSÁRIO ENTRE A FAMÍLIA, A SOCIEDADE E O ESTADO FRENTE AO CONTEXTO PANDÊMICO

O direito à educação infantil é uma pauta que perpassa não apenas pela esfera do Poder Público, mas também a esfera social (a comunidade em geral) e familiar (incluindo os agentes dela pertencentes: pais e/ou mães e demais familiares).

Sobre isso, o art. 229¹⁶⁶⁶, da Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo VII – “Da Família, da Criança e do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, afirmou que é dever dos pais e/ou mães proverem, com absoluta prioridade, a educação dos seus filhos menores. Enxerga-se, a partir daí, um dever expresso e direto da parentalidade na efetividade do direito fundamental à educação crianças e adolescentes.

Corroborando essa perspectiva, no plano infraconstitucional, o art. 1.634, I, do Código Civil de 2002 (CC/02)¹⁶⁶⁷; e o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁶⁶⁸, impõe às autoridades parentais (pais e mães, a saber) o dever de garantir tal direito a partir de seu viés formal e informal.

A noção de educação é a mais larga possível. Inclui a educação escolar, a formação moral, política, religiosa, profissional, cívica que se dá em família e em todos os ambientes que contribuam para formação do filho, como pessoa em desenvolvimento. Ela inclui, ainda, todas as medidas que permitam ao filho aprender a viver em sociedade¹⁶⁶⁹.

Por tal razão, a legislação brasileira prevê – tanto no plano constitucional quanto no infraconstitucional – o direito à educação infantil enquanto direito fundamental da criança; e impõe aos pais e/ou mães o dever de assegurarem o cumprimento desse direito a partir de algumas medidas, dentre as quais destaca-se a matrícula obrigatória (de seus filhos e/ou filhas) nas redes regular de ensino (pública ou privada)¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁶ Constituição Federal de 1988: “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”. BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. N° 1/92 a 42/2203 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n° 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

¹⁶⁶⁷ Código Civil de 2002: “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: [...] I - dirigir-lhes a criação e a educação; [...]”. BRASIL. Código Civil de 2002. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso 03 nov. 2020.

¹⁶⁶⁸ Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. BRASIL. Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em 03 nov. 2020

¹⁶⁶⁹ LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 317.

¹⁶⁷⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular

É importante perceber, todavia, que esse dever não se restringe apenas às esferas parental e estatal. Por isso, a família (o que inclui os demais familiares da criança) e a sociedade em geral [inclusos os professores(as) e demais profissionais da área], também devem exercê-lo e colaborar para sua plena efetividade.

Tal entendimento decorre da lógica do *Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente* que, por considerar a vulnerabilidade particular desses indivíduos, enquanto pessoas em formação, protege esse grupo e as suas garantias fundamentais¹⁶⁷¹.

Para explicitar esse dever e como que ele se relaciona com o princípio acima mencionado, Carlos Nelson Konder traz ao debate a ideia de vulnerabilidade e a sua origem. Para ele, essa categoria emerge dos debates em torno da saúde pública. Ainda segundo Konder, o termo em si foi construído para identificar aqueles indivíduos que, por alguma razão particular, estão mais sujeitos de serem lesionados em seus corpos¹⁶⁷².

Considerando essa concepção apriorística, o Direito trata da suscetibilidade maior de lesão aos direitos de determinados indivíduos em suas relações jurídicas em razão de determinadas características e/ou circunstâncias. Desse conjunto decorre as noções de vulnerabilidade patrimonial e de vulnerabilidade existencial; sendo que é nesta segunda hipótese que se encontra a modalidade de vulneração específica com relação à criança e ao adolescente:

[...] vulnerabilidade existencial seria a situação subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶⁷³.

Para Konder, é nessa circunstância que se justifica o reconhecimento da sua vulnerabilidade existencial em razão da sua condição particular de formação da personalidade; e que se demanda, desde o nascimento, amparo material (para sua subsistência) e amparo afetivo (para desenvolverem suas personalidades de forma saudável e sociável)¹⁶⁷⁴.

seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino". BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 03 nov. 2020

¹⁶⁷¹ Constituição Federal de 1988: "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. N° 1/92 a 42/2203 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n° 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

¹⁶⁷² KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e existencial: por um sistema diferenciador. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 99, 2015, p. 101-104.

¹⁶⁷³ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e existencial: por um sistema diferenciador. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 99, 2015, p. 105.

¹⁶⁷⁴ KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e existencial: por um sistema diferenciador.

Dessa maneira, não há como ignorar – sobremaneira no atual contexto pandêmico – a necessidade de interlocução entre aqueles diversos atores sociais na promoção e efetivação do direito à educação infantil de qualidade. Afinal, nessa conjuntura, não adianta apenas o Estado flexibilizar os critérios formais e pedagógicos educacionais na pequena infância. Cabe às creches e pré-escolas e aos familiares trabalharem em conjunto para minimizar as perdas no processo ensino e aprendizagem da criança e no seu desenvolvimento integral.

Atento a tal questão, o Conselho Nacional de Educação (CNE) – órgão vinculado ao MEC – emitiu o Parecer nº 5/2020 para apresentar sugestões voltadas para a garantia da manutenção da qualidade da Educação Básica em tempos emergenciais.

Nesse documento, uma das indicações pontuadas foi a necessidade de uma atuação conjunta dos estabelecimentos escolares e pré-escolares com os familiares das crianças. Conforme o CNE, é necessário que essas instituições de ensino busquem uma aproximação virtual – através da Tecnologia – dos professores com as famílias, para orientar os pais, mães ou responsáveis pela criança, na realização de atividades a serem efetuadas em casa; ou para enviar material de suporte pedagógico, em conformidade com as medidas restritivas sanitárias¹⁶⁷⁵.

Diante disso, considerando que as crianças que compõem a Educação Básica, e que obtêm o seu desenvolvimento cognitivo e socioemocional prioritariamente por meio de atividades, jogos, brincadeiras, conversas e histórias propostas, estabeleceu-se direcionamentos voltados para as atividades desenvolvidas nas creches e nas pré-escolas¹⁶⁷⁶.

Esses direcionamentos são apresentados no Quadro 1. Na primeira coluna, identifica-se as fases da Educação Infantil: creches (zero a três anos de idade) e pré-escolas (quatro a seis anos de idade). A segunda coluna apresenta um conjunto de orientações do Conselho Nacional de Educação voltadas para os pais, mães e responsáveis pela criança.

Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 99, 2015, p. 106.

¹⁶⁷⁵ BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Parecer CNE/CP nº 5/2020. Brasília: Ministério da Educação, 28 abr. 2020c, p. 9-10. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=14511-pcp005-20&category_slud=marco-2020-pdf&Itemid=30192. Acesso em 07 nov. 2020.

¹⁶⁷⁶ BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Parecer CNE/CP nº 5/2020. Brasília: Ministério da Educação, 28 abr. 2020c, p. 10. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=14511-pcp005-20&category_slud=marco-2020-pdf&Itemid=30192. Acesso em 07 nov. 2020.

Quadro 1 - Diretrizes estabelecidas pelo CNE no Parecer nº 5/2020 para a elaboração de atividades em creches e na pré-escola durante a pandemia

FASES DO ENSINO INFANTIL	ORIENTAÇÃO PARA PAIS, MÃES E RESPONSÁVEIS
CRECHES (CRIANÇAS DE 0 A 3 ANOS DE IDADE)	<ul style="list-style-type: none"> • Indicação de atividades de estímulo às crianças, leitura de textos pelos pais, brincadeiras, jogos, músicas infantis; • Para auxiliar os pais, as mães ou os/as responsáveis que não têm fluência na leitura, sugeriu-se que as escolas ofereçam aos cuidadores algum tipo de orientação concreta, como modelos de leitura em voz alta em vídeo ou áudio, para engajar as crianças pequenas nas atividades e garantir a qualidade da leitura.
PRÉ-ESCOLA (CRIANÇAS DE 4 A 5 ANOS DE IDADE)	<ul style="list-style-type: none"> • Indicação de atividades de estímulo às crianças, leitura de textos pelos pais ou responsáveis, desenho, brincadeiras, jogos, músicas infantis e algumas atividades em meios digitais quando for possível; • A ênfase deve ser em proporcionar brincadeiras, conversas, jogos, desenhos, entre outras para os pais ou responsáveis desenvolverem com as crianças; • Orientar as famílias a estimular e criar condições para que as crianças sejam envolvidas nas atividades rotineiras, transformando os momentos cotidianos em espaços de interação e aprendizagem, o que pode garantir a potencialização das dimensões do desenvolvimento infantil e trazer ganhos cognitivos, afetivos e de sociabilidade.

Fonte: elaboração pelos autores.

Para o CNE, essas sugestões “[...] pode[m] se configurar como algo viável e possível mesmo para a rede pública em todos ou em determinados municípios ou localidades, respeitadas suas realidades locais”¹⁶⁷⁷. No entanto, sabe-se que existem certas desigualdades entre o sistema público e privado de ensino que precisam ser consideradas nesta discussão.

6 DESIGUALDADES LATENTES: PERSPECTIVAS PARA O ENSINO INFANTIL NOS ÂMBITOS PÚBLICO E PRIVADO

Sem dúvidas, a pandemia, como demonstrado ao longo deste artigo, surtiu grandes impactos sobre a estruturação e a dinâmica do sistema de ensino nacional e, consequentemente sobre a própria efetivação do direito à educação infantil.

Para enfrentar atual crise sanitária, foi preciso uma verdadeira mobilização estatal para adaptar os padrões curriculares à uma realidade emergencial que impediu o desenvolvimento regular das atividades em modo presencial.

Resultado disso, o Ensino Remoto tornou-se a única alternativa viável para dar continuidade ao ano letivo escolar.

¹⁶⁷⁷ BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Parecer CNE/CP nº 5/2020. Brasília: Ministério da Educação, 28 abr. 2020c, p. 10. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=14511-pcp005-20&category_slud=marco-2020-pdf&Itemid=30192. Acesso em 07 nov. 2020.

Ocorre que a sociedade e o Estado aparentam estar totalmente preparados para executá-lo frente a diversos fatores sociais e econômicos.

A pandemia denuncia, se não evidencia, uma acentuação de desigualdades que, há muito, acomete o sistema educacional infantil brasileiro, notadamente em sua esfera pública. Quando comparados este com o sistema de ensino privado, percebe-se que as problemáticas enfrentadas pela emergência do ensino remoto perpassam por diferentes situações de discrepância na infraestrutura, em especial quando se consideram as peculiaridades de tal etapa educacional e a necessidade de participação ativa dos adultos (pais, mães e responsáveis) na garantia do desenvolvimento integral do menor.

Somado a isso, a situação de desequiparação fica mais evidente quando se comparam os dados estatísticos relativos à realidade das práticas pedagógicas cotidianas infantis brasileiras nas redes pública e privada de ensino.

Por um lado, segundo dados do Censo da Educação Básica de 2019¹⁶⁷⁸, houve um aumento de 12,6% no número de matrículas na educação infantil de 2015 a 2019, atingindo a quantidade aproximada de 9 milhões de alunos e alunas matriculados. Dessas, constatou-se que a rede pública conta com 72,08% das matrículas – consideradas as redes municipais (71,29%), estadual (0,66%) e federal (0,03%) –, ao passo que a rede privada conta com 27,93%, considerando instituições conveniadas (8,2%) e não conveniadas (19,73%)¹⁶⁷⁹. Ademais, levando-se em conta a especificamente da localidade, é importante destacar que 10,5% das matrículas estão situadas na zona rural, sendo que, nesses casos, a maioria esmagadora (96,8%) é atendida pela rede pública.

Por outro lado, dados da pesquisa TIC Educação de 2019¹⁶⁸⁰⁻¹⁶⁸¹ apontaram intensas disparidades entre escolas da rede pública e da rede privada, no contexto urbano, quando se considera a disponibilidade e o acesso a meios digitais comunicacionais e interacionais, no tocante ao uso de recursos disponíveis para serem utilizados pelos pais, mães e responsáveis para interagir com a escola em meio virtual.

¹⁶⁷⁸ Esse Censo foi divulgado pelo MEC, por meio de seu Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) e da sua Diretoria de Estatísticas Educacionais (DEED).

¹⁶⁷⁹ BRASIL. Ministério da Educação. Censo da educação básica – 2019: resumo técnico. Brasília-DF: Inep/MEC, 2020d, 20-21. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/documents/186968/484154/RESUMO+T%C3%89CNICO+-+CENSO+DA+EDUCA%C3%87C3%83O+B%C3%81SICA+2019/586c8b06-7d83-4d69-9e1c-9487c9f29052?version=1.0>. Acesso em 08 nov. 2020.

¹⁶⁸⁰ Em que pese a pesquisa em tela ter sido realizada com alunos do ensino fundamental (5º e 9º anos) e médio (2º ano) das redes pública e privada de ensino, em meio urbano e rural, não representando prontamente a realidade do ensino infantil em 2019, ela dá uma projeção social do perfil dos alunos de escolas pública e privadas em matéria de acesso à internet e a meios tecnológicos (computadores, *notebooks*, *tablets* e celulares). Afinal, é preciso que se leve em consideração, também, que, até a implementação do ensino remoto emergencial no ano de 2020, não existiam previsões desses recursos educacionais para o ensino infantil.

¹⁶⁸¹ Tal pesquisa foi produzida pelo Centro Regional de Estudos para Desenvolvimento da Sociedade da Informação (CETIC), vinculado à Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

Esses dados foram colhidos e tabelados (conforme a Tabela 1). A primeira coluna da Tabela identifica os meios digitais utilizados pelos estabelecimentos de ensino. A segunda, terceira e quarta coluna, representam três esferas federativas constantes da rede pública de ensino. A quinta coluna corresponde a rede privada de ensino.

Tabela 1 - Dados percentuais coletados na pesquisa TIC Educação de 2019 no tocante ao uso de recursos disponíveis para serem utilizados pelos pais, mães e responsáveis para interagir com a Escola em Meio Virtual

	REDE PÚBLICA			REDE PRIVADA
	MUNICIPAL	ESTADUAL	FEDERAL	
BLOG	3% das escolas utilizavam	10% das escolas utilizavam	6% das escolas utilizavam	17% das escolas utilizavam
PLATAFORMA VIRTUAL DE APRENDIZAGEM VIRTUAL	3% das escolas utilizavam	7% das escolas utilizavam	5% das escolas utilizavam	43% das escolas utilizavam
E-MAIL INSTITUCIONAL	12% das escolas utilizavam	22% das escolas utilizavam	16% das escolas utilizavam	63% das escolas utilizavam
PERFIL OU PAGINA NAS REDES SOCIAIS	50% das escolas utilizavam	58% das escolas utilizavam	54% das escolas utilizavam	79% das escolas utilizavam

Fonte: elaborada pelos autores da pesquisa a partir dos dados coletado na pesquisa TIC Educação de (2019)

De uma análise preditiva, a partir do cruzamento de dados presentes na Tabela 1, constatou-se que as escolas municipais eram as que menos se utilizavam de meios digitais para estabelecimento da comunicação.

A mesma pesquisa (TIC Educação de 2019) apresentou intensas disparidades entre escolas da rede pública e da rede privada, no contexto urbano, quanto à disponibilidade de equipamentos tecnológicos em casa (computadores de mesa, computadores portáteis ou notebooks e tablets).

Esses dados foram colhidos e tabelados na Tabela 2. A primeira coluna da Tabela identifica os equipamentos tecnológicos utilizados pelos estabelecimentos de ensino. A segunda e a terceira coluna mostram as respectivas redes de ensino em que tais equipamentos foram utilizados e a percentagem referente ao seu uso.

Tabela 2 - Dados Percentuais Coletados na Pesquisa TIC Educação de 2019 no tocante ao Acesso a Equipamentos Tecnológicos em Casa (Computadores de Mesa, Computadores Portáteis/Notebooks e Tablets)

	REDE PÚBLICA	REDE PRIVADA
COMPUTADORES DE MESA	31% dos alunos tinham acesso à computador de mesa em casa	54% dos alunos tinham acesso à computador de mesa em casa
COMPUTADORES PORTÁTEIS/ NOTEBOOKS	35% dos alunos tinham acesso à computador portátil em casa	71% dos alunos tinham acesso à computador portátil em casa
TABLETS	26% dos alunos tinham acesso à <i>tablet</i> em casa	44% dos alunos tinham acesso à <i>tablet</i> em casa
NENHUM	39% dos alunos não tinham acesso a nenhum desses equipamentos	9% dos alunos não tinham acesso a nenhum desses equipamentos

Fonte: elaborada pelos autores da pesquisa a partir dos dados coletado na pesquisa TIC Educação de (2019)

A partir do cruzamento de dados colhidos, constatou-se que os alunos da rede pública têm menos acesso a equipamentos tecnológicos comparado aos alunos da rede particular de ensino.

Ademais, considerando especificamente o contexto rural, a pesquisa TIC Educação de 2019 apontou também que as próprias escolas apresentavam dificuldades de acesso a meios tecnológicos, visto que apenas 40% delas possuíam ao menos um computador com acesso à internet e 9% obtinham acesso por meio de outros dispositivos¹⁶⁸².

Percebe-se que os impactos surtidos pela pandemia do COVID-19 afetam diretamente a etapa educacional infantil na esfera pública. Isso justifica pelo fato de que, nessa etapa, parte dos estudantes tivera dificuldade de acessar às aulas em meio digital.

Entretanto, o ensino remoto, no âmbito das escolas privadas, não está livre de perdas e falta de desempenho de seus estudantes. Conforme fora abordado, a garantia do foco dos estudantes (em frente) frente à tecnologia depende também de acompanhamento ativo de pais, mães e/ou outros familiares. No entanto, sabe-se, igualmente, que nem todos os contextos familiares possuem uma estrutura de suporte que consiga efetivar essa assistência, tendo em vista a igual necessidade de manutenção da subsistência familiar.

Diante desse cenário calamitoso e em razão dele, portanto, é preciso que o Estado adote medidas presentes e futuras a fim de evitar possíveis perdas na educação das crianças; e que a sociedade em geral e a família participem ativa e colaborativamente.

¹⁶⁸² CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. TIC educação 2019. São Paulo: Cetic/Unesco, 2020, p. 15. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_educacao_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em 08 nov. 2020.

Para Angela Scalabrin Coutinho e Valdete Côco afirmam que “[...] a pandemia convoca-nos a pensar a proteção à vida, escancarando as desigualdades; e, de outro lado, a também reconhecer os movimentos potentes, capazes de, em meio às agruras, mostrarem-se presentes nas lutas em defesa da justiça social”¹⁶⁸³.

Pensando nisso, elas trazem sugestões de políticas públicas que podem ser executadas para enfrentar essas desigualdades e promover a educação, com qualidade e seriedade:

(A) *Diálogo com os atores diretamente envolvidos por meio de comissões locais* – sugerem que a relevância desse diálogo está na possibilidade de avaliação das condições de vida das famílias e, sobretudo, das crianças, no intuito de garantir a concretização dos direitos de provisão e de proteção; e,

(B) *Planejamento de protocolos de retorno de maneira dialogada, a partir de comissões intersetoriais* – o que permitiria uma avaliação precisa tanto dos aspectos sanitários, quanto das questões pedagógicas próprias da Educação Infantil¹⁶⁸⁴.

Fora e apesar disso, o ensino remoto emergencial não é uma modalidade que atende às expectativas demandadas pela Educação Infantil, dado que não se adequa às suas peculiaridades (compreendidas as diretrizes localizadas e planejadas).

Por tal razão, é necessário avaliar os reais impactos efetivamente surtidos no manejo do acesso à educação, a fim de mitigar os prejuízos causados pela sua implementação abrupta, diante das condições adversas anteriormente ressaltadas; e elaborar estratégias para reparações futuras das presentes e futuras perdas: a implementação de um ensino em modalidade integral temporário, surge como alternativa para o mundo pós-pandêmico, que precisará lidar estrategicamente com o controle dos danos já existentes e sensíveis.

Para tal fim, o Estado – em todas as suas esferas federativas – deve atentar para o futuro da Educação no país e garantir subsídios para uma educação pública e gratuita de qualidade – sobremaneira em tempos de pandemia.

CONCLUSÕES

1. O direito à educação infantil demanda um agir estatal para que seja assegurado, pois a abstenção ou inércia do Estado podem causar danos irreversíveis e irreparáveis, sobretudo para a parcela da população que deveria figurar enquanto destinatária primária de seu agir: os grupos marginalizados e a camada economicamente hipossuficiente da sociedade.

2. Entretanto, o dever de garantir a efetividade do Direito à Educação não pode ser enxergado como oponível apenas ao Estado. Na pandemia, a interlocução entre tais atores sociais e a participação direta dos familiares no processo de aprendizado,

¹⁶⁸³ COUTINHO, Angela Scalabrin; CÔCO, Valdete. Educação infantil, políticas governamentais e mobilizações em tempos de pandemia. *Práxis Educativa*, Ponta Grossa, v. 15, 2020, p. 9. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/16266/209209213481>. Acesso em 09 nov. 2020.

¹⁶⁸⁴ COUTINHO, Angela Scalabrin; CÔCO, Valdete. Educação infantil, políticas governamentais e mobilizações em tempos de pandemia. *Práxis Educativa*, Ponta Grossa, v. 15, 2020, p. 9. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/16266/209209213481>. Acesso em: 09 nov. 2020.

se mostram fundamentais ao desenvolvimento integral do estudante e à efetividade da modalidade de ensino remoto.

3. A pandemia do COVID-19 evidenciou ainda mais a necessidade de repensar acerca do atual estado do sistema de ensino brasileiro em tempos de pandemia. Não só isso, e do que se pode extrair dos resultados e discussões desta pesquisa, foi possível enxergar os desafios e dificuldades enfrentados por toda a sociedade, e a problemática localizada: a não previsão (legal) da modalidade de Ensino Remoto Emergencial (ERE) para a Educação Infantil.

4. Esta pesquisa serviu para demonstrar que é necessário refletir sobre as especificidades da primeira etapa da Educação Básica e de sua nova roupagem frente ao “novo normal” do sistema educacional, para frisar a desafiadora necessidade de compreensão da atipicidade contextual em que se insere e do cuidado para com essa etapa de ensino, rumo à garantia da efetividade de tal direito.

5. Porém, se pode fechar os olhos para as desigualdades latentes que se apresentam na realidade social, em especial quando se comparam as sistemáticas do ensino público e do ensino privado. Essas desigualdades indicam um duas problemáticas a serem enfrentadas: 1) a falta de qualidade do ensino remoto no sistema privado de ensino; e 2) a falta de qualidade do ensino remoto e de investimento estatal a este no sistema público de ensino.

6. O investimento por parte do Estado em políticas públicas de mitigação e/ou reparação desses prejuízos, a exemplo da implementação de um ensino integral temporário, será indispensável, a fim de que se possa afirmar que a garantia constitucional da Educação está sendo tratada com a devida prioridade que lhe é própria e da qual não pode se afastar.

REFERÊNCIAS

- AGUIRRE, M. A. La formación inicial del profesorado de educación primaria ante el reto del cambio social y tecnológico: un estudio en la Comunidad de Madrid. Universidade Complutense de Madrid. Tesis Doctoral. Madrid, 2019.
- ALEXY, Robert. On constitutional rights to protection. *Legisprudence*, v. 3, n. 1, p. 1-17, 2009.
- ARAÚJO, Ana Christina Abreu. O cenário desafiador da pandemia e a educação infantil. *Revista Carioca de Ciência, Tecnologia e Educação*, v. 5, n. especial, p. 26-28, 2020.
- ARRUDA, Eucídio Pimenta. Educação remota emergencial: elementos para políticas públicas na educação brasileira em tempos de covid-19. *Revista de Educação à Distância*, 2020, v. 7, n. 1, p. 257-275, 2020.
- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM EDUCAÇÃO. manifesto ANPED | Educação a Distância na Educação Infantil, não! Rio de Janeiro, 2020.
- BRASIL. Código Civil de 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso 03 nov. 2020.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. N° 1/92 a 42/2203 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n° 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.
- BRASIL. Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020a. *Diário Oficial da União*. Edição: 55-C. Seção: 1 – Extra. Página: 1. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/%20decreto-legislativo-249090982%20>. Acesso em: 05 de abr. de 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 02 de abril de 2020b. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 03 nov. 2020.
- BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, p. 27833, Coleção de Leis do Brasil - 1996, Página 6544, Vol. 12, 20 de dezembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 09 de novembro de 2020.
- BRASIL. Ministério da Educação. Censo da educação básica – 2019: resumo técnico. Brasília-DF: Inep/MEC, 2020d. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/documents/186968/484154/RESUMO+T%C3%89CNICO+-+CENSO+DA+EDUCA%C3%87%C3%83O+B%C3%81SICA+2019/586c8b06-7d83-4d69-9e1c-9487c9f29052?version=1.0>. Acesso em: 08 nov. 2020.
- BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Base Nacional Comum Curricular – BNCC. Brasília: Ministério da Educação, novembro de 2017. Disponível em: http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_20dez_site.pdf. Acessado em 09 de novembro de 2020.
- BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Parecer CNE/CP nº 5/2020. Brasília: Ministério da Educação, 28 abr. 2020c. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=14511-ppc005-20&category_slud=marco-2020-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 07 nov. 2020.
- CAMACHO, Alessandra Conceição Leite Funchal et al. Alunos em vulnerabilidade social em disciplinas de educação à distância em tempos de COVID-19. *Research, Society and Development*, v. 9, n. 7, p. 12, 2020. ISSN 2525-3409. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/download/3979/3105/18208>. Acesso em: 09 de nov. 2020.
- CASTRO, Mayara Alves de; VASCONCELOS, José Gerardo; ALVES, Maria Marly. Estamos em casa! Narrativas do cotidiano remoto da educação infantil em tempo de pandemia. *Práticas Educativas, Memórias e Oralidades – Rev. Pemo, Fortaleza*, v. 2 n. 1, p. 1-17, 2020 DOI: <https://doi.org/10.47149/pemo.v2i1.3716> . Disponível

em: <https://revistas.uece.br/index.php/revpemo> ISSN: 2675-519X. Acessado em 09 de nov. 2020.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. TIC educação 2019. São Paulo: Cetic/Unesco, 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_educacao_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.

COUTINHO, Angela Scalabrin; CÔCO, Valdete. Educação infantil, políticas governamentais e mobilizações em tempos de pandemia. *Práxis Educativa*, Ponta Grossa, v. 15, p. 1-15, 2020. Disponível em: <https://revistas2.uepg.br/index.php/praxiseducativa/article/view/16266/209209213481>. Acesso em: 09 nov. 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 8, 1993.

CURY, C. R. J.; HORTA, J. S. B.; FÁVERO, O. A relação educação-sociedade estado pela mediação jurídico-constitucional. In: FÁVERO, Osmar (Org.). *A educação nas constituintes brasileiras: 1823-1988*. Campinas, SP: Autores Associados, 1996, p. 5-30.

JOYE, Cassandra Ribeiro; MOREIRA, Marília Maia; ROCHA, Sinara Socorro Duarte. Educação a Distância ou Atividade Educacional Remota Emergencial: em busca do elo perdido da educação escolar em tempos de COVID-19. *Research, Society and Development*, v. 9, n. 7, p. e521974299-e521974299, 2020.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 99, p. 101-123, 2015.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O direito à educação na constituição federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de justiça. *Revista brasileira de educação*, v. 11, p. 61-74, 1999.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. Distanciamento social, vigilância e sistemas de saúde mais fortes são chaves para controlar pandemia de COVID-19, afirma diretora da OPAS, 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6188:distanciamento-social-vigilancia-e-sistemas-de-saude-mais-fortes-sao-chaves-para-controlar-pandemia-de-covid-19-afirma-diretora-da-opas&Itemid=812. Atualizado em: 16 de outubro de 2020. Acessado em: 18 de outubro de 2020.

SARAIVA, Karla; TRAVERSINI, Clarice; LOCKMANN, Kamila. A educação em tempos de COVID-19: ensino remoto e exaustão docente. *Práxis Educativa*, v. 15, p. 1-24, 2020.

SILVA, José Afonso da. Mandado de injunção e habeas data. *Revista dos Tribunais*, 1989.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. Ensino a distância na Educação Básica frente à pandemia da Covid-19. Nota Técnica, 2020.

FONTES DAS FIGURAS

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Parecer CNE/CP nº 5/2020. Brasília: Ministério da Educação, 28 abr. 2020c. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=14511-pcp005-20&category_slud=marco-2020-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 07 nov. 2020.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. TIC educação 2019. São Paulo: Cetic/Unesco, 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_educacao_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em: 08 nov. 2020.

PRÁTICAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIOEDUCATIVAS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL NO ESTADO DO PARANÁ

Ana Paula Marques Gusmão¹⁶⁸⁵, Anthony Mortari¹⁶⁸⁶,
Daniela Braga Paiano¹⁶⁸⁷

INTRODUÇÃO

O presente artigo que ora se apresenta, propõe realçar a relevância da realização de políticas públicas socioeducativas no Estado do Paraná par assegurar a proteção dos direitos da criança e adolescente em situação de vulnerabilidade social à luz da Lei nº 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente. Intenta demonstrar, ainda, o papel do Estado e da sociedade, definidos também pela Constituição Federal de 1988, na efetivação dos direitos sociais conferidos legalmente.

Para tanto, será aderida a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial a fim de demonstrar, em linhas gerais, quais são os princípios norteadores das políticas públicas que visam assegurar tais direitos, como a prioridade absoluta, o melhor interesse e a municipalização, bem como trazer à tona alguns exemplos pontuais de ações que são realizadas hodiernamente no Paraná e os seus respectivos efeitos na proteção integral de crianças e adolescentes marginalizados socialmente.

Como base, adotará a perspectiva da teoria crítica de Edson Fachin pela qual ressalta-se a mudança paradigmática e conceitual dos institutos do Direito Civil, especialmente no que tange à sua despatrimonialização. Mais precisamente neste artigo, o foco estará na (re)construção da entidade familiar em face de inúmeras mudanças e interpretações das relações sociais e do núcleo familiar. Dessa forma, pretende-se analisar suas influências no campo educacional e na prática de medidas socioeducativas para adolescentes infratores, considerando o panorama histórico que permitiu a transição entre o método punitivo para o método socioeducativo.

De maneira descritiva e expositiva, buscar-se-á caracterizar, apresentar e discorrer sobre recepção e maneira de aplicação das medidas socioeducativas aos adolescentes infratores nas entidades públicas responsáveis no Estado do Paraná, quais sejam: as Casas de Semiliberdade (CSL) e os Centros Socioeducativos (CENSE).

Ao final, intenta observar que, na sociedade contemporânea, os institutos estatais antes responsáveis pela punição dos adolescentes infratores, apresentam novo formato, o da socioeducação. Ainda, nessa esteira, será possível verificar

¹⁶⁸⁵ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Vinculada aos Projetos de Extensão Núcleo Maria da Penha: Resgate da Dignidade da Mulher na Violência Doméstica e ao Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e da Juventude. Estagiária voluntária em Direito das Famílias do Escritório de Aplicação de Assuntos Jurídicos da UEL (EAAJ/UEL). E-mail: anapaula.gusmao@uel.br.

¹⁶⁸⁶ Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Vinculado ao Projeto de pesquisa da UEL, intitulado de Carreira Jurídica in loco. Estagiário voluntário em Direito das Famílias do Escritório de Aplicação de Assuntos Jurídicos da UEL (EAAJ/UEL). E-mail: anthony.mortari@uel.br.

¹⁶⁸⁷ Pós-doutoranda e doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Docente na graduação e no E-mail: danielapaiano@hotmail.com

que tal transformação, qual seja a nova forma de experimentar, lidar e pôr em prática essas novas políticas públicas, teve raiz fundante no novo princípio que rege o núcleo familiar: o afeto.

1 DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL

De início, cumpre destacar que os direitos fundamentais são “direitos humanos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”¹⁶⁸⁸. Destarte, referem-se à positivação dos direitos inatos ao ser humano, mas variáveis no decurso do tempo, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e nos Estados Democráticos de Direito de 1948.

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, membro da Organização dos Estados Americanos (OEA), e, portanto, sob jurisdição contenciosa e consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), é possível identificar ao longo do texto constitucional, principalmente em seu artigo 5º, considerado cláusula pétrea, a positivação de inúmeros direitos humanos, dentre eles dar-se-á destaque nesse trabalho para àqueles inerentes a crianças e adolescentes.

1.1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

No que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, o legislador constituinte definiu aqueles direitos que se mostram primordiais ao pleno desenvolvimento do indivíduo, quais sejam, os definidos no *caput* do artigo 227, da Constituição Federal.¹⁶⁸⁹

Menos de dois anos após a promulgação da Constituição Federal, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), incorporando, em detalhes, os preceitos constitucionais relativos a esse segmento. Assertivamente, instituiu-se, no *caput* do artigo 3º, a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, e, no *caput* do artigo 4º, preocupou-se em defini-los.¹⁶⁹⁰

¹⁶⁸⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, s.p.

¹⁶⁸⁹ Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (grifo nosso). BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 13 jun. 2021.

¹⁶⁹⁰ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (grifo nosso). Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (grifo nosso). BRASIL. *Lei nº 8.069/90*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.

Percebe-se, desta feita, que o ECA foi essencial para a pormenorização e garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, os quais devem ser priorizados pela família, sociedade e Estado, conforme se verá nos próximos tópicos.

1.2 DO PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

É pelo *caput* do artigo 227, CF/88, que o legislador estabeleceu o princípio da prioridade absoluta, inédito até então. Amin¹⁶⁹¹ ensina que prioridade, do latim *prioritas, artis*, é a “condição do que ocorre em primeiro lugar, o primeiro em relação aos demais, preferência, primado”. Já absoluto, do latim *absolutus.a.um*, seria “sem restrições, total, completo, que não permite limitações, restrições ou reserva”. Nesse sentido, é estabelecido a partir desse princípio a primazia em favor das crianças e adolescentes em todos os âmbitos de interesse, sejam eles no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, analisados com preponderância. Em outras palavras, ele é absoluto e irrestrito.

Além do referido princípio ser definido por texto Constitucional, ele está entabulado também no Art. 100, parágrafo único, II, da Lei n. 8.069/90, o qual expressa que um dos princípios que regem a aplicação das medidas ali expostas é a “proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares”¹⁶⁹².

Nessa toada, ressalta-se que ele possui por objetivo a proteção integral da criança e do adolescente, bem como oportunizar o desenvolvimento do potencial individual de cada membro desse grupo, posto que possuem uma fragilidade particular de pessoa em formação. Por último, destaca-se que tal prioridade deve ser assegurada por todos: família, comunidade, sociedade e Poder Público (que devem atuar em todas as suas esferas, tanto legislativa e executiva quanto judiciária), formulando uma verdadeira socialização da responsabilidade.

No que tange à atuação do Poder Público, objeto de estudo deste artigo, Amin¹⁶⁹³ pontua que priorizar políticas públicas voltadas para tais pessoas se traduz em trabalhar para diminuir as graves desigualdades que impedem o alcance de uma sociedade mais justa e equânime. É com isso em vista que a última alínea do parágrafo único do Art. 4º da Lei n° 8.069/90 determina a destinação privilegiada de recursos

htm Acesso em: 13 jun. 2021.

¹⁶⁹¹ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e adolescente*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

¹⁶⁹² BRASIL. *Lei n° 8.069/90*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm Acesso em: 13 jun. 2021.

¹⁶⁹³ AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e adolescente*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

públicos nas áreas relacionadas à proteção à infância e à juventude, transformando crianças e adolescentes em credores do governo¹⁶⁹⁴.

Por fim, menciona-se, a título de exemplo, duas maneiras pelas quais esse princípio se expressa no âmbito da saúde: em consonância com a Portaria do Ministério da Saúde nº 2600, de 21 de outubro de 2009, menores de 18 anos têm preferências em transplantes¹⁶⁹⁵; além disso, conforme parágrafo único do Art. 4º da Lei nº 8.069/90, também possuem preferência para receber proteção e socorro¹⁶⁹⁶.

1.3 DO PRINCÍPIO DO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OU DO MELHOR INTERESSE

Outro princípio pelo qual o Poder Público deve se guiar para determinar as políticas e ações que visem a garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes é o princípio do *best interest*. Conforme explica Colucci¹⁶⁹⁷, sua origem está pautada no instituto inglês *parens patrie*, que objetivava a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com a posterior divisão entre proteção dos “loucos” e proteção da criança, esta última evoluiu para o princípio em tela.

Nesse sentido, constata-se que, apesar do princípio em questão ter uma definição um tanto quanto nebulosa, pode-se dizer, à luz do art. 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança que foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 99. 710/90, que se trata da seguinte ideia: “[...] todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”¹⁶⁹⁸.

Entretanto, insta salientar que esse princípio não está previsto explicitamente na Constituição Federal ou no Estatuto da Criança e do Adolescente, decorrendo, portanto, de uma interpretação hermenêutica e da própria adoção do artigo supracitado trazido na Convenção. Com isso posto, admite-se que ele está implícito nos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal brasileira que versam sobre crianças e adolescentes.

¹⁶⁹⁴ BRASIL. Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 13 jun. 2021.

¹⁶⁹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2600, de 21 de outubro de 2009. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2600_21_10_2009.html Acesso em: 13 jun. 2021.

¹⁶⁹⁶ BRASIL. Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 13 jun. 2021.

¹⁶⁹⁷ COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. Tese (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2015.

¹⁶⁹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca> Acesso em: 13 jun. 2021.

1.4 DO DEVER DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO PLENA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL

Antes de adentrar no mérito do dever do Estado de garantir a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente em situação de vulnerabilidade social, faz-se imprescindível destrinchar o conceito por trás dessa palavra. A princípio, cabe dar ênfase à noção de vulnerabilidade: “Como um ponto de partida, tem-se que o conceito de vulnerabilidade parte da ideia de que todos os seres humanos são vulneráveis à morte e a ferimentos, contudo algumas pessoas possuem essa característica de forma mais exacerbada do que o restante da população”¹⁶⁹⁹.

Nessa lógica, abstrai-se que a vulnerabilidade “restringe as capacidades relacionais de afirmação no mundo (do indivíduo), incluídas as formas de agência social, gerando fragilização”¹⁷⁰⁰.

Portanto, ao delimitá-la enquanto vulnerabilidade social, chega-se à ideia de desigualdade de oportunidades. No que tange especialmente ao grupo que está sendo estudado, nota-se uma preocupação ainda maior, visto que as consequências de uma infância e adolescência sem oportunidades de acesso à educação, saúde, alimentação adequada, moradia, entre outros, tem por consequência uma vida toda tentando alcançar os que tiveram tais chances.

Logo, constata-se que entram no grupo com oportunidades reduzidas crianças e adolescentes com condição financeira baixa e, por conseguinte, possuem menos chances de concluir os estudos, de ter atendimento médico adequado, condições de saneamento básico mínimas, alimentação devida etc. Ademais, há que se mencionar aqueles que estão em semiliberdade, que realizam trabalho infantil, que são portadores de necessidades especiais, que se encontram em situação de violência doméstica, entre outros.

Conforme há explícito na lei e na jurisprudência brasileira, é dever do Estado diminuir esta lacuna. Nesse sentido, a título de exemplo, há que se dar atenção ao Art. 208, inciso I, da Constituição Federal, o qual expressa a obrigatoriedade da “educação básica e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”¹⁷⁰¹. Assim, destaca-se um julgado referente ao dever do Estado de proporcionar os recursos necessários para que uma adolescente deficiente auditiva tenha acesso à educação:

ECA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À EDUCAÇÃO. DEFICIENTE AUDITIVA. PROFESSOR ESPECIALIZADO EM LIBRAS (LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS). OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO DE FORNECÊ-LO. 1. O ECA estabelece tratamento preferencial a crianças

¹⁶⁹⁹ JUBILUT, Liliانا Lyra et al (org.). *Direitos Humanos e vulnerabilidade e o direito humanitário*. Boa Vista: Editora UFPR, 2019, p. 867.

¹⁷⁰⁰ OVIEDO, Rafael Antônio Malagón; CZERESNIA, Dina. O conceito de vulnerabilidade e seu caráter biossocial. *Interface-Comunicação, Saúde, Educação*, v. 19, 2015. p. 246.

¹⁷⁰¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 13 jun. 2021.

e adolescentes, mostrando-se necessário o pronto fornecimento de professor especializado em LIBRAS de que necessita a adolescente. 2. Constitui dever do Estado assegurar às crianças o acesso à educação, consoante estabelece o art. 208 da Constituição Federal. Recurso desprovido (TJ-RS - AC: 70047336763 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 25/04/2012, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 30/04/2012)¹⁷⁰²

Cumpra realçar, ademais, que, graças à lei do SINASE¹⁷⁰³, foi inserido no Art. 208 da Constituição Federal o inciso X, que

(...) possibilita o ajuizamento de ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular de programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas e aplicação de medidas de proteção¹⁷⁰⁴

Em vista do explanado, constata-se que o Estado possui o dever de conceder oportunidades àqueles em situação de vulnerabilidade social, conforme se abstrai do julgado supramencionado. Infere-se, ainda, a possibilidade de ajuizar ações de responsabilidade quando este dever não é devidamente cumprido.

1.5 DO PRINCÍPIO DA MUNICIPALIZAÇÃO

A Carta Magna de 1988 foi precisa ao separar as competências dos entes federativos quando se trata de programas assistenciais voltados para crianças e adolescentes, estabelecendo sua distribuição entre União, Estados, Distrito Federal e municípios. Dessa forma, a descentralização administrativa referente a políticas públicas:

(...) atribuiu importante papel aos Municípios, criação e manutenção de programas de atendimento (Rede de Atendimento) na esfera protetiva, e, na área infracional, cumprimento de medidas socioeducativas, coordenação e manutenção de programas de execução de medidas em meio aberto¹⁷⁰⁵.

¹⁷⁰² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. n° 70047336763 - RS (2001/0147319-0). ECA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À EDUCAÇÃO. DEFICIENTE AUDITIVA. PROFESSOR ESPECIALIZADO EM LIBRAS (LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS). OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO DE FORNECÊ-LO. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Porto Alegre, 25 de abril de 2012. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/927203906/apelacao-civel-ac-70047336763-rs/inteiro-teor-927203909> Acesso em: 21 jun. 2021.

¹⁷⁰³ BRASIL. Lei n° 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm Acesso em: 21 jun. 2021.

¹⁷⁰⁴ CURY, Munir (coord.). Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1014.

¹⁷⁰⁵ ALVES, Robson Ribeiro Vicente. Dos direitos da criança e do adolescente ao fundo dos direitos da criança e do adolescente: uma breve história. Boletim economia empírica, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 03-07, 2020.

Assim, insta mencionar para fins de exemplificação que, no que tange à medidas socioeducativas para adolescentes privados de liberdade absoluta, compete ao Estado, conforme o Art. 4, III, da Lei 12.594/2012 criar, desenvolver e manter programas para a execução de medidas socioeducativas de semiliberdade e internação, enquanto aos municípios cabe, em congruência com o art. 5, III, dessa mesma Lei citada, criar e manter programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas em meio aberto¹⁷⁰⁶.

Por fim, deve-se citar ainda o art. 10 da Lei em pauta, dado que expressa que os Municípios devem inscrever seus programas e alterações, bem como as entidades de atendimento executoras, no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.¹⁷⁰⁷

2 DAS CONSEQUÊNCIAS DA DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NA ENTIDADE FAMILIAR

Apesar da instituição da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o advento do novo Código Civil induz, conforme Fachin, “a impostergável tarefa delegada à hermenêutica construtiva, como a defendemos, fundada numa principiologia axiológica de índole constitucional, revela por si só a atualidade e oportunidade de um conhecimento crítico, de base teórico-prática”¹⁷⁰⁸.

Como teoria crítica “problematizante” surge a Teoria Crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil Brasileiro, a qual, nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski¹⁷⁰⁹, consente o fenômeno jurídico como complexo e não reduzido a classificações e conceitos, não entroniza segurança absoluta, rejeita-se os dogmas e repensa transformações antes consolidadas. Segundo Luiz Edson Fachin, “resta enfrentar, sem delongas, nomeadamente agora com o Código Civil brasileiro, o desafio que consiste em trocar práticas de medievo pelos saberes construídos às portas do terceiro milênio. Este é apenas o singelo ponto de partida”¹⁷¹⁰.

Nessa seara, a partir da análise social dos fatos no âmbito das relações familiares, novos núcleos familiares se estabelecem, como os monoparentais, homossexuais, a filiação socioafetiva, numa perspectiva de revalorização familiar. Suplica-se, há algum tempo, a vinculação de amor e solidariedade no direito de família¹⁷¹¹.

Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/bee/article/view/4111/1786#> Acesso em: 21 jun. 2021. p. 5.

¹⁷⁰⁶ BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm Acesso em: 21 jun. 2021.

¹⁷⁰⁷ BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm Acesso em: 21 jun. 2021.

¹⁷⁰⁸ FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, s.p.

¹⁷⁰⁹ PIANOVSKI, C. E. A Teoria Crítica do Direito Civil de Luiz Edson Fachin e a superação do positivismo jurídico. In: FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, s.p.

¹⁷¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. crítica do direito civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p.7.

¹⁷¹¹ crítica do direito civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 366.

As rígidas características de patrimonialidade, hierarquia e patriarcalismo restaram cada vez mais fracas a partir do século XX, deixando de ser prioritariamente um núcleo econômico e de reprodução para ceder espaço ao amor e afeto¹⁷¹². Como bem pontuou Paulo Lôbo¹⁷¹³, “a realização pessoal da afetividade, no ambiente da convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época”.

Dessarte, observa-se que o princípio da afetividade, em detrimento do conceito patriarcal e patrimonialista das entidades familiares, tornou-se o ângulo da família contemporânea. Ainda, insta salientar que é dever da família, a qual rege seus preceitos à luz do afeto, a proteção dos direitos da criança, do adolescente e do jovem, bem como, igualmente, é dever do Estado e da sociedade, como dispõe o artigo 227 da Constituição Federal¹⁷¹⁴.

2.1 NOVOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA FAMÍLIA: A AFETIVIDADE E A SOLIDARIEDADE

Para Pereira¹⁷¹⁵, o afeto “ganhou *status* de princípio jurídico. Sem afeto, não se pode dizer que há família. Ou, se falta o afeto, a família é uma desordem ou uma desestrutura”. Anteriormente, Maria Berenice Dias¹⁷¹⁶, pontuou assertivamente que o afeto se configura como elemento indispensável e próprio a qualquer tipo de entidade familiar.

Entretanto, o afeto sozinho não caracteriza uma família, tendo em vista que necessita, concomitantemente, de outros elementos, como a solidariedade, responsabilidade, cumplicidade, vivência e convivência¹⁷¹⁷. Assim, pode-se perceber que, apesar de princípio fundador da nova concepção de família, o afeto sozinho não a define.

Já o princípio da solidariedade, é preceituado no dever imposto ao Estado, à sociedade e à família de proteção ao grupo familiar, nos moldes do artigo 226, à criança e ao adolescente, artigo 227, e às pessoas idosas, artigo 230, todos da Constituição Federal¹⁷¹⁸. Nos termos de Pablo Stolze¹⁷¹⁹, a solidariedade “[...] culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana”.

Logo, os princípios da afetividade e da solidariedade estão intimamente ligados e devem nortear as relações familiares, buscando, cada vez mais, a realização plena dos membros de uma família.

¹⁷¹² PEREIRA, R. D. C. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. p. 345.

¹⁷¹³ LÔBO, P. *Direito Civil - Famílias*. 6. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book. p. 18.

¹⁷¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 13 jun. 2021.

¹⁷¹⁵ PEREIRA, R. D. C. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. p. 346

¹⁷¹⁶ PEREIRA, R. D. C. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice [Coord.] *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011. p. 193-194.)

¹⁷¹⁷ PEREIRA, R. D. C. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. p. 346

¹⁷¹⁸ LÔBO, P. *Direito Civil - Famílias*. 6. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book. p. 125.

¹⁷¹⁹ GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. *Novo Curso de Direito Civil - Direito de Família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. p. 167.

3 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E SUA RELAÇÃO COM A FORMAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A partir dos estudos de Henri Wallon (1879-1962), médico, psicólogo e filósofo francês, a ideia de que a afetividade deveria compor o processo de desenvolvimento intelectual veio à tona. Segundo Wallon¹⁷²⁰, no decorrer de todo o desenvolvimento do indivíduo, a afetividade tem um papel fundamental.

Nessa toada, autores mais recentes versaram seus estudos sobre a temática, por exemplo, Almeida e Mahoney,¹⁷²¹ consideram o afeto como agente ativo e presente no processo de aprendizagem, vez que na escola, há a relação interpessoal, de extrema valia para o desenvolvimento do ser. Assim, segundo Almeida e Mahoney¹⁷²²

à medida que se desenvolvem cognitivamente, as necessidades afetivas da criança tornam-se mais exigentes. Por conseguinte, passar afeto inclui não apenas beijar, abraçar, mas também conhecer, ouvir, conversar, admirar a criança. Conforme a idade da criança, faz-se mister ultrapassar os limites do afeto epidérmico, exercendo uma ação mais cognitiva no nível, por exemplo, da linguagem.

Ou seja, surge a necessidade de um aprimoramento na relação de afeto, estabelecendo diálogos que possibilitem a manutenção do vínculo afetivo. Dessa maneira, os laços da relação aluno-professor se aproximam e torna-se de suma importância adotar ações, estratégias e procedimentos que ajustem fortes vínculos nessa relação entre aluno, professor e aprendizado¹⁷²³.

Ainda, através de um estudo realizado pela Associação Americana de Psicologia, inúmeros fatores podem contribuir para o surgimento da violência na adolescência, dentre eles os problemas familiares e seus estressores¹⁷²⁴.

Nesse aspecto, pesquisas sugerem, segundo Straus¹⁷²⁵, que os adolescentes com vínculos pouco efetivos com sua família, possuem maior probabilidade de se envolverem em infrações do que aqueles com relações familiares próximas. Outros estudos também demonstram que a disciplina frágil e ineficiente imposta pelos pais está associada ao comportamento delituoso¹⁷²⁶.

¹⁷²⁰ WALLON, H. *A evolução psicológica da criança*. Lisboa: Edições 70, 1968.

¹⁷²¹ ALMEIDA, Laurinda Ramalho de; MAHONEY, Abigail Alvarenga. *Henri Wallon: Psicologia e Educação*. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

¹⁷²² ALMEIDA, Laurinda Ramalho de; MAHONEY, Abigail Alvarenga. *Henri Wallon: Psicologia e Educação*. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 198

¹⁷²³ ANTUNES, Celso. *Relações interpessoais e autoestima: a sala de aula como espaço do crescimento integral*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 12.

¹⁷²⁴ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. *Reducing violence: a research agenda*. APS Observer Report, n. 5. Washington, DC: Autores, 1997, s.p.

¹⁷²⁵ STRAUS, M. B. *Violência na vida dos adolescentes*. São Paulo: Best Seller. 1994, s.p.

¹⁷²⁶ AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. *Reducing violence: a research agenda*. APS Observer Report, n. 5. Washington, DC: Autores, 1997.; SILVA, A. T. B. *Problemas de comportamento e comportamentos socialmente adequados: sua relação com as habilidades sociais educativas de pais*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Educação Especial. Universidade Federal de São Carlos. 2000.

4 ADOLESCENTES INFRATORES: PUNITIVISMO OU SOCIOEDUCAÇÃO?

Desde a antiguidade, Aristóteles já dizia que “o homem é um animal político” e, por esta, razão, possui a necessidade natural de viver em sociedade, sendo essa prática imprescindível para o desenvolvimento de suas faculdades. Porém, há outro elemento inerente aos seres humanos: a tendência ao conflito, especialmente quando se trata de “fazer justiça com as próprias mãos”. Para que a segurança e a harmonia social pudessem prevalecer, fez-se necessário a criação de diversos mecanismos de controle social no decorrer da história. Entre eles, o sistema penal.

Digno de diversas críticas e controvérsias, esse sistema pautado na punição privativa, ou seja, no encarceramento daqueles que cometem práticas delituosas têm evoluído a passos mansos ao longo dos anos. Prova disso é a mudança na forma de tratar adolescentes infratores em vista do reconhecimento dos direitos fundamentais mencionados no primeiro tópico que os levou a condição de inimputabilidade, devendo ser submetidos a legislação específica, em consonância com o Art. 228 da Constituição Federal¹⁷²⁷. Em outras palavras, foi reconhecido que possuem as particularidades de pessoa em desenvolvimento e por isso devem ter seus interesses priorizados acima de tudo, *vide* o princípio do *best interest*.

Ao realizar um breve resgate histórico, Meneses¹⁷²⁸ ensina que a criação de instituições, como internatos e patronatos agrícola que visavam tratar dos “menores infratores”, mas que tinham o formato de verdadeiros presídios, sendo deferido castigos físicos aos internados, datam da Era Vargas e são frutos do chamado Serviço de Assistência ao Menor (SAM).

A extinção do SAM, em 1964, culminou na criação das Fundações Estaduais de Bem-estar do Menor, as famosas FEBEMs. Foi a partir desse momento que começou a brotar a semente da ideia de que o caminho correto seria o da reeducação e não exclusivamente o da punição.

Ainda, mais recentemente, práticas restaurativas na socioeducação decorrentes da Justiça Restaurativa, a qual pode ser definida por “um processo em que todas as partes ligadas de alguma forma a uma particular ofensa vêm discutir e resolver coletivamente as consequências práticas da mesma e a suas implicações no futuro”¹⁷²⁹, possuem mais espaço.

Dessa maneira, e, segundo livro publicado pela própria Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos¹⁷³⁰, “os círculos restaurativos, ao longo do seu processo,

¹⁷²⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 13 jun. 2021.

¹⁷²⁸ MENESES, Elcio Resmini. *Medidas socioeducativas: Uma reflexão jurídico pedagógica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 53.

¹⁷²⁹ FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*. Coimbra, 2006, p. 16. MARSHALL, Tony F. in *Restorative Justice handbook*, 1996.

¹⁷³⁰ SILVA, Alex Sandro et al (org.). Redação e sistematização: Adriana Marcella Motter et al. *Cadernos de Socioeducação: práticas restaurativas e a socioeducação*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/caderno_praticas_restaurativas2019.pdf Acesso em:

permitem que o adolescente se expresse e, além disso, busque uma solução para reparar o ato infracional”. Ainda, mais a frente, complementa-se que o diálogo tem o poder de transformar pessoas, especialmente as em fase de desenvolvimento de personalidade, objetivo último da justiça restaurativa.

5 EXEMPLOS DE ENTIDADES MUNICIPAIS DO ESTADO DO PARANÁ QUE PROMOVEM ATENDIMENTO À CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL

Sancionada em 18 de janeiro de 2012, a Lei nº 12.594 instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)¹⁷³¹, responsável pela regulamentação da execução das medidas socioeducativas destinadas à adolescente que pratique ato infracional.

Como exemplo de instituições governamentais que visam a promoção e inclusão social do adolescente em estado de vulnerabilidade social, podemos citar os Centros de Socioeducação (CENSE) e as Casas de Semiliberdade (CSL). Incumbe ao Departamento de Atendimento Socioeducativo (Dease), integrante da estrutura organizacional da Secretaria da Justiça, Família e Trabalho do Governo do Paraná (Sejuf) a gestão das medidas socioeducativas de semiliberdade e internação em ambas as entidades.

O regime de semiliberdade constitui medida restritiva de liberdade, aplicado nas Casas de Semiliberdade, o qual pode ser determinado, por autoridade judicial, medida inicial ou como forma de transição para o meio aberto, visando o fortalecimento de vínculos e o contato com a rede de apoio presente no território, com a realização de atividades externas independentemente de autorização judicial.

A internação constitui medida privativa de liberdade, aplicado nos Centros de Socioeducação, sujeita aos princípios que regem o atendimento socioeducativo, especialmente, os de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

5.1 AS CASAS DE SEMILIBERDADE

O regime de semiliberdade está previsto no artigo 120 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual define tal medida restritiva de liberdade como socioeducativa, verificada a prática de ato infracional, como dispõe o artigo 112 do referido estatuto. Segundo a Coletânea “Cadernos de Socioeducação”, mais precisamente a edição “Semiliberdade”¹⁷³², o espaço físico das Casas de Semiliberdade

28 ago 2021.

¹⁷³¹ BRASIL. *Lei nº 12.594/12*, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm Acesso em: 26 ago. 2021.

¹⁷³² SILVA, Alex Sandro et al (org.). Redação e sistematização: Adriana Marcelli Motter et al. *Cadernos de Socioeducação: Semiliberdade*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/Caderno_semiliberdade_web.pdf Acesso em: 29 jun 2021.

deve corresponder a um modelo de residência, propiciando um ambiente socioeducacional que possibilite, ao adolescente educando, desenvolver uma nova forma de relação de convivência comunitária e internalização de valores.

Tal medida socioeducativa tem por finalidade proporcionar ao adolescente espaços de desenvolvimento da autonomia responsável e a reflexão crítica de ações e circunstâncias cotidianas apresentadas, no que concerne ao ato infracional, e pelas situações vivenciadas nos espaços de inserção na sociedade (escola, trabalho, família, comunidade), construindo com isso a formação humana¹⁷³³.

Dentre os inúmeros objetivos do programa, cabe ressaltar alguns, sendo: favorecer o acesso dos adolescentes aos direitos fundamentais, tais como, saúde, educação, profissionalização, trabalho, assistência social, esporte, cultura e lazer, dentre outros; desenvolver nos adolescentes a preocupação com o bem comum; envolver a família no trabalho socioeducativo, dando condições para que ela de fato consiga exercer o cuidado protetor; estimular o rompimento da ideologia que produz a cultura da violência¹⁷³⁴.

A equipe do Programa Semiliberdade deve ser composta por, no mínimo: diretor, equipe técnica (assistente Social, psicóloga e pedagogo), agentes de segurança socioeducativa, técnico administrativo, motorista e auxiliar de serviços gerais. Sendo que, as atribuições dos agentes de segurança socioeducativo possuem um cunho extremamente pedagógico, sem deixar de lado o caráter de segurança que deve estar presente no cotidiano deste profissional. Tem por principais atribuições: providenciar o atendimento às suas necessidades de higiene, asseio, conforto, repouso e alimentação; desenvolver oficinas de atividades artísticas, de lazer, cultura, recreativas, esportivas e pedagógicas lúdicas¹⁷³⁵.

5.1.2 Casa de Semiliberdade de Londrina e o futsal social

Um exemplo de atividade socioeducativa que acontece nas Casas de Semiliberdade, retirada da Coletânea “Cadernos de Socioeducação”, edição “Semiliberdade”¹⁷³⁶, é o futsal social, desenvolvido uma vez por semana, na quadra

¹⁷³³ SILVA, Alex Sandro et al (org.). Redação e sistematização: Adriana Marcell Motter et al. *Cadernos de Socioeducação: Semiliberdade*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/Caderno_semiliberdade_web.pdf Acesso em: 29 jun 2021.

¹⁷³⁴ SILVA, Alex Sandro et al (org.). Redação e sistematização: Adriana Marcell Motter et al. *Cadernos de Socioeducação: Semiliberdade*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/Caderno_semiliberdade_web.pdf Acesso em: 29 jun 2021.

¹⁷³⁵ SILVA, Alex Sandro et al (org.). Redação e sistematização: Adriana Marcell Motter et al. *Cadernos de Socioeducação: Semiliberdade*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/Caderno_semiliberdade_web.pdf Acesso em: 29 jun 2021.

¹⁷³⁶ SILVA, Alex Sandro et al (org.). Redação e sistematização: Adriana Marcell Motter et al. *Cadernos de Socioeducação: Semiliberdade*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/

de esportes localizada nas dependências da própria unidade de Londrina. É realizada após os adolescentes já terminarem seus compromissos com estudos, cursos e demais atividades cotidianas.

Funciona perante as seguintes premissas: reúnem-se os funcionários, e os adolescentes da casa 1 e da casa 2; a escolha de times é feita de forma livre, não havendo distinções entre funcionários e adolescentes; após a escolha, é possível que se inicie o jogo, o qual não conta com a presença de árbitro, sendo que as decisões do jogo, sejam elas faltas, laterais e outros acontecimentos, devem ser feitas com diálogo e com respeito entre os jogadores¹⁷³⁷.

A realização de tal atividade, tem os seguintes objetivos: contribuir para a redução da vulnerabilidade social, melhorar as habilidades motoras, físicas, estimular uma melhoria na qualidade de vida; transmitir conceitos e valores ligados à cidadania, promover a saúde e a educação, preencher o tempo ocioso com qualidade, trazendo uma alternativa às drogas e práticas ilícitas; promover a inclusão social dos educandos, proporcionando uma melhoria no convívio dos educandos e dos funcionários¹⁷³⁸.

5.2 OS CENTROS SOCIOEDUCATIVOS

A internação é a medida privativa de liberdade, decorrente de um processo judicial. Deve ser aplicada mediante o cometimento de ato infracional de grave ameaça ou violência à pessoa, ou quando houver reincidência no cometimento de infrações por parte da criança ou adolescente¹⁷³⁹. Em consonância ao princípio da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a duração é de, no máximo, 3 anos, conforme artigo 121, § 3º, do ECA¹⁷⁴⁰.

O programa de internação deverá ter adequação de sua estrutura física consoante às exigências do ECA e do Sistema Nacional de Socioeducação (Sinase). Sendo elas: a separação dos adolescentes por idade, compleição física e gravidade da infração, além de permitir o desenvolvimento da proposta pedagógica em condições adequadas de segurança¹⁷⁴¹.

files/migrados/File/Caderno_semiliberdade_web.pdf Acesso em: 29 jun 2021.

¹⁷³⁷ SILVA, Alex Sandro et al (org.). Redação e sistematização: Adriana Marcell Motter et al. *Cadernos de Socioeducação: Semiliberdade*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/Caderno_semiliberdade_web.pdf Acesso em: 29 jun 2021.

¹⁷³⁸ SILVA, Alex Sandro et al (org.). Redação e sistematização: Adriana Marcell Motter et al. *Cadernos de Socioeducação: Semiliberdade*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/Caderno_semiliberdade_web.pdf Acesso em: 29 jun 2021.

¹⁷³⁹ SEJUF. Secretaria da Justiça, Família e Trabalho, c2021. *Socioeducação*. Disponível em: <https://www.justica.pr.gov.br/Socioeducacao> Acesso em: 20 ago 2021.

¹⁷⁴⁰ BRASIL. Lei n° 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8069.htm Acesso em: 13 jun. 2021.

¹⁷⁴¹ SEJUF. Secretaria da Justiça, Família e Trabalho, c2021. *Socioeducação*. Disponível em: <https://www.justica.pr.gov.br/Socioeducacao> Acesso em: 20 ago 2021.

A medida de internação é aplicada em adolescentes que, conforme delimita o ECA, são pessoas com idades entre 12 e 18 anos incompletos. São encaminhados ao Centro Socioeducativo por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, a qual manifestará a internação em seu caráter definitivo, ou provisório, procedimento aplicado antes da sentença julgada, com duração máxima de 45 dias, em conformidade com o artigo 183 do ECA¹⁷⁴².

Afere-se os principais objetivos de tal medida, conforme informações disponibilizadas pela Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná¹⁷⁴³: promover espaços para a reflexão e conscientização dos adolescentes referente ao ato infracional praticado e à própria trajetória de vida; preparar os adolescentes para o cumprimento da medida socioeducativa definida pelo juiz, garantindo o acompanhamento familiar e articulando a rede de serviços para sua reinserção social; e propor às autoridades judiciais a aplicação de medidas socioeducativas que favoreçam o resgate psicossocial dos adolescentes.

5.2.1 Programa de qualificação profissional básica

Os Cursos de Qualificação Profissional Básica são ofertados nas Unidades Socioeducativas desde o ano de 2013 e, conforme Relatório de Ações do DEASE¹⁷⁴⁴, no período de março de 2017 a março de 2018, a Empresa CTT – Treinamento e Desenvolvimento Pessoal, é quem ofertaria às Unidades de Socioeducação referido treinamento.

Referente a essa edição, foram ofertadas 23 opções de cursos, dentre eles: Almojarife, Arquivador, Auxiliar Administrativo com Ênfase em Informática, Auxiliar de Cabeleireiro, Chapeiro, Colocação de Gesso, Colocação de Pisos e Azulejos, Conserto de Eletrodomésticos, Corte e Costura, Customização de Roupas e Acessórios, Garçom, Hidráulica, Informática Básica com Open Office e Windows, Jardinagem, Manicure e Pedicure, Manutenção e Montagem de Microcomputadores, Maquiador, Panificação, Pequenos Reparos, Pintura de Faixas e Cartazes, Recepção e Atendimento, Recepcionista de Hotéis, Texturização e Pintura Decorativa¹⁷⁴⁵.

Segundo o próprio relatório, a previsão para o ano de 2018, era a formação de, aproximadamente, 456 turmas ao longo de 12 meses e, referente ao número total de participações, cerca de 2918 adolescentes no Estado do Paraná tiveram

¹⁷⁴² SEJUF. Secretaria da Justiça, Família e Trabalho, c2021. *Socioeducação*. Disponível em: <https://www.justica.pr.gov.br/Socioeducacao> Acesso em: 20 ago 2021.

¹⁷⁴³ SEJUF. Secretaria da Justiça, Família e Trabalho, c2021. *Socioeducação*. Disponível em: <https://www.justica.pr.gov.br/Socioeducacao> Acesso em: 20 ago 2021.

¹⁷⁴⁴ ZILIOOTTO, Flávia Palmieri de Oliveira (org.). Redação e sistematização: Flávia Palmieri de Oliveira Ziliotto. Relatório de Ações do Departamento de Atendimento Socioeducativo - 2016. Curitiba: *Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná*, 2017. Disponível em: https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-09/relatorio_dease.pdf Acesso em: 20 ago 2021.

¹⁷⁴⁵ ZILIOOTTO, Flávia Palmieri de Oliveira (org.). Redação e sistematização: Flávia Palmieri de Oliveira Ziliotto. Relatório de Ações do Departamento de Atendimento Socioeducativo - 2016. Curitiba: *Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná*, 2017. Disponível em: https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-09/relatorio_dease.pdf Acesso em: 20 ago 2021.

a oportunidade de uma qualificação profissional e, conseqüentemente, oportunidade de desenvolvimento pessoal e social para o exercício pleno da cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, observa-se que o trabalho cumpriu o objetivo de analisar brevemente algumas políticas públicas estabelecidas no Estado do Paraná com o fito de assegurar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, bem como demonstrar a relevância delas e elencar os princípios e leis que as norteiam. Precisou-se, porém, tomar como base o método exemplificativo, optando pela abordagem de políticas públicas voltadas para adolescentes infratores.

Partiu-se do pressuposto que, com o advento da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, incluído pela Lei nº 8.069 de 1990, inúmeros princípios passaram a reger os direitos dessa parcela vulnerável da população, sendo eles: o princípio do melhor interesse, da prioridade absoluta e o da municipalização das políticas públicas.

Ainda, à luz da Teoria Crítica do Direito Civil, obra redigida pelo ilustríssimo, e atualmente ministro, Luiz Edson Fachin, pode-se analisar e concluir que, o Código Civil de 2002, apesar de sancionado no terceiro milênio, incorpora, ainda, valores e princípios que necessitam ser reconstruídos, saindo da pura aceitação da norma e observados os fatos da sociedade contemporânea.

Nesse sentido, por meio de inúmeras referências bibliográficas de autores no Direito das Famílias, observou-se que a mudança paradigmática e conceitual nas entidades familiares é nítida. O novo núcleo familiar, norteado pelos princípios da afetividade e da solidariedade, pôs fim a antiga “instituição” familiar, patriarcal, patrimonial e reprodutora.

Através desta ótica afetiva, restou comprovado, também, por meio de autores do campo da Psicologia, que a afetividade, principal princípio norteador familiar contemporâneo, tem fundamental importância na formação do indivíduo. É primordial e favorece o âmbito educacional, pois fortalece o vínculo professor-aluno. Além disso, constatou-se que o pouco vínculo familiar, prioritariamente afetivo na atualidade, pode ocasionar comportamentos delituosos.

Destarte, por meio de uma comparação histórica e social, é possível notar que, reconhecidamente, houve uma mudança significativa em relação à forma de lidar com os adolescentes infratores. Antes, as políticas públicas assemelhavam-se a uma prisão de fato, de caráter majoritariamente punitivista. Entretanto, atualmente, preconiza-se pela socioeducação, transformadora e adequada.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Laurinda Ramalho de; MAHONEY, Abigail Alvarenga. Henri Wallon: *Psicologia e Educação*. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- ALVES, Robson Ribeiro Vicente. Dos direitos da criança e do adolescente ao fundo dos direitos da criança e do adolescente: uma breve história. *Boletim economia empírica*, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 03-07, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/bee/article/view/4111/1786#> Acesso em: 21 jun. 2021.
- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. Advocate: the child, youth, and Family services. *Bulletin of the Division*, n. 37. Washington, DC: Autores, 2003.
- AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. Reducing violence: a research agenda. *APS Observer Report*, n. 5. Washington, DC: Autores, 1997.
- AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e adolescente*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 13 jun. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 8.069/90*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 13 jun. 2021.
- BRASIL. *Ministério da Saúde*. Portaria nº 2600, de 21 de outubro de 2009. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2600_21_10_2009.html Acesso em: 13 jun. 2021.
- BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível. nº 70047336763 - RS (2001/0147319-0). ECA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO À EDUCAÇÃO. DEFICIENTE AUDITIVA. PROFESSOR ESPECIALIZADO EM LÍBRAS (LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS). OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO DE FORNECÊ-LO. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Porto Alegre, 25 de abril de 2012. Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/927203906/apelacao-civel-ac-70047336763-rs/inteiro-teor-927203909> Acesso em: 21 jun. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 12.594*, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm Acesso em: 21 jun. 2021.
- COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. Tese (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/publico/Camila_Fernanda_Pinsinato_Colucci_simplificada.pdf Acesso em: 13 jun. 2021.
- CURY, Munir (coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*: comentários jurídicos e sociais. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. *Novo Curso de Direito Civil* - Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.
- JUBILUT, Lílíana Lyra et al (org.). *Direitos Humanos e vulnerabilidade e o direito humanitário*. Boa Vista: Editora UFPR, 2019.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MENEGHEL, S. N., GIUGLIANI, E. J.; FALCETO, O. Relações entre violência doméstica e agressividade na adolescência. *Cadernos de Saúde Pública*, 14(2), 327-335. 1998.
- MENESES, Elcio Resmini. *Medidas socioeducativas*: Uma reflexão jurídico pedagógica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca> Acesso em: 13 jun. 2021.
- OVIDO, Rafael Antônio Malagón; CZERESNIA, Dina. O conceito de vulnerabilidade e seu caráter biossocial. *Interface-Comunicação, Saúde, Educação*, v. 19, 2015.
- LÔBO, P. *Direito Civil* - Famílias. 6. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015. E-book.
- PEREIRA, R. D. C. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.
- PEREIRA. Princípio da afetividade. In: DIAS, Maria Berenice [Coord.] *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011. p. 193-194.)
- SEJUF. Secretaria da Justiça, Família e Trabalho, c2021. *Socioeducação*. Disponível em: <https://www.justica.pr.gov.br/Socioeducacao> Acesso em: 20 ago 2021.

- SILVA, Alex Sandro et al (org.). Redação e sistematização: Adriana Marcelli Motter et al. *Cadernos de Socioeducação: Semiliberdade*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná, 2018. Disponível em: https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/Caderno_semiliberdade_web.pdf Acesso em: 29 jun 2021.
- SILVA, A. T. B. *Problemas de comportamento e comportamentos socialmente adequados: sua relação com as habilidades sociais educativas de pais*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Educação Especial. Universidade Federal de São Carlos. 2000.
- STRAUS, M. B. *Violência na vida dos adolescentes*. São Paulo: Best Seller. 1994.
- WASSERMAN, C. A.; KEENAN, K; TREMBLAY, E; COIE, J. D; HERRENKOHL, T. I; LOEBER, R; PETERCHUK, D. Risk and protective factors of child delinquency. *Child Delinquency Bulletin*, 01-14
- WALLON, H. *A evolução psicológica da criança*. Lisboa: Edições 70, 1968.
- ZILIOOTTO, Flávia Palmieri de Oliveira (org.). Redação e sistematização: Flávia Palmieri de Oliveira Ziliootto. *Relatório de Ações do Departamento de Atendimento Socioeducativo - 2016*. Curitiba: Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná, 2017. Disponível em: https://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-09/relatorio_dease.pdf Acesso em: 20 ago 2021.

A CONTROVERTIDA QUESTÃO DA (IR) RETROATIVIDADE DA LEI Nº 14.230/2021 DECISÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO EM QUE HÁ A SUPRESSÃO LEGAL DE SANÇÕES REFERENTES A PERDA DA FUNÇÃO E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

José Sebastião Fagundes Cunha¹⁷⁴⁶, Poliana Maria Cremasco Fagundes Cunha¹⁷⁴⁷

INTRODUÇÃO

O ministro da Justiça à época, Jarbas Passarinho, assim expôs: “Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado — o devido processo legal — impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do estado de Direito.”

O ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, determinou a suspensão do processamento dos Recursos Especiais nos quais foi suscitada a aplicação retroativa da Lei nº 14.230/2021, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa em razão da repercussão geral reconhecida.

Em sua decisão, o ministro Alexandre de Moraes escreveu que

Não obstante, simples pesquisa na base de dados do Superior Tribunal de Justiça revela que proliferam os pedidos de aplicação da Lei 14.230/2021 em processos na fase de Recurso Especial, já remetidos ao Tribunal da Cidadania pelos Tribunais de origem. Ele completa, afirmando que “assim, considerando que tais pleitos têm como fundamentos a controvérsia reconhecida na repercussão geral por essa **Suprema Corte**, recomenda-se, também, o sobrestamento dos processos em que tenha havido tal postulação, com a finalidade de prevenir juízos conflitantes”.

Na decisão do Plenário do STF o relator ministro Alexandre de Moraes esclarece que *“com efeito, (a) o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário político, social e jurídico e (b) a matéria não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide”*.

O ministro acrescenta que

por essas razões, manifesto-me pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional, para definição de eventual (IR) RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente.

¹⁷⁴⁶ Desembargador do TJPR. Mestre em Direito pela PUCSP – Doutor em Direito pela UFPR. Pós-Doutorado pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Lisboa

¹⁷⁴⁷ Juíza de Direito do TJPR. Mestre em Direito pela PUCPR

Ademais, uma das problemáticas que também se infere em razão da entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021 é a supressão de sanções referentes a perda da função e suspensão dos direitos políticos, quando a prática de ato ímprobo viole ao tipo referente aos princípios da administração pública.

Aqui avulta relevante controvérsia e problema a ser enfrentado pela doutrina e nossos Tribunais. A supressão da referida sanção implicaria em automática retroatividade, inclusive apta a atingir condenações por ato de improbidade as quais já incidiram o manto da coisa julgada material?

1 ESTUDO DE CASO

Em estudo de caso, trazemos condenação por ato de improbidade administrativa em face, dentre outros, de um ex-prefeito municipal.

Em apertada síntese, à época prefeito e virtual candidato à reeleição, veiculou informativo publicitário com informações enganosas a respeito da conclusão de obras públicas para ligação entre bairros, com a intenção de promoção pessoal – obras que não foram concretizadas.

Consta, ainda, que além da confecção de material publicitário para divulgação de obras inacabadas, com intuito único de autopromoção do gestor público, foram identificadas irregularidades no curso do procedimento licitatório de contratação da pessoa jurídica responsável pela propaganda.

Em sede de apelação, a 5ª. Câmara Cível do eg. TJPR., ainda sob a égide da norma anterior, entendeu pela violação aos princípios da administração pública, aplicando as seguintes sanções:

Ante o exposto, dou parcialmente provimento ao recurso do Ministério Público para condenar o réu/apelado, nas penas do inciso II do art. 12, quais sejam suspensão de direitos políticos por 3 (três) anos; multa civil de 3 (três) vezes o valor da remuneração percebida pelo ex-prefeito, em virtude do cometimento de ato de improbidade administrativa descritos no art. 11 caput e incisos I e IV da Lei 8.429/92, ante a violação dos princípios da publicidade em certame licitatório, e violação do princípio da moralidade e impessoalidade ao se utilizar de propaganda oficial para autopromoção.

Rejeitados os embargos de declaração, os autos foram remetidos ao Superior Tribunal de Justiça e, depois de percorrida toda a cadeia recursal à disposição do acusado no âmbito do STJ, **certificou-se o trânsito em julgado da condenação no dia 05.8.2020.**

Ocorre que, em sede de execução definitiva do julgado, foi soerguida através de impugnação ao cumprimento de sentença, a questão de que, se com advento da nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº 14.230/2021), a condenação pode e merece ser revista.

Veja-se, se a condenação se deu com base no que dispunha o art. 11, *caput* e incisos I e IV, da Lei nº 8.429/92, e a nova redação do art. 12, inc. III extinguiu a possibilidade de aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos às condutas

previstas art. 11, abriu-se a discussão quanto à possibilidade de revisão ao acórdão prolatado, circunscrevendo-se a sanção apenas ao pagamento de multa civil, como autoriza a nova lei, nos casos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados pela norma.

A alegação para sustentar a retroatividade, contrariando os princípios do *tempus regit actum*, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, é o disposto no § 4º do artigo 1º da Lei nº 8.429/1992-2021: “aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”.

Sustenta-se a tese de que em matéria de Direito Administrativo Sancionador, devem ser aplicados os princípios inerentes ao Direito Penal, sobretudo no que diz respeito à **retroatividade da lei mais benéfica ao condenado**.

Afora a questão quanto a qual instrumento processual seria o apto a se deduzir a referida pretensão, o que não será objeto do presente trabalho, cinge-se a questão quanto à possibilidade de a nova lei produzir efeitos pretéritos desconstituindo o manto da coisa julgada material.

2 DIREITO PENAL *VERSUS* DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A nova Lei nº 14.230/2021 entrou em vigor na data de sua publicação e, dentre as principais alterações, elencam-se: a exigência de dolo específico (*vontade livre e consciente*) para que os agentes públicos sejam responsabilizados, não bastando a voluntariedade ou o mero exercício da função pública; a supressão de condutas anteriormente tipificadas como atos de improbidade; a adoção de um rol taxativo de condutas; e o escalonamento de punições (em casos de menor ofensa, a pena poderá ser limitada à aplicação da multa, de forma isolada).

No que diz respeito ao período de vigência e à aplicabilidade das novas leis no País, estabelece o art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, **respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada**. (grifo nosso)

Da leitura da LINDB, infere-se que as leis começam a vigorar em todo o território nacional, produzindo efeitos imediatos e gerais, uma vez superado seu período de vacância, se houver (art. 1º, *caput*), e terão vigência até que outra lei as modifiquem ou revoguem – LINDB, art. 2º.

Devem respeitar, todavia, atos jurídicos perfeitos, direitos adquiridos e a **coisa julgada**.

De se ressaltar a seguir a garantia constitucional à segurança jurídica, da prevalência da coisa julgada e da impossibilidade de aplicação do art. 5º, inc. XL, da CF/88 à nova Lei de Improbidade Administrativa

Dispõe o **inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal** que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. (grifo nosso)

Com o advento da Constituição Federal de 1988 tem-se início a chamada *constitucionalização do processo civil brasileiro*, a partir da qual o legislador constituinte

revelou significativa preocupação, do ponto de vista processual, com a segurança das relações jurídicas postas sob apreciação do Poder Judiciário.

Um dos mecanismos pelos quais a Carta Magna busca proteger a segurança das relações jurídicas é fazendo constar do rol dos direitos e garantias fundamentais justa e precisamente a coisa julgada.

A doutrina cuida de explicar a maneira pela qual a coisa julgada está intrinsecamente relacionada à segurança jurídica.

Segundo Marinoni; Arenhart e Mitidiero:

A Constituição refere que a lei não prejudicará a coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da CF). Ao dizê-lo, expressamente se optou por densificar o princípio constitucional da segurança jurídica mediante a instituição de uma regra de proteção à coisa julgada. Por expressa determinação constitucional, portanto, a coisa julgada integra o núcleo duro do direito fundamental à segurança jurídica no processo.¹⁷⁴⁸ (grifo nosso)

A conclusão a que se chega da leitura dos dispositivos acima é a de que, no intuito de se preservar e de se garantir a segurança jurídica, somente em casos absolutamente excepcionais, previstos de forma expressa na Constituição Federal, é que se poderá *relativizar* a coisa julgada para aplicar sobre um determinado litígio as disposições de uma lei que entra em vigor após o trânsito em julgado de um determinado título judicial.

Em regra, a solução conferida pelo Poder Judiciário a conflitos já definitivamente solucionados por sentenças transitadas em julgado não pode ser alterada apenas porque as disposições da lei da qual o julgador se valeu para solução da controvérsia foi modificada ou revogada, no todo ou em parte.

Deve-se respeitar a garantia constitucional fundamental à segurança das relações jurídicas decorrente do fenômeno da coisa julgada.

Uma das exceções expressamente previstas na Constituição que admite a relativização da coisa julgada para que haja alteração da solução dada a um caso concreto a partir da entrada em vigor de uma nova lei é aquela prevista no **inciso XL do art. 5º da CF/88**, que dispõe: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Questão absolutamente pacífica tanto na doutrina quanto na jurisprudência é a de **que leis penais mais benéficas aos réus são dotadas de retroatividade máxima**, isto é, alcançam fatos futuros, presentes e pretéritos, inclusive processos criminais já definitivamente solucionados por decisão transitada em julgado.

Há, inclusive, previsão no art. 66, inc. I, da Lei de Execuções Penais no sentido de que ao Juízo da Execução compete *aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado*.

É a partir de uma interpretação dita *sistêmica* do art. 5º, inc. XL, da CF/88, que muitos juristas passaram a defender a tese da **retroatividade da lei mais benéfica também no âmbito do Direito Administrativo Sancionador (DAS)**, sobretudo após a promulgação da Lei nº 14.230/2021.

¹⁷⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 602.

A partir desta tese, o princípio da *retroatividade da lei penal benéfica* (art. 5º, XL, da CF) aplicar-se-ia também às condenações por atos de *improbidade administrativa*, já que as sanções civis previstas na legislação especial em muito se assemelhariam àquelas de natureza penal.

É bem verdade que as sanções civis previstas na Lei de Improbidade Administrativa em muito se assemelham às de natureza penal, dado seu caráter sancionatório, repressivo, reparatório e preventivo.

Entretanto, o ordenamento jurídico pátrio não as classificou como sanções penais propriamente ditas (aquelas decorrentes da prática, pelo agente, de uma *infração penal*, seja contravenção penal, seja crime), e não as equiparou de forma expressa.

Em nenhum momento a Constituição da República equipara improbidade administrativa a crime, acusados de ilícitos administrativos a acusados de crime. Muito pelo contrário, a Constituição Federal é bastante clara em diferenciar crime de improbidade administrativa. O faz implicitamente no artigo 15 quando trata, nos incisos III e V, as duas situações como hipóteses diferentes de suspensão dos direitos políticos; e, expressamente no § 4º do artigo 37, quando assevera que os atos de improbidade administrativa são sancionados *sem prejuízo da ação penal cabível*.¹⁷⁴⁹

Não cabe ao intérprete, portanto, por ocasião da aplicação da norma, estabelecer esta equiparação de per se, sem que haja prévio fundamento legal ou constitucional para tanto.

Os institutos jurídicos não são coisas do mundo fático, que têm existência própria. São criações do Direito. Não têm essência própria e imutável. Apenas existem com os contornos dados pelas normas jurídicas. Têm requisitos e regimes parametrizados por normas do direito positivo.¹⁷⁵⁰

É o que defende a Prof. Helena Regina Lobo da Costa, para quem a ideia da existência de um único *ius puniendi* estatal, tanto no âmbito criminal propriamente dito como na seara administrativa sancionatória, possuiria um caráter autoritário e retórico, acabando “... por apresentar sérios problemas de fundamentação, ao ignorar as diferenças normativas existentes entre os dois ramos do direito”¹⁷⁵¹. (grifo nosso)

¹⁷⁴⁹ Há muito tempo se reconhece que a Lei de Improbidade Administrativa não tem caráter criminal e que ato ímprobo não é crime, de maneira que a aplicação das normas trazidas pela Lei de Improbidade Administrativa segue critérios próprios, diversos do Direito Penal e do processo penal. Neste sentido, por exemplo: JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 572; FÁBIO MEDINA OSÓRIO, *Observações Sobre Improbidade dos Agentes Públicos à Luz da Lei 8.429*, In: Revista dos Tribunais 740, 96/115, 1997, p. 109-111; WALDO FAZZIO JÚNIOR, *Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos*, São Paulo: Atlas, 2000, p. 46; STF, AgR no Pet 3.240, Plenário, Rel. p/ acórdão Luís Roberto Barroso, j. 10/5/2018, DJe 22/8/2018; STJ, AgInt no REsp 1.534.131/RN, 1ª Turma, Rel. Regina Helena Costa, j. 15/4/2019, DJe 23/4/2019; STJ, REsp 1.755.340/RJ, 2ª Turma, Rel. Herman Benjamin, j. 19/3/2020, DJe 5/10/2020; STJ, AgRg no AREsp 205.536/RS, 2ª Turma, Rel. Mauro Campbell Marques, j. 20/09/2012, DJe 26/09/2012; STJ, HC 351.763/AP, 5ª Turma, Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24/5/2016, DJe 1/6/2016; e STJ, RHC 88.828/DF, 6ª Turma, Rel. p/ acórdão Antônio Saldanha Palheiro, j.10/4/2018, DJe 11/5/2018.

¹⁷⁵⁰ Sobre a inviabilidade do *essencialismo jurídico*: PEDRO MONIZ LOPES, *Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas*, tese de doutorado, Lisboa: Universidade de Lisboa, 2014, notas 761 e 810, nas p. 340 e 357.

¹⁷⁵¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: *ne bis in*

A única possibilidade das normas previstas na Lei nº 14.230/2021, retroagirem para beneficiar os acusados pela prática de atos ímprobos seria entender que os *princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador* corresponderiam àqueles aplicáveis ao Direito Penal, chamando a incidência da norma estipulada no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal.

É incongruente, no entanto, defender a tese de uma transposição pura e simples do arcabouço principiológico do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador.

Tal agir engendraria uma verdadeira subversão dos valores e dos princípios próprios desse ramo do Direito, já que, na órbita administrativa propriamente dita, o Direito Administrativo Sancionador visa à preservação do interesse coletivo e dos princípios da administração pública, ao passo que na órbita judicial, a essas finalidades se agrega principalmente a tutela da moralidade administrativa enquanto direito fundamental, finalidades tais não tuteladas pelo Direito Penal com a mesma profundidade.¹⁷⁵²

O Direito Penal incide muito mais severamente nos direitos individuais, pois sua punição característica é a pena privativa de liberdade. Em razão desta intensidade é a *ultima ratio* e sobre ele incidem os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade. Por sua vez, o Direito Administrativo Sancionador rege-se pela prevalência da tutela da moralidade pública, vinculado à busca de interesses gerais e coletivos. Por isso, as garantias no âmbito do Direito Administrativo Sancionador não têm o mesmo alcance do que a seara Penal.

O Direito Administrativo possui finalidades distintas das do Direito Penal, e está alicerçado em uma gama principiológica própria que, muitas vezes, não converge com aquela que fomenta o Direito Penal.

Mostra-se, pois, simplista e equivocada a tese que aponta para uma pura *transposição* dos princípios do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador.

Primeiro, porque parte de uma premissa equivocada, no sentido da existência de uma suposta simetria *integral* entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador (o que já foi afastado). Segundo, pois essa teoria deixa de lado todas as prerrogativas e peculiaridades que impregnam a tutela do coletivo, objeto último do Direito Administrativo Sancionador.

Não há como se sustentar que, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, haja uma prevalência dos direitos do réu tal qual ocorre no âmbito do Direito Penal, pois os valores e os interesses em litígio possuem notas distintas que, inclusive, ensejaram a ruptura do Direito Administrativo Sancionador e do Direito Penal como disciplinas de um mesmo ramo jurídico.

Afinal, reafirma-se: na seara do Direito Administrativo, a prevalência é do *coletivo*.

idem como medida de política sancionadora integrada, 2013, Tese (Livre Docência em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 176.

¹⁷⁵² ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. No artigo O Direito Administrativo Sancionador e a falta de simetria com o Direito Penal, publicado em 09.12.2021. <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal>

Ainda que com características semelhantes, não há como se equiparar de forma principiológica ou normativa, ramos do Direito diverso.

Neste esteio, Alice Voronoff tece fortes críticas ao aspecto unitário do *ius puniendi*, deixando claras as peculiaridades que permeiam o Direito Administrativo Sancionador e que devem conduzir sua interpretação. Segundo a doutrinadora,

Este ramo é dotado de singularidades que buscam um 'equilíbrio fino' ('legitimação híbrida'), destacando: 1) as particularidades finalísticas e operacionais do DAS, atinentes à realização de objetivos de interesse público, sob enfoque prospectivo e conformativo, dissociado, como regra, de juízo de reprovação ético-social; 2) a instrumentalidade da sanção administrativa, que é compreendida como meio de gestão, e não fim em si mesmo. Instrumento de gestão e ferramenta institucional, governado por lógica de incentivos de conformidade, visando a efetividade dos objetivos de interesse público; 3) o componente funcional, que, segundo Voronoff, se desdobra no elemento funcional estático (órgão ou ente da Administração) e elemento funcional dinâmico (exigências impostas ao modus operandi da Administração).¹⁷⁵³

Sobre a irretroatividade das normas mais benéficas aos réus no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, Rafael Munhoz de Mello aduz que:

A regra é a irretroatividade das normas jurídicas, sendo certo que as leis são editadas para regular situações futuras. O dispositivo constitucional que estabelece a retroatividade da lei penal mais benéfica funda-se em peculiaridades únicas do direito penal, inexistentes no direito administrativo sancionador. Com efeito, a retroatividade da lei penal mais benéfica tem por fundamento razões humanitárias, relacionadas diretamente à liberdade do criminoso, bem jurídico diretamente atingido pela pena criminal. [...]

[] Por tais fundamentos, não se pode transportar para o direito administrativo sancionador a norma penal da retroatividade da lei que extingue a infração ou torna mais amena a sanção punitiva. No direito administrativo sancionador aplica-se ao infrator a lei vigente à época da adoção do comportamento ilícito, ainda que mais grave que lei posteriormente editada. **Diversamente do que ocorre no direito penal, assim, não há no direito administrativo sancionador o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao infrator.**¹⁷⁵⁴

¹⁷⁵³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, nº 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 90. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/C JUR%20Clipping/5%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/Artigos/3.pdf>. In: ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. No artigo O Direito Administrativo Sancionador e a falta de simetria com o Direito Penal, publicado em 09.12.2021. <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal>

¹⁷⁵⁴ RAFAEL MUNHOZ DE MELLO. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 154/155.

Neste esteio, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo destacou a irretroatividade das normas previstas na Lei nº 14.230/2021:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA – DISPENSA DE LICITAÇÃO – NÃO OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO – IRREGULARIDADE.[...] Apuração de atos de improbidade administrativa de maneira intencional. Não admissão de retroatividade da legislação mais benéfica (Lei n. 14.230/21, em seu art. 1º, § 4º). Recursos negados. (destacou-se – TJSP, AC 0001213-12.2014.8.26.0629, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Danilo Panizza, j. 21/3/2022)

Corroborando com o que já sustentado, também o Superior Tribunal Federal tem julgados em que nega a aplicação do princípio da retroatividade em matéria de Direito Administrativo Sancionador, por entender que não se confunde com a seara do Direito Penal.

ELEITORAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS PARTIDÁRIAS DO EXERCÍCIO DE 2009. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA (LEI 13.165/2015) NA IMPOSIÇÃO DE MULTA POR CONTAS REJEITADAS. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS DE APLICAÇÃO DA NORMA CONSTANTES NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DIRETA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – O processo de análise de contas partidárias está contido no conjunto da jurisdição cível, na qual impera o princípio do *tempus regit actum*. Ou seja, na análise de um fato determinado, deve ser aplicada a lei vigente à sua época. II - O caráter jurisdicional do julgamento da prestação de contas não atrai, por si só, princípios específicos do Direito Penal para a aplicação das sanções, tais como o da retroatividade da lei penal mais benéfica. III - Questão que se interpreta com base na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), sendo esta a norma que trata da aplicação e da vigência das leis, uma vez que não há violação frontal e direta a nenhum princípio constitucional, notadamente ao princípio da não retroatividade da lei penal (art. 5º, XL, da CF/1988). IV - Eventual violação ao texto constitucional, que no presente caso entendendo inexistente, se daria de forma meramente reflexa, circunstância que torna inviável o recurso extraordinário. V - Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 1019161 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 02/05/2017).

3 IMPOSSIBILIDADE, DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 14.230/21, VISTO QUE ELA NÃO CONTÉM PREVISÃO NESSE SENTIDO – INTELIGÊNCIA DO ART. 6º DA LINDB

Importante mencionar, ademais, no que tange à irretroatividade da nova LIA, o recente entendimento do eg. TJSP, segundo o qual deve prevalecer o disposto no art. 6º da LINDB. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE – AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – Impossibilidade, a princípio, de aplicação retroativa da Lei nº 14.230/21, visto que ela não contém previsão nesse sentido – Inteligência do art. 6º da LINDB – Sem olvidar a polêmica no C. STJ acerca da possibilidade de retroatividade da lei mais benéfica em se tratando de direito administrativo sancionador, mesmo que adotada a posição que admite a aplicação retroativa da Lei nº 14.230/21, é certo que não verificada a prescrição intercorrente – [...] – Decisão mantida – Recurso desprovido. (AI 2264638-92.2021.8.26.0000. Rel. Carlos von Adamek. J. 27/01/2022).

Para o Relator do Agravo acima ementado, Desembargador Carlos Von Adamek:

De início, verifica-se que a Lei 14.230/21 modificou consideravelmente a Lei de Improbidade Administrativa; todavia, não previu sua aplicação retroativa, razão pela qual, a princípio, ela se aplicaria somente aos processos ajuizados posteriormente à sua publicação, por força do princípio da irretroatividade das leis estabelecido no artigo 6º da LINDB.

E o artigo 6º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, é expresso em definir o princípio do *tempus regit actum*. Portanto, a retroatividade da lei é exceção. Como exceção, para que incida deve estar expressamente prevista.¹⁷⁵⁵

É de se prevalecer, assim, a *coisa julgada*, que constitui corolário da garantia constitucional à segurança jurídica, óbice intransponível à pretendida retroatividade de uma norma de caráter estritamente civil, ainda que mais benéfica ao condenado.

A corroborar com este entendimento, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal afirmou, em sua Orientação nº 12/2021, que *a nova lei não se aplica aos atos de improbidades ocorridos antes de sua vigência*.

4 DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E O NÃO RETROCESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL ANTICORRUPÇÃO

Outro fundamento jurídico pelo qual a tese da defesa, *com a devida vênia*, não se sustenta, diz respeito à violação ao princípio da proporcionalidade no que tange à **proteção deficiente ao direito fundamental anticorrupção**.

É seguro dizer que o Constituinte de 1988 discorreu, ainda que implicitamente, sobre a *corrupção* no âmbito da Administração Pública, ao fazer incluir, como um dos princípios basilares da Administração, a **moralidade administrativa** – art. 37, *caput*, da CF.

Trata-se de conceito jurídico indeterminado, impregnado de carga principiológica que, ao fim e ao cabo, tem por escopo impor àqueles que tratam da

¹⁷⁵⁵ A respeito da interpretação restritiva das normas de exceção: TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR. Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2. ed., 1994, p. 295.

res publica a observância de uma conduta proba, ética, limitada pela lei e, acima de tudo, que vise ao interesse público de toda a coletividade.¹⁷⁵⁶

Segundo Uadi Bulos, “[...] o princípio da moralidade administrativa é a pauta mais importante dos Estados constitucionais que elegem a democracia como corolário fundamental da vida em sociedade.”¹⁷⁵⁷

Trata-se de comando de observância obrigatória, pauta jurídica de conduta e possui alvo determinado: Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

E em sentença prolatada com maestria, Luis Mauro Lindenmeyer, traz a seguinte conclusão:

Disso se conclui, com segurança, que a moralidade e a improbidade são facetas de um mesmo prisma. A probidade administrativa busca evitar aquilo que se denomina de corrupção administrativa, ou seja, o ato do administrador público praticado em desvio de finalidade ou de poder, em favor próprio ou de terceiro, com prejuízo à coisa pública, seja este prejuízo material (perda patrimonial) ou imaterial (violação dos princípios e deveres morais). (grifo nosso)¹⁷⁵⁸

Admitindo-se como *constitucionais* as modificações advindas da Lei nº 14.230/2021 (e esta é a presunção do ordenamento jurídico), é preciso realizar uma interpretação à luz da vedação ao retrocesso no tocante ao combate à corrupção, de observância cogente no Brasil à luz da Convenção de Mérida, da qual o Brasil é signatário, ratificada pelo Decreto Federal nº 5.687/2006.

Segundo referida Convenção, os atos de corrupção, dos quais os de improbidade administrativa são *espécies*, gozam da proteção contra o retrocesso legislativo, de modo que, seja a revogação dos tipos outrora existentes, seja a alteração dos elementos normativos e das penalidades, não podem incidir sequer sobre processos cíveis em curso, quanto menos sobre feitos já julgados em definitivo, condicionando o agir estatal somente quanto aos fatos ocorridos após o início de vigência da nova norma.

Afinal, a tutela efetiva da probidade administrativa é decorrência lógica da ordem jurídico-constitucional de toda e qualquer República, já havendo manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, inclusive, a identificar o direito difuso à probidade administrativa, tutelado como *cláusula pétrea* e que, como tal, há de prevalecer sobre a pretendida aplicação do princípio inculpidado no art. 5º, XL, da CF/88 aos atos de improbidade.

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o pretenso efeito retroativo do Código Florestal diante dos benefícios advindos de tal legislação, seguiu caminho hermenêutico similar ao ora esposado, limitando os efeitos favoráveis:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, em se tratando de matéria ambiental,

¹⁷⁵⁶ ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. Sentença AUTOS Nº 0006413-25.2010.8.16.0174. publicada 17.02.2022.

¹⁷⁵⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 8a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1017

¹⁷⁵⁸ Luís Mauro Lindenmeyer. Sentença AUTOS Nº 0006413-25.2010.8.16.0174. publicada 17.02.2022.

deve-se analisar a questão sob o ângulo mais restritivo, em respeito ao meio ambiente, por ser de interesse público e de toda a coletividade, e observando, *in casu*, o princípio *tempus regit actum*. (AgInt no AREsp 1145207/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2021, DJe 13/08/2021).

Com efeito, as alterações relacionadas à supressão de penalidade não podem retroagir para beneficiar réus de ações já julgadas, na medida em que a Constituição Federal impede a retroatividade automática de normas mais benéficas como forma de impedir o retrocesso no combate à corrupção e à improbidade – art. 37, §4º, da CF/88.

E se por um lado o Estado busca através da nova lei a proibição do excesso, sua aplicação e interpretação precisará encontrar o meio termo entre intervenção e abstenção, critérios de ponto de equilíbrio e proporcionalidade, para que também não venha a violar a proibição da proteção deficiente.¹⁷⁵⁹

Por derradeiro, igualmente inconstitucional é a supressão da pena de *suspensão dos direitos políticos* dos condenados por atos de improbidade previstos no art. 11 (redação conferida pela nova Lei nº 14.230/21 ao art. 12, inc. III, da Lei nº 8.429/92), na medida em que esta sanção possui assento constitucional – artigos 15, inc. V e 37, § 4º, da CF/88.

Trata-se de normas infraconstitucionais que excluem ou tornam sem efeito reprimendas expressamente determinadas no texto constitucional.

Ademais, estas normas implicam em proteção ineficiente, pois trazem reprimendas irrisórias para condutas graves. Por exemplo, uma fraude, com falsificação de documentos, ameaça a servidores públicos etc., desde que não importe em enriquecimento ilícito e/ou lesão ao erário, terá como sanção apenas multa civil, proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios estatais

CONCLUSÃO

Assim, em resposta ao caso apresentado, tem-se a impossibilidade de retroatividade automática da nova redação do art. 12, inc. III da Lei nº 14.230/2021, que extinguiu a possibilidade de aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos às condutas previstas art. 11, nas decisões já acobertadas pelo manto da coisa julgada material.

¹⁷⁵⁹ Alexy sugere três passos para o alcance da ponderação: Primeiro determina-se o grau de não-satisfação de um princípio, ou seja, o grau de afetação. Segundo, comprova-se a importância da satisfação do princípio em colisão. Terceiro, se estabelece se a importância da satisfação do princípio em sentido oposto justifica o prejuízo ou a não-realização do outro princípio. Neste contexto desenvolveu-se o princípio da proporcionalidade do sentido da “proibição da não-suficiência” que exige que se alguém está obrigado a uma ação, não pode deixar de alcança-las em limites pelo menos mínimos. ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 217, p 55-56, jul.set.1999.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Tradução Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n 217, p 55-56, jul.set.1999.
- BRASIL, Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL, Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003.
- BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal.
- BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.
- BRASIL, Lei nº 8.492, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)
- BRASIL, Lei nº 14.230/2021, de 25 de outubro de 2021, que altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada, 2013, Tese (Livre Docência em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.
- ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. No artigo O Direito Administrativo Sancionador e a falta de simetria com o Direito Penal, publicado em 09.12.2021. <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal>
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MORAES, Alexandre. Plenário do Supremo Tribunal Federal.
- PEDRO MONIZ LOPES, Derrotabilidade Normativa e Normas Administrativas, tese de doutorado, Lisboa: Universidade de Lisboa, 2014.
- RAFAEL MUNHOZ DE MELLO. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador, São Paulo: Malheiros, 2007.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no AREsp 1145207/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/08/2021, DJe 13/08/2021
- TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR. Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação. São Paulo: Atlas, 2. ed., 1994
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ, 5ª Câmara Cível. Apelação Cível.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento

OS INSTITUTOS DESPENALIZADORES COMO INSTRUMENTOS DE IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA MULTIORTAS (*MULTI-DOOR COURTHOUSE SYSTEM*) NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA

Sibeli Inêz Fogaça¹⁷⁶⁰

INTRODUÇÃO

O sistema multiportas de acesso à justiça é consubstanciado na implantação de um aparato, dotado de múltiplos métodos para a tentativa de resolução de conflitos, posto à disposição do jurisdicionado, por meio do qual se possa buscar o método mais célere, adequado e menos oneroso à finalização da contenda, não necessariamente o processo judicial (ZANETI JR., CABRAL, 2018).

E, a despeito da notoriedade da ampliação dos espaços consensuais na justiça criminal, pouco se discute sobre a implementação, embora tímida, do sistema multiportas nesse âmbito. Nesse contexto, necessário se faz romper o paradigma da abordagem da justiça multiportas sob o enfoque exclusivo do direito privado, principalmente do direito civil.

E, aqui, não se busca meramente a aplicação simbólica da terminologia “justiça”, “tribunal” ou “sistema multiportas” no âmbito da justiça criminal, mas a demonstração de que os envolvidos no conflito penal, assim como os conflitantes em outras searas jurídicas, têm, além do processo, à disposição várias portas para a resolução de determinadas contendas, ainda que tais “entradas” sejam mais restritas.

Não obstante a existência de justificadas irresignações por parte da doutrina garantista crítica no tocante à ampliação dos espaços consensuais na justiça criminal, a medida é inevitável diante das necessidades hodiernas e da ascensão dos métodos alternativos de resolução de conflitos, incluindo-se, nesse cenário, a implementação do sistema multiportas nos tribunais pátrios.

Não se olvida de que a análise dos conflitos penais deve ser mais cautelosa em comparação a lides de outras naturezas, tampouco se defende a desregrada aplicação de instrumentos que imponham sanções e obrigações de natureza penal. Todavia, a tentativa de atenuação da abrangência do processo penal se dá, notadamente, em homenagem ao princípio da intervenção penal mínima e seus desdobramentos de fragmentariedade e subsidiariedade.

No cenário citado, traz-se à discussão os métodos de solução de conflitos e tipos de sistemas de justiça presentes nos institutos despenalizadores mais recorrentes na práxis criminal, sendo estes a Composição Civil dos Danos (art. 74, Lei 9.099/95), Transação Penal (art. 76, Lei 9.099/95), Suspensão Condicional do Processo (art. 89, Lei 9.099/95) e o Acordo de Não Persecução Penal (art. 28-A, CPP).

¹⁷⁶⁰ Graduanda em Direito pelo Instituto Federal do Paraná (IFPR), Campus Palmas (2017/2022). Pós-Graduanda em Inteligência Policial pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI) (2020/2022). Estagiária de Graduação do Ministério Público do Estado do Paraná (2021). Ex-estagiária de Graduação do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2019/2021). Endereço eletrônico: sibelifn@gmail.com.

Destarte, por meio da metodologia dedutiva, pretende-se a demonstração de que os institutos despenalizadores são instrumentos precursores de implementação do sistema multiportas – idealizador por Frank E. A. Sander - no âmbito da justiça criminal brasileira, porquanto elidem a aplicação da pena e constituem meios alternativos de solução do conflito criminal, promovendo a pacificação social e garantindo, axiologicamente, a mínima intervenção do Direito Penal.

1 JUSTIÇA MULTIPORTAS

O sistema multiportas de acesso à justiça é consubstanciado na implantação de um aparato, dotado de múltiplos métodos para a tentativa de resolução de conflitos, posto à disposição do jurisdicionado, por meio do qual se possa buscar o método mais célere, adequado e menos oneroso à finalização da contenda, não necessariamente o processo judicial (ZANETI JR., CABRAL, 2018).

Nesse sentido, Leonardo Cunha (2016, p. 637) explica que a lúdica expressão “multiportas” decorre de metáfora que visa a transmitir a perspectiva de que, no átrio do fórum, estariam várias portas à disposição das partes, de modo que, a depender do conflito apresentado, aquelas seriam encaminhadas para a porta mais adequada à resolução de seu conflito, seja a dos meios alternativos, seja a da própria justiça estatal.

O paradigma em questão é fruto de projeto idealizado pelo Professor emérito de Harvard, Frank E. A. Sander, e foi apresentado na conferência “Variedades de processamento de conflitos”, realizada na Pound Conference em St. Paul, Minnessota, em 1976. A terminologia “justiça multiportas”, não obstante seja a mais popularizada no Brasil, diverge da inicialmente concebida, vez que a ideia apresentada por Sander foi, à época, divulgada por uma das revistas da ABA (American Bar Association) como “Tribunal Multiportas”, e assim ficou mundialmente conhecida (COELHO, 2020).

Na perspectiva original estadunidense, almejava-se a transformação das Cortes em “Centros de Resolução de Disputas”, onde o interessado seria inicialmente atendido por “um funcionário encarregado da triagem dos conflitos, que depois faria o seu encaminhamento ao método de resolução de controvérsia mais apropriado às especificidades do caso”

No Brasil, Trícia Navarro Xavier Cabral (2021, pg. 405), expoente no estudo do tema, discorre que a ideia inicialmente concebida pelo Professor Sander ganhou contornos próprios no que tange à sua abrangência e aplicação, não deixando de manter sua essência, cujo objetivo precípuo é de melhorar o sistema de justiça e conferir tratamento adequado aos conflitos

Em oposição ao modelo de justiça tradicional, autocentrado e interventivo, o sistema multiportas pode ser articulado ou não pelo Estado, bem como envolver métodos hetero ou autocompostivos, adjudicatórios ou consensuais, com ou sem a participação Estatal (LORENCINI, 2020, p. 42).

Tem-se, portanto, uma mudança de paradigma: não basta que o caso seja julgado, é preciso que seja obtida solução incutida nas partes o senso de reflexão sobre o conflito, fazendo-se com que essas saiam satisfeitas com o resultado”.

1 INSTITUTOS DESPENALIZADORES

Os institutos despenalizadores podem ser caracterizados como instrumentos cuja função precípua é evitar a aplicação da pena, consoante se pode extrair de sua própria denominação. Não obstante, a natureza despenalizadora de determinada medida não se consubstancia somente quando a pena deixa de ser aplicada, mas também quando sua imposição atenua a qualidade ou quantidade da sanção criminal, tratando-se de instituto de Direito Penal material (DE JESUS, 2012, p. 74).

Segundo Lima (2019), a figura dos Juizados Especiais Criminais foi inserida na Constituição Federal de 1988 (art. 98, I) com o objetivo de conferir celeridade e informalidade ao processamento das infrações de menor gravidade e ofensividade, por meio da revitalização da figura da vítima e estimulação da solução consensual dos processos penais, medidas que evitam o implemento da prescrição e permitem que os esforços da Justiça Criminal sejam envidados no combate à criminalidade grave.

No mesmo paradigma, os critérios norteadores dos Juizados Especiais Criminais externam que, nesse microssistema, prevalece a busca da reparação do dano à vítima, a conciliação, a não aplicação da pena privativa de liberdade e os princípios da oralidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade dos atos processuais (art. 62, Lei 9.099/95).

Nesse cenário, o advento da Lei 9.099/95 foi responsável por inaugurar, à época, a jurisdição consensual no âmbito do processo penal, porquanto estimula a celebração de acordo entre os litigantes, a reparação amigável do dano e a aplicação de pena não privativa de liberdade, tentando evitar a instauração do processo penal” (ZIMIANI, 2020, p. 01). A propósito, a tendência foi acompanhada com a recente introdução do Acordo De Não Persecução no âmbito processual penal (art. 28-A, CPP), medida inspirada no sistema de barganha estadunidense, cuja implementação, certamente, foi facilitada pela existência de outras medidas despenalizadoras no ordenamento jurídico pátrio, que já haviam preparado o terreno para a ampliação dos espaços penais negociais.

Destarte, na sequência, discorre-se, em apertada síntese, sobre as principais características dos institutos despenalizadores mais recorrentes na práxis criminal, sendo estes a Composição Civil dos Danos (art. 74, Lei 9.099/95), Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo e o Acordo de Não Persecução Penal (art. 28-A, CPP), apontando-se os métodos de solução de conflitos e tipos de finalidades de justiça presentes em cada um dos instrumentos.

1.1 DA COMPOSIÇÃO CIVIL DOS DANOS (ART. 74, *CAPUT*, LEI 9.099/95)

A composição civil dos danos, prevista no art. 74, *caput* e parágrafo único, da Lei 9.099/95, possui como finalidade precípua a reparação dos danos sofridos pela vítima do evento danoso, podendo ser aplicada nos casos de crimes e contravenções penais que resultem em prejuízos de ordem materiais, morais ou estéticos (LIMA, 2020, p. 600). Ainda, é medida dotada de natureza jurídica despenalizadora (DAMASIO, 2010, p. 67), tendo em vista que, nos crimes de ação penal privada e de ação penal pública condicionada à representação, provoca a extinção da punibilidade do autor do fato.

Trata-se de instrumento a ser aplicado em sede de audiência preliminar do rito sumaríssimo, no processamento de crimes de competência da justiça comum cuja pena máxima cominada não supere o patamar a 2 (dois) anos, bem como no julgamento das contravenções penais, nos termos do artigo 61 da Lei 9.099/90, se amoldam ao conceito de menor potencial ofensivo (IMPO). Nesse ponto, ressalta-se que, a despeito da aplicação da referida legislação aos crimes previstos no Estatuto do Idoso, não se estende a estes a fase preliminar (composição civil e transação penal), o que também ocorre nas infrações com incidência da Lei 11.340/06, nas quais sequer é admitida a aplicação da Lei 9.099/95.

A audiência preliminar precede o oferecimento da ação, cuja deflagração depende do que for decidido na respectiva solenidade. Apesar disso, é possível a renovação da tentativa de acordo civil na audiência de instrução e julgamento (art. 79, *caput*, Lei 9.099/95). Uma vez homologada, a composição dos danos civis, que deve ser reduzida a escrito, passa a ter eficácia de título, podendo ser executado no juízo civil competente” (art. 74, *caput*, Lei 9.099/95).

O objetivo do ato é a conciliação, tanto cível, como penal, sendo que a “conciliação é gênero, do qual são espécies a composição e a transação penal” (LIMA, 2020, p. 600). Apesar do espírito conciliatório legalmente atribuído ao instituto, também é plenamente admitida a mediação no âmbito do Juizado Especial Criminal, entendimento este que já foi firmado por meio do Enunciado 119 do 99 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE).

Em sentido semelhante, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro editou a Resolução n.º 19/2009, a qual prevê, em seu artigo 2º, que a mediação não se limita aos processos de natureza civil, mas se estende, também, às ações penais privadas e às públicas que versem ou não sobre infrações de menor potencial ofensivo. Logo, a possibilidade de mediação, dentro dos limites legais, também abarca infrações que não se amoldem ao conceito estabelecido no artigo 61 da Lei 9.099/95.

Logo, extrai-se que a tentativa de composição civil dos danos é obrigatória e, nas infrações penais que a admitem como causa de exclusão de punibilidade, deve sempre preceder o oferecimento da proposta de transação penal (art. 74, Lei 9.099/95). Para mais, a maior parte da doutrina entende que, mesmo em se tratando de ação penal pública incondicionada, a tentativa de composição civil dos danos também é obrigatória, a despeito de não permitir a extinção da punibilidade do autor do fato e não impedir o oferecimento de transação penal (MOREIRA, 2006, p. 1).

Nesta senda, MIRABETE (1997, p. 78) preconiza que a composição deve ser objeto de consideração do MP, quando da oportunidade de oferecer a transação, e do juiz, como causa de diminuição de pena ou circunstância atenuante (arts. 16 e 65, III, b, última parte, do CP). Além disso, a composição impedirá eventual ação ordinária de indenização fundada no art. 159 do Código Civil ou a execução cível de eventual sentença condenatória (art. 91, I, do CP).

Sob outra perspectiva, o Enunciado n.º 99 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) preconiza que “nas infrações penais em que haja vítima determinada, em caso de desinteresse desta ou de composição civil, deixa de existir justa causa para ação penal”. Consigna-se, por oportuno, que os enunciados editados

por meio de entendimentos partilhados no mencionado Fórum constituem relevante forma de orientação à prática jurídica, porquanto estabelecem diretrizes que, embora não vinculantes, permitem a uniformização do entendimento jurisprudencial no microsistema dos Juizados Criminais.

Na mesma linha, a já citada Resolução n.º 19/2009 editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (art. 2º) delega que, nas ações públicas incondicionadas que versem sobre IMPO, quando houver vítima direta, é cabível a tentativa de mediação entre os envolvidos, sendo possível, no caso de acordo, o encerramento do processo por falta de justa causa, mediante apreciação do Ministério Público e do Juiz. Igualmente, a mediação é aplicável às demais ações penais públicas, quando o pacto pode ser incluso como cláusula ou condição de eventual suspensão do cumprimento da pena ou do processo.

Por conseguinte, denota-se que, mesmo nas ações penais públicas incondicionadas à representação do ofendido, na hipótese de existência de composição dos danos entre os envolvidos no conflito, é possível que o julgador conclua, à luz das especificidades do caso concreto, que a celebração de acordo entre a vítima e o ofensor torna desnecessária a intervenção penal e importa na ausência de justa causa para a deflagração da ação (artigo 396, III, CPP).

Nada mais se tem, nesses casos, do que a aplicação e obediência ao princípio da mínima intervenção penal e seus desdobramentos de fragmentariedade e subsidiariedade. Nesse sentido, Bitencourt (2015, p. 54) leciona que “o direito penal deve ser a última *ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.”

No âmbito jurisdicional do estado do Paraná, na Comarca de Palmas – onde tive a satisfação de ser estagiária de graduação durante proveitosos dois anos -, a Magistrada Tatiane Bueno Gomes implementou a necessidade da tentativa de composição civil dos danos, mediante prévia e cautelosa análise do cabimento da hipótese no caso concreto, mesmo em infrações penais de menor potencial ofensivo cuja ação penal seja incondicionada à representação, se a vítima é determinada. Nesses casos, com a ponderação de princípios e aplicação do respectivo enunciado, há a promoção, pelo Ministério Público, e homologação, pelo Juízo, do arquivamento dos procedimentos investigativos, com fundamento na ausência de justa causa, se suficiente a conciliação entre os envolvidos.

Em uma de tais oportunidades, na apuração de contravenção penal de vias de fato – cuja ação, apesar de divergências, seria incondicionada de acordo com o art. 17 do Decreto-Lei 3.688/41 -, a conciliação entre os envolvidos foi tão relevante que, além de concordar com a extinção do feito (autos n.º 0005696-54.2019.8.16.0123), a vítima ainda aquiesceu com a extinção de outros procedimentos e a revogação de uma medida cautelar não prisional de proibição de aproximação em desfavor da suposta autora do fato, que tramitava no Juízo Criminal. A composição, neste caso, foi suficiente para o reestabelecimento do diálogo e da pacificação social entre as partes, não persistindo a necessidade de que o Ministério Público oferecesse transação penal à suposta agressora.

Oportuno consignar, igualmente, o Enunciado N.º 74 do FONAJE, o qual orienta que “a prescrição e a decadência não impedem a homologação da composição civil”. Mais uma vez, denota-se que a finalidade pacificadora do instrumento transcende sua natureza meramente despenalizadora, porquanto a decadência e a prescrição são circunstâncias prejudiciais de mérito e causas extintivas da punibilidade do autor do fato (art. 107, VI, CP), de modo que sequer haveria a necessidade da adoção de outras medidas em sede penal. Ainda assim, opta-se pela validação do título ainda em sede de Juizado Criminal, a fim de que sejam garantidos os efeitos decorrentes da homologação, priorizando-se o conteúdo do pacto para além dos efeitos penais.

Com escopo semelhante, o Enunciado N.º 89 do mesmo Fórum, firma a orientação de que “havendo possibilidade de solução de litígio de qualquer valor ou matéria subjacente à questão penal, o acordo poderá ser reduzido a termo no Juizado Especial Criminal e encaminhado ao juízo competente”. Novamente, há uma preocupação que transpõe a esfera penal e prioriza a possibilidade da efetiva solução de conflito, ainda que este não se relacione diretamente à questão criminal.

1.2 DA TRANSAÇÃO PENAL (ART. 76, LEI 9.099/95)

O instituto de transação penal possui forma e finalidade de despenalização, uma vez que consistente na aplicação de pena menos grave ao suposto autor do fato (DE JESUS, 2010, p. 74). De mais a mais, não obstante a aparente natureza predominantemente negocial do instrumento, Damásio (2010, p. 74) leciona que a transação penal não se trata de um negócio entre o Ministério Público e a defesa, tendo em vista que o instituto busca a imposição de uma pena ao agente, cuja legitimidade para aplicação é exclusiva do Estado.

No mesmo sentido, Nucci (2006, p. 76) preconiza que a transação envolve um acordo entre o agente acusador e o autor do fato, visando à imposição de pena de multa ou restritiva de direitos, imediatamente, evitando-se, pois, a discussão acerca da culpa e os males trazidos, por consequência, pelo litígio na esfera criminal.

De acordo com Capez (2018), a transação penal consiste em um acordo celebrado entre o representante do Ministério Público e o autor do fato, pelo qual o primeiro propõe ao segundo uma pena alternativa (não privativa de liberdade), dispensando-se a instauração do processo. Nessa toada, a transação penal, amparada pelo princípio da discricionariedade regrada, representa uma faculdade do órgão acusatório, que pode dispor da ação penal, isto é, de não promovê-la sob certas condições, atenuando o princípio da obrigatoriedade (ZIMIANI, 2021).

Por seu turno, o oferecimento e subsequente aplicação do instituto ao agente exige o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos elencados no art. 76, §2º, da Lei n. 9.099/95. Nesse contexto, o requisito subjetivo impõe a análise dos antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como as circunstâncias e os motivos do crime, que devem indicar a suficiência da adoção da medida.

Por outro lado, objetivamente, é necessário que não seja o caso de arquivamento de termo circunstanciado; que o autor do fato não tenha sido condenado por sentença definitiva pela prática de crime, à pena privativa de liberdade; e nem tenha sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela transação.

Nesse ponto, ante a impossibilidade de abordagem global ao extenso e relevante instituto, limitar-se-á, aqui, a análise pouco mais aprofundada do artigo 76, *caput*, da Lei 9.099/95, o qual dispõe que “tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos”. Logo, extrai-se que, mesmo para o oferecimento da transação penal, é necessário que não seja caso de arquivamento do procedimento, sendo que tal análise deve se dar, essencialmente, sob a observância das condições da ação penal previstas no artigo 395 do CPP.

Ressalta-se que, a despeito da perspectiva de que o instituto, em tese, beneficia o autor do fato, o instrumento é consubstanciado na aplicação imediata da pena restritiva de direitos e não deixa de estigmatizar o indivíduo e cercear sua liberdade. Nesse cenário, calha a imprescindibilidade de cautelosa análise quanto à aplicação das penas alternativas. Veja-se que, para o pagamento de determinado valor estabelecido a título de prestação pecuniária, pode ocorrer a necessidade a restrição do orçamento mensal de uma família ou do próprio indivíduo. Igualmente, para o cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade, um trabalhador pode precisar se ausentar de sua atividade laborativa durante certo período ou até mesmo privar-se de determinado momento de lazer.

Assim, para a proposição do instituto, é necessária a mesma análise sensível que seria realizada em eventual oferecimento de denúncia, tendo em vista a inafastável característica gravosa e estigmatizante inerente à própria engrenagem penal. Em outras palavras, citando-se Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 151), repisa-se que “a proposta de transação penal não é alternativa ao pedido de arquivamento, mas algo que possa ocorrer somente nas hipóteses em que o Ministério Público entenda que deva o processo penal ser instaurado.”

Destarte, feitas as principais considerações de ordem dogmática do instituto, é forçoso reconhecer, além da inequívoca natureza conciliatória imbuída na medida, a presença de características vertentes da justiça restaurativa. Nesse sentido, MIRANDA (2012, p. 2) leciona que, por processo restaurativo, compreende-se qualquer no qual a vítima, o ofensor ou quaisquer indivíduos afetados por um delito, participem juntos da resolução do conflito.

No mesmo sentido, em 2019, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 288, estabelecendo como política institucional do Poder Judiciário a promoção e aplicação de “alternativas penais”, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. No âmbito das “alternativas penais”, foram elencadas: as penas restritivas de direitos, a transação penal e a suspensão condicional do processo; a suspensão condicional da pena privativa de liberdade; a conciliação, mediação e técnicas de justiça restaurativa; as medidas cautelares diversas da prisão; e as medidas protetivas de urgência.

Ainda, a resolução 154/CNJ tratou da destinação das penas pecuniárias, prioritariamente à vítima. Por seu turno, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná adequou suas normativas internas e estabeleceu, por meio da Resolução Conjunta 02/2014 TJPR/MP/PR, especialmente no artigo 3º, que os valores da prestação pecuniária ou medidas alternativas devem ser destinados, prioritariamente, à vítima

ou seus dependentes, revogando o provimento anterior (68-2005/CCJ), o qual determinava a destinação primária das verbas ao conselho da comunidade.

E, para ratificar a característica restaurativa inerente ao instituto, o Enunciado n.º 116 do FONAJE preconiza que, “na Transação Penal deverão ser observados os princípios da justiça restaurativa, da proporcionalidade, da dignidade, visando a efetividade e adequação”.

1.3 DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89, *CAPUT*, LEI 9.099/95)

A Suspensão Condicional do Processo é instituto despenalizador criado como alternativa à pena privativa de liberdade, pelo qual se permite a suspensão do processo, por período que varia de 2 (dois) a 4 (anos), mediante o cumprimento de determinadas condições. O cumprimento das condições e o decurso do período de *sursis* sem que o réu tenha dado causa à revogação do benefício, possibilitam a extinção de sua punibilidade (CAPEZ, 2018, p. 619).

Diferentemente das hipóteses de Transação Penal ou Acordo de Não Persecução Penal, a Suspensão Condicional do Processo somente pode ser aplicada após o recebimento da denúncia. Logo, neste caso, já não se busca evitar a deflagração do processo – que foi instaurado mediante o recebimento da peça acusatória -, mas sim, sua continuidade e o conseqüente julgamento de mérito da causa.

Mais uma vez, prioriza-se a participação da vítima no acordo, que pode ser intimada para a audiência de suspensão do processo como forma de facilitar a reparação do dano, nos termos do art. 89, parágrafo 1º, da Lei 9.099/95, nos termos do Enunciado 32 do Fonaje.

2 OS INSTITUTOS DESPENALIZADORES COMO INSTRUMENTOS DE IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CRIMINAL

O paradigma de sustentação do sistema multiportas de acesso à justiça posiciona o processo como última *ratio* entre as opções de resolução do conflito. Em semelhante perspectiva, CLAUS ROXIN (2018, p. 48) - precursor na defesa do paradigma de subsidiariedade do Direito Penal - preconiza que somente é conveniente a intervenção penal quando insuficientes os outros meios de solução social do problema, “como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc”. Por essa razão, a pena é denominada como a “última *ratio* da política social” e uma de suas finalidades é a proteção subsidiária de bens jurídicos.

Amaral (2013) discorre que a mesma incumbência que recai, de início, ao Legislador - com a escolha de quais bens serão objeto de tutela penal - é delegada ao Magistrado, quando instado a verificar a plausibilidade da persecução penal deflagrada pelo Estado Acusação. Logo, ao Estado Jurisdição, em homenagem ao sistema constitucional acusatório, recai o “encargo de analisar o fato praticado, as conseqüências deste e, por fim, contrabalancear a necessidade/adequação e utilidade da persecução penal”, sobretudo ponderando que o direito penal deve ser a última opção entre outras eventualmente existentes.

No mesmo sentido, o garantista Aury Lopes Junior (2010, p. 349), ao despende comentários sobre as condições necessárias ao exercício da ação no âmbito penal, associa a justa causa para além da mera existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade, preconizando que também deve ocorrer o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal, que constitui baliza à atuação do processo.

Logo, verifica-se que os institutos despenalizadores – cuja função precípua, como se infere da própria denominação, é evitar a aplicação da pena privativa de liberdade – são desdobramentos processuais de axiomas do Direito Material e Processual Penal, mormente do princípio da mínima intervenção penal e os subprincípios dele decorrentes. Assim, considerando que tentam evitar a instauração ou prosseguimento do processo e fazem dele última *ratio*, são instrumentos de implementação da justiça multiportas no âmbito criminal.

CONCLUSÃO

Em conclusão, verifica-se que os institutos despenalizadores são instrumentos precursores de implementação do sistema multiportas no âmbito da justiça criminal, porquanto elidem a aplicação da pena e constituem meios alternativos de solução do conflito penal, promovendo a pacificação social e garantindo, axiologicamente, a mínima intervenção do Direito Penal, cenário que se amolda, ainda que superficialmente, ao sistema *multi-doors courts* idealizado por Frank Sander em 1976.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, *Junior Leite*. O Caráter Fragmentário Do Direito Penal E As Limitações Na Atividade Persecutória Do Estado. *Âmbito jurídico. Direito penal. Revista 110. Disponível em:* https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-carater-fragmentario-do-direito-penal-e-as-limitacoes-na-atividade-persecutoria-do-estado/#_ftn2. Acesso em: 29 ago. 2021.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 121. ed. Ver., ampl. E atual.- São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 29 ago. 2021.
- BRASIL, Fórum Nacional dos Juizados Especiais. Enunciados disponíveis em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais/>. Acesso em: 29 ago. 2021.
- CARVALHO, Thaize de. A composição civil dos danos nos crimes de ação penal pública incondicionada e o Enunciado 99 do FONAJE. *JusNavigandi*. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34307/a-composicao-civil-dos-danos-noscrimes-de-acao-penal-publica-incondicionada-e-o-enunciado-99-do-fonaje>. Acesso em: 30 de ago de 2021.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense.
- JESUS, Damásio E. de. Leis dos juizados especiais criminais anotada. – 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Lumen Juris: 2010.
- MIRANDA, Andrea Tourinho Pacheco de. A Justiça Restaurativa como política de prevenção-um novo olhar para a justiça criminal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11738. Acesso em: 29 de ago. de 2021.
- MIRABETE, Flávio. (Juizados Especiais Criminais. Atlas, 1997, p. 78)
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Composição Civil dos Danos e a Ação Penal Pública Incondicionada*. Nota técnica do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais de Salvador.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. apud GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Impetus: Rio de Janeiro, 2011.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Tecnologia e justiça multiportas [recurso eletrônico] / Abhner Youssif Mota Arabi [et al.]; coordenação Luiz Fux, Trícia Navarro Xavier Cabral. - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.
- ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – v. 9.
- ZIMIANI, Gustavo Bertho. *Justiça Penal Consensual e a Lei nº 9.099/95*. REVISTA 199, *Âmbito Jurídico*. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/justica-penal-consensual-e-a-lei-no-9-099-95/>. Acesso em: 30 de ago. de 2021.

TEORIA DO ESPAÇO LIVRE: FUNDAMENTOS, CRÍTICAS E APROXIMAÇÕES DO DIREITO BRASILEIRO

João Pedro Barione Ayrosa¹⁷⁶¹

INTRODUÇÃO

A proporcionalidade da resposta penal frente a determinado delito praticado é, há tempos, um dos problemas que permanecem em aberto na dogmática do direito penal. Parece haver enorme dificuldade doutrinária no desenvolvimento de critérios que consigam colocar lado a lado, em equilíbrio, a gravidade do fato e a gravidade da sanção¹⁷⁶². Isso decorre, em certa medida, da natureza essencialmente quantitativa da dogmática da pena, destoando da tradicional lógica “sim-ou-não” das teorias da lei e do delito¹⁷⁶³; de outro lado, também tem influência o fato de a mensuração da pena ser uma das áreas na qual a prática prevalece sobre a dogmática, sendo como que deixada de lado pela ciência jurídico-penal, ao menos por um período¹⁷⁶⁴. Tendo em vista este quadro, cabe à dogmática desenvolver certos parâmetros abstratos que consigam conduzir o magistrado a encontrar e definir *quantum* justo de pena¹⁷⁶⁵.

Até alguns anos atrás, a discussão brasileira sobre o tema não possuía ainda o vigor que seria desejável, havendo até quem apontasse certo descuido por parte da doutrina quanto a esse aspecto específico, com repercussões negativas tanto sobre as garantias individuais quanto sobre a segurança jurídica¹⁷⁶⁶. Nos últimos anos, porém, há certo movimento de valorização desse campo, sendo exemplo disso a publicação de monografias especialmente dedicadas ao tema. Ainda é, entretanto, um trabalho em desenvolvimento, de forma a serem necessárias mais contribuições. Para tanto, busca este trabalho acrescentar um tijolo ao debate, a partir da análise de uma das teorias da aplicação da pena alemãs: a teoria do espaço livre.

Para tanto, ir-se-á proceder da seguinte forma: no primeiro momento, diferenciar-se-á as teorias sobre os fins da pena da dogmática de mensuração

¹⁷⁶¹ Graduando do 8º período do curso de direito da Universidade Estadual de Londrina, joabayrosa@gmail.com.

¹⁷⁶² HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2005, p. 321.

¹⁷⁶³ CARVALHO, Salo. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 331-332; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. InDret n. 2, 2007, p. 8.

¹⁷⁶⁴ GÜNTGE, Georg-Friedrich. Die Spielraumtheorie – Dominanz einer “unwissenschaftlichen” Strafzumessungslehre? Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, a. 13, v. 9, p. 384-387, set. 2018, p. 384.

¹⁷⁶⁵ LYRA, José Francisco Dias da Costa. Do *mediating principle* da proporcionalidade à determinação da pena proporcional à gravidade do fato: fundamentos para uma teoria normativa redutora da subjetividade do julgador. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 28, v. 171, p. 89-129, set. 2020, p. 98-99; GÜNTGE, Georg-Friedrich. Die Spielraumtheorie – Dominanz einer “unwissenschaftlichen” Strafzumessungslehre? Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, a. 13, v. 9, p. 384-387, set. 2018, p. 384.

¹⁷⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 825.

da pena; no segundo momento, expor-se-á os principais aspectos da teoria do espaço livre, bem como as críticas contra ela dirigidas; ao final, realizar-se-á uma aproximação da teoria ao direito brasileiro, destacando o que pode ser retirado da discussão sobre ela para nossa dogmática nacional. Ao final, espera-se estar em condições de analisar se, de um lado, é uma teoria que pode ser interessante para o direito brasileiro e, de outro, se ela poderia ser aplicada em nosso ordenamento jurídico.

1 TEORIAS DOS FINS DA PENA X DETERMINAÇÃO JUDICIAL DA PENA

Antes de estudar especificamente a teoria do espaço livre, é importante diferenciar esses dois campos do estudo da pena.

As teorias dos fins da pena cumprem a função de, por meio de discursos de racionalização do poder de punir do Estado, conferir-lhe legitimação¹⁷⁶⁷ e indicar quais efeitos são buscados pela imposição da pena dentro de uma determinada concepção sobre a função do direito repressivo¹⁷⁶⁸. Trata-se de campo com construções dos mais diversos matizes, tradicionalmente divididos em grupos de teorias (retributivas, preventivas etc.), mas que a elas não se limita. Exemplo disso são desenvolvimentos contemporâneos de complexificação do problema, indicando que o estudo das teorias da pena, em si, poderia ser dividido em quatro campos: fundamento, finalidades, forma de punição e oportunidade de punição (teoria quadripartida de legitimação da pena)¹⁷⁶⁹.

O que pode ser apontado como fator comum à maior parte das teorias desse campo é o fato de tratarem da justificação do sistema penal e da pena em si mesmos, como uma instituição com um determinado objetivo (justificação da existência da instituição), cuja legitimação é feita em “larga escala”, perante o grupo social como conjunto¹⁷⁷⁰.

De outro lado, estão as teorias de determinação da medida da pena, as quais oferecem regras que possibilitem a quantificação do delito¹⁷⁷¹. Nesse segundo plano, o que está no centro não é mais a legitimidade da instituição de forma geral, mas a legitimidade da imposição da pena no caso concreto, em face do condenado. Por possuírem finalidade diversas, pode a justificação geral da pena ser a retribuição,

¹⁷⁶⁷ CARVALHO, Salo. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.61; BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral: volume 1*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 715; não se desconhece a existência de perspectivas críticas que tem na teoria da pena um instrumento de deslegitimação do direito penal; nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 439 e ss.

¹⁷⁶⁸ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 81; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 119-120.

¹⁷⁶⁹ RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: a imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 24, v; 121, p. 161-190, jul. 2016, p. 163.

¹⁷⁷⁰ Conceito desenvolvido por Herbert Hart, tratado em: TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.97; TEIXEIRA, Adriano. As teorias retributivas no pensamento anglo-americano contemporâneo. *Revista do Instituto de Ciências Penais: volume 4*, Belo Horizonte, v. 4, p. nov. 2019 p. 27-28; FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2000, p. 418-419.

¹⁷⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret n. 2*, 2007, p. 5.

a prevenção ou qualquer outra, sem que isso influencie, necessariamente, o problema concreto de determinação da pena¹⁷⁷².

Isso se dá porque, frente a um indivíduo específico, há barreiras éticas e jurídico-constitucionais, as quais devem ser rigorosamente observadas para evitar a instrumentalização do condenado, verificada quando o reproche é calibrado por uma finalidade geral.¹⁷⁷³ Ademais, há de se ter em mente que a pena é uma intervenção pesada em direitos individuais do sentenciado, de modo a se exigir critérios normativos claros e controláveis, o que, por óbvio, não é oferecido pelas teorias sobre os fins da pena¹⁷⁷⁴. Em síntese, enquanto a teoria dos fins da pena se foca na legitimação “de forma *abstracta*, à coletividade, a determinação *judicial* da pena deve legitimar-se *em face do atingido, ou seja, em face do condenado no caso concreto*”¹⁷⁷⁵.

2 A TEORIA DO ESPAÇO LIVRE

2.1 CONTEXTO E FUNDAMENTOS

Iniciemos agora o estudo da teoria do espaço livre. Inicialmente, há de se levar em conta a especificidade normativa de onde ela surgiu. O § 46 Ab. 1 do Código Penal alemão (StGB) afirma que o fundamento da medida da pena é a culpabilidade do agente, devendo-se levar em consideração os efeitos futuros esperados da pena sobre a vida do agente em sociedade, aspecto apontado pela doutrina como referência aos fins preventivos da pena¹⁷⁷⁶. É a tensão entre esses dois elementos (culpabilidade e prevenção)¹⁷⁷⁷ que será responsável por animar o desenvolvimento das teorias da medida da pena.

Além disso, o Ab. 2 do § 46 prevê um rol de circunstâncias - motivos e fins do autor, especialmente racistas, xenófobos antisemitas ou desumanos, a atitude expressada e a vontade empregada no fato, a medida de violação do dever, a forma de execução e suas consequências, vida pregressa do autor, suas circunstâncias pessoais e econômicas depois do delito, especialmente sua tentativa de reparar o dano e compensar o lesado - que devem ser consideradas pelo magistrado na mensuração concreta da pena.

A teoria do espaço livre parece se encaixar dentro do enunciado normativo. Ela arranca da afirmação de que a medida da pena é dada em essência pela medida

¹⁷⁷² FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2000, p. 419.

¹⁷⁷³ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, 98.

¹⁷⁷⁴ LYRA, José Francisco Dias da Costa. *Do mediating principle da proporcionalidade à determinação da pena proporcional à gravidade do fato: fundamentos para uma teoria normativa redutora da subjetividade do julgador*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 28, v. 171, p. 89-129, set. 2020, p. 91-92.

¹⁷⁷⁵ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 104

¹⁷⁷⁶ GÜNTGE, Georg-Friedrich. *Die Spielraumtheorie – Dominanz einer „unwissenschaftlichen“ Strafzumessungslehre?* *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, a. 13, v. 9, p. 384-387, set. 2018, p. 384; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: parte geral II: as consequências jurídicas do crime*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

¹⁷⁷⁷ Sobre a antinomia dos fins da pena: STOCO, Tatiana. *A pena na medida da culpabilidade*. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 5, p. 115-138, mai. 2020, p. 122.

da culpabilidade¹⁷⁷⁸. Esta, porém, não indica uma quantidade precisa, exata de pena ao juiz, mas oferece um “espaço de liberdade”, marcado, de um lado, pelo mínimo de pena já adequado ao caso até a quantidade de pena que *ainda* é adequada¹⁷⁷⁹.

Ou seja, dentro da moldura de pena oferecida pela lei, haverá uma margem menor de pena correspondente à culpabilidade do caso concreto, o que implica em dizer que, para um determinado caso, “não há apenas *uma* pena que se mostra adequada, mas uma série delas”.¹⁷⁸⁰ A mensuração desse intervalo de pena baseado na culpabilidade deve ter como critério o injusto culpável que fundamentou a condenação, de modo que o conceito de culpabilidade, para a mensuração da pena, seria mais amplo do que o da teoria do delito (culpabilidade em sentido amplo)¹⁷⁸¹.

É dentro da moldura delimitada pela culpabilidade¹⁷⁸² que atuarão considerações de prevenção: o magistrado deverá, entre as diversas penas que correspondem à culpabilidade, encontrar aquela que melhor se adequa a questões preventivas¹⁷⁸³, destacadamente a intimidação e a ressocialização.¹⁷⁸⁴ Desta forma, pode-se dizer que só há prevenção dentro do marco da culpabilidade¹⁷⁸⁵, partindo-se desta para, na sequência, de forma subsidiária, olhar para a questão do “ponto de vista da prevenção”¹⁷⁸⁶.

¹⁷⁷⁸ HÖRNLE, Tatjana. Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre. *Juristen Zeitung*, a. 54, v. 22, p. 1080-1089, nov. 1999, p. 1080; GÜNTGE, Georg-Friedrich. Die Spielraumtheorie – Dominanz einer „unwissenschaftlichen“ Strafzumessungslehre? *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, a. 13, v. 9, p. 384-387, set. 2018, p. 385; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: parte geral: II: as consequências jurídicas do crime*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 224.

¹⁷⁷⁹ BARRIA DE QUIROGA, Jacobo López. Legitimación de la pena, culpabilidad y prevención. *Revista del poder judicial*, Madrid, n. 46, p. 83-142, 2º trim. 1997, p. 139; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: parte geral: II: as consequências jurídicas do crime*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 224.

¹⁷⁸⁰ STOCO, Tatiana. Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da penal proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 43.

¹⁷⁸¹ STOCO, Tatiana. Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da penal proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 44; sobre a diferença entre os conceitos de culpabilidade na teoria do delito e na dogmática da mensuração da pena: ROCHA, Ronan de Oliveira. Breves considerações sobre o sentido do vocábulo “culpabilidade” previsto no art. 59 do Código Penal. *Jurisprudência Mineira*, a. 61, n. 195, p. 21-44, out.-dez. 2010, p. 24-27; STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 5, p. 115-138, mai. 2020, p. 131; HÖRNLE, Tatjana. Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre. *Juristen Zeitung*, a. 54, v. 22, p. 1080-1089, nov. 1999, p. 1086.

¹⁷⁸² Inclusive, a ideia de uma moldura de culpabilidade dá origem ao outro nome sob o qual tal teoria pode ser encontrada: teoria da “moldura da culpabilidade” (*Schuldrahmentheorie*).

¹⁷⁸³ STOCO, Tatiana. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 118; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: parte geral: II: as consequências jurídicas do crime*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 224; GÜNTGE, Georg-Friedrich. Die Spielraumtheorie – Dominanz einer „unwissenschaftlichen“ Strafzumessungslehre? *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, a. 13, v. 9, p. 384-387, set. 2018, p. 385; BARRIA DE QUIROGA, Jacobo López. Legitimación de la pena, culpabilidad y prevención. *Revista del poder judicial*, Madrid, n. 46, p. 83-142, 2º trim. 1997., p. 139.

¹⁷⁸⁴ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 37.

¹⁷⁸⁵ STOCO, Tatiana. Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da penal proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 44.

¹⁷⁸⁶ GÜNTGE, Georg-Friedrich. Die Spielraumtheorie – Dominanz einer „unwissenschaftlichen“

Desta afirmação extrai-se que a teoria do espaço livre não é apenas um procedimento matemático de localização da pena, mas também uma construção dogmática sobre a já mencionada tensão entre culpabilidade e prevenção, propondo uma “solução para a antinomia dos fins da pena no plano da aplicação da sanção”¹⁷⁸⁷.

Por ser a culpa o fundamento central da mensuração da pena, tem-se como consequência lógica a impossibilidade da extrapolação de sua margem superior, o que parece ser aceito de forma pacífica pela doutrina¹⁷⁸⁸. De outro lado, a extrapolação para a margem inferior da culpabilidade é matéria controvertida, havendo corrente encabeçada por Roxin que defende a possibilidade de que considerações de prevenção especial positiva (socialização) conduzam a pena abaixo da margem de culpabilidade até o limite do mínimo legal de pena¹⁷⁸⁹. Porém, tal posição não tem sido aceita pelo Bundesgerichtshof¹⁷⁹⁰, o equivalente ao STJ alemão (doravante BGH).

Neste aspecto, inclusive, é importante ressaltar que o BGH, o mais importante tribunal no que tange à legislação federal alemã, acolheu a teoria do espaço livre pela primeira vez em meados do século passado e a mantém até hoje como o modelo dominante de mensuração de pena, o que influenciou a sua adoção massiva pela jurisprudência e defesa por parte considerável da doutrina alemã¹⁷⁹¹.

O domínio dessa teoria no contexto alemão é explicado, além do fato de se harmonizar com a previsão normativa e de sua adoção pelo BGH, por algo que a teoria não tem: a pretensão de encontrar uma pena única e exata¹⁷⁹². Enquanto outras teorias de determinação da pena se estruturam com vistas a um fim cuja possibilidade prática é discutível (encontrar uma pena exata), a teoria do espaço livre assume sua impossibilidade e aceita que, para cada fato, há uma variedade de “penas corretas”. Esse encaixe da teoria tanto com relação à previsão normativa do § 46 do StGB quanto aos problemas enfrentados pelo juiz na determinação concreta da pena é apontado como sua principal virtude¹⁷⁹³.

Strafzumessungslehre? Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, a. 13, v. 9, p. 384-387, set. 2018, p. 386.
¹⁷⁸⁷ TEIXEIRA, Adriano. Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 39.

¹⁷⁸⁸ TEIXEIRA, Adriano. Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 39; DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal português: parte geral: II: as consequências jurídicas do crime. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 225; GÜNTGE, Georg-Friedrich. Die Spielraumtheorie – Dominanz einer “unwissenschaftlichen” Strafzumessungslehre? Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, a. 13, v. 9, p. 384-387, set. 2018, p. 386.

¹⁷⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal português: parte geral: II: as consequências jurídicas do crime. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 225; STOCO, Tatiana. Personalidade do agente na fixação da pena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 116.

¹⁷⁹⁰ TEIXEIRA, Adriano. Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015p. 39-40.

¹⁷⁹¹ TEIXEIRA, Adriano. Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 38; STOCO, Tatiana. Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da penal proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 43.

¹⁷⁹² BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Legitimación de la pena, culpabilidad y prevención. Revista del poder judicial, Madrid, n. 46, p. 83-142, 2º trim. 1997, p. 139.

¹⁷⁹³ GÜNTGE, Georg-Friedrich. Die Spielraumtheorie – Dominanz einer „unwissenschaftlichen“

2.2 CRÍTICAS

Por ser a principal teoria de determinação da pena no contexto alemão, a teoria do espaço aberto recebeu diversas críticas. O que se pretende neste tópico é expô-las de forma descritiva.

A primeira crítica aponta para o fato de que a teoria do espaço livre não fornece critério algum para o juiz determinar a margem da culpabilidade, o que dependeria de uma pena “sentida” pelo juiz como correta para o caso concreto, abrindo espaço para o arbítrio judicial¹⁷⁹⁴. Não há, nas formulações feitas sobre a teoria, indicadores específicos de como se atingir uma quantidade de pena correta¹⁷⁹⁵. Como reflexo, é prática corrente e aceita pela jurisprudência do BGH a não descrição na sentença do valor mínimo e máximo que demarcam a margem de culpabilidade por parte do juiz, de forma a ser virtualmente impossível traçar o caminho percorrido pelo magistrado para alcançar o valor concreto de pena a ser aplicada¹⁷⁹⁶.

Tal vazio deixado pela teoria há de ser preenchido no caso concreto, posto que, mesmo sem critérios claros, a sentença deve ser prolatada. E aqui se insere mais uma crítica: toda a construção feita ao redor da ideia de culpa como medida para uma determinada margem de pena que posteriormente servirá para a localização da pena concreta não é realmente aplicada pela jurisprudência.

Ao invés de se pautar pela medida do injusto para a culpabilidade, com a posterior consideração de elementos preventivos, o que se verifica, de fato, é uma mistura de categorias. Nesse sentido, admite-se considerações relacionadas aos antecedentes ou à personalidade do agente já no momento de aferição da margem de culpabilidade, de forma que, ao se olhar para a suposta margem “adequada à culpabilidade”, não se sabe até que ponto concorrem elementos ligados efetivamente à culpabilidade e, no outro extremo, em que medida foram considerados problemas de prevenção¹⁷⁹⁷.

Soma-se ainda outro problema verificado na realidade alemã decorrente do fato de que a medida da culpa do acusado, muitas vezes, depende da percepção

Strafzumessungslehre? Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, a. 13, v. 9, p. 384-387, set. 2018, p. 385-386.

¹⁷⁹⁴ STOCO, Tatiana. Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da penal proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 45-46.

¹⁷⁹⁵ HÖRNLE, Tatjana. Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre. Jusristen Zeitung, a. 54, v. 22, p. 1080-1089, nov. 1999, p. 1081.

¹⁷⁹⁶ TEIXEIRA, Adriano. Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 42-43; STOCO, Tatiana. Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da penal proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 45-46; GÜNTGE, Georg-Friedrich. Die Spielraumtheorie – Dominanz einer “unwissenschaftlichen” Strafzumessungslehre? Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, a. 13, v. 9, p. 384-387, set. 2018, p. 386; GIANNOULIS, Georgios. Vorstrafen und das Modell der allmählich abnehmenden Strafmilderung. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, a. 9, v. 10, p. 522-535, out. 2014, p. 527.

¹⁷⁹⁷ STOCO, Tatiana. Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da penal proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 45; GIANNOULIS, Georgios. Vorstrafen und das Modell der allmählich abnehmenden Strafmilderung. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, a. 9, v. 10, p. 522-535, out. 2014, p. 527.

subjetiva do julgador, se o considera “simpático” ou “não simpático”, o que estaria relacionado à forma como o réu se porta durante o processo: aquele que se defende de forma enfática acaba recebendo uma margem de culpabilidade acima daquele que coopera com o procedimento. Assim, o sentenciamento se baseia na pessoa do acusado e, em certa medida, no seu comportamento durante o processo, o que não encontra arrimo científico algum, tratando-se de manifesta e descontrolada discricionariedade judicial¹⁷⁹⁸, autorizando que o magistrado, no lugar da lei, aplique códigos de valores pessoais, morais e ideológicos¹⁷⁹⁹. A ideia de culpabilidade em sentido amplo, relacionada ao injusto culpável, é abandonada.

De outro lado, há crítica conexas à falta de critérios claros para a determinação da pena, segundo a qual a teoria do espaço livre, em verdade, serviria para facilitar o trabalho dos tribunais, posto que, ao se reconhecer diversas penas “justas”, apenas em casos extremos haveria necessidade de intervenção da instância superior para controle da decisão¹⁸⁰⁰, sendo inversa a relação entre quantidade de penas consideradas corretas e a possibilidade de uma decisão “errada”¹⁸⁰¹. Desta forma, não só não se oferece um caminho seguro para se alcançar a pena na sentença, como também dificulta sobremaneira a possibilidade de um efetivo controle da racionalidade da decisão.

Por fim, ainda, como crítica final, a teoria do espaço livre confunde os dois planos de tratamento da pena, pois adota considerações sobre a finalidade da pena como objeto para o *quantum* a ser aplicado no caso concreto. O simples fato de reconhecer a impossibilidade de uma pena exata correspondente à culpabilidade não implica automaticamente em legitimação para que considerações externas – no caso, preventivas – sejam consideradas para determinação da quantidade de pena. Como é apontado pela doutrina, há uma confusão de categorias: o fim que se busca atingir com a cominação da pena deve ser um problema do legislador no momento de determinação das margens do preceito secundário do tipo; ao juiz, deve importar uma pena legítima frente à pessoa concreta do condenado, o que não se consegue recorrendo-se à ideias de prevenção, mas apenas de culpabilidade¹⁸⁰².

Assim, tem-se uma teoria que não fornece critérios claros para a determinação judicial da pena na sentença, que mistura categorias diversas e cuja principal aplicação consiste no fato de servir como justificativa para limitar o controle da decisão de primeiro grau pelos tribunais superiores.

¹⁷⁹⁸ GÜNTGE, Georg-Friedrich. Die Spielraumtheorie – Dominanz einer „unwissenschaftlichen“ Strafzumessungslehre? Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, a. 13, v. 9, p. 384-387, set. 2018, p. 386.

¹⁷⁹⁹ LYRA, José Francisco Dias da Costa. Do *mediating principle* da proporcionalidade à determinação da pena proporcional à gravidade do fato: fundamentos para uma teoria normativa redutora da subjetividade do julgador. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 28, v. 171, p. 89-129, set. 2020, p. 118.

¹⁸⁰⁰ TEIXEIRA, Adriano. Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 42-43.

¹⁸⁰¹ GÜNTGE, Georg-Friedrich. Die Spielraumtheorie – Dominanz einer „unwissenschaftlichen“ Strafzumessungslehre? Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, a. 13, v. 9, p. 384-387, set. 2018, p. 386.

¹⁸⁰² TEIXEIRA, Adriano. Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 43-44 e 49.

3 APROXIMAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

Neste tópico se pretende apenas uma breve aproximação entre a teoria do espaço livre e a mensuração de pena brasileira, buscando aferir se há compatibilidade entre ambas.

A doutrina brasileira consagra a culpabilidade como fundamento central da determinação da pena¹⁸⁰³, devendo ser entendida como circunstância geral conglobante¹⁸⁰⁴, de forma que, ao se interpretar o artigo 59, *caput*, a culpabilidade não deve ser apenas mais uma circunstância judicial, mas sim o elemento basilar de determinação da pena.

Por culpabilidade, aqui, deve-se entendê-la em sentido amplo, que englobe tanto o injusto quanto a culpabilidade em sentido estrito; logo, apenas dados relacionados com o fato efetivamente praticado. Desta forma, todas as disposições que ao primeiro olhar tendem a subjetivar a determinação da pena, focando-se em aspectos internos do agente e, conseqüentemente, apartados do injusto, devem ser rechaçadas, privilegiando uma interpretação que as coloque à luz da culpabilidade; quando este procedimento se mostrar impossível (por exemplo, a personalidade do agente), eles devem ser utilizados apenas para reduzir a pena¹⁸⁰⁵.

Essa forma de conceber a determinação judicial da pena, calcada na culpabilidade em sentido amplo, não se limita à pena base, mas alcança todas as fases da dosimetria (agravantes e atenuantes; causas de aumento e causas de diminuição)¹⁸⁰⁶. Assim, todo o sistema trifásico deve ser manejado dentro do marco da culpabilidade do agente.

Tal posição dogmática não é consensual dentro da doutrina nacional, havendo quem ainda defenda, por exemplo, a ideia de culpabilidade como reprovação¹⁸⁰⁷. Porém, há de se afastar dessa concepção, pois padece de uma vagueza insuperável ao não indicar o que é reprovável, e, “à mingua de diretrizes, claras, novamente ganha espaço, de forma predominante, *o mundo interior do agente*, agora, como elemento para a identificação do *conteúdo da culpabilidade*”.¹⁸⁰⁸ Portanto, o que deve ser o centro da determinação da pena é a culpabilidade em sentido amplo.

¹⁸⁰³ LYRA, José Francisco Dias da Costa. Do *mediating principle* da proporcionalidade à determinação da pena proporcional à gravidade do fato: fundamentos para uma teoria normativa redutora da subjetividade do julgador. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 28, v. 171, p. 89-129, set. 2020, p. 119-120; STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. Revista do Instituto de Ciências Penais, v. 5, p. 115-138, mai. 2020, p. 133-134.

¹⁸⁰⁴ CARVALHO, Salo. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 380.

¹⁸⁰⁵ LYRA, José Francisco Dias da Costa. Do *mediating principle* da proporcionalidade à determinação da pena proporcional à gravidade do fato: fundamentos para uma teoria normativa redutora da subjetividade do julgador. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 28, v. 171, p. 89-129, set. 2020, p. 119-120.

¹⁸⁰⁶ Para um estudo aprofundado sobre a forma como cada elemento da dosimetria é tratado sob esta perspectiva, TEIXEIRA, Adriano. Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 128 e ss.

¹⁸⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. Tratado de direito penal: parte geral: volume 1. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 855.

¹⁸⁰⁸ STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. Revista do Instituto de Ciências Penais, v. 5, p. 115-138, mai. 2020, p. 128.

Ademais, outro fator específico do ordenamento jurídico brasileira é a imposição ao juiz, na determinação da pena, de expressamente descrever o caminho percorrido até a localização da pena concreta¹⁸⁰⁹, tendo em vista a determinação constitucional do artigo 93, IX, que exige a fundamentação de todas as decisões judiciais.

Diante disso, a teoria do espaço livre não poderia ser admitida no direito brasileiro. Darei duas razões principais para isso.

Em primeiro lugar, a centralidade da culpabilidade em sentido amplo, consagrada no Brasil, não é respeitada pela teoria do espaço livre. Por mais que ela se diga fundamentada na culpabilidade, no momento de concretização da pena, aquela é levada em conta apenas no momento de criação da “margem de culpabilidade”, cujos critérios, como visto, não só não são claros, como geram confusões no momento de determinação, permitindo que elementos relacionados à prevenção influam sobre a margem de culpabilidade.

Em segundo lugar, a divisão da determinação judicial da pena em dois momentos centrais (fixação da margem e consideração dos elementos preventivos) não se amolda ao sistema trifásico consagrado no direito brasileiro. Em nosso sistema, há uma ordem pré-determinada que deve ser seguida, o que impossibilita a criação de margens dentro das quais o juiz poderá trabalhar de forma livre. Ademais, por todos os momentos de determinação da pena reportarem-se à culpabilidade do agente, não haveria momento em que considerações de prevenção poderiam livremente ser valoradas.

Ainda é possível apresentar mais um problema. Com a obrigação constitucional de fundamentação da sentença, a prática vigente na Alemanha de não explicitar como se chegou à pena concreta não poderia ser replicada no Brasil. Porém, esta é uma objeção fraca, posto que a teoria não depende dessa falta de indicação dos critérios aplicados. Isso corresponde mais à praxe judicial daquele país, a qual poderia simplesmente ser adaptada para a realidade brasileira.

CONCLUSÕES

A teoria do espaço livre possui fundamentos interessantes, desenvolvidos a partir das aparentes contradições entre os fins da pena, bem como não cai na ilusão da existência de uma pena exata, ao mesmo tempo que se adequa ao direito positivado alemão. Entretanto, não há mais o que se possa listar como suas qualidades. É uma teoria com diversos problemas, constatáveis após um olhar à prática jurisprudencial que se firmou ao redor dela. Em síntese, é uma teoria que não consegue contribuir com a função atribuída à dogmática: dar racionalidade e previsibilidade às decisões judiciais.

Por esse motivo, em um primeiro plano, podemos afirmar que não seria desejável sua importação para o contexto brasileiro. Porém, como visto, além desses problemas internos da teoria, ela não se adequa ao sistema de determinação da pena vigente no direito brasileiro, principalmente pela força que aqui se atribui

¹⁸⁰⁹ CARVALHO, Salo de. Dosimetria da pena: diretrizes e limites constitucionais (análise de caso - parecer: “Operação Lava Jato”). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 319-358, ago. 2016, p. 324.



à culpabilidade, como referencial máximo da mensuração da pena, e pelo sistema trifásico legalmente disciplinado.

Assim, conclui-se que a teoria do espaço livre não pode ser diretamente incorporada pelo direito brasileiro e que isso, se possível fosse, não seria desejável, visto todos os problemas a ela inerentes. Pode-se aprender com seu estudo, porém, que uma boa teoria de determinação judicial da pena deve ter, ao menos, duas coisas: critérios claros sobre como deve o magistrado proceder e que seja, controláveis intersubjetivamente, garantindo-se a segurança jurídica e evitando-se o arbítrio, e claramente diferenciar os fins da pena de sua legitimação concreta frente ao sentenciado, centralizando sua atenção na culpabilidade em sentido amplo.

REFERÊNCIAS

- BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Legitimación de la pena, culpabilidad y prevención. Revista del poder judicial, Madrid, n. 46, p. 83-142, 2º trim. 1997.
- BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral: volume 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CARVALHO, Salo de. Dosimetria da pena: diretrizes e limites constitucionais (análise de caso - parecer: "Operação Lava Jato"). Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 319-358, ago. 2016.
- CARVALHO, Salo. Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal português: parte geral: II: as consequências jurídicas do crime. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- FLETCHER, George P. Rethinking Criminal Law. Nova Iorque: Oxford University Press, 2000.
- GIANNOULIS, Georgios. Vorstrafen und das Modell der allmählich abnehmenden Strafmilderung. Zeitschrift für Intenationale Strafrechtsdogmatik, a. 9, v. 10, p. 522-535, out. 2014.
- GÜNTGE, Georg-Friedrich. Die Spielraumtheorie – Dominanz einer "unwissenschaftlichen" Strafzumessungslehre? Zeitschrift für Intenationale Strafrechtsdogmatik, a. 13, v. 9, p. 384-387, set. 2018.
- HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal. Tradução de Pablo Rodrigo Afien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2005.
- HÖRNLE, Tatjana. Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und -lehre. Jusristen Zeitung, a. 54, v. 22, p. 1080-1089, nov. 1999.
- LYRA, José Francisco Dias da Costa. Do *mediating principle* da proporcionalidade à determinação da pena proporcional à gravidade do fato: fundamentos para uma teoria normativa redutora da subjetividade do julgador. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, a. 28, v. 171, p. 89-129, set. 2020.
- ROCHA, Ronan de Oliveira. Breves considerações sobre o sentido do vocábulo "culpabilidade" previsto no art. 59 do Código Penal. Jurisprudência Mineira, a. 61, n. 195, p. 21-44, out.-dez. 2010.
- PRADO, Luiz Regis. Tratado de direito penal: parte geral: volume 1. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general: tomo I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997.
- RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal: a imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, a. 24, v. 121, p. 161-190, jul. 2016.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. InDret n. 2, 2007.
- STOCO, Tatiana. A pena na medida da culpabilidade. Revista do Instituto de Ciências Penais, v. 5, p. 115-138, mai. 2020.
- STOCO, Tatiana. Culpabilidade e medida da pena: uma contribuição à teoria de aplicação da penal proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019
- TEIXEIRA, Adriano. As teorias retributivas no pensamento anglo-americano contemporâneo. Revista do Instituto de Ciências Penais: volume 4, Belo Horizonte, v. 4, p. nov. 2019.
- TEIXEIRA, Adriano. Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

A PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PELA DEFENSORIA PÚBLICA EM LONDRINA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL EM CRECHE

Nicolle Yohana Ribeiro Pinto¹⁸¹⁰,
Maria Celia Nogueira Pinto e Borgo Bzuneck¹⁸¹¹

INTRODUÇÃO

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente, aprimorado a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, rompeu paradigmas com a antiga ordem, revolucionando o sistema jurídico e político, de forma a removê-los do status limitante de delinquência ou abandono, elevando-os a sujeitos de direito em condição especial de desenvolvimento, ou seja, atribuiu-se a estes indivíduos o reconhecimento de garantias e a proteção deles pelo Estado, família e sociedade.

A totalidade da gama de direitos garantidos aos infantes, inequivocamente, ressoa em relação à progressão dos direitos alcançados ao longo da vida, ou seja, a efetivação e pleno gozo das garantias à criança possibilitam o desenvolvimento integral da pessoa na condição de indivíduo e como parte de uma sociedade sob a operação do Estado Democrático de Direito.

Especificamente em relação ao direito à educação infantil em creche, apesar do tratamento diferenciado a fim de equacionar as vulnerabilidades inerentes à condição da criança, o que se verifica é uma latente violação desta garantia pelo Poder Público que, ao não cumprir o dever constitucional de fornecer aos infantes de 0 a 3 anos de idade o quantum suficiente de vagas em creche obsta, num primeiro plano, o acesso ao serviço de educação e, num segundo plano, impõe barreiras ao gozo de outros direito, como à alimentação, cultura, lazer, dignidade, liberdade e convivência comunitária.

Na seara constitucional, um dos mais importantes direitos normatizados pela Constituição Federal de 1988, Constituição Cidadã, é o acesso à justiça. Por meio desse, quando o indivíduo se vê privado de um direito ou o tem violado, poderá, dentre inúmeras vias do sistema multiportas, recorrer ao Poder Judiciário para a solução da demanda apresentada. Nesta via, há a possibilidade do acesso à justiça através da apreciação da lesão ou ameaça de um direito pelo Poder Judiciário, sendo que tal acesso, em regra, é possível por intermédio de um profissional com capacidade postulatória e legitimidade para propor uma ação e instar o Poder Judiciário

¹⁸¹⁰ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC PR. Email: niyoribeiro@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3695482039487862>. ID Lattes: 3695482039487862. ORCID: 0000-0002-3768-347X.

¹⁸¹¹ Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professora de Direito Processual Civil no curso de graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC - Campus Londrina e também em cursos de pós-graduação lato sensu e stricto sensu. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. E-mail: mc_nogueira@hotmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4640696825514183>. ID Lattes: 4640696825514183.

Nesse contexto, verifica-se a instituição da Defensoria Pública, cuja atuação institucional, de acordo com a Lei Complementar nº 80/1994, em seu art. 4º, inciso XI, será, dentre outras hipóteses, no exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, o que a legitima para a representação e propositura de demandas judiciais para a concretização do direito à educação infantil em creche – o tema do presente trabalho.

1 O DIREITO À EDUCAÇÃO: FUNDAMENTAL, SOCIAL E HUMANO

Ao analisar o histórico normativo pátrio, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) romperam paradigmas do sistema jurídico anterior, revolucionando a concepção da figura da criança e do adolescente na condição de sujeitos de direito. Assim, deixaram a posição de meros tutelados pelo Estado, antes restrito a situação de abandono ou estado de delinquência, para indivíduos parte da sociedade e detentores de direitos fundamentais e sociais, em maior profundidade e extensão se comparado àqueles que já alçaram a maioridade, a partir da adoção da sistemática garantista da doutrina da proteção integral.

Desta forma, a partir da Constituição Federal de 1988, a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente é esboçada no âmbito do capítulo VII do mencionado ordenamento, com destaque ao artigo 227. Muito embora tratar-se de uma redação consideravelmente exígua, o caput do artigo em comento, bem como os incisos e parágrafos que o compõe, primeiramente tem o objetivo de positivar a norma e, num segundo momento, servir como base para a estruturação de um abundante arcabouço de direitos e deveres infantojuvenis a serem posteriormente trabalhados em sede infraconstitucional.

Fixadas as considerações iniciais, passa-se ao estudo pormenorizado de especificamente um dos direitos inclusos no extenso rol ora mencionado e, por consequência, parte da construção do tema central do presente trabalho, qual seja: o direito à educação. Justifica-se tal escolha em razão do modo pela qual ressoa em favor do gozo de outros direitos dispostos à criança e adolescente, bem como àqueles assegurados durante a idade adulta.

Isto, pois, refletiu Basílio (2009, p. 27), quanto a consideração do direito à educação na importância de um direito inserido na dignidade humana, possibilitando o indivíduo alcançar a plena autonomia através da busca por conhecimento, o que propiciará o crescimento pessoal como um ser pensante e parte de uma comunidade. De igual modo, Cambi e Zaninelli (2014, p. 10-11) discorrem sobre a oportunidade do acesso a outros direitos a partir da educação, de modo a reiterá-lo como um meio e fim ao ápice do desenvolvimento humano e suas potencialidades, não somente no sentido tradicional de educação, mas de modo a proporcionar uma educação global e, principalmente, humanista.

No início do ano de 2021, no município de Londrina (PR), fora possível acompanhar a aplicação prática de toda teoria que permeia o direito infantojuvenil à educação através da Ação Civil Pública nº 0005031-06.2021.8.16.0014, proposta pela 10ª e 22ª Promotorias de Justiça da Comarca de Londrina (PR), atuantes na área

infantojuvenil. A ação versa acerca do retorno das aulas presenciais, suspensas em razão das medidas sanitárias contra disseminação pandêmica da COVID-19, para crianças e adolescentes nesse município.

A peça exordial conta com uma detalhada construção fática e fundamentação jurídica, todavia, para o presente trabalho, serão analisados apenas trechos do documento. Em sede inicial, o Ministério Público argumentou sobre a essencialidade da prestação presencial do serviço educacional, ou seja, a necessidade da retomada das aulas presenciais e o acesso do público infantojuvenil aos estabelecimentos de ensino. Isto pois, a partir da efetivação do direito à educação, com a inserção da criança e do adolescente no ambiente escolar, esse indivíduo terá de igual modo efetivados os direitos à alimentação, cultura, lazer, dignidade, liberdade e convivência comunitária.

Outrossim, o artigo 56 do ECA estabelece a responsabilidade dos dirigentes de estabelecimentos de ensino em comunicar as autoridades competentes os casos de violação aos direitos de crianças e adolescentes aos quais tenham conhecimento. Inclusive, a omissão em relação a esse dever caracteriza uma infração administrativa passível de multa, nos termos do artigo 245 do mencionado ordenamento.

Assim, consoante ao entendimento do Ministério Público, o óbice decorrente do momento pandêmico, o qual há mais de um ano impede o funcionamento presencial dos estabelecimentos de ensino, é potencialmente lesivo aos direitos infantojuvenis, haja vista que estão fora do ambiente de proteção das creches, pré-escolas e escolas, bem como casos de violação dos direitos não são mais encaminhados pelos dirigentes dos estabelecimentos de ensino ao Ministério Público e à rede para efetivar a proteção dessas crianças e adolescentes, havendo uma notória subnotificação de casos desse gênero.

Em suma, depreende-se da análise da petição inicial em tela que a execução das políticas públicas a fim de garantir o acesso à educação por crianças e adolescentes, abrange, conseqüentemente, o gozo de inúmeros outros direitos a eles inerentes, que se concretizam a curto, médio e longo prazo. A partir do exposto, pode-se compreender o caráter subjetivo público que permeia o direito fundamental à educação, o qual não existe fora da dignidade humana, posto que inerente ao ser humano que, simplesmente por esta condição, é titular de direitos subjetivos passíveis de reconhecimento e respeito pelos semelhantes e pelo Estado.

Em sede organizacional, trata-se de direito incluso no rol de direitos sociais, mas, de acordo com Caggiano (2009, p. 22), ostenta natureza fundamental a medida em que se trata de “[...] prerrogativa própria à qualidade humana, em razão da dignidade”. Decorrente do status fundamental, a educação faz jus a tratamento jurídico diferenciado, com aplicação de forma imediata, nos moldes do art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988. Desta maneira, a legislação mencionada impõe ao Estado a obrigação de atuação a fim da concretização desses direitos, seja através da normatização adequada para a prestação do serviço ou a implementação de políticas públicas para tanto.

Nesta senda, a fim de assegurar a efetivação desse direito e a satisfatória prestação do serviço, a Constituição Federal organizou a oferta da educação através da composição dos níveis escolares, com a educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, bem como a educação superior, sendo

esse cenário apresentado no art. 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Assim, passa-se a análise do direito à educação e sua oferta no âmbito da educação infantil e, mais especificamente, a educação infantil em creche, tema essencial à construção desse trabalho.

1.1 EDUCAÇÃO INFANTIL EM CRECHE: A IMPORTÂNCIA DOS ANOS INICIAIS

O ser humano é fruto de um conjunto de fatores biológicos, físicos, psicólogos, ambientais e sociais colacionados ao longo dos anos, os quais são influenciados de sobremaneira pelas experiências vivenciadas, ao passo que a reunião desses fatores leva o ser humano ao seu desenvolvimento pessoal e como figura de uma coletividade. Esse processo se inicia nos primeiros anos de um indivíduo, em especial, o desenvolvimento cerebral, que se dá de forma intensa no período de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade, momento em que as estruturas neurológicas são formadas e ocorre o fortalecimento das conexões neurais.

A partir de então, volta-se a atenção a educação infantil que, de acordo com o art. 208, inc. IV da Constituição Federal de 1988, se subdividirá em creche e pré-escola, atendendo crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade. Ainda, o art. 30 da Lei de Diretrizes e Bases Nacionais da Educação aponta que crianças de até 03 (três) anos de idade acessarão a educação através de vagas em creche, ou entidades equivalentes, e crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade frequentarão pré-escolas.

Não obstante, o art. 29 da Lei 9.394/96 estabelece que “a educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.”

Ponto crucial é a disposição legislativa que garante uma educação de qualidade, para todos os níveis de ensino e de forma gratuita, assegurado ao sujeito de direito à responsabilização do Poder Público, na figura da autoridade competente, pelo não oferecimento ou oferta irregular do serviço, nos termos do artigo 54, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, conforme explicitado na obra coordenada por Costa (2017, p. 65-67), uma educação de qualidade pressupõe profissionais capacitados e compromissados, a existência de estrutura adequada fornecida pelo ente responsável pela prestação do serviço, bem como material didático adequado, observando as necessidades de cada criança como indivíduo e de todas no contexto de coletividade, acompanhando a dinâmica existente, que, no cenário infantil, evolui exponencialmente.

Ao tratar sobre creches, a inserção da criança nesse serviço é de suma importância, refletindo não somente na educação do infante, mas transcendendo em influência a todas as áreas do seu desenvolvimento, conforme explicitou Guerra (2008), psicólogo clínico e psicanalista uruguaio, durante uma entrevista.

A creche é um continente, um universo que promove uma construção da rede de cuidados sobre toda a família. Tem a função de educar, conduzir ao exterior, otimizar a criança para que ela possa

desenvolver seu próprio ponto de vista. Tem que permitir a narrativa corporal, a subjetivação da criança, que é o seu desenvolvimento cognitivo, por via corporal e da fala.

Muito embora a exaustiva indicação acerca da importância desse direito, haja vista sua relevância social e jurídica, o que se pode constatar no país é a escassez de vagas em creche, lê-se no sentido de serviço prestado pelo Poder Público de forma gratuita, o que, além de obstar o acesso da criança à educação e o pleno desenvolvimento, reforça as desigualdades sociais, realidade sintetizada por Cambi e Zaninelli (2014, p. 6):

A condição essencial, para a disseminação do conhecimento socialmente produzido e acumulado, bem como para a democratização da sociedade, depende da universalização da educação básica, com indicadores precisos de qualidade e equidade.

O Marco Legal da Primeira Infância, legislação mais recente no que tange aos direitos da criança, reconhece a existência de desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendem as garantias estabelecidas em favor dos infantes, ao passo que indica o objetivo das políticas públicas em prol da redução destas desigualdades a partir da promoção da justiça social, equidade e inclusão sem discriminação da criança, a partir de investimentos públicos nessa área.

Por conseguinte, a ausência de vagas em creche fere a democratização dos direitos fundamentais, gerando barreiras sociais que afastam cada vez mais a percepção de uma sociedade justa, com igualdade de condições e oportunidades para o pleno gozo da condição humana, ou seja, uma ofensa a própria dignidade, uma violação ao indivíduo e a sociedade.

Em termos de Brasil, temos o seguinte panorama. Depreende-se dos dados disponibilizados no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados que, no ano de 2019, apenas 32,7% da população de 0 a 3 anos estava matriculada em creches, sendo que o Plano Nacional de Educação (PNE) estabelece que até o ano de 2024 pelo menos a metade desta população deverá ser inserida na educação em creche.

Situa-se nesse momento a relevância jurídica e social do presente trabalho, posto que no país impera a latente violação do direito à educação infantil em creche. Denota-se, portanto, que grande parte da população em idade escolar de creche é de alguma forma privada do acesso a esse serviço, seja pela não obrigatoriedade da matrícula pelos genitores ou responsáveis (ponto que não será discutido no presente) ou pela omissão do Estado na garantia do acesso dos infantes a esse direito.

2 O ACESSO À JUSTIÇA E A INSTITUIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA: UM OLHAR A PARTIR DA REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL

Findo o período ditatorial vivido no Brasil entre os anos de 1964 a 1985, buscou-se, através da promulgação de uma nova Magna-Carta, a retomada do vigor ao processo de desenvolvimento dos direitos fundamentais e sociais iniciado através

da Constituição Federal de 1934, fortemente influenciada pela tendência global do estudo, implementação e proteção dos Direitos Humanos ao final da 2ª Guerra Mundial.

À vista disso, mais do que a concretização do processo legislativo, a elaboração do novo texto constitucional fora fundamentada de modo a superar o momento histórico ora vivido, no qual o Poder Executivo detinha poder suficiente para cercear arbitrariamente os indivíduos do gozo de seus direitos. Nesse ponto, verifica-se o êxito do legislador, posto que a Constituição Federal de 1988 é também conhecida como a “Constituição Cidadã”.

Compulsando o texto constitucional, percebe-se o zelo em se assegurar direitos fundamentais e sociais aos indivíduos, de modo a igualmente caracterizar como direito os meios de efetivação das garantias positivadas. Esta configuração trouxe de volta o status democrático ao Brasil, ou seja, um sistema governamental cujo poder é exercido pelo povo em prol do bem estar social da coletividade, protegendo-os da atuação arbitrária e autoritária do Estado.

Desta feita, Nunes (2016, p. 5-6) indicou que a vigência de um Estado Democrático de Direito refletiu diretamente sobre as normas processuais civis infraconstitucionais, posto que as normas constitucionais, sobre aquelas, exercem soberana influência. Como resultado, novos contornos e balizas foram conferidos aos ditames relacionados ao processo civil, construindo-os sob as garantias de direitos fundamentais e sociais àqueles que necessitam da atuação jurisdicional do Estado.

Em vista da redemocratização do Brasil, associado ao plano de fundo fixado na Constituição Federal de 1988, delimita-se a abordagem pretendida no presente capítulo: uma análise acerca do acesso à justiça e a instituição da Defensoria Pública.

2.1 O DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA

O desenvolvimento do estudo do acesso à justiça possibilitou a compreensão acerca da extensão desse instituto e a gama de microsistemas que o compõe, razão pela qual, atualmente, superou-se a concepção do acesso à justiça somente pelo viés do Poder Judiciário. Hoje, sabe-se que tal via é apenas uma dentre tantos caminhos que servem para esse fim, isto porque, resta presente no desenvolvimento dos meios de jurisdição a tendência ao sistema multiportas de acesso à justiça, que busca “[...] formas de solução de conflitos que possam coexistir ou até mesmo fazer as vezes do tradicional sistema judicial de solução de conflitos”. (GUERRERO, 2012, p. 14).

Entretanto, o presente trabalho se aterá à apreciação da efetivação do acesso à justiça no âmbito do Poder Judiciário, isto pois, busca-se a efetivação do direito à educação em creche, primeiramente, através da via administrativa, bem como não se vislumbra no caso hipótese de cabimento de conciliação entre as partes requerentes e os entes do Estado. Portanto, a via tradicional de acesso à justiça por meio do Poder Judiciário se torna o caminho galgado para tanto, ou seja, para fins da efetivação do direito pretendido.

Nesta senda, é impensável abordar o acesso à justiça sem citar a obra de Cappelletti e Garth (1988) que, em que pese se tratar de um estudo elaborado há mais de 4 décadas, se mostra contemporâneo ao nosso tempo, tão atual quanto no

momento de sua publicação, refletindo até hoje nos estudos sobre o tema. Sobre tal obra, Yule (2020, p. 41) sintetiza as três grandes ondas de transformação delineadas pelos retromencionados autores.

[...] na assistência judiciária gratuita ao hipossuficiente (primeira onda); na criação de mecanismos processuais para representar os interesses difusos (segunda onda), e um outro enfoque de acesso à Justiça, com uma série de modificações nas estruturas judiciais e abertura do Judiciário a outras formas de solução de litígios, por meio de novos mecanismos judiciais e extrajudiciais (terceira onda).

Ao observar a proposta das ondas de transformação do acesso à justiça, pode-se perceber que o instituto se expande muito afora da mera apresentação da lide ao Poder Judiciário, ou seja, vai além da prolação de uma decisão terminativa de mérito. Isto porque, encontramos-nos inseridos num Estado Democrático de Direito, o que pressupõe a democratização dos direitos inerentes aos indivíduos por ele regido.

A democratização traz em seu bojo, pelo menos, três elementos necessários: o atendimento da vontade popular, a não distinção deletaria entre quem quer seja e a realização de medidas de interesse geral. (MARTINS, 2020, p. 14).

Nesse sentido, Martins (2020, p. 14-17) expõe acerca de alguns exemplos do modo pelo qual é possível a democratização do acesso à justiça, dentre os quais se pode citar o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, a celeridade processual, a utilização de linguagem mais clara, a gratuidade da Justiça, a atuação da advocacia, da Defensoria Pública e do Ministério Público, dentre outros.

Em detida análise as indicações do autor, observa-se o acesso à justiça como uma conjunta intervenção no âmbito material, formal e organizacional, refletindo de modo a garantir todo um sistema que possibilite a entrega integral e real do que se entende por justiça àqueles que necessitem. Assim, o instituto se manifesta antes mesmo da propositura de eventual ação judicial, bem como se perpetua após a resolução do conflito, acompanhando o dinamismo social e a busca pela melhor prestação do serviço jurisdicional, ou seja, um ciclo formado a fim de garantir o pleno exercício do acesso à justiça, como um meio e fim em si mesmo.

Ao analisar a obra de Marc Galanter, *Access to Justice in a word of expanding social capability*, Gabbay, Costa e Asperti (2019, p. 25-27) identificaram que o acesso à justiça prescinde ao constante reconhecimento da dinâmica social e os limites entre a justiça e a injustiça, a fim de propor políticas distributivas com fito de garantir tal acesso, ou seja, repercute acerca de quem e como se dará o acesso à justiça no sistema pátrio.

Para o desenvolvimento do presente trabalho deixaremos de lado a análise dos Juizados Especiais, assim, no âmbito do Poder Judiciário como se pode pensar em acesso à justiça, por exemplo, em relação a partes litigantes que não possuem recursos a fim de arcar com as despesas decorrente da propositura e tramitação de um processo? Para tanto, Peduzzi (2020, p. 20-21) afirma que a própria Constituição

Federal delineou o instituto da assistência judiciária gratuita, com fito de que a desigualdade socioeconômica não obste a busca por justiça, ou seja, uma ferramenta prática para a democratização do acesso à justiça.

Portanto, sintetizando o pensamento de Oliveira (2020, p. 47-53), não há como falar em acesso à justiça quando os sistemas de justiça impõem barreiras discriminatórias, abstando-se em promover a inclusão da coletividade no âmbito da proteção dos direitos constitucionais, ou seja, a plena efetivação do instituto em comento não coexiste com qualquer forma de exclusão.

Feitas estas considerações, em vista da violação de um direito, surge a pretensão jurisdicional, que demandará, em regra, a atuação de um agente com capacidade postulatória e legitimação adequada a fim de instar o Poder Judiciário na solução da demanda apresentada. O Código de Processo Civil dispõe, em seu art. 103, “a”, que “a parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil”, ou seja, o advogado representa figura indispensável para o acesso ao Poder Judiciário.

Retomando as palavras de Martins (2020, p. 14-17), anteriormente citado, infere-se que, mais do que detentor da capacidade postulatória e da legitimação adequada para representar o desejo das partes litigantes em Juízo, o advogado é parte atuante em prol da democratização do acesso à justiça, de modo a trazer esclarecimentos e orientações para a parte que representa, seja em questões materiais ou formais, bem como zelar pela observância ao devido processo legal, prezar pela celeridade do processo, argumentar acerca de eventuais nulidades, dentre outros exemplos.

Todavia, conforme se sabe, o labor do advogado consiste em sua atuação, razão pela qual se faz sujeito de direito à remuneração por seus serviços, mas, num país que, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 2021, conta com quase 14 milhões de desempregados e que, no ano de 2018, registrou 54 milhões de trabalhadores que recebem menos que um salário-mínimo, é questionável o acesso da população carente aos serviços de um advogado e a possibilidade de arcar com os honorários decorrentes desse.

Retoma-se, portanto, o pensamento construído anteriormente, sobre a necessidade da identificação dos limites entre a justiça e a injustiça, com a elaboração e implementação de políticas públicas distributivas que rompam as barreiras de exclusão que delimitam os grupos que podem ou não provocar o Poder Judiciário. Nota-se, a indicação de um problema sobre o qual o Estado deverá atuar de modo a garantir a democratização dos direitos fundamentais, que em conjunto possibilitarão o integral acesso à justiça.

Nesse cenário, visto a caracterização do acesso à justiça como direito fundamental, o texto constitucional garante a atuação dos advogados dativos e a instituição da Defensoria Pública, ambos custeados pelo Estado, no intuito de proporcionar à população hipossuficiente os serviços prestados por um advogado, com o mesmo nível de excelência de um profissional particular, entretanto de forma gratuita aos seus assistidos.

2.2 A INSTITUIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Vislumbra-se no art. 134 da Constituição Federal de 1988 uma digníssima instituição, a Defensoria Pública, cuja função é a promoção e proteção de direitos em todos os graus de jurisdição. Em termos de Brasil, pode-se considerar a Defensoria Pública uma das mais recentes instituições jurídicas no país, sendo no ano de 1994 promulgada a Lei Complementar nº 80/1994 que estabeleceu normas gerais de organização das Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Estados.

Nesse ponto, insta salientar acerca do público-alvo de atendimento da instituição, qual seja a atenção primordial aos necessitados, ou hipossuficientes nos termos da lei, que em razão desta condição são exponencialmente vulneráveis à não efetivação ou lesão aos direitos ora garantidos, haja vista a escassez de recursos financeiros para o acesso à justiça nos moldes da advocacia privada. Em que pese a legislação fale apenas em “insuficiência de recursos”, Souza (2003, p. 73) esclarece ensejos para a melhor compreensão do termo:

[...] a hipossuficiência não é medida, nem tem rigores preciosos e matemáticos. Ao contrário, é caracterizada através da análise conjunta de diversos fatores, tais como rendimento familiar, encargos de aluguel, doença em família etc., ou seja, deduzidos os encargos básicos, para que um ser humano e sua família vivam dignamente.

Ainda que em lei sua aparição date de 1988, temos no Estado do Rio de Janeiro a primeira Defensoria Pública Estadual do país, estabelecida no ano de 1954, ou seja, com 67 anos de atividade. Entretanto, a realidade da institucionalização da Defensoria Pública no país é diferente e individualizada em cada estado da Federação, por exemplo, enquanto em Minas Gerais e Mato Grosso do Sul temos a institucionalização datada de 1981 e 1982, respectivamente, vemos em Santa Catarina uma Defensoria Pública que teve sua instalação apenas no ano de 2012.

Todavia, ainda que se possa afirmar que o órgão tem um árduo e longo caminho a trilhar em seu desenvolvimento, cada estado com suas necessidades, metas e projetos, um dado apresentado recentemente é de extrema importância e conta de inestimável motivação à instituição. A Defensoria Pública, de acordo com uma pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (2017), “embora tenha pouco tempo de existência, já é considerada a instituição mais importante do Brasil na garantia de direitos fundamentais de crianças e jovens.”

Esta percepção social é fruto da intensa atuação da instituição dentro das atribuições a ela reservadas, pontua-se a relevância do art. 4º, inc. XI da Lei Complementar nº 80/1994, que incumbe a instituição, de forma específica, a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, no qual se inclui o acesso à educação infantil em creche, o que a torna parte capaz e legítima para a representação e propositura de demandas judiciais a fim de garantir do Poder Público o devido cumprimento das obrigações a ele impostas.

Nas palavras de Cerqueira (2020, p. 85), o primeiro obstáculo às pessoas hipossuficientes está relacionado ao próprio desconhecimento deles em relação a estrutura de Justiça existente no país e, principalmente, ao desconhecimento dos mais elementares direitos a elas garantidos, posto que não contam com o amparo estatal para a orientação junto a um profissional da área jurídica.

Estabelece-se, portanto, as primeiras impressões acerca do modo pelo qual a Defensoria Pública atua de forma a garantir o acesso à justiça, posto que, de acordo com a pesquisa anteriormente mencionada, a instituição tem conquistado visibilidade no que tange a representação e assistência jurídica àqueles a quem presta atendimento. Assim, a Defensoria Pública é uma instituição que claramente atua em prol da democratização dos direitos fundamentais, instituída e subsidiada a partir da normativa constitucional de 1988 que, como visto, trouxe em si o empenho em garantir não somente a positivação do direito, mas também seu pleno exercício por aqueles que os detêm.

Ante o amplamente exposto, pode-se concluir, sem resquício de dúvida que a Defensoria Pública, ainda que instituição recente, demonstra e reafirma sua importância para a população por meio da sua prestação de serviços ao público e efetivo trabalho em busca de aprimoramento contínuo de sua função essencial à Justiça.

3 A PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PELA DEFENSORIA PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL EM CRECHE

Compreender a instituição da Defensoria Pública é vislumbrar o claro reflexo das normas constitucionais que fundamentaram e consubstanciaram a positivação de sua lei orgânica, fazendo-a um instrumento em prol da democratização dos direitos inerentes aos indivíduos sob os quais rege o Estado Democrático de Direito.

Conforme discutido por Silva (2011, p. 150), faz-se necessário para a efetiva participação em juízo, que as desigualdades sociais sejam ponderadas e consideradas a fim de distribuir a justiça, ou seja, é imperioso que o direito se atenha a imprescindibilidade do reconhecimento das diferenças para que os litigantes vulneráveis sejam reconhecidos de maneira proporcional ao seu status. Superando a igualdade, a efetiva justiça se faz pela equidade das partes.

Atendo-se especificamente a criança, contemplada no mencionado inciso, Silva (2011, p. 336) reporta que o olhar analítico reúne o status de sujeito especial de direitos à vulnerabilidade oriunda da tenra idade, seja em caráter informacional, organizacional e econômico, considerando que autonomamente o infante não reúne condições para defesa dos seus direitos. Por conseguinte, firma-se a disposição normativa da atuação da Defensoria Pública especificamente voltada à defesa da criança.

Com a insuficiência de vagas, a negativa de matrícula em creche é formalizada pela via administrativa, sendo o meio alternativo para o cumprimento da obrigação de fazer pelo Poder Público através da justiciabilidade, ou seja, a provocação do Poder Judiciário em busca de uma solução satisfatória a lide constituída. Conforme explicitado anteriormente, tratando-se de parte vulnerável, surge a figura da Defensoria Pública, devidamente legitimada e munida de capacidade postulatória, que possibilitará

orientação jurídica, atuação em sede judicial e extrajudicial, ou seja, a efetivação do acesso à justiça em todos os aspectos.

Dados obtidos a partir do Relatório do 3º Ciclo de Monitoramento de Metas do PNE: 2020 (BRASIL, p. 39-40) formalizam o indicativo acerca da disparidade do acesso à educação infantil em creche no país. Ao comparar os números apresentados, em relação a população 20% mais pobre, apenas 26,2% das crianças acessam ao serviço de creches, ao passo que dentro dos 20% mais ricos, esse índice supera 51%, ou seja, a diferença de pontos percentuais excede consideravelmente a meta nacional estabelecida no Plano Nacional de Educação (PNE) para o ano de 2024, que objetiva uma redução dessa desigualdade para 10 pontos percentuais, uma realidade relativamente distante no momento atual.

Portanto, o contexto visualizado no Brasil majora a vulnerabilidade na qual os infantes de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade, membros de núcleos familiares com baixa renda, privados do direito à educação, estão situados. Nesse momento, inexistem dúvidas quanto a importância da atuação da Defensoria Pública para fins de acesso à justiça na efetivação do direito em comento.

É o que afirma Silva (2013, p. 19 e 26).

O acesso à Justiça qualificado, autônomo e independente, proporcionado pela Defensoria Pública tem causado forte impacto na persecução dos demais direitos mínimos a serem cobrados do Estado. [...] Um Estado Democrático de Direito que pretenda dar efetividade ao direito humano de acesso à Justiça deve preocupar-se em organizar uma Defensoria Pública para que haja informação e capacidade de ação da população vulnerável, quanto a seus direitos individuais ou coletivos violados. [...] Afinal, não se perfaz legítima a concepção de uma sociedade na qual somente os ricos e abastados tenham capacidade de pleitearem a proteção de seus direitos, relegando aos mais pobres a aceitação pelas mais duras privações de acesso aos direitos.

Ao pensar na instituição, a Lei Orgânica da Defensoria Pública, em seu artigo 4º, em seu primeiro inciso, inicia-se declarando que compete a Defensoria Pública orientar juridicamente os necessitados. A partir disto pode-se esquematizar que o primeiro passo para a efetivação de um direito é o conhecimento dele pela parte detentora. Doutro modo, o desconhecimento de um direito e da estrutura disponível a fim de concretizá-lo, afasta cada vez mais o indivíduo da garantia pretendida.

Portanto, iniciar a enumeração das competências da instituição pela orientação jurídica, é garantir ao indivíduo primariamente o conhecimento dos direitos dele, bem como preventivamente firma-se como uma instituição aberta para o compartilhamento desse conhecimento, fazer-se acessível ao público necessitado e alvo da atuação da instituição.

Adiante, estabelecido o conhecimento, o mencionado inciso prossegue para a atuação da instituição na defesa dos necessitados, em todos os graus. Para isso, a Defensoria Pública se estabelece como promotora e instrumento na democratização dos direitos inerentes ao indivíduo e a coletividade, ou seja, na efetivação do acesso

à justiça. Assim, retoma-se o pensamento de Martins (2020, p. 14-17), recaindo sobre a figura da Defensoria Pública os mesmos atributos inerentes a atuação meio e fim do advogado particular em relação aqueles a quem assiste.

Assim, sintetizou Santos (2016, p. 34 e 38).

Portanto, a Defensoria Pública, é mais do que um órgão prestador do serviço jurídico, é acima de tudo indispensável, e garantidor da igualdade substancial, um dos maiores princípios ordenamento constitucional.[...] Por fim, e notável a importância da Defensoria Pública para a consolidação do acesso à Justiça no Brasil. Se considerarmos que este acesso não se limita à possibilidade de ajuizar demandas ao Poder Judiciário, mas engloba também o conhecimento dos direitos, a maneira de exercê-los e a disponibilização de formas alternativas de resolução de litígios, percebe-se a necessidade de estruturar um órgão público com a competência e capacidade para atuar neste terreno.

Em convergência ao direito, a evolução histórica da Defensoria Pública se deu de modo a acompanhar os anseios e necessidades da sociedade a quem presta seus serviços. Ante a proporção da violação ao direito à educação infantil em creche, para além da atuação institucional na promoção de ações individuais em defesa dos direitos infantojuvenis, a partir da análise jurisprudencial, Tassigny, Maia e Sílvia (2017), ao longo de todo o mencionado trabalho, pontuaram acerca do desenvolvimento da jurisprudência pátria de modo a reconhecer a instituição da Defensoria Pública como legitimada para a propositura de ações coletivas, como por exemplo, Ação Civil Pública, bem como pacificou o entendimento sobre a pertinência da instituição na promoção de demandas relativas à educação.

Ao ampliar as atribuições e âmbitos de atuação da Defensoria Pública, consolidando-os através da normativa, amplia-se também a promoção do acesso à justiça pela instituição e o reflexo positivo da atuação dela perante a sociedade. Assim, tem-se que atuação da Defensoria Pública, nos moldes do acesso à justiça, se inicia em momento anterior a propositura de eventual ação judicial, se perpetuando inclusive após a prolação de uma sentença terminativa, em síntese, “[...] otimiza o potencial emancipatório e transformador do direito”. (ONU, 2015, p. 3).

3.1 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM LONDRINA (PR)

No estado do Paraná, a Lei Complementar nº 55/1991 instituiu a Defensoria Pública Estadual, todavia, somente no ano de 2011, quase 10 anos depois, houve a criação da lei orgânica da instituição, por meio da Lei Complementar nº 136/2011. Insta salientar que o primeiro concurso para o ingresso na carreira de defensor público do estado se deu no ano de 2012, com a nomeação dos aprovados em meados de 2013 e, especificamente na cidade de Londrina, o efetivo início da atuação, atendimento ao público e estabelecimento de uma sede, apenas no início do ano de 2014¹⁸¹².

¹⁸¹² A maior parte dos dados apresentados neste subtítulo foram colacionados através do sítio eletrônico da Defensoria Pública do Paraná e, a fim de evitar excessivas repetições de referenciamento, indica-se

A fim de otimizar a prestação de serviços e acesso da população à Defensoria Pública, a Emenda Constitucional nº 80/2014 estabeleceu como objetivo, no prazo de 08 anos, a designação de defensores agentes para todas as unidades jurisdicionais do país. Infelizmente, a realidade observada é muito aquém dos objetivos e metas estabelecidos, sendo que, atualmente, no Paraná, o número de defensores em atuação equivale a menos de 10% da quantidade necessária, ao passo que apenas 17 comarcas contam com a presença e dispõe dos serviços prestados pela instituição. Compreende-se desta forma que todo potencial e expectativas retratadas na atuação da Defensoria Pública no texto normativo se encontram ameaçadas pela insuficiência de recursos disponibilizados e investidos em prol da instituição.

Na cidade de Londrina, a princípio, foram designadas duas defensoras, sendo que, apenas no mês de maio do ano de 2016, houve a nomeação de outros 04 defensores para integrarem o quadro pessoal na sede no município. Com a chegada de novos membros, pode-se implementar a especialização no atendimento à área infantojuvenil cível, a qual foi direcionado como responsável o Defensor Gabriel Fiel Lutz, que, desde o mês de abril do ano de 2018, não faz mais parte do quadro funcional.

Nos primeiros 05 meses de atuação do mencionado defensor, ele manejou em torno de 300 pedidos de vaga em creche perante o Poder Judiciário, bem como iniciou o diálogo com o Poder Público, extrajudicialmente, em busca por uma solução estrutural ao problema de disponibilidade de vagas em creche no município, que, à época, tinha um déficit de mais de 4 mil vagas.

A partir desta iniciativa, no início do ano de 2017, a Defensoria Pública, conjuntamente ao Ministério Público, encaminhou a Resolução Conjunta nº 01/2017 à Secretaria Municipal de Educação de Londrina, documento com uma série de medidas a serem implementadas com fito de reduzir os impactos negativos advindos da ausência de vagas em estabelecimento de ensino para o atendimento do público de 0 a 3 anos de idade no município.

Dentre as recomendações, indicou-se a imediata instalação de uma central única de vagas em creche, a apresentação do número de crianças efetivamente matriculadas em período integral e parcial, em creches municipais e filantrópicas, bem como a quantidade de crianças em fila de espera. Solicitou-se também a elaboração de critérios objetivos de análise de vulnerabilidade social, com a participação e apresentação à rede de proteção da infância no município, possibilitando um debate democrático acerca das medidas que administração pública adotará enquanto não houver vagas suficientes em período integral para atender a todas as crianças.

Assim, conforme noticiado pelo Núcleo de Comunicação da Prefeitura Municipal, em 22 de fevereiro de 2017, entrou em funcionamento a Central Única de Vagas na Educação Infantil, através da qual a Secretaria Municipal de Educação passou a realizar o gerenciamento de todas as vagas em creche existentes no município e da lista de espera para matrícula. A formalização do órgão veio em 2020, com a sanção da Lei municipal nº 13.113/2020.

aqui tal domínio, de modo que as informações oriundas de outras fontes permanecerão referenciadas explicitamente conforme o estilo adotado ao longo do presente trabalho. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/>

Em termos de resultado destas medidas de recomendação, dados do Núcleo de Comunicação da Prefeitura Municipal disponibilizaram que, desde a implementação da Central Única de Vagas, houve um salto na quantidade de infantes de 0 (zero) a 03 (três) anos de idade matriculados em creche, com uma queda significativa de crianças aguardando em fila de espera.

No ano de 2017, foi contabilizado o número de 11 mil crianças aguardando uma vaga em creche, indicativo distorcido da realidade em razão de erros de cadastro, duplicidade de nomes e problemas de comunicação entre os sistemas. Com a correção da base de dados, otimização dos encaminhamentos e a implementação de políticas públicas para aumentar a oferta de vagas, a fila foi para aproximadamente 3.500 crianças no ano de 2019 e em torno de 1.600 infantes no ano de 2020.

Em outra perspectiva, entre os anos de 2017 e 2020, a porcentagem de crianças de 0 (zero) a 05 (cinco) anos de idade matriculadas na educação infantil no município superou o índice brasileiro, subindo de 35% para 45%, com o objetivo da Secretaria Municipal de Educação alcançar até o ano de 2024 a marca de 50%, em observância a meta estabelecida pelo Plano Nacional de Educação.

Na seara judicial, conforme a solicitação de informações Protocolo nº 17.449.363-4 à Defensoria Pública do Paraná, em Londrina, com a saída do Defensor Gabriel Fiel Lutz, não se tem informações precisas acerca de quantos atendimentos na área infantojuvenil foram realizados entre o período de maio de 2016 à abril de 2018. Destaca-se que durante o restante do ano de 2018, não houve defensor público designado para a área.

No início do ano de 2019, a Defensora Ana Carolina Oliveira Lanzillotta de Moraes assumiu a atribuição na área e, até outubro daquele ano, foram propostas 44 ações a fim de garantir vaga em creche aos infantes assistidos pela instituição. No mais, a partir de outubro daquele ano, a Defensora Gabriela Lopes Pinto, por meio de permuta, assumiu as atribuições na área, com mais 7 ações propostas até o mês de dezembro do respectivo ano.

Em relação ao êxito nas ações, dentre as 51 demandas ajuizadas no ano de 2019, apenas uma, referente a transferência entre creches, foi julgada improcedente, sendo que as demais alçaram o êxito desejado, com a concessão de vaga em creche aos infantes assistidos pela instituição e a determinação judicial para o cumprimento da obrigação pelo município de Londrina.

Outra iniciativa merecedora de destaque, é o projeto “Defensoria na Comunidade”, no qual os atendimentos iniciais regularmente oferecidos na sede são realizados, uma vez por mês, nos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) distribuídos no município de Londrina. Nas palavras da coordenadora à época da implementação, a Defensora Renata Tsukada, o projeto teve como objetivo facilitar o acesso aos serviços da instituição, posto que, muitas das vezes, pessoas que poderiam ser assistidas pela Defensoria Pública encontram dificuldade no deslocamento até a sede.

A defensora também destacou como objetivo do projeto ampliar o acesso à orientação jurídica, bem como promover a defesa dos direitos humanos associado a educação em direitos para a população referenciada nos territórios das unidades do CRAS, ou seja, em situação de hipossuficiência e, conforme amplamente exposto

no presente trabalho, com maior potencial de violação dos direitos fundamentais pela omissão do Poder Público.

Assim, reconhecido um obstáculo à efetiva assistência da Defensoria Pública aos necessitados, os defensores em Londrina se mobilizaram de modo a ir de encontro a essa população, superando o óbice imposto pela ausência de condições em se deslocar à sede da instituição. No mais, realizado o atendimento inicial, a continuidade ao atendimento é realizada por meio telefônico ou, se necessário, por intermédio do CRAS, sem dúvidas mais próximo e acessível à residência das pessoas eventualmente assistidas pela instituição.

Constata-se, portanto, que o cenário vislumbrado em Londrina é de uma Defensoria Pública atuante em três frentes, quais sejam: judicial, extrajudicial e educacional. A primeira, com o ajuizamento de demandas a fim de garantir individualmente o acesso à educação infantil em creche aos infantes assistidos pela instituição. No âmbito extrajudicial, com a busca por soluções estruturais junto a outros entes de defesa aos direitos infantojuvenis, com fito de instar o Poder Público à prestação verdadeiramente eficaz do serviço de educação e com a oferta de vagas suficientes para o atendimento integral do público de 0 (zero) a 03 (três) anos de idade no município. Por fim, a atuação educacional, com fins de propagar o conhecimento acerca dos direitos inerentes ao ser humano de forma geral e específica, explicitando acerca das estruturas de garantias e a forma pela qual se pode buscar sua efetivação, bem como os entes e órgãos disponíveis para tanto.

Assim, vislumbra-se a relevância social e jurídica da instituição, posto que pauta sua atuação com o objetivo primordial de trazer ao seio da justiça indivíduos deixados à margem, possibilitando em primeiro lugar o acesso ao conhecimento, bem como, se necessário, garantindo uma representação de qualidade no âmbito judicial e extrajudicial. Desta feita, conclui-se que, com apenas 07 (sete) anos de plena atividade e embora a insuficiência de membros atuantes, a Defensoria Pública em Londrina se mostra engajada em atuar fielmente à sua função essencial à Justiça, como um instrumento para a promoção do acesso à justiça em sua plenitude ao objetivar a garantia e efetivação do direito à educação infantil em creche.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do trabalho objetivou a compreensão do modo pelo qual a atuação da Defensoria Pública em Londrina em vias de efetivar o direito à educação infantil em creche promove o acesso à justiça a população assistida pela instituição. Assim, estruturou-se o artigo com a abordagem individual dos temas centrais, quais sejam o direito à educação, o instituto do acesso à justiça e a instituição da Defensoria Pública, sobre o plano da Constituição Federal de 1988, pela qual se retomou o processo de redemocratização dos direitos fundamentais no país.

Ao longo da pesquisa, pôde-se perceber a distância existente entre a previsão normativa e a realidade prática de sua execução. A iniciar pelo princípio da proteção integral da criança que, apesar da previsão legal quanto a primazia absoluta na efetivação dos direitos resguardados aos infantes a partir da gestão de políticas públicas em prol deles, é reiteradamente violado pelo ente detentor desse dever.

Em relação ao direito à educação infantil em creche, percebe-se que tal lesão atinge em maior escala a população mais necessitada, haja vista os números apresentados no Relatório do 3º Ciclo de Monitoramento de Metas do PNE: 2020 (BRASIL, p. 39-40), os quais fundamentam a análise de que a população hipossuficiente é mais suscetível a violação de seus direitos em razão omissão do Estado.

Impedir que uma criança, em seus anos iniciais, usufrua devidamente do direito à educação é privá-la, de igual modo, a diversos outros direitos, como à alimentação, cultura, lazer, dignidade, liberdade e convivência comunitária, ou seja, embaraçar o desenvolvimento do infante na qualidade de indivíduo, como parte de uma sociedade e como cidadão, com implicações negativas ressoantes por toda a vida. Uma aberta violação a um direito fundamental, social e humano.

Doutro vértice, como falar em busca por direitos a uma população que sequer conhece a estrutura de garantias e o modo pelo qual se pode demandá-los, ainda, impensável vislumbrar o acesso à justiça pela via tradicional do Poder Judiciário por meio de um advogado particular e com o pagamento de custas processuais, quando dados do IBGE apontam na população brasileira a existência de mais 14 milhões de pessoas desempregadas e outros 54 milhões de trabalhadores que recebem menos que um salário-mínimo mensal.

Num segundo plano, tratando-se do acesso à justiça, constatou-se a amplitude da extensão desse instituto e a gama de microsistemas que o compõe, indo muito a além da mera provocação do Poder Judiciário a partir da propositura de uma ação. O acesso à justiça, atualmente, é estudado a partir do sistema multiportas, ou seja, para além da via tradicional, considera-se também os meios alternativos de solução de conflitos.

Não obstante, o instituto em questão prescinde ao reconhecimento da dinâmica social e dos limites entre a justiça e a injustiça. Para tanto, cabe ao Poder Público a implementação de políticas públicas distributivas com fito de garantir tal acesso, oportunizando o tratamento dos desiguais de forma desigual em busca da igualdade entre as partes.

A Constituição Federal de 1988, fundamentando a vigência de um Estado Democrático de Direito e a promoção da democratização dos direitos fundamentais, de frente ao problema apresentado, instituiu a Defensoria Pública, um órgão autônomo que guarda em seu âmago o dever de prestar assistência aos necessitados, hipossuficientes e/ ou vulneráveis, condição em que claramente a maior parte dos infantes obstados do acesso à creche, e respectivamente suas famílias, se encontram.

A evolução da legislação e jurisprudência pátria garantiram a instituição, além de suas atribuições originais, a legitimidade para manejar ações coletivas e a competência para litigar acerca de direitos relacionados a educação, ampliando o potencial da Defensoria Pública em garantir o acesso à justiça a seus assistidos e o reflexo positivo da atuação perante a sociedade.

Todavia, o próprio começo da Defensoria Pública no estado do Paraná remonta o descaso do Poder Público em relação a instituição. Inicia-se pelo lapso temporal entre a instituição do órgão e a sanção de sua lei orgânica, com quase 10 (dez) anos de diferença, bem como o fato de que a efetiva implementação e atuação,

especificamente no município de Londrina, ocorreu somente 02 (dois) anos depois e com apenas duas defensoras designadas para a prestação de serviços numa cidade com aproximadamente 600 mil habitantes, ou seja, em número imensuravelmente menor ao necessário.

Apesar das dificuldades enfrentadas pela instituição com o déficit de recursos e quadro pessoal, a atuação da Defensoria Pública em Londrina impacta de forma magnífica o acesso à justiça ao passo que trabalha arduamente na garantia do direito à educação infantil em creche. Primeiramente, a Defensoria Pública tem lutado a fim de se fazer acessível e conhecida por seu público-alvo, garantido num primeiro momento o acesso à informação. Ao continuar seu trabalho, a instituição, com fito de obter uma solução imediata, insta a atuação do Poder Judiciário a partir da propositura de ações individuais, as quais, no ano de 2019, alcançaram quase 100% de êxito.

Concomitantemente, a Defensoria Pública se faz uma figura ativa junto aos demais órgãos e entes de proteção à criança, objetivando uma reforma estrutural no município de Londrina a fim de obter do Poder Público oferta integral e suficiente para alocação da população municipal de 0 (zero) a 03 (três) anos de idade nos ambientes de creches. Movimento que traz esperança para uma população carente que se encontra constantemente empurrada às margens da sociedade.

Retomando o pensamento acerca das ondas de transformação do acesso à justiça, assim como em relação a democratização do instituto, vislumbra-se a defesa de um acesso à justiça em sua plenitude pela Defensoria Pública em Londrina, através de todas as frentes pela qual busca a efetivação do direito à educação infantil em creche.

Em síntese, nota-se que o trabalho da instituição se dá tanto na área judicial, com o manejo de ações individuais, em número diminuto se comparado a totalidade do déficit municipal, uma via paliativa em relação ao problema central, qual seja o descumprimento do dever inerente ao Poder Público, quanto na área extrajudicial que, representada pelos defensores atuantes, se mostra dedicada à busca por soluções estruturais ao o problema em comento, de modo a não só garantir vagas as crianças atendidas pelo órgão, mas a coletividade de infantes, a fim de que acessem regularmente o serviço público de educação, um direito fundamental, social e humano.

Por todo o exposto, conforme amplamente discorrido ao longo do desse artigo, ao garantir a efetivação do direito à educação infantil em creche, a Defensoria Pública em Londrina age de modo a observar, promover e fortalecer o pleno e eficaz acesso à justiça pela população a quem presta assistência, na grandiosa extensão e profundidade do instituto, atuando como uma instituição essencial à Justiça e a democratização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BASILIO, Dione Ribeiro. Direito à educação: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz da teoria dos direitos fundamentais e da Constituição Federal brasileira de 1988. 2009. 140 f. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de set. 2020.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 80 de 2004. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc80.htm. Acesso em: 17 de fev. 2021
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Rendimento de todas as fontes 2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101673_informativo.pdf. Acesso em: 17 fev. 2021.
- BRASIL. Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Relatório do 3º ciclo de monitoramento das metas do Plano Nacional de Educação – 2020. Brasília, 2020. Disponível em: http://portal.inep.gov.br/informacao-da-publicacao/-/asset_publisher/6JYIsGMAMkW1/document/id/6975827. Acesso em: 05 de mar. 2021
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 15 de jan. 2020.
- BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 15 de jan. 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Marco Legal da Primeira Infância. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 03 de mar. 2021.
- CAGGIANO, Monica Herman S. A educação: direito fundamental. Direito à educação: aspectos constitucionais. São Paulo: Edusp, 2009.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Participação Popular - A falta de creches no Brasil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/tv/565788-participacao-popular-a-falta-de-creches-no-brasil/>. Acesso em: 05 de out. 2020.
- CAMBI, Eduardo; ZANINELLI, Giovana. Direito fundamental à educação, exclusão social e cidadania. Revista de direito privado, v. 59, p. 29-54, 2014.
- CERQUEIRA, Dilvia Nascimento Cardoso dos Santos. Democratizando o acesso à justiça. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (org.). Democratizando o acesso à justiça. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. p. 83-88. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Livro-Acesso-%C3%A0-Justi%C3%A7a-atualizado-em-03-02-2021.pdf>. Acesso em: 05 de fev. 2021.
- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. Página inicial. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/>. Acesso em: 03 de jan. 2021.
- FMCSV. Primeiríssima Infância – Creche: necessidades e interesses de famílias e crianças. Fundação Maria Cecília Souto Vidigal; coordenação Sandra Mara Costa – São Paulo: FMCSV, 2017.
- GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à Justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, p. 152-181, set./dez. 2019.
- GUERRERO, Luis Fernando. Efetividade das Estipulações Voltadas à Instituição dos Meios Multiportas de Solução de Litígios. 2012. 256 f. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.
- ISTO É. Defensoria Pública é a instituição mais importante do País, diz pesquisa. Disponível em: <https://istoe.com.br/defensoria-publica-e-a-instituicao-mais-importante-do-pais-diz-pesquisa/>. Acesso em: 03 de out. 2020.
- LONDRINA. Lei Municipal 13.113, de 16 de julho de 2020. Cria a Central Única de Vagas para Creches em Londrina, com sede e foro neste Município. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/l/londrina/lei-ordinaria/2020/1312/13113/lei-ordinaria-n-13113-2020-cria-a-central-unica-de-vagas-para-creches-em-londrina-com-sede-e-foro-neste-municipio>. Acesso em: 09 de mar. 2021.
- LONDRINA. Núcleo de Comunicação – Prefeitura de Londrina. Central de Vagas contribui para ampliar o acesso à educação. Disponível em: <https://blog.londrina.pr.gov.br/?p=82576>. Acesso em: 09 de mar. 2021.
- MARTINS, Humberto Eustáquio Soares. Democratizando o acesso à justiça. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (org.). Democratizando o acesso à justiça. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

- p. 13-17. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Livro-Acesso-%C3%A0-Justi%C3%A7a-atualizado-em-03-02-2021.pdf>. Acesso em: 05 de fev. 2021.
- NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Processo civil democrático, contraditório e novo Código de processo civil. *Revista de Processo*, v. 252, fev. 2016.
- OLIVEIRA, Deizimar Mendonça. O acesso à justiça, uma perspectiva plural. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (org.). *Democratizando o acesso à justiça*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. p. 47-53. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Livro-Acesso-%C3%A0-Justi%C3%A7a-atualizado-em-03-02-2021.pdf>. Acesso em: 05 de fev. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CEDAW/C/GC/3. *Recomendação Geral 33 sobre o acesso das mulheres à justiça*, 2015; Tradução: Valéria Pandjarian. Revisão: Sílvia Pimentel, p. 3.
- PARANÁ. Lei Complementar nº 55, de 4 de fevereiro de 1991. Institui a Defensoria Pública no Estado do Paraná. Disponível em: http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=30045&tplei=0&tipo=L. Acesso em: 12 de mar. 2021.
- PARANÁ. Lei Complementar nº 136, de 2011. Estabelece a Lei Orgânica da Defensoria Pública do Estado do Paraná. Disponível em: http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=3428&tplei=0&tipo=L. Acesso em: 12 de mar. 2021.
- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Democratizando o acesso à justiça. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (org.). *Democratizando o acesso à justiça*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. p. 19-22. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Livro-Acesso-%C3%A0-Justi%C3%A7a-atualizado-em-03-02-2021.pdf>. Acesso em: 05 de fev. 2021.
- SANTOS, Ueverton Ferreira. A efetividade do acesso à justiça como garantia constitucional aos hipossuficientes. 2016. 55 f. Monografia. Curso de Direito - Centro Universitário Tabosa De Almeida/ ASCES-UNITA. Caruaru. 2016.
- SENADO FEDERAL. Psicólogo ressalta importância das creches no desenvolvimento das crianças. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/11/20/psicologo-ressalta-importancia-das-creches-no-desenvolvimen-to-das-criancas>. Acesso em: 05 de out. 2020.
- SILVA, Fernanda Tartuce. Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil. 2011. 384 f. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.
- SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. *Assistência jurídica integral e gratuita*. São Paulo: Método, 2003.
- TASSIGNY, Mônica Mota; MAIA, Maurilio Casas; SÍLVIO, Solange Almeida Holanda. O direito à educação e a Defensoria Pública: legitimidade coletiva, educação em direitos e educação jurídica. *Revista dos Tribunais [recurso eletrônico]*. São Paulo, n. 984, out. 2017.
- YULE, Déa Marisa Brandão. Nova Onda de Acesso à Justiça. *Acessibilidade da pessoa com deficiência. Audiência Telepresencial. Quebra de barreiras. Pandemia*. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (org.). *Democratizando o acesso à justiça*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. p. 41-45. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/Livro-Acesso-%C3%A0-Justi%C3%A7a-atualizado-em-03-02-2021.pdf>. Acesso em: 05 de fev. 2021

O TRATAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES FACE À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Leonardo Grillo Menegon¹⁸¹³, Flávia Osmarin Tosti Menegon¹⁸¹⁴

INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios ao civilista contemporâneo – tarefas que se impõem ao legislador, ao doutrinador e ao julgador – está em determinar os critérios de valoração e de quantificação do dano extrapatrimonial. Em um necessário diálogo entre Código Civil de 2002 e Constituição Federal de 1988, especialmente no contexto da sociedade moderna e digital, questões atuais de responsabilidade civil se destacam, como, por exemplo, o dano moral coletivo,¹⁸¹⁵ o dano biológico,¹⁸¹⁶ o dano existencial,¹⁸¹⁷ o dano por perda de uma chance,¹⁸¹⁸ além dos novos danos em redes sociais ou via aplicativos, tais como o WhatsApp.¹⁸¹⁹

Nada obstante, não se ignora que muitos dos desdobramentos reparatórios, conquanto avincados aos direitos da personalidade, não se conformam com exatidão à modalidade dos danos extrapatrimoniais, porém estão incluídos nessa categoria diante da incompatibilidade com outras hipóteses normativas, e as vicissitudes da Justiça, vinculadas aos danos sofridos pela vítima, além da necessidade de que esta seja ressarcida.

É nesse cenário que se verifica a relevância no tratamento do tema, haja vista que, na atualidade, afigura-se como relevante instrumento jurídico tendente à tutela dos direitos fundamentais e à preservação dos valores humanos, os quais foram assimilados pelo ordenamento jurídico brasileiro como direitos da personalidade.

¹⁸¹³ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8237976939343311>. menegonleo@hotmail.com ORCID: orcid.org/0000-0002-5056-4731.

¹⁸¹⁴ Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bolsista CAPES. Participa do Projeto de Pesquisa 12055 - Processo Civil Transindividual: novas perspectivas de sua utilização envolvendo negócios jurídicos. Integra a assessoria técnica da Revista de Direito Público da UEL (ISSN 1980-511X). Pós-graduanda em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade CERS, na modalidade educação à distância, em parceria tecnológica com o Curso CEI. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Anhuera-Uniderp, na modalidade educação à distância, em parceria tecnológica com a Rede LFG. Graduada em Direito pela Faculdade Barão do Rio Branco. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6716440493735601>. flaviatmenegon@gmail.com ORCID: orcid.org/0000-0002-7387-8119.

¹⁸¹⁵ STJ. REsp 1.929.288/TO, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 22.02.2022.

¹⁸¹⁶ STJ. Resp 1.689.996/AC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 13.03.2018.

¹⁸¹⁷ STJ. AgInt no AREsp 1380002/MS, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 02.04.2019.

¹⁸¹⁸ V JDC, promovida pelo CJF e pelo STJ. ENUNCIADO N.º 444. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

¹⁸¹⁹ STJ. REsp 1.903.273/PR, Terceira Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. em 24.08.2021. STJ. REsp 1.783,269/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. em 14.12.2021.

Assim, o objetivo, a ser alcançado por meio deste trabalho, concentra-se em verificar a hipótese em que a proteção da dignidade não é alcançada, exclusivamente, através do reconhecimento dessa categoria especial de danos, mas, especialmente, com a dosagem justa da indenização, em procedimento submetido ao devido processo legal. Em outros termos, a valoração e, de conseguinte, a quantificação do dano extrapatrimonial, somente será exercida, de forma efetiva, acaso o julgador se encontre habilitado a realizar criterioso cotejo do caso concreto, calcado em padrões de razoabilidade e proporcionalidade.

O necessário desenvolvimento dessa perspectiva, a respeito da fixação do *quantum* indenizatório, em correlação com a preservação da dignidade humana, é o que se pretende realizar com o presente trabalho. Em seguida, serão feitas breves considerações ao critério da condição econômico-social da vítima e do ofensor para a definição do montante a ser pago a título de danos extrapatrimoniais. Para tanto, o método adotado será o dedutivo, com base em análise de legislação, doutrina e jurisprudência.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO EXTRAPATRIMONIAL NA PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Sabe-se que, tradicionalmente, o direito civil se inspirou no Código Napoleônico, baseado em teoria individualista e voluntarista, o que, de conseguinte, foi incorporado ao Código Civil brasileiro de 1916. Ao longo dos anos, todavia, esse quadro se alterou. Em salto histórico, mais próximo da virada do século, esse processo se aprofunda, dando vez a um novo desenvolvimento dogmático, referido pela doutrina como Constitucionalização do Direito Civil (BARROSO, 2019, p. 74).

É nesse contexto que, para Pietro Perlingieri (2002, p. 06), o Código Civil perdeu a centralidade de outrora, uma vez que o papel unificador da ordem jurídica, tanto nos aspectos mais historicamente civilísticos como nas vertentes de relevância publicista, passou a ser desempenhado, progressivamente, pelas normas constitucionais.

Formou-se, mais adiante, a escola de Direito Civil Constitucional, capitaneada por autores como Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin e Maria Celina Bodin de Moraes, os quais, pois, têm se dedicado à árdua tarefa de revisitar a dogmática civilista, notadamente a partir da ótica constitucional (SARMENTO; SOUZA NETO, 2017, p. 44-45).

De acordo com Gustavo Tepedino (2001, p. 22), constitui-se de novos parâmetros para a definição do sistema jurídico, isto é, de constante releitura do direito civil à luz do Texto Constitucional, com ênfase aos valores não-patrimoniais e, em particular, à dignidade da pessoa humana, ao desenvolvimento da sua personalidade, aos direitos sociais etc.

Nada obstante, cabe uma advertência quanto às codificações brasileiras e seus tempos, conforme propugna Luiz Edson Fachin (2015, p. 43-44). Segundo o e. Ministro do Supremo Tribunal Federal, o Código Civil de 1916 é resultado do pensamento arraigado no século XIX, muito embora tenha entrado em vigor no início do século XX, ao passo que, o Código Civil de 2002 é consequência do pensamento jurídico estabelecido na década de 70 e, portanto, anterior à Constituição Federal de 1988, que entra em vigor no começo deste século.

Com o advento do Código de 2002, é possível perceber que, a interpretação no âmbito jurídico-privado passou, necessariamente, pela reconstrução da dogmática jurídica, notadamente ante os paradigmas adotados pela atual codificação. Como exemplo, a exposição de motivos do CC/02 determina atenção aos princípios de direito privado, buscando valorizar a eticidade, a socialidade e a operabilidade, além do sistema baseado em cláusulas gerais e em conceitos jurídicos indeterminados.

No mesmo diapasão, trilha Miguel Reale (2002), como supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, quando este esclarece que restou superado o apego a soluções estritamente jurídicas, ao elucidar o papel que, na sociedade contemporânea, ocupam os valores éticos, a fim de que haja verdadeira materialização jurídica. Assim, continua, a socialidade e a eticidade acomodam os preceitos do CC/02, em atendimento à boa-fé e à probidade, em um ordenamento jurídico formado, portanto, por normas abertas, as quais permanecem em atualização.

De outra banda, esse entendimento repercute em matéria de responsabilidade civil, tornando-se evidente a insuficiência da responsabilidade extracontratual ou aquiliana – que se fundava no ato ilícito (art. 159) pelo Código de 1916, ao passo que, pelo Código de 2002 se justifica no ato ilícito (art. 186) e no abuso de direito (art. 187) – aos problemas que se revelam com o passar dos anos em termos de desenvolvimento industrial e tecnológico (TEPEDINO, 2006).

Vale ressaltar que a referida construção, no bojo do CC/02, tem duas pilastras, para usar a metáfora de Flávio Tartuce (2020, p. 439), sendo esta a principal alteração estrutural da matéria de antijuridicidade civil no estudo comparativo das codificações privadas brasileiras. Em outros termos, a modificação atinge, do mesmo modo, a responsabilidade contratual, porquanto, em sede de autonomia privada, aplica-se o art. 187 do CC/02. Trata-se, pois, de um dispositivo que coaduna o sistema de responsabilidade civil, em superação a clássica dicotomia de responsabilidade negocial e de responsabilidade extranegocial.

Isso equivale a dizer que o ato ilícito previsto no art. 186 do CC/02 se refere ao fato jurídico em sentido amplo que foi praticado em desacordo com o ordenamento jurídico, de outro modo, o abuso de direito previsto no art. 187 do CC/02 se relaciona ao fim social do instituto jurídico violado (TARTUCE, 2020, p. 439). No mesmo sentido, por exemplo, os Enunciados n.º 37, 413, 414 e 617, das I, V e VIII Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

ENUNCIADO N.º 37. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

ENUNCIADO N.º 413. Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva.

ENUNCIADO N.º 414. A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido

processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito.

ENUNCIADO N.º 617. O abuso do direito impede a produção de efeitos do ato abusivo de exercício, na extensão necessária a evitar sua manifesta contrariedade à boa-fé, aos bons costumes, à função econômica ou social do direito exercido.

Em outras palavras, a aplicação direta das normas constitucionais nas chamadas relações interprivadas tem sido realizada, na contemporaneidade, pela doutrina e pela jurisprudência, em relação aos institutos jurídicos de direito civil (BODIN DE MORAES, 1991), tais como a constitucionalização da responsabilidade civil com destaque para a responsabilidade objetiva, na forma do art. 37, § 6º, da CF/88 e do art. 932 do CC/02, outrora de caráter excepcional. Nesse sentido:

Como se viu, o Texto Constitucional tornou princípios, antes alheios à obrigação de indenizar, em preceitos adequados para a definição do regime de reparação civil (BODIN DE MORAES, 2006). Colocado de outra forma, portanto, somente a perspectiva constitucionalizada do direito privado é capaz de oferecer respostas às complexas indagações presentes no chamado direito dos danos contemporâneo, conforme referido por Maria Celina Bodin de Moraes (2006).

Registre-se que, “o legislador constituinte consignou, claramente, no art. 5º, os direitos e as garantias fundamentais da pessoa, focalizando a dignidade da pessoa humana como o centro gravitacional de toda realidade axiológica e jurídica – tudo se justifica desde que seja tributado especial respeito ao ser humano” (REIS, 2019, e-book).

De forma resumida, é possível concluir que o regime da responsabilidade civil clássico, baseada no modelo de tutela dos direitos patrimoniais, não se enquadrava ao viés da compensação por danos extrapatrimoniais na atualidade. Assim, essa ressystematização do diploma civil erigiu-se como consequência da visão constitucional do direito privado.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DANO EXTRAPATRIMONIAL E SUA EVOLUÇÃO NO CENÁRIO NACIONAL

Conforme leciona Flávio Tartuce (2020, p. 473), a reparabilidade dos danos imateriais é relativamente nova no Brasil, tornando-se assente a existência do dano moral, na experiência jurídica brasileira, com os inc. V e X, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. *In verbis*:

CF/88. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Segundo a jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça, sendo esta visão que prevalece, do mesmo modo, na doutrina brasileira, a CF/88 deu ao homem lugar de destaque entre suas previsões, realçou seus direitos e fez deles o fio condutor de todos os ramos jurídicos. Nesse compasso, a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como um direito constitucional subjetivo, isto é, a essência de todos os direitos personalíssimos, cujo ataque é o que se convencionou chamar de dano moral.¹⁸²⁰

Em abono desse entendimento, Clayton Reis (2019, E-book), ao tratar da perspectiva evolucionária do tratamento dos danos no Brasil, esclarece que:

Os doutrinadores nacionais, nos dias atuais, admitem a reparação de qualquer dano, e que esta reparação seja a mais ampla possível, tendo em vista o princípio da restitutio in integrum ou princípio da integralidade. Em verdade, vale dizer, a reparação de todo e qualquer prejuízo sofrido pelo lesado, em virtude de ato ilícito, é um primado da teoria da responsabilidade civil. Contudo, a discussão sobre a admissibilidade da reparação dos danos morais no ordenamento jurídico brasileiro passou por um longo processo de maturação até a sua consolidação com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Constitui-se, pois, o dano moral de todo prejuízo que o sujeito de direito sofre por meio de violação a bem jurídico específico. Em outros termos, de toda ofensa aos valores da dignidade humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social. Dispensa-se, ademais, a comprovação de dor e de sofrimento, uma vez que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à pessoa.¹⁸²¹ Nesse sentido:

O dano extrapatrimonial é o dano causado por uma ofensa que atinja um patrimônio imaterial da vítima, desvinculado de qualquer expressão econômica imediata, podendo ter reflexos íntimos consistentes em dor, humilhação, tristeza, vergonha e sentimentos afins, ou externos, prejudicando a boa fama ou reputação (REIS, 2019, e-book).

Como exemplo, o dano moral da pessoa jurídica que não passa por tais sensações (de dor e de sofrimento), conforme a dicção da Súmula 227 do c. STJ.¹⁸²² No mesmo sentido, o Enunciado n.º 445, da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

ENUNCIADO N.º 445. O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento.

¹⁸²⁰ STJ. REsp 1.245.550/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. em 17.03.2015.

¹⁸²¹ STJ. REsp 1.292.141/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. em 04.12.2012.

¹⁸²² SÚMULA N.º 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Vale lembrar que, a conceituação do dano extrapatrimonial, sob a perspectiva constitucionalizada do direito privado, deve ser compreendida como a lesão à dignidade da pessoa humana (BODIN DE MORAES, 2006).

Para mais, ao traçar um histórico do dano moral, é preciso analisar a evolução jurisprudencial na abordagem do tema, conforme esclarecem Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2016, p. 293). Em suma, afirmam que de não indenizável, o dano moral passou a ser indenizado quando acompanhado do respectivo dano material.¹⁸²³ Em termos práticos, contudo, asseveram que houve avanço na jurisprudência da Suprema Corte, especialmente a partir da CF/88, como dito alhures.¹⁸²⁴

Noutro flanco, quanto à natureza jurídica da indenização por danos morais, é possível observar três correntes de pensamento na atualidade. Em primeiro lugar, de mero intuito compensatório ou reparatório, a qual se encontra superada pelo entendimento de que deve ser compreendida para além de uma simples reparação. Em segundo lugar, de caráter punitivo ou disciplinador. Em terceiro e último lugar, de viés principalmente reparatório e de caráter acidentalmente pedagógico ou disciplinador, a qual prevalece, por igual, na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais (TARTUCE, 2020, p. 484).

É de se ressaltar, ainda quanto à natureza jurídica da indenização por danos morais, o Enunciado n.º 379, da IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

ENUNCIADO N.º 379. O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.

Ademais, sobre a tarifação ou o tabelamento da indenização por danos morais, Flávio Tartuce (2020, p. 485) obtempera que a inconstitucionalidade desse entendimento sobressai pela lesão à especialidade, segunda parte da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/88), bem assim por violar a cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF/88).

Desse modo, na quantificação dos danos morais, o magistrado deve agir com equidade, conforme os critérios previstos nos arts. 944 e 945 do CC/02 e na jurisprudência, tais como extensão do dano, intensidade do dolo ou grau de culpa (se for o caso) do causador da ofensa, os efeitos do dano no psiquismo do ofendido e repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima, nível cultural do causador do dano, demora na propositura da ação ressarcitória, condição socioeconômica dos envolvidos etc., sendo que, este último parâmetro, será visto em minúcias a seguir.¹⁸²⁵

¹⁸²³ STF. RE 11.786, 2º T., Rel. Min. Hahemann Guimarães, j. em 06.10.1952. Ementa: NÃO É ADMISSÍVEL QUE OS SOFRIMENTOS MORAIS DÊEM LUGAR À REPARAÇÃO PECUNIÁRIA, SE DELES NÃO DECORRE NENHUM DANO MATERIAL.

¹⁸²⁴ STF. RE 85.127, 1ª T., Rel. Min. Soares Muñoz, j. em 03.04.1979. Ementa: MORTE DE MENOR QUE CAIU DO TREM ONDE VIAJAVA. NA INDENIZAÇÃO CONCEDIDA AOS PAIS, PELO PREJUÍZO PRESUMÍVEL DECORRENTE DA MORTE DO FILHO MELHOR, ESTÁ INCLUÍDO O RESSARCIMENTO DE DANO MORAL RESULTANTE DO MESMO FATOS.

¹⁸²⁵ STJ. REsp 355.392/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Filho, j. em 26.03.2002. STJ. EREsp 526.299/PR, Corte Especial, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 03.12.2008. STJ.

3 CRITÉRIO DA CONDIÇÃO SOCIAL DA VÍTIMA E DO OFENSOR NO ÂMBITO JURISPRUDENCIAL

Sustentadas as premissas iniciais deste trabalho, é preciso ter em mente que verificados, no caso concreto, a efetiva ocorrência do dano e o dever de indenizar, deve-se observar, na prática jurídica, os paradigmas para a fixação do *quantum* indenizatório. Assim, sem pretensão de esgotar o tema, o estudo abordará, em especial, o tratamento jurisprudencial a respeito da situação econômico-financeira da vítima e do ofensor, e a forma pela qual a adoção desmedida desse critério implica em violação aos preceitos éticos que norteiam o moderno direito civil.

Nesse panorama, a indenização por danos morais encontra uma barreira na complexidade de definição do seu *quantum*, uma vez que não são passíveis de reparação como os danos materiais, estando, portanto, a sua determinação na esfera da compensação (BERLINI, 2014, p. 292). Em palavras mais simples, não há que se falar em critérios objetivos, específicos e determinados para o arbitramento de valores em termos de responsabilidade civil por dano moral.

Sem embargo da ressalva acima, o entendimento dos Tribunais Pátrios, em especial do c. Superior Tribunal de Justiça, passou a adotar critérios para a compensação adequada, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, o que, contudo, não recomenda – e mais, impede – a formulação de parâmetros universais ou absolutos, conforme já decidiu o STF ao declarar que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela CF/88.¹⁸²⁶

Tal objeção, diga-se, foi confirmada pelo c. STJ por intermédio do enunciado da Súmula n.º 281, *in verbis*:

SÚMULA N.º 281. A indenização por dano moral não está sujeita à tarificação prevista na Lei de Imprensa.

Seguidamente, a doutrina demonstrou a sua concordância, por meio do Enunciado n.º 550, da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

ENUNCIADO N.º 550. A quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos.

Vale ressaltar que, por ocasião do julgamento do REsp 214.053/SP, oriundo da Quarta Turma, de relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha, em 05.12.2000, o c. STJ adotou posicionamento para a fixação de indenização por danos morais, com base, unicamente, no critério da condição social da vítima e do ofensor. Veja-se:

CIVIL. DANO MORAL. QUANTIFICAÇÃO. O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de

REsp 1.567.490/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 27.09.2016.

¹⁸²⁶ STF. ADPF 130/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 30.04.2009.

Justiça (REsp n. 53.321/RJ, Min. Nilson Naves). Para se estipular o valor do dano moral devem ser consideradas as condições pessoais dos envolvidos, evitando-se que sejam desbordados os limites dos bons princípios e da igualdade que regem as relações de direito, para que não importe em um prêmio indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado. Recurso parcialmente conhecido e nessa parte provido. (STJ. REsp 214.053/SP, Quarta Turma, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 05.12.2000).

No entanto, o c. STJ passou a adotar ressalvas a esse entendimento, como, por exemplo, no julgamento do REsp 951.777/DF, oriundo da Terceira Turma, de relatoria do Ministro Ari Pargendler, em 19.06.2007. Veja-se:

CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. A condição social da vítima, de pobre, não pode ser valorizada para reduzir o montante da indenização pelo dano moral; a dor das pessoas humildes não é menor do que aquela sofrida por pessoas abonadas ao serem privadas de um ente querido. Recurso especial conhecido e provido. (STJ. REsp 951.777/DF, Terceira Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, julgado em 19.06.2007).

No mesmo sentido, o Enunciado n.º 588, da VII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo qual a situação econômica da vítima não pode ser levada em consideração, de outro modo, a situação econômica do ofensor pode ser considerada ante o caráter pedagógico ou disciplinador da reparação imaterial. Veja-se:

Enunciado n.º 588. O patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial.

Como se observa, a fixação de indenização por danos morais, para pessoas em situações econômicas distintas, mas em casos concretos semelhantes, pode ensejar valores diversos, sobretudo quando baseado apenas no critério da condição social dos envolvidos (COSTA, 2011), o que pode violar o princípio constitucional da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da CF/88, conforme adiante alinhavado.

Tal entendimento é compartilhado por Anderson Schreiber (2002, p. 25), ao afirmar que, a repercussão da lesão à personalidade não pode ser considerada menor pela sua reduzida capacidade econômica. Assim, prossegue, o arbitramento do dano moral deve harmonizar às suas condições pessoais e às consequências do dano sobre a pessoa, contudo, não deve simetrizar às suas condições patrimoniais.

De forma exemplificativa, citou-se excerto do c. STJ, em que o entendimento se vale de um único critério para a quantificação dos danos morais. Nada obstante, a jurisprudência houve por bem rever o posicionamento outrora citado, de modo que faz uso, na atualidade, de um conjunto de critérios para a fixação do *quantum*

indenizatório, incluindo as decisões do c. STJ no rol de julgados que se utilizam dessa outra orientação.

Perfilha desse entendimento a jurisprudência recente do c. STJ. Veja-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. RESTRIÇÃO ÀS FALHAS DE PRESTAÇÃO DO SEU SERVIÇO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. RECONHECIMENTO DA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MÉTODO BIFÁSICO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Verifica-se que o Tribunal de origem analisou todas as questões relevantes para a solução da lide, de forma fundamentada, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional. 2. A responsabilidade objetiva dos hospitais como prestador do serviço, prevista no art. 14 do CDC, não é absoluta, respondendo objetivamente somente pelos danos causados aos pacientes em decorrência de defeito no seu serviço, como aqueles relativos estadia do paciente, instalações, equipamentos e serviços auxiliares. Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte. Súmula 83/STJ. 3. Ao analisar as peculiaridades do caso, as instâncias ordinárias, a fim de reconhecer o nexo de causalidade, foram claras ao asseverar que houve falha na prestação do serviço imputado ao hospital, o que contribuiu para o evento danoso, haja vista o atraso na ministração da medicação prescrita e a falta de uso de outro remédio que teria ação mais efetiva. Ademais, houve falha no procedimento adotado durante a crise de broncoespasmo, o que levou o paciente a óbito, consoante afirmado pelo laudo pericial. 4. O valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade, o que não se evidencia no presente caso, de modo que a sua revisão encontra óbice na Súmula 7/STJ. 5. Agravo interno desprovido. (STJ. AgInt no AREsp 1.651.310/DF, Terceira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 11.10.2021).

Registre-se que o c. STJ vem adotando o modelo bifásico para a definição do montante indenizatório a ser pago a título de danos morais. Segundo o método, na primeira fase, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes, ao passo que, na segunda fase, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para a fixação definitiva do valor da indenização, atendendo, de consequente, a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.¹⁸²⁷

¹⁸²⁷ STJ. REsp 1.152.541/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sansverino, j. em 13.09.2011.

Vale lembrar que, o referido método bifásico, consolidou-se por intermédio da Jurisprudência em Teses n.º 125, do c. STJ, de 17 de maio de 2019, da seguinte maneira:

1) A fixação do valor devido à título de indenização por danos morais deve considerar o método bifásico, que conjuga os critérios da valorização das circunstâncias do caso e do interesse jurídico lesado, e minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano.

Em suma, o critério bifásico busca, na fase de valoração, a constatação da existência do dano imaterial pela violação de uma certa situação jurídica existencial merecedora de tutela e, na fase de quantificação, a apuração da extensão da lesão à pessoa, isto é, a individualização do dano extrapatrimonial (FARIAS; ROSENVALD, NETTO, 2016, p. 366-367). No mesmo sentido, o Enunciado n.º 455, da V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

ENUNCIADO N.º 455. Embora o reconhecimento dos danos morais se dê, em numerosos casos, independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência.

Oportuno observar que, excecionalmente, quando evidenciada a irrisoriedade ou a exorbitância na fixação do valor da indenização a título de danos morais, o c. STJ permite sua revisão, com o fim de adequação aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.¹⁸²⁸

Nada obstante, é de se ressaltar, para bem salientar isto que, a Lei n.º 13.467/2017, ao suprir lacuna existente quanto à aplicação do dano moral na seara trabalhista, ante a ausência de previsão específica na Consolidação das Leis do Trabalho, que se utilizava dos arts. 186 e 927 do CC/02, passou a prever o arbitramento de danos extrapatrimoniais com base no salário contratual do ofendido, na forma do art. 223-G, § 1º, inc. I a IV, da CLT.

Assim giza o reportado dispositivo legal, *in verbis*:

CLT. Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:
(...) § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:
I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;
IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

¹⁸²⁸ STJ. REsp 1.902.867/SC, Quarta Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 17.12.2020.

Na trilha desse raciocínio, é possível observar uma tentativa de tarifação, de tabelamento, de restrição, ou mesmo, de valores fixos à compensação por danos morais, por meio de lei ordinária, em desacordo com a CF/88 e a jurisprudência dos Tribunais Superiores. No mesmo sentido, quanto à exclusividade de critérios ou parâmetros para a fixação da indenização por dano imaterial nas relações laborais, os Enunciados Aglutinados n.º 5 da Comissão 2, da II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela ANAMATRA. Veja-se:

APLICAÇÃO EXCLUSIVA DOS NOVOS DISPOSITIVOS DO TÍTULO II-A DA CLT À REPARAÇÃO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS DECORRENTES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: INCONSTITUCIONALIDADE. A esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/88) e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do estado a respectiva tutela na ocorrência de ilicitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. Devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 5º, V e X, da CRFB/88). A interpretação literal do art. 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, caput e incisos V e X e 7º, caput, todas da Constituição Federal.

Vê-se, pois, que o entendimento fundamentado, ao que parece, em limitação de valores à compensação dos danos morais, com base na condição social da pessoa ofendida ou no salário contratual do ofendido, por exemplo, revela-se materialmente incompatível com os inc. V e X, do art. 5º, da CF/88, por obstaculizar a compensação integral dos danos, além de caracterizar afronta ao postulado fundamental da dignidade da pessoa humana e da isonomia, rompendo com o arcabouço jurídico constitucional.

Em última análise, para que a fixação de indenização por danos imateriais cumpra suas funções diante dos critérios de reparação previstos pela ordem jurídica – tanto de desestímulo do ato ilícito ao ofensor como de compensação do sofrimento causado à vítima –, deve-se levar em conta a condição econômico-financeira dos envolvidos ao lado de outros parâmetros estabelecidos via legislação, doutrina e jurisprudência, sob a perspectiva constitucionalizada do direito privado.

CONCLUSÃO

Dentro da ordem de ideias aqui exposta, é possível concluir que, a definição de responsabilidade civil contemporânea, deve ser compreendida a partir do tratamento da questão pelo Código Civil de 2002 e da incidência dos direitos fundamentais nas relações interpretadas, notadamente ante a proteção de valores extrapatrimoniais pela Constituição Federal de 1988, temas cujos estudos merecem maior aprofundamento diante dos novos danos verificados na atualidade.

Ao longo deste trabalho, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema, a proposta foi analisar a (in)suficiência do critério de reparação baseado, unicamente, na condição socioeconômica da vítima e do ofensor. Em resumo, na árida tarefa imposta ao julgador para o arbitramento do *quantum* indenizatório, este parâmetro deve ser utilizado como mais um elemento agregador – e não como único fundamento – para a adequada, efetiva e integral reparação pecuniária, conforme as circunstâncias do caso concreto.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva.
- BRASIL. ANAMATRA. Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Disponível em <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp> Acesso em: 25 fev. 2022.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Jornadas de Direito Civil. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/> Acesso em: 25 fev. 2022.
- BRASIL. Planalto. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis/2002/110406compilada.htm> Acesso em: 25 fev. 2022.
- BRASIL. Planalto. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em: 25 fev. 2022.
- BRASIL. Planalto. Constituição Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 25 fev. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 25 fev. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/JuriTeses/article/view/11383/11512> Acesso em: 25 fev. 2022.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, p. 59-73, 1991.
- BODIN DE MORAES. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233 a 258, jul./dez. 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga Curso de direito civil: responsabilidade civil. 3. ed. rev. atual. Salvador: Juspodvim, 2016.
- COSTA, Cynara de Barros. O problema da quantificação dos danos morais sob a ótica do Direito Civil Constitucional. Revista Duc In Altum, Caderno de Direito, v. 3, n. 3, jan./jun. 2011.
- FACHIN, Edson. et. al. (Coord.). Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014.
- FACHIN. Direito Civil: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis de Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- REALE, Miguel. Sentido do Novo Código Civil. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/> Acesso em: 25 fev. 2022.
- REALE. Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, 16.01.1975. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5106760/mod_resource/content/3/Exposi%C3%A7%C3%A3o%20de%20motivos.pdf Acesso em: 25 fev. 2022.
- REIS, Clayton; Dano moral. 6 ed. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. E-book.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do Dano Moral no Novo Código Civil. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 20, p. 16 a 38, jan./jul. 2002.
- TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 10. ed., rev., atual., ampl. Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2020.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. Revista de Direito do Estado, ano 1, n. 2, p. 37-53. abr./jun. 2006.
- TEPEDINO. Temas de Direito Civ. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

A GRATUIDADE DA JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO IMPRESCINDÍVEL PARA O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA E CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA DEMOCRÁTICA: LEI 13.467/2017 E ADI 5766/DF, O EMBATE ENTRE A PERDA OU MANUTENÇÃO DE DIREITOS

Jorge Guilherme Pacheco¹⁸²⁹

INTRODUÇÃO

O artigo busca trazer uma reflexão sobre a gratuidade da justiça como um dos instrumentos hábeis para o efetivo acesso à justiça e concretização da cidadania democrática.

Para isso, necessária a abordagem dos temas relativos a gratuidade da justiça, acesso à justiça, cidadania e democracia, que em conjunto conseguem demonstrar a importância de tais instrumentos para a vida dos cidadãos.

Além disso, será realizada a abordagem da Lei 13.467/2017 e ADI 5766/DF, com o escopo de demonstrar o embate entre a manutenção dos direitos existentes ou a consequente perda.

A gratuidade da justiça é um elemento muitas vezes simples, mas que possibilita direitos em larga escala, até mesmo inimagináveis, sendo que a partir dela é possível obter e fazer cumprir outros diversos direitos e garantias, sendo certo que sem a sua incidência ficariam impossibilitados de manifestação, ante ser um dos estopins para a decorrência dos demais.

Assim, é um tema de muita relevância, ainda mais por estar em voga pelo embate da Lei 13.467/2017 pela ADI 5766/DF.

Haverá uma análise sucinta sobre a gratuidade da justiça, sobre o acesso à justiça, bem como uma reflexão a respeito do embate da Lei 13.467/2017 pela ADI 5766/DF, trazendo um ponto de vista ao leitor para sua reflexão posterior.

O acesso à justiça oportunizado pela gratuidade da justiça visto sob o seu prisma democrático e fundamental, confere um real acesso aos organismos judiciários, possibilita a obtenção de um bem comum final de acesso à justiça e, consequentemente, da concretização da cidadania democrática.

Desse modo, existe a extrema importância de demonstrar a real necessidade de aplicação efetiva da gratuidade da justiça, com o escopo de obter um verdadeiro acesso à justiça, hábil de conferir uma concretização da cidadania democrática.

¹⁸²⁹ Pós-graduado em Direito Constitucional e Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Advogado, escritor e pesquisador. Autor dos artigos: “O atual sistema de *score* e os direitos fundamentais: a necessidade de equilíbrio entre os interesses do sistema financeiro e as normas de proteção ao consumidor”, apresentado no XII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, publicado nos anais do evento e “O princípio da cooperação como instrumento imprescindível para o efetivo acesso à justiça e pacificação social em tempos de pandemia”, publicado no livro *Direito, Justiça & Sociedade: Estudos em homenagem à criação da Escola Judicial do Paraná*. Autor dos resumos: “Supremo Tribunal Federal e o desluzo social”, apresentado no VIII Simpósio de Pesquisa e Iniciação Científica (SPIC) do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba), publicado nos anais do evento e “Liberdade de expressão no período eleitoral”, apresentado no V Simpósio de Pesquisa e Iniciação Científica (SPIC) do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba), publicado nos anais do evento. Autor do livro: *O princípio da cooperação e o jus postulandi*. E-mail: pacheco_jg@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4651132731860588>

Portanto, considerando o contexto hodierno, vislumbra-se a extrema necessidade de se refletir sobre o tema, havendo a busca incansável de que cada vez mais haja o aperfeiçoamento e a efetividade real da popularmente denominada justiça, como corolário democrático e cidadão.

1 JUSTIÇA GRATUITA

A justiça gratuita é um direito fundamental existente no ordenamento jurídico brasileiro, que possibilita aos cidadãos sem condições financeiras o ingresso no Poder Judiciário sem a incidência de custos.

Poderia dissecar muitos dispositivos legais diversos existentes no ordenamento jurídico como um todo, bem como inúmeras jurisprudências, enunciados, entre outras normas que regulam o tema, o que ocuparia em muito o deslinde do artigo.

Todavia, como expressão máxima a gratuidade da justiça está estampada no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal e no artigo 8º da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Deve ficar claro que a gratuidade da justiça não é um presente conferido ao cidadão, mas uma oportunidade de que haja no momento da hipossuficiência um espectro necessário para possibilitar o processamento de um litígio sem a necessidade de pagamento imediato de custos.

É certo que a gratuidade da justiça não exige o pagamento ou o excluí, mas na realidade possibilita a suspensão enquanto durar a hipossuficiência, respeitados os prazos de extinção efetiva da obrigação.

Desse modo, a gratuidade da justiça não é uma “festa” como muitos tentam fazer crer, dada a seriedade do instituto.

Além do mais, tal possibilidade é fiscalizada de perto pelo organismo judiciário, bem como pelas partes como um todo, sendo certo que há possibilidade de fiscalização para que não haja abuso frente ao instituto.

Fato é que a gratuidade da justiça possibilita que muitas pessoas que não possuem recurso financeiros tenham a chance de se socorrer ao Poder Judiciário.

Em síntese e de forma simplista, a gratuidade da justiça nada mais é do que retirar um empecilho financeiro que poderia ser fator determinante para não efetivação de direitos.

2 ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é o direito humano fundamental basilar de qualquer Estado democrático de direito.

Nesse sentido, “o acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”¹, ou seja, para que se possa falar em um Estado democrático de direito, bem como na observância, defesa e cumprimento dos direitos humanos fundamentais há necessidade de que seja possibilitado um real e efetivo acesso à justiça, sendo que

somente por intermédio do acesso à justiça igualitário e efetivo é que se pode falar em observância, defesa e garantias de direitos que por via de consequência formam o Estado democrático de direito.

Deve ficar claro que o acesso à justiça não significa conferir o bem da vida almejado ou ao contrário, mas possibilitar que o indivíduo possa ter seu pleito escutado e processado pelo Estado, ou seja, dar voz ao cidadão, possibilitando que haja uma análise ao seu clamor.

Em outras palavras, o acesso à justiça não significa dizer sim e aceitar o pedido do suplicante, mas possibilitar que esse pleito seja apresentado e tratado com dignidade.

É certo que o sistema jurídico brasileiro merece uma reforma integral com o escopo de fornecer uma efetiva prestação jurisdicional de forma igualitária e equânime, sendo certo que somente assim é que se poderá falar em um efetivo acesso à justiça e perfectibilização da democracia.

Novamente é importante destacar que a efetiva prestação jurisdicional não diz respeito ao êxito de determinado sujeito no processo, mas que seja oportunizada a possibilidade de os sujeitos obterem uma prestação jurisdicional desceite, zelosa, eficiente, ágil, proporcional, cooperativa e atenciosa, tendo dessa forma uma efetiva prestação jurisdicional para todos os sujeitos envolvidos no processo.

É evidente que para configuração efetiva de um real acesso à justiça há necessidade do acesso, ou seja, poder ter a possibilidade de se socorrer aos organismos judiciários.

Ora, é necessário que o cidadão possa chegar até o Poder Judiciário e tenha a possibilidade de apresentar o seu pleito, sem barreiras.

Neste sentido, lecionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, vejamos:

Além disso, o procedimento deve ser capaz de permitir o acesso dos mais pobres ao Poder Judiciário, tendo importância para viabilizar a universalidade de acesso à justiça. Daí a importância, mais uma vez, da diferenciação dos procedimentos. O procedimento não deve se diferenciar apenas para atender às diferentes necessidades de tutela dos direitos, mas também para permitir o acesso das populações economicamente menos privilegiadas ao Poder Judiciário. Um processo que não garante a todos, independentemente das suas posições financeiras, o acesso à justiça possui um déficit de legitimidade¹⁸³⁰.

A judicialização no Brasil é cara e custosa, ainda mais se levar em consideração a realidade social que nos cerca, sendo que os cidadãos muitas vezes não possuem acesso a suprimentos básicos de subsistência, quem dirá a possibilidade de custear as despesas incidentes em um processo judicial.

¹⁸³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a. p. 488.

Muito embora existam pessoas que propagam que o custo judicial no Brasil seja baixo, levando-se em consideração a realidade de países diversos, e, em consequência, argumentando que isso possibilita um grande acesso e abarrotamento do Poder Judiciário, é evidente que a realidade brasileira é totalmente diferente.

Não temos como comparar países para tirar conclusões, podemos sim nos espelhar, mas a comparação será sempre um modo falho, injusto e sem sentido, dada as particularidades infinitas que permeiam relações tão complexas, que não podem simplesmente ser vistas de forma superficial.

Só podemos comparar o igual com o idêntico, se houver qualquer diferença, por mínima que seja, a comparação é inaceitável.

Todavia, este não é o cerne da questão.

A verdade é que para realidade brasileira, o acesso à justiça é muito custoso, sejam as custas devidas aos órgãos judiciários, os honorários advocatícios, custas diversas, sucumbência, entre inúmeras outras incidências pecuniárias que permeiam os processos judiciais.

Assim, para possibilitar o efetivo acesso à justiça, há tempos houve a conquista do direito da gratuidade da justiça, que possibilita que pessoas hipossuficientes possam se socorrer aos organismos judiciários sem incidir em custos.

Esse direito é um corolário do acesso à justiça, tendo em vista que possibilita que a parte que não possui condições financeiras de ingressar no Poder Judiciário, seja agraciada com benesses e oportunidades para ver seu direito garantido, possibilitando o cumprimento dos direitos fundamentais e solidificando o Estado democrático de direito.

É certo que esse direito se mostra como situação *sine qua non* para a efetivação do direito ao acesso à justiça.

A gratuidade da justiça, possibilita um olhar social e humano aos jurisdicionados desvalidos, muitas vezes aqueles que mais precisam da prestação jurisdicional, e, por sua condição de hipossuficiência, conseguem o apoio estatal para garantir seus direitos.

Ora, é um direito básico, fulcral e inafastável.

Pensar em sentido contrário, seria tolher um direito constitucionalmente previsto de acesso à justiça.

Fica crível que a gratuidade da justiça é um instrumento essencial para a efetivação do acesso à justiça, tendo em vista que oportuniza que os hipossuficientes possam ter o mesmo tratamento daqueles que podem pagar.

Demonstra a preocupação do Estado com o que realmente importa, não se preocupando meramente com questões financeiras e econômicas, mas pensando profundamente na dignidade das pessoas.

O acesso à justiça é um dos instrumentos mais importantes para a manutenção do Estado democrático de direito e a possibilidade do exercício da cidadania.

São inúmeras as ramificações que em conjunto corporificam o direito constitucional de acesso à justiça, sendo que a gratuidade da justiça é uma dessas ramificações inafastáveis.

Assim, é evidente que com o tolhimento da gratuidade da justiça, consequentemente haverá a fragilização do direito ao acesso à justiça.

3 EVOLUÇÃO OU RETROCESSO?

O acesso à justiça é o direito humano fundamental basilar de qualquer Estado democrático de direito.

Tal discussão está em voga desde a sanção da Lei 13.467/2017 que trouxe modificações na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Nesta nova legislação, há modificações importantes e relevantes, em especial quanto a gratuidade da justiça e sua decorrência, o que afeta diretamente o direito fundamental de assistência jurídica integral e gratuita prevista no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal, bem como o direito fundamental de acesso à justiça previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Magna.

Muito embora tal assunto circunde a princípio a seara trabalhista, é evidente que sua decorrência pode alcançar outros meandros jurídicos, dada a famigerada analogia frequentemente utilizada no âmbito judicial, o que poderá estender o entendimento para outras ramificações.

Em decorrência de tal legislação, houve a apresentação da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, pela Procuradoria-Geral da República, visando a declaração de inconstitucionalidade das novas disposições constantes da legislação citada, que está tramitando regularmente no Supremo Tribunal Federal – STF, sob numeração ADI 5766/DF, com apresentação dos votos do Ministro Luís Roberto Barroso (Relator) e do Ministro Luiz Edson Fachin (Vogal).

Em especial, a ADI possui o escopo de que seja declarada a inconstitucionalidade, e, conseqüentemente, tonar sem efeito algumas disposições constantes na Lei 13.467/2017.

A ação defende, ainda, que referidas disposições constantes na Lei 13.467/2017 ferem o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, os objetivos fundamentais de uma sociedade livre, justa e solidária e o da redução das desigualdades sociais, previstos nos incisos I e III do artigo 3º da Carta Magna, respectivamente, entre outros inúmeros argumentos.

É de se verificar que o legislador colocou na mesma baila de equivalência direitos fundamentais previstos na Constituição Federal com os direitos econômicos do Estado, como se ambos tivessem o mesmo grau de importância.

Cumprir destacar que os direitos e preceitos fundamentais, ou seja, as normas fundamentais como um todo são decorrentes de grandes lutas históricas que conferem aos cidadãos uma garantia constitucional de segurança jurídica e de manutenção de direitos, sendo certo que não podem ser mitigados ao bel prazer do Estado.

Neste caso específico, em síntese, observa-se o embate entre o acesso à justiça e a preservação da economia e funcionamento do Estado.

De antemão, é claro que fica evidente qual argumento é o mais importante.

Ora, buscar tolher o direito de acesso à justiça em face de questões econômicas estatais pode ser considerado um avanço ou um retrocesso?

A resposta dependerá de qual lado será analisada a questão.

A verdade é que o Estado em si obtém diversos recursos financeiros da população como um todo, a todo título possível e imaginável, sendo pequenas e escassas as possibilidades de os cidadãos obterem benesses por parte do poderio Estatal.

A questão é que se torna injustificável defender a supressão de direitos tão importantes em face de um argumento pífio quanto a questão econômica e funcionamento estatal.

Ora, se fosse a gratuidade da justiça a grande responsável pelos rombos e mais rombos existentes nos cofres públicos, bem como pelo grande abarrotamento do Poder Judiciário, até se justificaria, mas isso não é a realidade.

É certo que se as contas públicas fossem tratadas com maior decência e zelo pelos representantes, não teríamos tantos problemas decorrentes.

Se a corrupção fosse menor, é certo que sobraria mais dinheiro.

Se os recursos fossem aplicados com responsabilidade, é certo que não faltaria dinheiro.

Se os privilégios fossem retirados dos que mais têm em benefício dos que mais precisam, é certo que teríamos uma sociedade mais equânime.

Cumprir destacar que os organismos estatais como um todo são os maiores litigantes, além disso, se há abarrotamento no Poder Judiciário, é certo que isso decorre de uma má gestão por parte do próprio Estado.

Ora, o Estado não pode querer responsabilizar a população por sua incompetência.

A população já paga muito caro pela incompetência estatal.

É fato que querem tirar benefícios dos que mais precisam, sob um argumento de melhora para população como um todo.

Todavia, é de sabença longínqua que caso haja manutenção deste entendimento, tais valores não serão revertidos para população como um todo e, muito menos para quem mais necessita, muito menos haverá um respiro ao abarrotamento dos organismos judiciários.

Tais recursos vão se dissipar como grande maioria deles se esvai, sem muito compromisso e consciência, muitas vezes em proveito próprio de quem os gerencia e de alguns outros poucos escolhidos, sendo certo que a população que mais precisa da efetiva concretização de tais direitos ficará ainda mais fragilizada e à mercê da própria sorte.

A verdade é que tal intenção não passa de um verdadeiro retrocesso de direitos.

O problema é que quanto mais há retrocesso, cada vez mais isso se torna corriqueiro, até que em certo momento se torna uma realidade com naturalidade e pouco a pouco todos vão se acostumando com as perdas de direitos tão importantes, sendo que chegará um dia que não teremos mais direitos.

Deve restar claro que não se pede muito com tais direitos, mas o básico, o mínimo para uma vida decente e com pífias garantias.

Busca-se retirar direitos de parte da população que mais precisa, pessoas que não possuem muitas vezes praticamente nada.

Deve-se ter em mente que o principal objetivo de um Estado é cuidar de forma decente de sua população, conferindo uma vida digna.

A Constituição Federal, chamada também de Constituição Cidadã, busca trazer direitos e garantias hábeis de conferir um *status* de cidadania aos “habitantes”, conferindo um tratamento digno e humanitário, assegurando direitos, demonstrando que um país se faz por seu povo, trazendo sentimento de supremacia ao povo e à nação.

Como queremos ter uma sociedade livre, justa, solidária, sem desigualdades e máculas se cada vez mais há uma busca incansável pela restrição e extinção de direitos e garantias fundamentais?

Não há como ter tudo isso se não tivermos direitos, isso é um fato.

Parece que o Estado ao invés de evoluir tem cada dia mais andado para trás, é uma involução constante.

Falta para alguns representantes um exame de consciência e humanidade ao tratar a população como um todo.

Enquanto estão em seus “palácios” bem abastecidos e protegidos, a grande maioria da população sofre todos os percalços que são gerados por aqueles que deveriam conferir uma vida digna e descente.

Falta aos representantes do Estado calçarem as sandálias da humildade e servir efetivamente ao povo, tendo em vista que o povo é o poder, devendo os representantes servir ao povo e não a si mesmos.

É certo que ainda há um último suspiro para ver se haverá a manutenção de direitos ou um retrocesso, tendo em vista que não houve o julgamento completo da ADI 5766/DF.

Merece especial atenção o voto do Ministro Luiz Edson Fachin (Vogal), que busca defender e resguardar os direitos e garantias constitucionais, em especial, nos seguintes termos:

A proteção constitucional ao acesso à Justiça e à gratuidade dos serviços judiciários também encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente da Segunda Turma, que associa tais garantias ao direito de ter direitos, reafirmando que restrições indevidas a estas garantias institucionais podem converter as liberdades e demais direitos fundamentais por elas protegidos em proclamações inúteis e promessas vãs. [...] Assim sendo, impõe-se, nesse contexto, uma interpretação que garanta a máxima efetividade desse direito fundamental, sob pena de esvaziar-se, por meio de sucessivas restrições, ele próprio e todos os demais direitos por ele assegurados. [...] Quando se está a tratar de restrições legislativas impostas a garantias fundamentais, como é o caso do benefício da gratuidade da Justiça e, como consequência, do próprio acesso à Justiça, o risco de violação em cascata de direitos fundamentais é iminente e real, pois não se está a resguardar apenas o âmbito de proteção desses direitos fundamentais em si, mas de todo um sistema jurídico-constitucional de direitos fundamentais deles dependente. [...] As limitações impostas pela Lei 13.467/2017 afrontam a consecução dos objetivos e desnaturam os fundamentos da Constituição da República de 1988, pois esvaziam direitos fundamentais essenciais dos trabalhadores, exatamente, no âmbito das garantias institucionais necessárias para que lhes seja franqueado o acesso à Justiça, propulsor da busca de seus direitos fundamentais sociais¹⁸³¹.

¹⁸³¹ ADI 5766/DF.

Assim, é evidente a importância de tais direitos para os cidadãos.

Como cidadãos, não podemos permitir que direitos sejam usurpados, mesmo que não nos afete diretamente, sendo que tal prática, caso aceita, será cada vez mais presente no dia a dia, até chegar um momento em que não teremos mais direitos e acharemos isso normal.

Devemos relembrar que tais direitos foram obtidos por meio de muita luta e sacrifício, não podendo ser retirados de uma forma mais fácil do que “tirar doce de criança”.

Somos povo, o maior e mais importante indivíduo da democracia.

Sempre tenhamos em mente, a democracia é feita por todos nós!

CONCLUSÃO

O artigo buscou trazer uma reflexão sobre a gratuidade da justiça como um dos instrumentos hábeis para o efetivo acesso à justiça e concretização da cidadania democrática.

Para isso, foi necessária a abordagem dos temas relativos a gratuidade da justiça, acesso à justiça, cidadania e democracia, que em conjunto conseguem demonstrar a importância de tais instrumentos para a vida dos cidadãos.

Além disso, foi realizada a abordagem da Lei 13.467/2017 e ADI 5766/DF, com o escopo de demonstrar o embate entre a manutenção dos direitos existentes ou a consequente perda.

Ficou demonstrado que a gratuidade da justiça é um elemento muitas vezes simples, mas que possibilita direitos em larga escala, até mesmo inimagináveis, sendo que a partir dela é possível obter e fazer cumprir outros diversos direitos e garantias, sendo certo que sem a sua incidência ficariam impossibilitados de manifestação, ante ser um dos estopins para a decorrência dos demais.

Houve uma análise sucinta sobre a gratuidade da justiça, sobre o acesso à justiça, bem como uma reflexão a respeito do embate da Lei 13.467/2017 pela ADI 5766/DF, trazendo a conclusão de que é impossível o retrocesso de direitos.

Restou evidente que o acesso à justiça oportunizado pela gratuidade da justiça visto sob o seu prisma democrático e fundamental, confere um real acesso aos organismos judiciários, possibilita a obtenção de um bem comum final de acesso à justiça e, conseqüentemente, da concretização da cidadania democrática.

Desse modo, existe a extrema importância de demonstrar a real necessidade de aplicação efetiva da gratuidade da justiça, com o escopo de obter um verdadeiro acesso à justiça, hábil de conferir uma concretização da cidadania democrática.

Portanto, considerando o contexto hodierno, ficou clara a extrema necessidade de se refletir sobre o tema, havendo a busca incansável de que cada vez mais haja o aperfeiçoamento e a efetividade real da popularmente denominada justiça, como corolário democrático e cidadão.

REFERÊNCIAS

- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a. p. 488.
- ADI 5766/DF.

FELIX FISCHER E O JUBILEU DE PRATA NO STJ: EXECUÇÃO DA PENA E SEGURANÇA JURÍDICA

Raphaella Benetti da Cunha Rios¹⁸³²

INTROITO

No dia 17.12.2021 o Ministro Felix Fischer completou o seu “Jubileu de Prata” no Superior Tribunal de Justiça (STJ). A data, além da sua importância e enorme representatividade, me chamou especial atenção porque, coincidentemente, é o dia do aniversário de minha filha e o dia em que ingressei na magistratura. Outra coincidência interessante que guardo com o Min. Fischer: nós nos formamos em Direito na mesma escola, a grandiosa Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), local de onde saíram mentes jurídicas brilhantes e palco para aula de mestres como Afrânio Silva Jardim, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso (apenas para citar os mais contemporâneos), e muitos outros.

Em 17.12.2010, quando tomei posse como juíza do Estado do Paraná, contabilizava dez anos como advogada e já era admiradora do trabalho do Min. Felix Fischer, que vem integrando o STJ quase que desde seu nascedouro com a Constituição de 1988, que abre a era da democracia brasileira. A impressão que eu tinha dos corredores forenses era a de o Ministro ser um magistrado sério, erudito e muito firme em seus posicionamentos, além de um profundo conhecedor do Direito Penal brasileiro, como poucos. A atuação do Min. Fischer acabou sendo uma grande inspiração para o aprofundamento no Direito Penal e Processual Penal ao longo de minha trajetória como juíza. Percorri o caminho do doutorado em Criminologia, culminando na edição do livro *O juiz e a execução penal: reflexões de uma magistrada*¹⁸³³, no qual, além de relatar as perplexidades ao longo de uma carreira quase que praticamente voltada à atuação na área criminal e de execução da pena, tenta desenhar aquilo que, humildemente, designo como um *magistrado crítico e global*¹⁸³⁴.

Posso afirmar, sem medo de errar, que o Ministro Felix Fischer é exemplo do *magistrado crítico e global* que defendo em meu livro. Sua atuação destemida e independente na seara penal é muito conhecida: decisões no âmbito de operações de destaque, como na notória “Lava Jato”¹⁸³⁵, na “Operação Têmis” dentre outras,

¹⁸³² Doutora pela *Universitat de Barcelona* em Criminologia y Sociología Juridicopenal. Mestre em Criminologia, Política Criminal y Sociología Juridicopenal pela *Universitat de Barcelona*. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Juíza de direito titular da 1ª Vara Criminal, do tribunal do júri e da execução em meios fechado e semiaberto da Comarca de Arapongas – PR

¹⁸³³ RIOS, Raphaella Benetti da Cunha. *O Juiz e a Execução Penal: Reflexões de uma Magistrada*. Curitiba, Editora Bonijuris, 2019.

¹⁸³⁴ Muitos livros inspiraram o desenho desta figura do *juiz crítico e global*. Dentre todos eles, uma obra paradigmática me chamou atenção. Trata-se do livro *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial* de WAYNE MORRISON. Estudando eventos como o “holocausto” MORRISON identificou um verdadeiro “ponto cego” da Criminologia em suas várias vertentes: as ações e omissões estatais geradoras ou potencializadoras dos chamados “danos sociais”. E um *juiz crítico e global*, no meu sentir, tem que estar atento justamente a esses casos em que o estado se mostra omissivo, para tentar contribuir com a diminuição dos danos sociais. E o sistema carcerário brasileiro, nada mais é do que um produto da omissão estatal em matéria de execução penal, que acarreta enorme dano social a todos os envolvidos.

¹⁸³⁵ O Ministro Felix Fischer se tornou o relator dos recursos da Lava Jato por conta de voto divergente proferido no HC 338.345/PR.

refletem um juiz de posições firmes, preocupado com o Estado Democrático de Direito e, sobretudo, com o jurisdicionado e a *segurança jurídica*.

E, falando em *segurança jurídica*, o Min Fischer é seu grande defensor¹⁸³⁶, indo na contramão do movimento oposto atualmente visto, de relegá-la a um papel secundário e, porque não dizer, *descartável*. No seu discurso de posse como presidente do Superior Tribunal de Justiça (biênio 2012-2014) Felix Fischer alçou a segurança a verdadeira “missão” de sua gestão, missão esta que deveria ser de todo aquele que ingressa na magistratura, seja em que instância for:

“Côncio da necessidade de, junto a meus eminentes pares, atuar sempre de acordo com a Constituição e com as leis-porto seguro para o êxito de tamanha investidura, como recentemente evocou o eminente Ministro Ayres Britto em seu discurso de posse como Presidente do Pretório Excelso-estarei atento às mudanças sociais e econômicas, para melhor reconhecer os anseios dos jurisdicionados e, principalmente, para termos a tranquilidade de trabalhar na imperiosa missão de velar pela segurança e paz jurídicas”¹⁸³⁷.

Porém – e aqui adentro ao objeto mais específico deste pequeno estudo – pouco se fala sobre as decisões do Ministro Felix Fischer no âmbito da execução penal. Aliás, a execução da pena, infelizmente, ainda segue como o “patinho feio” do Direito Penal e Processual Penal, muito embora seja precisamente nela que o sentimento de justiça é efetivamente realizado. Afinal, de nada adianta uma sentença brilhante, uma pena perfeitamente fixada se ela não terá o seu cumprimento adequado.

Por esta razão, elegi a execução de pena como um propósito de carreira tanto profissional como acadêmica. E, não de forma aleatória, descortinarei nas linhas que seguem um pouco mais da atuação do Ministro Felix Fischer em matéria de execução penal.

1 DECISÕES DO MIN. FELIX FISCHER EM MATÉRIA DE EXECUÇÃO PENAL

O Min. Fischer tem incontáveis decisões em matéria de execução de pena, que valem a pena a menção, sendo impossível ao escopo deste artigo abranger todos os diversos temas enfrentados ao longo de seus mais de 25 (vinte e cinco) anos só no STJ. Dessa forma, separarei alguns assuntos que entendo relevante um olhar mais atento, até porque interferem não só no justo cumprimento da pena, mas também viabilizam a utópica “harmônica integração social do condenado e do internado”, requisito presente no art. 1º, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984).

Como se verá, a tônica da atuação de Felix Fischer como magistrado é a segurança jurídica. O Ministro privilegia o chamado *princípio da colegialidade*¹⁸³⁸ como

¹⁸³⁶ Cf. <https://direito-do-estado.jusbrasil.com.br/noticias/100047336/privilegio-a-seguranca-juridica-marca-carreira-de-felix-fischer-novo-presidente-do-stj> (acesso em 10.02.2022).

¹⁸³⁷ Discurso disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/discurso-ministro-felix-fischer.pdf> (acesso em 09.02.2022).

¹⁸³⁸ Segundo o *princípio da colegialidade*, uma vez o Tribunal tendo se manifestado sobre determinada matéria por meio de seu órgão colegiado máximo, essa manifestação deve preponderar sobre a

forma de dar efetividade e força aos entendimentos jurisprudenciais já firmados. Trata-se de atuação que preza manter a rigidez da Corte, para que não haja decisões discrepantes em situações semelhantes. Essa estabilidade é importante especialmente na execução de pena, pois uma oscilação de entendimento pode gerar uma enorme repercussão inclusive no *quantum* de pena a cumprir (como no caso da data base para obtenção de benefícios, adiante referenciada).

Nesse sentido, destaco três assuntos para debate: remição de pena, data-base para progressão de regime e a polêmica que envolve a prisão após decisão em segunda instância, para fins de início de cumprimento de pena. Todos eles possuem a extensão/relativização do direito fundamental à liberdade como cerne do debate.

Em tempo, destaco a pertinência da temática deste artigo com o título do livro *Direito, Gestão e Democracia*. Felix Fischer, tanto na condição de ministro do STJ como na qualidade de gestor desse Tribunal sempre utilizou como premissa de sua gestão a segurança jurídica, além de priorizar a informatização dos tribunais¹⁸³⁹, criticando o afastamento das Cortes Superiores de suas funções constitucionalmente estabelecidas.

1.1 EXTENSÃO DA REMIÇÃO DE PENA

Antes de adentrar às decisões propriamente ditas, faço um adendo para chamar a atenção do leitor sobre a subutilização desse importante instituto, que é o da *remição da pena*.

Atualmente, a remição de pena é prevista no ordenamento jurídico brasileiro e regulamentada nos arts. 126 a 130 da Lei de Execução Penal (LEP). O instituto prevê que o condenado pode remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo da execução de pena, à razão de 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias trabalhados e 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, seja no ensino fundamental, médio, superior e até profissionalizante. A remição, ainda, será declarada pelo magistrado da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa, podendo o juiz, em caso de constatação de falta grave do condenado, revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, que será computado, para todos os efeitos, como pena efetivamente cumprida.

Por conta da movimentação jurisprudencial, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou, em 2013, a Recomendação nº 44, de 26 de novembro de 2013, que prevê a remição por meio da prática de atividades complementares ao estudo – como as de natureza cultural, esportiva, de capacitação profissional, de saúde, entre outras –, incluindo a leitura. Muito embora não se trate de lei em sentido estrito, é uma normativa expedida por uma instituição, cuja função constitucional é a de aperfeiçoar o trabalho do Poder Judiciário.

Remição é instituto diferente da *remissão*, pois esta última é sinônimo de *perdão*. Remir (e não remitir/perdoar) significa abater pena com a necessária apresentação de

posição minoritária, a fim de privilegiar o tribunal como um todo e conferir força e credibilidade a seus pronunciamentos.

¹⁸³⁹ A *informatização*, aliás, foi a marca da gestão de Felix Fischer enquanto presidente do STJ no biênio 2012-2014 (cf. <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/17122021-Decano-do-STJ-Felix-Fischer-completa-25-anos-de-atuacao-na-corte.aspx>, acesso em 21.02.2022).

contrapartida pelo sentenciado. Não se trata de um ato gratuito concedido pelo juízo, mas sim de um benefício de cunho eminentemente *ressocializador*, que demanda esforço por parte do sentenciado (sua *emancipação*)¹⁸⁴⁰.

O que venho sistematicamente defendendo é que essa remição contemple outras formas de esforço do reeducando, para que ele, em alguns casos, vá além e pratique atos de *humanidade*. Não se trata aqui meramente de compensação da vítima – muito embora possa ser contemplada pelo formato de remição que sustento, como uma de suas modalidades –, mas da prática de alguma atitude humanitária ou mesmo que engrandeça o sujeito e o encaminhe para o caminho da ressocialização. Um ato de humanidade como forma de “compensar” (entre aspas mesmo, pois nada pode compensar um crime) um ato de desumanidade normalmente evidenciado na prática delituosa.

E o magistrado tem um papel fundamental nesse processo, fazendo as vezes de uma *liderança positiva*, que falta nesse universo carcerário, sendo seu agir autorizado pela independência funcional, que venho defendendo como verdadeiro *direito humano fundamental* do juiz no exercício de suas atribuições. Através dela será possível *emancipar* o sujeito preso, que também é uma das maneiras de lhe assegurar direitos humanos, assim como garantir, por exemplo, melhoras na estrutura penitenciária. Em virtude do caos e da superlotação, o ideal é que se abrevie o tempo de pena, sendo o instituto da remição importante ferramenta, que pode ser utilizada nesse sentido.

Esse ato de humanidade apto a atrair a remição pode se revestir de diversas formas: remição por doação de sangue e de órgãos *inter vivos* (como é o caso da medula, por exemplo), prática de justiça restaurativa, desenvolvimento de projetos por parte dos presos. No caso daqueles sentenciados por crimes de corrupção ou de colarinho branco, poder-se-ia propor que empregassem sua *expertise* de forma a ajudar pessoas mais carentes, desde funcionar como advogados dativos, contadores, formando cooperativa de trabalho para o auxílio de micro e pequenos empresários, por exemplo.

Defendo, portanto a emancipação não só do julgador – com a ampliação de sua atuação *efetiva* e de sua independência funcional para minimizar o caos em que se encontra o sistema penitenciário – como também da própria execução penal e do sentenciado, por meio do desenvolvimento de seu *senso de responsabilidade*. E esse objetivo pode ser alcançado via remição penal, a fim de que o preso dê uma contrapartida social pelo seu ato de desumanidade, aproximando-se do ideal de ressocialização, ganhando em troca cumprir de maneira mais rápida sua pena, diminuindo, assim, seu tempo de permanência em local superlotado e repleto de condições desumanas. Como já afirmado, assegurar direitos humanos às pessoas privadas de sua liberdade não é somente garantir melhores condições no cárcere, mas sim *emancipar* o indivíduo preso, para que ele possa reconstruir sua história. E essa emancipação através da otimização de institutos como a remição de pena se compatibiliza com a necessidade de priorização de soluções *a pesar de la cárcel* e não *a través de la cárcel*¹⁸⁴¹.

¹⁸⁴⁰ Termo cunhado por SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4a edição, São Paulo: Cortez Editora, 2002, vol. I. (A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência).

¹⁸⁴¹ Expressão corriqueiramente utilizada pelo Prof. IÑAKI RIVERA BEIRAS, titular de Direito Penal da Universitat de Barcelona, que significa buscar soluções apesar da prisão, e não através da prisão. Em suas

Passando agora à jurisprudência do STJ, firmou-se entendimento na 5ª Turma segundo o qual “viável a concessão da remição por atividades não expressas na lei, diante de uma interpretação extensiva *in bonam partem* do artigo 126 da Lei de Execução Penal”. Tal entendimento vai ao encontro do aqui defendido, no sentido de dar à remição de pena interpretação extensiva, a fim de que ela alcance hipóteses além das relacionadas no art. 126, da LEP, mas que sejam igualmente merecedoras da benesse.

Nesse sentido, e dentro da premissa da segurança jurídica seguida pelo Min. Felix Fischer, sobrevieram decisões de sua lavra autorizando a remição de pena quando da aprovação do reeducando em exames como o ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) e o ENCCEJA (Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos), ampliando o escopo do instituto para que ele alcance outras situações em que o preso mereça ter sua pena descontada em razão de um maior esforço em direção ao alcance dos fins preconizados no já citado art. 1º, LEP¹⁸⁴².

As decisões do Min. Fischer reforçam a necessidade de inversão da dinâmica ora vigente, não somente para engajar os agentes e as autoridades implicadas na questão, como para desenvolver um senso de responsabilidade no reeducando, importante em seu processo de ressocialização e consequente *emancipação*. Cabe a cada um decidir, em sua individualidade, se vai ou não aderir a ideia. O que devemos fazer é dar condições para que isso ocorra, caso o indivíduo queira.

Do jeito que o sistema carcerário está não há praticamente chance de alguém sair dele ressocializado. A maior probabilidade é a de o sentenciado sair pior que entrou. Prova disso são os enormes índices de reincidência corriqueiramente observados. O Brasil é notoriamente uma sociedade de cunho paternalista – que bem se aplica a analogia da “casa grande e senzala” –, e essa característica se reflete em todas as searas, inclusive na execução de pena. Por mais que haja problemas graves, no que diz respeito à situação dos cárceres espalhados pelo país, a execução é praticamente dada pronta e acabada ao sentenciado, que recebe a concessão de benefícios sem dar qualquer contrapartida, apenas pelo fato (muito embora extremamente grave) de que há problemas estruturais, que permeiam o sistema penitenciário brasileiro.

É necessário, portanto, dar mais ênfase ao mecanismo da remição de pena justamente como forma de despertar comportamentos positivos. E a jurisprudência – inclusive a do Superior Tribunal de Justiça – pode muito bem fazer o papel de enaltecer o instituto de sorte a, interpretando de forma extensiva o art. 126, da LEP, contemplar comportamentos humanitários ou que beneficiem não somente o apenado, mas a sua família e seu entorno.

1.2 DATA-BASE PARA A PROGRESSÃO DE REGIME

Não é tarefa do Poder Judiciário construir estabelecimentos penais, dirigir tais estabelecimentos, entre outras funções inerentes exclusivamente ao Estado. Mas é possível fazer mais, independentemente de o magistrado ser ou não considerado

palavras: “Debemos hablar de una vez no de resocialización a través de la cárcel, sino de una reintegración a pesar de la cárcel” (RIVERA BEIRAS, 2017, p. 65 e seguintes).

¹⁸⁴² Cf., dentre todos, AgRg no AREsp n. 696.637/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 04.03.2016.

“garantista” (o que para a maioria dos colegas é um “demérito”). Aliás, esses rótulos não ajudam em nada. Ser ou não garantista não é exatamente a questão, já que essa discussão é mais pertinente no momento de fixação da pena e obviamente tem fundamental importância para minimizar as entradas no sistema carcerário.

Já a execução de pena é outro universo, que deve partir do início do cumprimento da pena para frente, seja ela fixada com mais ou menos rigor. Em outras palavras, mesmo o magistrado não sendo “garantista” no momento do processo de conhecimento (por opção ideológica sua), ele necessariamente tem que ser garantista (no sentido de garantir direitos humanos) no momento da execução de pena, a fim de concretizar o brocardo de ULPiano *suum cuique tribuere*, ou seja, dar a cada sentenciado o que é seu, na exata medida constante da sentença, não podendo sua situação ser indevidamente agravada.

Além da remição antes citada, outro exemplo prático e de caráter eminentemente *jurisdicional* irá auxiliar a ilustrar a mudança de postura que sistematicamente defendo.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ/PR, Corte a qual estou vinculada) vinha defendendo em suas Câmaras Criminais (exceto a 3ª Câmara, que ostentava entendimento diverso¹⁸⁴³) que a data-base para a concessão de benefícios na execução penal – entre eles, a progressão de regime – deveria ser a do trânsito em julgado do processo para a acusação e não a data da última prisão registrada pelo indivíduo. Tal entendimento se alinhava àquele outrora defendido pelo STJ, corte suprema na interpretação da legislação federal¹⁸⁴⁴. Felizmente, esse panorama jurisprudencial se alterou, conforme adiante noticiado.

Muito embora se trate de posicionamento que seguia estritamente aquilo que foi determinado por uma corte superior, ele não é isento de críticas. Primeiramente – e a mais importante –, é que ele faz com que o preso seja refém da demora inerente à máquina judiciária, pois somente poderia usufruir dos benefícios da execução penal (como o direito à progressão de regime) com o trânsito em julgado da última condenação ostentada pelo sentenciado preso. E esse trânsito em julgado poderia levar anos para acontecer, o que faria com que o indivíduo tivesse que permanecer no mesmo regime ainda que no final do processo sua pena não registrasse alteração. Na prática, o período em que o sentenciado cumpriu sua pena “por antecipação” (após sua última prisão) seria desconsiderado.

Logo, supondo que um indivíduo tenha cumprido a primeira pena 2 (dois) anos depois da última prisão, mas continue preso aguardando o julgamento de uma nova pena de 3 (três) anos em regime inicial fechado e que haja uma demora de 5 (cinco) anos para a sentença pelo segundo delito transitar em julgado (o que não é anormal de ocorrer, considerando todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro e as inúmeras possibilidades recursais), tem-se que, quando do trânsito em julgado, o sentenciado já teria cumprido a totalidade de sua segunda condenação sem lhe ter sido assegurado o direito legal aos benefícios constantes da LEP, entre eles, o da progressão de regime.

¹⁸⁴³ Cf. entre todas, acórdão proferido no julgamento do Agravo em Execução 1568892-9, Relator Desembargador José Cichocki Neto, da 3ª Câmara Criminal do TJ/PR, j. em 13.10.2016 e decisão monocrática proferida no julgamento do Recurso de Agravo 1564359-3, Relator Desembargador Naor R. de Macedo Neto, da 1ª Câmara Criminal do TJ/PR, j. em 30.08.2016. Disponível em: Erro! A referência de hiperlink não é válida. <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 20.02.2022.

¹⁸⁴⁴ HC 260.950/MG, 6ª Turma, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, j. em 03.02.2015, DJe 13.02.2015.

Em outras palavras, o preso cumprirá toda sua pena em regime fechado e mais gravoso do que aquele que alcançaria com a implementação de seu direito à progressão e à detração de pena (art. 44, parágrafo 4º, do Código Penal), gerando um verdadeiro “represamento” do regime fechado, contribuindo para a situação de superlotação carcerária que hoje vivenciamos, além, é claro, da própria injustiça inerente à situação.

Além disso, os defensores do entendimento anterior do STJ alegam que modificar a data-base para a última prisão significaria beneficiar indevidamente o sentenciado multirreincidente. No entanto, na situação hipoteticamente posta, o sentenciado é um reincidente, porém em regra cumprindo a pena anterior em regime sem restrição da liberdade. Logo, quando há unificação e detração, normalmente é de uma pena fixada em regime fechado e outra em regime mais brando (semiaberto ou aberto). E, nesse caso, deve prevalecer o comando constitucional presente no art. 5º, LXVI, CF/88 (princípio da “liberdade do homem”), tal qual preconizado pela 3ª Câmara Criminal do TJ/PR¹⁸⁴⁵.

Também destaco que a diversidade de entendimentos sobre o tema pode ocasionar situações esdrúxulas, como a de eventual transferência de um preso de uma comarca a outra poder alterar, de forma bastante radical, a data prevista para a sua progressão, em flagrante contrariedade ao princípio da segurança jurídica, que é uma das premissas aqui estudadas. Além disso, se está a conferir ao Ministério Público, ao decidir se vai ou não recorrer de uma sentença, uma indevida faculdade de “controlar” a possibilidade de progressão por parte de um determinado indivíduo condenado em primeira instância.

A solução legal adotada pela 3ª Câmara Criminal do TJ/PR não é simplesmente a mais favorável ao reeducando. Ao contrário do que sustentam aqueles que defendem o rigor da execução como fim em si mesmo, entendo que essa é a medida justa e que considera o período de cumprimento da pena desde a última prisão, que não pode ser desconsiderado. Não há nada que diga que os benefícios da execução penal devem ser subtraídos daqueles sentenciados considerados multirreincidentes. A lei deve ser cumprida, independentemente de acharmos que esse cidadão, aparentemente de maior periculosidade, não deva ser beneficiado.

Felizmente, o entendimento do STJ sobre a matéria parece estar mudando, e sua nova orientação vem repercutindo no âmbito das cortes estaduais, entre elas, o TJ/PR¹⁸⁴⁶. Recente decisão proferida pela Terceira Seção do STJ fixa a última prisão como data-base para a contagem de benefícios penais¹⁸⁴⁷. Trata-se de um marco na execução penal, já que ficou expressamente reconhecido que eventual desconsideração do período de cumprimento desde a data da última segregação caracteriza excesso de execução.

¹⁸⁴⁵ Citado no acórdão da 3ª Câmara Criminal do TJ/PR proferido no Processo 1488998-0, Rel. Des. Gamaliel Seme Scaff, j. em 29.09.2016. Disponível em: Erro! A referência de hiperlink não é válida. <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12244257/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1488998-0>. Acesso em: 20.02.2022.

¹⁸⁴⁶ Cf. acórdão em Recurso de Agravo à Execução 2308-23.2018.8.16.0045, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Maria José Teixeira, j. em 07.06.2018. A relatora partilhava do entendimento pela adoção da data do trânsito em julgado da última condenação para a concessão de benefícios penais, porém modificou seu posicionamento por conta do julgamento da 3ª Seção do STJ.

¹⁸⁴⁷ STJ, HC 501.928/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 14.05.2019.

E aqui trago, vez mais, entendimento de Felix Fischer sobre a matéria, sempre tendo como premissa o princípio da segurança jurídica. Ao se filiar à mudança de entendimento havida na Terceira Seção, o Ministro passou a entender que:

“... quanto à progressão de regime prisional, considera-se data-base o dia da última prisão, desde que não tenha o sentenciado cometido falta de natureza grave, após o encarceramento, que justifique a interrupção do prazo, nos termos do Enunciado n. 534 da Súmula/STJ (‘A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração’)¹⁸⁴⁸.”

Mais uma vez o Ministro Fischer em sua atuação procurou privilegiar a segurança jurídica, especialmente como forma de assegurar direitos que, dentro de uma perspectiva de *vedaçãõ ao retrocesso*, não podem ser subtraídos em um Estado Democrático de Direito. E, independentemente de o cidadão ser multirreincidente, não se pode atribuir a ele eventual demora no julgamento de um recurso da acusação. E, cabe ao juiz da execução penal, dentro de sua função *jurisdicional*, decidir sobre esse fato em particular, que não tem relação com nenhum reeducando em si (ou com qualquer caráter subjetivo que permeia a atividade administrativo-judicial do magistrado), mas sim com uma maneira mais coerente e justa de contabilizar os prazos para atingimento dos benefícios penais. E a “justiça” é o bem a ser alcançado pelo agir do juiz.

1.3 PRISÃO APÓS DECISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Por fim, este tema bastante polêmico também diz respeito à execução de pena (pois marca o seu início), sendo de necessária abordagem, em cotejo com as decisões do Min. Fischer, especialmente no âmbito da notória “Operação Lava Jato”.

O assunto em questão vem sendo há muito tempo debatido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com frequentes oscilações em sua jurisprudência. Porém, com a Operação Lava Jato e a prisão de ex-Presidente da República ganhou notoriedade e gerou discussões as mais diversas, tanto dentro como fora do tribunal. E, para o público em geral o ativismo judicial virou sinônimo de verdadeira *anarquia judicial*.

Quero novamente deixar claro que defender uma execução de pena justa e condizente com a obediência de direitos humanos não pressupõe assumir uma postura garantista em todos os aspectos que envolvem o Direito Penal, o Direito Processual Penal e sua aplicação prática, justamente porque o que se deve buscar é um constitucionalismo de ordem mais principialista, que se rege pelo mecanismo da *ponderação e balanceamento de princípios*. É importante esta ressalva, pois a posição que assumo nas linhas a seguir não é contraditória com tudo o que defendo a título de atuação jurisdicional crítica, global e independente.

Sou favorável à execução de pena após a decisão de segunda instância muito antes de eclodir a Operação Lava Jato, e entendo que isso não tem qualquer relação com conduta ativista por parte do juiz. Tem a ver com efetividade processual e do

¹⁸⁴⁸ STJ, HC 501.928/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 14.05.2019.

sistema de penas projetado neste País. Essa minha conclusão se baseia em argumentos de ordem *econômica* e de ordem *jurídico-moral*.

Começo pelo aspecto *econômico*. Na minha experiência como magistrada, vejo que as partes rés mais vulneráveis normalmente se valem de advogados dativos e, quando muito, da Defensoria Pública, cuja existência é bastante limitada, sendo esta parca presença territorial objeto de críticas as mais variadas. São raros os recursos manejados por esses profissionais (especialmente, os dativos), razão pela qual normalmente a decisão de primeira instância transita mais rápido em julgado e a pena é logo executada.

Mesmo no caso das pessoas que possuem mínimas condições de contratar advogado, dificilmente é interposto recurso às instâncias superiores (STJ e STF). A prática corrente no Processo Penal brasileiro é a de pagamento de honorários em cada momento do trâmite processual: há pagamento para interposição de *habeas corpus*, para manejo de pedido de liberdade, para atuação no processo de conhecimento, para a interposição de recursos e para a atuação na execução penal. Enfim, os recursos são interpostos conforme a parte tenha ou não condições de pagar por eles. E, salvo em raríssimas exceções, eles nunca transcendem à decisão colegiada de segunda instância, o que significa que recursos às instâncias superiores são privilégio de quem tem maior capacidade econômica.

Logo, eventual decisão que permita a execução de pena apenas esgotados recursos perante tribunais superiores somente beneficiará aqueles com maior poder aquisitivo para continuar recorrendo de forma indefinida. Nenhum cidadão comum consegue arcar com uma defesa como a realizada pelos implicados em grandes operações de combate à corrupção, por exemplo, o que tornará eventual decisão que impeça o cumprimento imediato da decisão de segunda instância absolutamente seletiva, pois, como dito, beneficiará apenas quem tenha recursos econômicos.

Passo agora ao argumento que denomino de *jurídico-moral*, e aqui penso que o entendimento pela execução da pena confirmada em segunda instância não fere o princípio da presunção de inocência/não culpa, previsto nas convenções internacionais.

Nesse sentido, o saudoso Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Teori Zavascki, no HC 126.292/SP, fez um apanhado do panorama sobre a matéria em diversos países, utilizando como fundamento estudo capitaneado pelas Procuradoras da República Luiza Cristina Fonseca Frischeisen e Mônica Nicida Garcia, juntamente a Fábio Gusman¹⁸⁴⁹. Segundo tais autores – que estudaram o ordenamento jurídico de países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina¹⁸⁵⁰ –, em nenhum país do mundo, após atendido o duplo grau de jurisdição (esta sim garantia que deve ser *sempre* observada), a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da corte suprema. E, em tais nações, o princípio da presunção de inocência/não culpa está contemplado, seja na legislação interna, seja pela adesão aos tratados internacionais sobre o tema.

¹⁸⁴⁹ Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 20.02.2022.

¹⁸⁵⁰ Neste último caso da Argentina, a execução da pena somente poderá ser diferida quando a parte executada for mulher grávida ou que tenha filho menor de 6 (seis) anos no momento da sentença ou se o condenado estiver gravemente enfermo e a execução puder colocar em risco sua vida.

Além disso, destaco que o art. 11, n. 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, preconiza a necessidade de a presunção de inocência/não culpa perdurar até um julgamento público, no qual tenham sido asseguradas ao acusado todas as garantias necessárias à sua defesa. Não há menção a necessidade de se garantir a presunção de inocência depois de findados os inúmeros recursos possíveis na legislação brasileira. Há que existir um equilíbrio entre a segurança da sociedade e a liberdade individual.

Também é necessário enfatizar que no Brasil, de acordo com a CF/88, eventuais recursos dirigidos às instâncias superiores (ao STJ e ao STF) somente têm o condão de discutir aspectos *normativos* (constitucionais ou da legislação), não podendo adentrar na análise dos fatos que, aliados à aplicação da norma, são os responsáveis pela condenação penal, partindo-se da premissa de que o réu se defende apenas dos fatos que são a ele imputados. E, conforme bem pontuado por Galtieni Da Cruz Paulino,

[...] a comprovação da culpa se daria, repita-se, com a indiscutibilidade fática e probatória do evento, independente de divergências de caráter meramente normativo (constitucional e infraconstitucional), objeto dos recursos de cunho extraordinário¹⁸⁵¹.

Por derradeiro, o cumprimento imediato da decisão de segunda instância contribui para a efetividade processual, uma vez que evita a decretação da prescrição no caso concreto, sobretudo diante da regra prevista no art. 117, do Código Penal, segundo a qual apenas se interrompem os prazos prescricionais, entre outras hipóteses, “pela publicação da sentença ou acórdão recorríveis” (inciso IV).

Pois bem, aqui cito exemplo presente no já mencionado voto do Ministro Teori Zavascki, no HC 126.292/SP, baseado nos registros de Fernando Brandini Barbagalo sobre o ocorrido na Ação Penal subjacente ao HC 84.078/STF, que contou com decisão de extinção da punibilidade após o manejo de infindáveis recursos pela defesa perante os tribunais superiores. Segue o relato:

“Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado in limine. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última

¹⁸⁵¹ Cf. PAULINO, Galtieni da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. *Boletim Científico ESMPU*, a.16, n. 50, jul./dez. 2017, p. 216-217.

decisão que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro, proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte: ‘Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213’¹⁸⁵².

Passo agora à análise de decisão do Min. Felix Fischer proferida no âmbito do HC 434.766/PR¹⁸⁵³, um dos inúmeros impetrados no âmbito da Operação Lava Jato.

Em referida decisão Felix Fischer colecionou a ampla discussão sobre o tema da prisão após decisão de segunda instância no âmbito do Supremo Tribunal Federal, especialmente nas ADCs nºs 43 e 44, além do Agravo em Recurso Especial nº 964.246 (sob a sistemática da repercussão geral), em que se afirmou, por diversas vezes e em múltiplas oportunidades naquele Pretório Excelso, a pertinência da prisão em segunda instância como forma de dar início à execução de pena. Aqui o Ministro Fischer cita também o voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki:

“Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - o meio de efetivação do jus puniendi estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias”.

Logo, não é razoável entendimento pela execução da pena apenas após esgotados todos os recursos possíveis no sistema processual penal brasileiro, pois eles são inúmeros e seu manejo indiscriminado conduz inexoravelmente à decretação

¹⁸⁵² Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 20.02.2022.

¹⁸⁵³ STJ, HC 434.766/PR. Relembra o Ministro Fischer que a possibilidade de execução provisória da pena após decisão de segunda instância já vem proclamada desde 1991, a exemplo do julgamento do HC 68.726/DF pelo Ministro. Neri da Silveira. Fischer também colaciona trecho de voto do Ministro Moreira Alves no HC 68.841/SP, o qual registra que a interposição dos recursos extraordinário e especial, em razão de não ter efeito suspensivo, não impedem o recolhimento à prisão quando confirmada a sentença condenatória pelo tribunal em segundo grau de jurisdição. Nas 31 páginas do voto há a menção de uma multiplicidade de precedentes do STF, da relatoria de inúmeros de seus integrantes, passados e presentes, razão pela qual uma mudança de entendimento praticamente “casuística” transmuta os tribunais superiores em meras cortes de revisão, algo que o Ministro Fischer sempre criticou.

de prescrição em muitos casos, normalmente os de maior relevância, ou seja, daqueles acusados com maior poder aquisitivo e econômico.

É importante lembrar que, segundo a mesma sistemática processual, os recursos dirigidos às instâncias superiores não contam, via de regra, com efeito suspensivo, sendo este mais um argumento em favor da tese aqui defendida. Aliás, o Felix Fischer já externou publicamente a sua preocupação com o desvirtuamento da função de cortes superiores tanto do STJ como do STF. O inexorável decurso do tempo e a infinidade de recursos permitidos pela legislação brasileira transmudaram esses Tribunais em mais uma simples instância processual. Segundo o Ministro:

“Os tribunais superiores não deveriam existir como tribunais de apelação. Eles não estão ali para rever os julgados, mas, isso sim, padronizar a jurisprudência infraconstitucional. Isso é pacífico na Constituição. Antes de 1988, era permitida a limitação de recurso no Regimento Interno. Hoje, isso não é mais possível.¹⁸⁵⁴”

Portanto – e na esteira do princípio da segurança jurídica sempre defendido pelo Min. Felix Fischer – o início da execução da pena com a prisão após decisão em segunda instância garante a efetividade das decisões judiciais e da própria execução penal, lembrando que nas instâncias superiores não se discute fatos (ou ao menos não se deveria), mas eventual contrariedade à CF/88 e às leis federais.

CONCLUSÕES

Esse pequeno apanhado de decisões de Felix Fischer em matéria de execução e cumprimento da pena mostram não só a sua preocupação com o princípio da *segurança jurídica* (adotado aqui como verdadeira premissa seguida pelo Ministro), mas, acima de tudo, questionam qual a função que se está a atribuir às cortes superiores, como o STF e o STJ. Segundo a CF/88 são eles os guardiões da constituição e das leis federais. No entanto, seu perfil atual vem sendo transmudado para funcionarem na prática apenas como mais uma instância recursal, desvirtuando a sua missão, algo que, como dito, sempre foi objeto de críticas por parte de Felix Fischer.

Ao longo de seus mais de 25 (vinte e cinco) anos como ministro, Fischer vem tendo atuação equilibrada e sempre pautada a defender a real função do Superior Tribunal de Justiça como corte suprema na interpretação da legislação federal. Sob essa perspectiva, entendo ser ele verdadeiro exemplo de magistrado crítico, global, destemido e preocupado em dar força e aplicabilidade aos entendimentos firmados pelo STJ, em nome da segurança jurídica.

Balancear justiça e segurança jurídica não é das tarefas mais fáceis, porque a tendência de se filiar a extremos é muito grande. E o Ministro Felix Fischer faz esse equilíbrio da balança com maestria. O justo muitas vezes é conferir paz, tranquilidade, tratar iguais igualmente e desiguais desigualmente, na medida em que se desigualem,

¹⁸⁵⁴ Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/comissao-ajufe-mulheres/146-internet/imprensa/4202-volume-crescente-de-processos-preocupa-fischer> (acesso em: 20.02.2022).

como já diria RUY BARBOSA, o eterno “Águia de Haia”. E, portanto, conferir um mínimo de segurança ao jurisdicionado.

Por fim, nem só de Direito e de lei vive um ministro. Felix Fischer possui bom gosto e erudição que lhes são natos. Por suas origens europeias é pessoa ligada à música, à filosofia, à literatura e às artes como, inclusive, bem observado por seus pares nos comentários públicos na página do STJ feitos por ocasião do Jubileu de Prata do aqui homenageado¹⁸⁵⁵. Por essa razão, nada melhor que finalizar estas linhas com uma frase do célebre *Ética a Nicômaco*, de ARISTÓTELES¹⁸⁵⁶: “a virtude é o justo meio em relação a dois vícios, um por excesso, o outro por falta”. Entender esse meio termo é para poucos. Felix Fischer é um desses privilegiados.

¹⁸⁵⁵ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/17122021-Decano-do-STJ--Felix-Fischer-completa-25-anos-de-atuacao-na-corte.aspx>. Acesso em: 09 fev.2022.

¹⁸⁵⁶ A citação a ARISTÓTELES não é aleatória, uma vez que o termo “democracia”, inserido no título desta obra “Direito, Gestão e Democracia” vem do grego antigo δημοκρατία (*dēmokratía* ou “governo do povo”).

REFERÊNCIAS

- FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 48. ed., São Paulo: Global, 2003.
- PAULINO, Galtiênio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. *Boletim Científico ESMPU*, a.16, n. 50, jul./dez. 2017, p. 216-217.
- MORRISON, Wayne. *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial* (título original: *Criminology, Civilisation and the New World Order*, trad. Alejandro Piombo). Barcelona: Anthropos Editorial; Barcelona: Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans – Universitat de Barcelona, 2012 (Coleção Autores, Textos y Temas Ciencias Sociales, n. 83).
- RIOS, Raphaella Benetti da Cunha. *O Juiz e a Execução Penal: Reflexões de uma Magistrada*. Curitiba, Editora Bonijuris, 2019.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde um garantismo radical)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4a edição, São Paulo: Cortez Editora, 2002, v. I. (A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência).

REMIÇÃO DA PENA: UMA NOVA PÁGINA NA TRAJETÓRIA DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO ANÍSIO JOBIM (COMPAJ) EM MANAUS/AM

Ana Paula Serizawa Silva Podedworny¹⁸⁵⁷, Valmir César Pozzetti¹⁸⁵⁸,
Izaura Rodrigues Nascimento¹⁸⁵⁹

INTRODUÇÃO

O Estado do Amazonas tem aparecido na mídia ao longo dos últimos anos em virtude da grave crise penitenciária resultante de presídios em péssimas condições de habitabilidade, rebeliões, violência e poderio das organizações criminosas, nele atuantes. A pena sempre foi cumprida sob um viés exclusivamente punitivo e de segregação do apenado; os presídios eram verdadeiros depósitos de presos. Em 2017, ocorreu uma grande rebelião no COMPAJ- Complexo Penitenciário Anísio Jobim - que resultou numa grande quantidade de mortos, envolvendo os estabelecimentos de cumprimento de pena em regime fechado e em regime semiaberto¹⁸⁶⁰. O presídio foi tomado pelos presos, que se utilizaram de pistolas, revólveres, espingardas, facas e terçados para fazer reféns e matar membros de organizações criminosas rivais, dentre outros alvos.

Mas esse episódio também foi o marco inicial de várias mudanças no sistema penitenciário: a partir de então, diversas medidas foram tomadas para tentar recuperar o controle dos presídios pelo Estado, a cadeia pública Raimundo Vidal Pessoa (Manaus/AM), que já foi considerada um dos seis piores estabelecimentos prisionais do Brasil, foi desativada, após sucessivos relatórios negativos, que culminaram com a recomendação de desativação, pelos órgãos de controle e fiscalização¹⁸⁶¹ e a unidade de cumprimento

¹⁸⁵⁷ Mestranda em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos da Universidade do Estado do Amazonas, Juíza Federal. E-mail: apserizawa.uea@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9097-6709>

¹⁸⁵⁸ Pós Doutor em Direito realizado na Universidade de Salerno/Itália; Pós Doutor em Direito realizado na Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França; Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente, pela Université de Limoges, França; Bacharel em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia/AM (CIESA), Bacharel em Ciências Contábeis pela Faculdade São Luís Gonzaga/SP. Membro da APRODAB - Assoc. de Professores de Direito Ambiental do Brasil) e da ACCA (Academia de Ciências Contábeis do Amazonas) - E-mail: v_pozzetti@hotmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2339-0430>

¹⁸⁵⁹ Doutora em Relações Internacionais e Desenvolvimento Regional (UnB/UFRR/Flacso), possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Amazonas (1994) e mestrado em Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (2000). Professora da Universidade do Estado do Amazonas - UEA, atuando no Curso de Mestrado Profissional em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos, no Mestrado em Direito Ambiental e nos cursos de graduação em Ciências Econômicas e em Direito, da UEA. Tem experiência também nas seguintes áreas: docência superior em Relações Internacionais, Sociologia, Antropologia; em gestão de C&T e; experiência técnica na área de Sociologia. Atualmente tem se concentrado em pesquisas que articulam segurança pública e populações vulneráveis sob a perspectiva das ciências sociais. E-mail: renascimento@uea.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-55088730>

¹⁸⁶⁰ O episódio foi amplamente noticiado na imprensa. A título de ilustração cita-se manchete do G1 AM (HENRIQUES et al, 2017): “Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo”.

¹⁸⁶¹ O CNJ realizou mutirões carcerários no Amazonas e recomendou a desativação da Cadeia pública Raimundo Vidal Pessoa em razão das condições precárias de habitabilidade do local. A Cadeia foi fechada em 2017 (AMAZONAS, 2017b).

de pena no regime semiaberto foi fechada e todos os presos do COMPAJ-semiaberto passaram a cumprir pena mediante a utilização de tornozeleiras eletrônicas¹⁸⁶².

Assim, o objetivo dessa pesquisa é o de destacar as funções da pena, a partir dos avanços humanitários que culminaram na pena de prisão, adotada até a época atual, buscando examinar o instituto da remição da pena e sua inserção na função ressocializadora do apenado, conforme previsão legislativa quanto a contornos e hipóteses de aplicação e fazer uma correlação destes institutos com o sistema prisional no COMPAJ.

O COMPAJ foi escolhido como objeto dessa pesquisa, em razão de seu histórico a partir da traumática rebelião de 2017 e, além disso, essa unidade prisional tem por característica abrigar presos condenados em regime fechado, em que a privação de liberdade representa a pena definida por decisão judicial, conforme se verifica no sítio oficial da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP (AMAZONAS, 2020d). Reúne, dessa forma, um público mais sensível, pois os internos não têm mais esperança de alteração no *quantum* da pena, já que as condenações são definitivas, e sabem que vão permanecer encarcerados pelo tempo definido na decisão.

O problema que a pesquisa pretende responder é: de que forma o instituto da remição da pena pode auxiliar na recuperação dos presos do COMPAJ, devolvendo-lhes a dignidade e oportunidade de recuperação?

A metodologia a ser utilizada é a do método dedutivo, onde se parte de uma generalização para se particularizar um resultado. Quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica e documental, com uso da doutrina, legislação e documentos eletrônicos e entrevistas oficiais, sem necessidade de autorização do comitê de ética; vez que os dados serão dados oficiais dos órgãos consultados, e não haverá consulta a indivíduos.

1 A PRISÃO E AS FUNÇÕES DA PENA

A vida em sociedade exige comportamentos adequados de acordo com o senso comum, em consonância com o que os indivíduos de determinada sociedade entendem como correto e justo. O indivíduo que não se adequa a essas normas impostas pelo grupo social a qual pertence, sejam ela costumeiras ou escritas, sofrerá restrições de liberdade ou de direitos, de acordo com o que aquele grupo social onde vive, entende ser necessário realizar para adequar a sua conduta àquilo que essa sociedade entende como norma de conduta correta.

Nesse sentido, como é uma restrição que o indivíduo sofre por destoar do senso comum, essa restrição é chamada de “pena”, que a ciência jurídica chama de “reeducação”.

Nesse sentido, Foucault (2013, p. 9) no primeiro capítulo do livro *Vigiar e Punir* descreve a forma como Damians foi executado em praça pública pelo crime de parricídio¹⁸⁶³, tido por hediondo:

¹⁸⁶² Informações retiradas do portal de notícias da Secretaria de Estado e Administração Penitenciária: Monitoramento das tornozeleiras eletrônicas será feito em tempo real pela Seap e SSP-AM (AMAZONAS, 2018).

¹⁸⁶³ Parricídio é a tipificação penal daquele que comete o ato de matar seu próprio pai.

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atazanado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento.

Com riqueza de detalhes são descritas as torturas a que o condenado é submetido, culminando com sua morte por esquartejamento. A descrição exemplifica a punição física ligada ao corpo do apenado como um tormento extremamente cruel.

No século XVIII, a pena tinha caráter essencialmente retributivo: a ideia de retribuir o mal do crime com o mal da punição. A sanção remetia a castigos corporais, torturas e até a morte, configurando verdadeiro suplício. Nas palavras de Bitencourt (2019, p. 145), a imposição da pena “estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado”. A concepção da pena como um castigo para expiação do pecado cometido era própria do Estado absolutista, em que o poder do soberano provinha de Deus.

Embora a tônica fosse a retribuição, já é possível também reconhecer no cenário descrito um caráter preventivo da pena, pois era aplicada em praça pública, aos olhos de homens, mulheres e crianças, como uma exibição do poder do Estado em assegurar o cumprimento da lei. Com isso, esperava-se evitar o cometimento de crimes, pelo temor e vergonha de sofrer o flagelo que era a punição. São funções da pena que modernamente Nucci (2013, p. 1021) conceitua como:

prevenção geral positiva (demonstra a eficiência do Direito Penal, sua existência, legitimidade e validade) e geral negativa (intimida a quem pensa em delinquir, mas deixa de fazê-lo para não enfrentar as consequências decorrentes da punição).

Também no século XVIII, Beccaria (2001, p. 22) fala da obscuridade das leis: “se a interpretação arbitrária das leis é um mal, também o é a sua obscuridade, pois precisam ser interpretadas. Esse inconveniente é maior ainda quando as leis não são escritas em língua vulgar”. Beccaria critica as leis daquele tempo como códigos obscuros, bárbaros e ultrapassados, feitas de forma casuística e que veiculavam abusos e atrocidades. Propõe uma reflexão sobre a origem das penas e o fundamento do direito de punir. Já naquela época questiona a utilidade e a justiça de práticas como a pena de morte, a tortura, assim como reflete sobre a função preventiva da pena.

Entendendo as leis como produto do contrato social, o direito de punir nele se fundamentava, sendo as penas estabelecidas contra quem infringia a lei e quebrava esse contrato. No entanto, preconizava que as penas deveriam se restringir ao mínimo

necessário para conservar a legitimidade política, assegurando-se, de resto, a máxima liberdade possível aos indivíduos.

Beccaria (2013, p. 24) descreve um fiel retrato do que eram as prisões de antigamente:

À medida que as penas foram mais brandas, quando as prisões já não forem a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade penetrarem nas masmorras, quando enfim os executores impiedosos dos rigores da justiça abrirem os corações à compaixão, as leis poderão contentar-se com indícios mais fracos para ordenar a prisão. [...] É porque o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a idéia da força e do poder, em lugar da justiça; é porque se lançam indistintamente, na mesma masmorra, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é porque a prisão, entre nós, é antes um suplício que um meio de deter um acusado; (...).

Da obra é possível inferir princípios penais básicos, previstos nas democracias modernas, inclusive nas normas jurídicas brasileiras, notadamente, o princípio da legalidade, o da anterioridade penal, o da igualdade, o da presunção de inocência. Além disso, o autor preconizava a clareza das leis, a certeza da punição, a proporcionalidade da pena e a rapidez do processo penal como fatores aptos a dissuadir a prática do crime, quando sopesados pelos cidadãos, em seu livre arbítrio.

É importante destacar, para robustecer as afirmações de Beccaria, que os princípios são regras que valoram as normas jurídicas, uma vez que se a normas ferirem os princípios, estão fadadas a serem revogadas, conforme ressalta Pozzetti, Pozzetti e Pozzetti (2020, p. 177):

os Princípios são mecanismos normativos que subsidiam a construção de uma norma jurídica. Nenhuma Lei terá força jurídica, caso descumpra os Princípios Jurídicos, uma vez que quem constrói os princípios é a própria sociedade de determinada região/país em virtude da sua cultura e costumes.

Se por um lado a prisão simboliza o acesso à humanidade, a perda da liberdade é vista como um castigo igualitário ao privar um bem comum a todos os homens, a liberdade. Essa nova forma de encarar a pena retira o enfoque do sofrimento do corpo para centralizar na penitência da alma. O apenado não deve sofrer castigos físicos e sim ser excluído do convívio social a fim de expiar o crime cometido, meditar sobre a sua ação criminosa para voltar a ter condições de se integrar à sociedade.

A pena assume um caráter utilitarista. Ela visa a algumas finalidades racionais e voltadas para o bem social. A primeira delas é a retirada da sociedade do indivíduo que cometeu o crime, ou seja, que quebrou o contrato social, de forma a que o mesmo cesse a conduta agressora. Afastado do convívio comunitário, a pena também tem a função de preparar o indivíduo para o retorno gradativo à vida em sociedade, fazendo com que o mesmo aprenda e aceite as regras e possa a elas se adequar. Esses objetivos a serem alcançados pela aplicação da pena têm como sujeito o próprio infrator, configurando,

na conceituação de Nucci (2013, p. 1021/1022), “a prevenção individual positiva (reeducação e ressocialização [...]), bem como a prevenção individual negativa (recolhe-se, quando for o caso, o delinquente ao cárcere para que não torne a ferir outras vítimas)”.

Hodiernamente, todas essas concepções quanto à pena coexistem. A pena privativa de liberdade e o advento das penitenciárias na Idade Moderna foram tidos como um avanço frente aos suplícios medievais. No entanto, hoje são responsáveis por vários outros problemas sociais, especialmente o fomento da violência, quando deveriam ser instrumentos de seu controle. Nas últimas décadas o aumento das cidades viu crescer também o aumento da violência urbana, o surgimento do crime organizado e do encarceramento em massa, contribuindo para a crise no sistema penitenciário no Brasil. Segundo Adorno (1991, p. 70/71):

Não são poucos os indicadores que espelham a precariedade do sistema penitenciário brasileiro [...] superlotação; condições sanitárias rudimentares; alimentação deteriorada; precária assistência médica, jurídica, social, educacional e profissional; violência incontida permeando as relações entre os presos, entre estes e os agentes de controle institucional e entre os próprios agentes institucionais; arbítrio punitivo incomensurável.

Os presídios superlotados têm-se mostrado um grande desafio para o Estado no tocante ao cumprimento dos direitos e cobrança dos deveres daqueles que estão sob sua tutela. Em grande parte do território nacional,

“prisões são escolas do crime” onde ingressantes entram em contato com sistemas de valores desviantes, aprendem novas habilidades (ao mesmo tempo em que seu capital humano para atividades não criminosas deprecia), aumentam o ressentimento contra a sociedade e reafirmam a identidade criminoso. Em um ambiente prisional degradante (superlotado e com escassez de bens e serviços essenciais, como água, alimento de qualidade, higiene etc.) esses efeitos são potencializados (ODON, 2018, p. 43).

Diante desse cenário tem sido fácil identificar que a pena continua cumprindo sua função retributiva e de prevenção geral, porém “a ineficiência da pena privativa de liberdade como fator de ressocialização está demonstrada nas altas taxas de reincidência” (SILVEIRA; MENESES, 2020, p. 73).

A fim de que a prisão cumpra seu papel de ressocialização, é necessário que o Estado garanta o cumprimento de todos os seus objetivos, com ênfase na função preventiva individual, não apenas sob o ponto de vista da segurança pública, mas também sob o ponto de vista dos direitos dos prisioneiros.

2 RESSOCIALIZAÇÃO E REMIÇÃO

Entendo que você deve esclarecer o avaliador o que significa “ressocialização; você não pode supor que teu avaliador saiba o que é.

O encarceramento, por si só, não favorece a ressocialização do indivíduo. O ato de cometer um crime pode indicar uma socialização deficiente, dada a dificuldade de seguir normas socialmente aceitas. Segundo Oliveira (2005, p. 15) “cada indivíduo se desenvolverá em um determinado contexto. Esse contexto, ou ambiente, é fundamental no processo de construção do julgamento moral, e por consequência, na decisão de cometer um crime ou não”.

Dessa forma, famílias desestruturadas, muitas vezes chefiadas apenas pela mulher, favorecem o ingresso de seus membros na criminalidade, ao vivenciar mais dificuldades “que começam pela redução da renda familiar, pois há somente uma fonte de renda, e vão até a problemas para a criação dos filhos” (OLIVEIRA, 2005, p.15).

Shikida (2016, p. 258) menciona família-escola-religião como freios morais inibidores do crime e conclui que “é de se esperar que a educação funcione como uma trava moral para o cometimento de um crime”. A esse respeito convém ressaltar que, segundo dados do Infopen¹⁸⁶⁴ (BRASIL, 2019) a maior fração dos presos não completou sequer o ensino fundamental: no Brasil, 381.673 pessoas de uma população carcerária de 755.274 têm como grau de escolaridade até o ensino primário incompleto. No estado do Amazonas são 5.489 indivíduos de uma população de 12.069, segundo dados de 2019, que não completaram o ensino fundamental. É, portanto, uma realidade comum o abandono escolar, de forma que a escola, para a média do preso brasileiro, não participou de sua formação de forma suficiente a constituir um pilar ético ou um acervo social capaz de evitar a decisão pelo crime.

Partindo desse contexto, a “ressocialização” não é um processo fácil. Além de impor diversas obrigações ao Estado, requer também a adesão do preso. Quanto mais omissos for o Estado, menores as condições oferecidas ao indivíduo, e, por conseguinte, menor a sua participação e aceitação de medidas ressocializadoras. A omissão se refere a toda a estrutura carcerária. Onde falta o mínimo para a dignidade humana, é impossível falar em ressocialização.

Por outro lado, a ressocialização implica em ofertar uma conjuntura material e um ambiente propício ao resgate da cidadania da pessoa presa, tanto na promoção de direitos quanto na exigência do cumprimento de deveres. Nesse sentido, ao Estado não cabe apenas oferecer condições dignas de habitabilidade nos presídios, ou fornecer alimentação de qualidade, vestuário e produtos de higiene; deve também promover acesso à assistência médica e jurídica; porque a cidadania só se concretiza com a observância da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido Pozzetti (2018, p. 170) esclarece que “o Princípio da Dignidade da pessoa humana é um princípio que precede a todos os outros e serve de inspiração aos demais princípios fundamentais”.

A dignidade da pessoa humana é considerada como um dos direitos fundamentais do ser humano e é, inclusive defendida a nível internacional, onde o Estado deve resguardar esse direito até aos estrangeiros, quiçá aos nacionais, mesmo que estejam encarcerados. Nesse sentido Pozzetti e Tamer (2013, p. 58) esclarecem:

¹⁸⁶⁴ Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos prisionais.

O que se quer dizer com isso é que, os direitos fundamentais, os direitos à dignidade da pessoa humana deve ser respeitado e defendido, mesmo que esse ser humano não esteja em sua pátria. É um dever/obrigação dos estados e um direito do cidadão, tratar e ser tratado com dignidade e ter respeitados todos os seus direitos fundamentais.

Além disso, o Estado deve oferecer, ao encarcerado, oportunidade de trabalhar e frequentar a escola, exatamente para que o espírito da lei, que é o de reeducação, se concretize. Retirar o indivíduo da sociedade com a obrigação de melhorá-lo e não o fazer é o mesmo que confessar a incapacidade de realizar o seu poder/dever, para com a sociedade.

Nenhum detento é obrigado a estudar; porém, a maior qualificação do indivíduo aumenta seu capital social e diminui o poder de atratividade do crime. Quanto ao trabalho, o artigo 31 da Lei nº 7.210/84 (BRASIL, 2020b) determina ser obrigação do preso trabalhar, conforme suas aptidões e capacidade. Ocorre que a maioria das unidades prisionais não oferece vagas de trabalho para toda a população carcerária, tornando, na prática, o engajamento algo voluntário. A fim de influenciar a escolha do preso a se dedicar a uma dessas atividades, a legislação prevê um benefício aos que optam por estudar ou trabalhar: a remição da pena.

A remição da pena é, no conceito do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2016), “o direito do condenado de abreviar o tempo imposto em sua sentença penal”. Já na explicação de Bitencourt (2019, p. 656):

Remir significa resgatar, abater, descontar, pelo trabalho realizado dentro do sistema prisional, parte do tempo de pena a cumprir, desde que não seja inferior a seis horas nem superior a oito. Significa que, pelo trabalho (agora também pelo estudo), o condenado fica *desobrigado* de cumprir determinado tempo de pena. *Remição* com “ç” (desobrigação, resgate) não se confunde com *remissão* com “SS”, que tem o significado de perdão.

É um benefício ofertado à pessoa presa que trabalha ou estuda, consistente no perdão de uma parte da pena de acordo com uma contagem artificial do tempo de encarceramento, conforme os padrões previstos na lei.

Na verdade, não apenas os presos condenados com pena já imposta por decisão judicial têm direito à remição. Também os presos provisórios que aguardam julgamento pelo Poder Judiciário têm direito a remir a eventual futura pena imposta no período em que estiverem presos cautelarmente, se em regime fechado ou semiaberto.

A Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84 (BRASIL, 2020b), no artigo 126, prevê duas hipóteses para a remição da pena: o trabalho e o estudo, inclusive a qualificação profissional, dentro ou fora do ambiente prisional. Atualmente, com os avanços tecnológicos, é possível ao preso o acesso ao estudo de dentro das penitenciárias, por meio do ensino à distância, com frequência a aulas online. Isso é especialmente significativo ao incluir a formação no ensino superior, o que já é uma realidade nos

presídios locais¹⁸⁶⁵. Por outro lado, a legislação também permite que o preso acumule as formas de remição pelo trabalho e pelo estudo, devendo as cargas horárias de cada atividade ser compatibilizadas.

Além dessas duas hipóteses, o CNJ, na Recomendação nº 44/2013, inaugurou uma terceira forma de remição: a leitura (BRASIL, 2013). Tratou-se de iniciativa legislativa do órgão, com base em experiências exitosas em penitenciárias do país, que alargou o conceito de remição pelo estudo para considerar a leitura uma atividade complementar. Nesse sentido, a recomendação previa que a autoridade penitenciária estadual ou federal elaborasse um projeto garantindo um acervo de livros à disposição do preso, englobando obras literárias, clássicas, científicas ou filosóficas. A adesão era voluntária, sendo prevista a leitura de uma obra por mês. O preso deveria fazer uma resenha sem a exigência de maiores formalidades, demonstrando que efetivamente leu e entendeu o conteúdo da obra. A resenha era avaliada pela comissão organizadora do projeto e encaminhada ao juiz da execução da pena. Para cada obra lida, o interno poderia remir quatro dias de pena até o limite anual de 48 dias.

A remição pela leitura foi reafirmada como direito pela recente Resolução nº 391/2021 do Conselho Nacional de Justiça. Tal resolução prevê, além da remição pela leitura, no artigo 5º, a possibilidade de remição por “práticas sociais educativas não-escolares”, de natureza cultural, esportiva, de capacitação profissional, de saúde, dentre outras, em seu artigo 2º, II.

Essas novas espécies de remição podem ser oferecidas concomitantemente à remição pelo trabalho, mas atingem especialmente aqueles a quem não esteja assegurado o direito de trabalhar dentro ou fora da unidade prisional. Embora a resolução não possua *status* legal, não há controvérsias quanto à sua aplicação, na medida em que reconhece e amplia direitos da população carcerária, que é uma população tida por vulnerável.

Conforme a LEP, a contagem do tempo remido é feita, para o trabalho, à razão de um dia de pena para cada três dias trabalhados, e, para o estudo, à razão de um dia de pena para cada doze horas de frequência escolar. Já a remição pela leitura é contada na forma de quatro dias de pena para cada obra lida, sendo permitida a leitura de uma obra por mês. Com relação à leitura é exigida do preso a elaboração de um relatório de leitura sobre a obra lida, como forma de comprovação da efetiva leitura e aproveitamento pelo preso.

Dessa forma, atualmente há três formas de remição da pena. Na remição pelo trabalho, a cada três dias o preso ganha um dia de desconto em sua pena, até o máximo de três meses por ano. Na remição pelo estudo, a cada 12 horas o preso tem direito a remir um dia, até o máximo de três meses por ano. Por fim, na remição pela leitura, a cada obra lida e aproveitada o preso ganha quatro dias de remição, até o máximo de 48 dias por ano.

A remição é tida como um direito, um benefício ao preso e assim é tratada na legislação. Dessa forma, a adesão é voluntária, mesmo no caso da remição pelo

¹⁸⁶⁵ Notícia do portal do Governo do Amazonas: “Internos do COMPAJ prestam vestibular para ensino superior a distância” (AMAZONAS, 2020a).

trabalho, pois não há oportunidades para todos, dando-se preferência aos que desejam trabalhar. A resolução nº 391 do CNJ, no tocante à remição pela leitura, prevê expressamente a necessidade de assegurar que “a atividade de leitura terá caráter voluntário” (BRASIL, 2021).

E a prática tem demonstrado grande sucesso dos projetos de remição de pena nas penitenciárias em que têm sido adotados. No ano de 2019, o Prêmio Innovare homenageou como prática “Destaque” o projeto “Ressocialização no Sistema Prisional”, da Penitenciária Regional de Curitiba, em Santa Catarina.¹⁸⁶⁶ Nessa penitenciária, a totalidade dos 948 detentos trabalha, e quase a metade dos internos estuda, participando assim de remição pelo trabalho e pelo estudo. O projeto é apoiado por 12 empresas, contribuindo para a ressocialização e para o fim de rebeliões e fugas. O prêmio Innovare conta com a parceria do CNJ e de diversas associações e entidades do meio jurídico, sendo um importante reconhecimento social da relevância da remição para a ressocialização.

“Cabeça vazia é a oficina do diabo”, diz um antigo ditado popular. Coelho (2005, p. 29) apresenta a expressão como “a cabeça do preso é a oficina do diabo”, pois “o confinamento e o regime de vigilância ao qual está submetido o interno estimulam-no a arquitetar uma infinidade de fórmulas para burlar os regulamentos da prisão e infernizar a vida do guarda”. No entanto, em seguida, arremata que “oficinas do diabo são as próprias prisões”. Na realidade prisional brasileira, a remição é abraçada pelos presos porque, além de configurar um efetivo benefício de abreviação da pena imposta, é uma forma de ocupar o corpo e a mente.

Assim, ainda que não haja garantias de que o preso que trabalha ou estuda não vá voltar a delinquir, o mero engajamento em atividade de remição torna, sob o ponto de vista do preso, o cumprimento da pena menos monótono e a passagem do tempo mais suportável, já que os dias são preenchidos com atividades diversas e diferentes de permanecer horas nas celas superlotadas e nos pátios no banho de sol. Já sob o ponto de vista do Estado, o preso que se ocupa na remição tem menos tempo e intenção de planejar fugas, rebeliões e outros atos de indisciplina, que poderiam fazer com que perdessem o direito a permanecer na atividade de remição, além de ocasionar a perda de parte do tempo da pena remido. Isso porque a lei de execução penal, em seu artigo 127, determina a perda de até um terço do tempo de remição em caso de indisciplina que configure falta grave (BRASIL, 2020b).

“O trabalho dignifica o homem” é outra expressão popularmente conhecida e que se aplica com propriedade também ao trabalho no âmbito penitenciário. Ao se engajar na remição, por meio do trabalho, ou mesmo do estudo e qualificação profissional, o preso conquista mais liberdade. O Estado, por sua vez, lhe confere maior autonomia, mas ao mesmo tempo lhe assinala maiores responsabilidades. Há uma inegável dimensão de ressocialização. Ao aprender um ofício, ao se qualificar, ao obter um diploma, ou simplesmente ao se sentir útil e produtivo, a pessoa presa

¹⁸⁶⁶ O Prêmio Innovare é uma iniciativa do Instituto Innovare e homenageia e destaca iniciativas que têm como objetivo principal aprimorar o trabalho da Justiça em todo o país, tornando-a mais rápida, eficiente e acessível a toda população (MIRANDA, 2019).

pode construir um futuro diferente, acreditar que existem alternativas ao crime e fazer planos para sua vida após o cárcere.

Embora a presente pesquisa não tenha se debruçado sobre a efetividade dos programas de remição de pena na prevenção da reincidência, elas parecem ser a melhor opção de investimento do Estado nesse sentido.

3 A REMIÇÃO NO COMPAJ

No dia 1º de janeiro de 2017 houve uma rebelião no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus, a segunda mais letal no sistema penitenciário brasileiro, que ficou conhecida como o “Massacre do COMPAJ”. A rebelião ocorreu quando presos de uma organização criminosa tomaram o presídio, fizeram funcionários reféns e passaram a torturar e matar presos das celas de “seguro”, ou seja, que corriam risco de vida. Os presos do seguro eram compostos de policiais, estupradores e membros de organização criminosa rival. O motim deixou um saldo de 56 mortos e dezenas de fugitivos, somente ficando atrás, em letalidade, da chacina do Carandiru. A singularidade desse evento foi a brutalidade da matança, com requintes de crueldade, como a degola, esquartejamento e evisceração dos corpos, tudo filmado, fotografado e transmitido para fora do presídio, por meio das mídias sociais, praticamente em tempo real¹⁸⁶⁷.

Nessa rebelião houve o emprego de armas de fogo e armas brancas; muitos dos presos utilizaram celulares e consumiram drogas, itens proibidos no ambiente carcerário. O massacre do COMPAJ durou menos de 24 horas, mas deixou como resultado, além dos mortos, o presídio destruído e a evidência tanto do descontrole do Estado sobre o sistema penitenciário local, quanto da hegemonia das organizações criminosas no ambiente prisional.

Após esse terrível evento a reconstrução começou. Alguns presos foram transferidos de unidade prisional¹⁸⁶⁸, alguns foram recapturados, outros foram investigados e processados como mandantes ou executantes. A cadeia foi reconstruída, a parte do COMPAJ que abrigava o regime semiaberto foi desativada. O Estado foi retomando o controle, instaurando procedimentos para restabelecer a ordem e a disciplina.

Mas não apenas isso. Passou a assumir o seu papel provedor das necessidades materiais dos detentos, relacionadas a alimentação de qualidade, vestuário, remédios e itens de higiene, ônus que era até então repassado em parte às famílias. Passou a prestar as assistências ao preso: social, jurídica e de saúde. E passou a oferecer qualificação, educação e trabalho. A partir do fornecimento desses bens pelo Estado, acabou-se a distinção entre os presos mais e menos abastados. Por outro lado, o Estado passou a aumentar a fiscalização dos materiais que ingressam nos presídios, para evitar especialmente a entrada de armas, drogas e celulares¹⁸⁶⁹.

¹⁸⁶⁷ Notícia do Portal UOL: “Massacre de Manaus começou com tiroteio com PM e terminou com festa regada a drogas” (COSTA, 2017).

¹⁸⁶⁸ Presos tidos como líderes do massacre foram transferidos para o sistema penitenciário federal. Informação foi divulgada na imprensa. (G1 AM, 2017).

¹⁸⁶⁹ Conforme informações noticiadas no portal da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (AMAZONAS, 2017a).

É de se destacar que em 2019 houve nova rebelião no COMPAJ, vitimando 15 presos, porém com feições bastante diferentes em relação à rebelião de 2017. Isso porque as mortes ocorreram dentro das celas, entre presos até então tidos como aliados. Não houve a tomada dos presídios pelos detentos, não houve reféns e as mortes foram ocasionadas por asfixia ou estoques improvisados, a indicar a inexistência de armas de fogo e facas no ambiente prisional¹⁸⁷⁰.

Essa nova postura assumida implicou no reconhecimento e efetivação de direitos, conferindo maior dignidade ao preso. Ao fornecer os bens materiais necessários a todos, sem distinções, além dos bens imateriais, permitindo que todos os presos tivessem acesso ao ambulatório, a consultas médicas, a medicamentos, e também à Defensoria Pública, que hoje possui um núcleo de atendimento jurídico dentro do COMPAJ, o Estado passou a materializar a igualdade e o tratamento isonômico dos custodiados. Finalmente, ao possibilitar estudo, trabalho e qualificação ao preso, passou a ofertar alternativas para a vida após o cárcere, diferentes do crime.

As ações, vistas em conjunto, também têm o condão de diminuir a influência, poder e controle das organizações criminosas sobre a massa carcerária. Isso porque assumindo obrigações e conferindo direitos ao preso, o Estado também passa a ter presença, domínio e legitimidade para impor maior disciplina a todos, outro lado da balança da cidadania.

Quanto ao estudo e ao trabalho, além de consolidar freios morais na prevenção do crime, representam múltiplos benefícios ao preso, tanto na sua qualificação e aprimoramento profissional, quanto no encurtamento da pena, já que configuram remição.

Para subsidiar as informações sobre a unidade prisional, essa pesquisa apoiou-se em um questionário encaminhado ao Diretor do Presídio, por intermédio da Universidade do Estado do Amazonas, cujas respostas, contidas no Ofício nº 2088/2020-EST/COMPAJ/FECHADO (AMAZONAS, 2020c), fundamentam os dados trazidos nas discussões a seguir. Além disso, foram realizadas três visitas *in loco*, para conhecer os projetos de remição na prática, nos meses de agosto e outubro de 2020 e março de 2021.

O COMPAJ oferece aos internos atualmente todas as modalidades de remição. Dos 1.220 internos¹⁸⁷¹, 522 participam de oficinas e projetos de remição da pena, na seguinte proporção: 198 internos em remição da pena pelo estudo, no Projeto “Rumo à Alfabetização” e Projeto “Libertando o Saber”, 401 em remição da pena pela leitura, no Projeto “Revivendo na Poesia”, e 141 em remição da pena pelo trabalho, no Projeto “Trabalhando a Liberdade”. Há uma coincidência parcial de internos que estudam, trabalham e fazem leitura.

O estudo nos níveis de alfabetização, ensino fundamental e médio é proporcionado pela Secretaria de Estado da Educação, por meio da Escola Estadual Giovanni Figliolo, com aulas dentro da unidade prisional, e conta com 168 presos matriculados. Muito significativa também é a existência de 26 presos cursando o ensino superior¹⁸⁷² à distância, com aulas *online*, resultado de um convênio entre

¹⁸⁷⁰ “Briga entre detentos deixa 15 mortos no COMPAJ, diz governo” (G1 AM, 2019).

¹⁸⁷¹ A população prisional é fluante, pois todos os dias presos são admitidos e liberados. Conforme ofício nº 2088/2020-EST/COMPAJ/FECHADO (AMAZONAS, 2020c)

¹⁸⁷² Notícia do Portal do Governo do Amazonas: “presos iniciam cursos de ensino superior a distância no

a SEAP e uma universidade privada. O ensino superior ainda é inacessível para a maior parte da sociedade e para a imensa maioria dos apenados, então ao incentivar a frequência à universidade o Estado possibilita a construção do currículo acadêmico e melhoria da capacitação durante o cumprimento da pena. E, embora ainda pequeno o número de internos, configura um sopro de esperança para um futuro diferente ao retornar para o convívio em sociedade.

A mera frequência escolar confere direito ao preso de remir a pena, e, como benefício extra, a conclusão do ensino fundamental, médio e superior propicia a remição da pena em mais um terço da carga horária prevista para o curso concluído. “Cuida-se de um nítido incentivo para o sentenciado não somente estudar, mas se esforçar para concluir o curso ao qual se integrou” (NUCCI, 2013, p. 1065).

Já com relação ao trabalho, o tema sempre configurou uma questão controversa nas unidades prisionais. A LEP determina que o trabalho é direito e é obrigação do preso, porém muitos presídios sequer oferecem trabalho. Ou, se oferecem, são em atividades que pouco ou nada acrescentam à profissionalização do preso, tampouco constituem uma alternativa de sustento viável extramuros. Há críticas quanto à exploração da mão-de-obra barata e desqualificada, considerando que os direitos sociais e trabalhistas dos encarcerados não são assegurados pela lei. Em muitos casos, os presos sequer são remunerados pelo trabalho desenvolvido. A crítica que Coelho (2005, p. 65) fazia ao sistema penitenciário do Rio de Janeiro há décadas, ainda se mostra atual e presente:

[...] é o sistema que obriga o condenado à mais completa ociosidade: oficinas, carpintarias, alfaiatarias e instalações assemelhadas foram há muito desativadas; apenas uma fração mínima de prisioneiros encontra trabalho simples e escassamente gratificante, como confecção de sacolas para supermercados. De resto, sobram as atividades na cozinha da prisão, na limpeza das dependências e áreas de circulação e algumas funções auxiliares na administração.

O COMPAJ não fica imune a tais avaliações. A unidade prisional oferece hoje duas oficinas de qualificação profissional (de corte e costura e de serigrafia) e três projetos de trabalho (horta, cozinha e serviços gerais). Inicialmente, conforme informado pela administração prisional no Ofício nº 2088/2020-EST/COMPAJ/FECHADO (AMAZONAS, 2020c), chama a atenção o fato de apenas 141 internos trabalharem, pouco mais de 10% do total de presos. Desses, somente 49 recebem remuneração, que seria obrigatória nos termos da lei. Além disso, a maioria das atividades atualmente oferecidas dificilmente será continuada quando da obtenção da liberdade, pois não exigem nem conferem maior qualificação profissional, tampouco favorecem o empreendedorismo, sendo notórias as dificuldades dos egressos em conseguir se empregar na economia formal, dado o estigma de ex-presidiários.

Ainda assim o trabalho oferecido na unidade merece ser encarado como um passo positivo rumo à ressocialização. Qualquer oportunidade de trabalho é preferível ao ócio, especialmente ao recluso, uma vez que, segundo Reale Junior (2020, p. 270):

COMPAJ” (AMAZONAS, 2020b).

O trabalho para o homem preso é tanto ou mais importante do que para o homem livre, pois é necessário para sua higidez mental e condição de dignidade humana, art. 28 da Lei de Execução Penal, imprescindível para fazer o tempo perdido passar e assim não ser tão perdido.

No preso selecionado para o trabalho é depositada confiança por parte do Estado. É um preso que terá maior contato com o mundo exterior, pois o trabalho é exercido fora das galerias de celas. Há interações com funcionários e com pessoas externas à unidade, e contato com instrumentos de trabalho que poderiam ser usados como armas brancas, especialmente no trabalho da cozinha, mediante o acesso e manuseio de facas, e no trabalho na horta, que possibilita o acesso a pás, facões e utensílios afins.

Além disso, há a possibilidade de trabalho externo à unidade prisional, o que facilita a ocorrência de fugas. No entanto, deve ser destacado que nos últimos 12 meses de fato houve apenas três fugas, o que configura um número pequeno, considerando o total de presos nessa modalidade de remição.

Outro aspecto positivo a ser considerado é que o trabalho dos internos tem levado à economia de custos de materiais e execução de serviços para o Estado, sendo de destacar atividades com grande valor simbólico e efetivo, como a confecção de máscaras para utilização na pandemia de Covid 19; a confecção de lenços para doação à Fundação CECON, que trata de mulheres com câncer; e o cultivo e doação de hortaliças para instituição que abriga crianças e adolescentes com deficiência (AMAZONAS, 2020c). São formas de ensinar a empatia pelo próximo e de fazer com que o preso se sinta valorizado.

Nesse contexto é possível finalmente reconhecer uma função ressocializadora da pena, ao manter o preso ocupado, produtivo e ciente do valor de seu trabalho. Atividades de ressocialização dependem de investimento e de decisões políticas dos gestores públicos. O custo-benefício não pode ser medido financeiramente, devendo ser aferido sob a ótica de que não existem penas perpétuas no Brasil. Logo, o apenado um dia vai retornar ao convívio em sociedade. Até esse dia chegar, o preso fica sob a responsabilidade do Estado, e, como assevera Coelho (2005, p. 38):

Tão distante da mentalidade punitiva, que não concede ao preso o direito de um tratamento digno, quanto da demagogia libertária, que o transforma em vítima, ou das ideologias profissionais, que o pretendem um 'doente' a ser curado por múltiplas terapias, aí está o dever do Estado: simultânea e simplesmente proteger a sociedade, mas também seu agressor.

Há outros projetos e campanhas em andamento na unidade, com função ressocializadora, dentre os quais projetos de “valorização dos laços familiares”, “acesso à informação sobre direitos sociais, educacionais e constitucionais”, e o “acompanhamento do egresso após a obtenção da liberdade”¹⁸⁷³.

¹⁸⁷³ Conforme informações do Ofício nº 2088/2020-EST/COMPAJ/FECHADO (AMAZONAS, 2020c).

Assim, verifica-se que a remição no COMPAJ ainda precisa avançar muito, no sentido de cumprir a lei e oferecer trabalho à totalidade da população carcerária. Mas indiscutivelmente o passo mais difícil, o primeiro, já foi dado.

CONCLUSÃO

A problemática que movimentou essa pesquisa foi a de se verificar de que forma o instituto da remição de pena pode auxiliar na recuperação dos presos do COMPAJ, devolvendo-lhes dignidade e oportunidades de recuperação. Os objetivos da pesquisa foram cumpridos, na medida em que se analisou a legislação, os posicionamentos doutrinários e a pesquisa documental realizada através do ofício nº 20882020-EST/COMPAJ/FECHADO.

Os fatos que culminaram no “Massacre do COMPAJ” e todos os acontecimentos depois dele mostram que a história tem sido constantemente construída e reconstruída com as decisões tomadas pelos gestores públicos. A grave crise no sistema penitenciário simbolizada pelo descontrole estatal e reiterado desrespeito aos direitos dos prisioneiros culminou nesse fatídico evento, que para sempre ficará marcado na história prisional amazense.

Até então a pena de prisão só servia para castigar e punir, em intensidade e forma muito maior e mais grave do que a prevista para a prática de crimes, dadas as condições subumanas em que as pessoas eram mantidas no cárcere. Os presídios de Manaus pareciam masmorras medievais e arcaicas em que se depositavam os indivíduos condenados, retirando-os das vistas da sociedade.

Mas aquela tragédia não definiu o sistema prisional local, que sofreu profundas mudanças desde então. A sociedade não aceitava mais aquela situação caótica e selvagem. O “fundo do poço” experimentado pelo COMPAJ serviu para que o Estado retomasse o controle da execução penal. A partir daí o Estado assumiu de fato suas responsabilidades para com os presos tutelados, e, por meio dessa atuação mais presente, foi finalmente possível avançar na função ressocializadora da pena, sempre relegada como um objetivo menor ou inalcançável.

Dentre as inúmeras iniciativas para a ressocialização do condenado, destaca-se a remição da pena. Através do estudo e do trabalho, prepara-se o preso para o retorno à vida em sociedade, mais apto e preparado do que quando optou pelo crime. Aumenta-se seu capital humano e social, a fim de que, em liberdade, tenha outras opções em relação ao sustento próprio e de sua família.

O COMPAJ continua superlotado e ainda existem organizações criminosas nele atuantes, prova disso foi o motim de 2019. As opções de remição de pena, especialmente pelo trabalho e que envolvem toda uma dimensão de dignidade e autovalorização, ainda são bastante limitadas e insuficientes, atingindo apenas uma pequena fração da população de internos. São inúmeros os desafios a serem vencidos. Mas enquanto o tratamento arbitrário gera revolta no indivíduo, o tratamento justo gera aceitação, até mesmo comprometimento e colaboração no cumprimento da pena.

Certamente projetos e programas de remição da pena exigem investimento e geram custos ao Estado, que são suportados pela sociedade. O retorno somente

poderá ser aquilatado no médio e longo prazo, se constatada a queda nas taxas de reincidência, assim como a ausência de rebeliões no sistema prisional.

Espera-se que o Estado, por meio dos gestores do sistema prisional, não permita retrocessos na conquista da cidadania pelos presos, na garantia de seus direitos humanos e também na garantia da segurança pública, todos estes valores há muito almejados pela sociedade.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Sérgio. Sistema penitenciário no Brasil - Problemas e desafios. Revista USP, (9), p. 65-78. março, abril, maio 1991. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25549>. Acesso em: 20 nov. 2021.
- AMAZONAS. Internos do COMPAJ prestam vestibular para ensino superior à distância. Portal do Governo do Estado do Amazonas. Manaus, 18 set 2020. [2020a] disponível em: <http://www.amazonas.am.gov.br/2020/09/internos-do-COMPAJ-prestam-vestibular-para-ensino-superior-a-distancia/>. Acesso em: 04 ago. 2021.
- AMAZONAS. Presos iniciam cursos de ensino superior à distância no COMPAJ. Manaus: Portal do Governo do Estado do Amazonas, 17 de abril de 2020. [2020b] disponível em: <http://www.amazonas.am.gov.br/2020/04/presos-iniciam-cursos-de-ensino-superior-a-distancia-no-COMPAJ/>. Acesso em: 14 jul. 2021.
- AMAZONAS. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. Balanço do sistema prisional aponta aumento de 309% em número de revistas e 26% em materiais apreendidos com visitantes. Manaus, Portal da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, matéria de Kamilla Lira, em 04 de outubro de 2017. [2017a] Disponível em: <http://www.seap.am.gov.br/balanco-do-sistema-prisional-aponta-aumento-de-309-em-numero-de-revistas-e-26-em-materiais-apreendidos-com-visitantes/>. Acesso em: 19 jul. 2021.
- AMAZONAS. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. Cadeia Pública Desembargador Raimundo Vidal Pessoa: 111 anos de história que chega ao fim. Manaus, Portal da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, matéria de Kamilla Lira, em 06 de dezembro de 2017. [2017b] disponível em: <http://www.seap.am.gov.br/cadeia-publica-desembargador-raimundo-vidal-pessoa-111-anos-de-historia-que-chega-ao-fim/>. Acesso em: 19 jul. 2021.
- AMAZONAS. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. Monitoramento das tornozeleiras eletrônicas será feito em tempo real pela Seap e SSP-AM. Manaus, Portal da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, matéria de Kamilla Lira, em 22 de fevereiro de 2018. [2018a] disponível em: <http://www.seap.am.gov.br/monitoramento-das-tornozeleiras-eletronicas-sera-feito-em-tempo-real-pela-seap-e-ssp-am/>. Acesso em: 19 jul. 2021.
- AMAZONAS. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. Ofício nº 2088/2020-EST/COMPAJ/FECHADO. [2020c]. Manaus, AM: Diretoria do COMPAJ – Regime Fechado, 05 de novembro de 2020.
- AMAZONAS. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. Seap define ações para cumprimento da decisão judicial de desativação da unidade do regime semiaberto do COMPAJ. Manaus, Portal da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, matéria de Kamilla Lira, Afonso Júnior e Acyane do Valle, em 04 de fevereiro de 2018. [2018b] disponível em: <http://www.seap.am.gov.br/seap-define-acoes-para-cumprimento-da-decisao-judicial-de-desativacao-da-unidade-do-regime-semiaberto-do-COMPAJ/>. Acesso em: 19 jul. 2021.
- AMAZONAS. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. Seap desarticula esquema montado por grupo de agentes de socialização para repassar material ilícito a presos da UPP. Manaus, Portal da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, matéria de Kamilla Lira, em 04 de setembro de 2017. [2017c] disponível em: <http://www.seap.am.gov.br/seap-desarticula-esquema-montado-por-grupo-de-agentes-de-socializacao-para-repassar-material-ilicito-a-presos-da-upp/>. Acesso em: 19 jul. 2021.
- AMAZONAS. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. Unidades prisionais: Complexo Penitenciário Anísio Jobim – COMPAJ. Portal da Secretaria de Administração Penitenciária. Manaus, 2020. [2020d] disponível em: <http://www.seap.am.gov.br/complexo-penitenciario-anisio-jobim-COMPAJ/>. Acesso em: 19 jul. 2021.
- BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução: Flório de Angeliz, 1ª Edição, 6ª Reimpressão. Bauru: Edipro, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. Vol. 1, 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Congresso Nacional, Brasília, 1988. [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Congresso Nacional, Brasília, 2020. [2020b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ Serviço – Saiba como funciona a remição de pena. Brasília: 26 de fevereiro de 2016. [2016] Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-como-funciona-a-remicao-de-pena/#:~:text=A%20remi%C3%A7%C3%A3o%20de%20pena%2C%20prevista,Federal%20de%20individualiza%C3%A7%C3%A3o%20da%20pena.&text=A%20remi%C3%A7%C3%A3o%20pelo%20>

- trabalho%20C3%A9,em%20regime%20fechado%20ou%20semiaberto. Acesso em: 05 jul. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 44, de 26 de novembro de 2013. Dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para a admissão pela leitura. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2013. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendação_44_26112013_27112013160533.pdf. Acesso em: 08 jul. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 391, de 10 de maio de 2021. Dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para a admissão pela leitura. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original12500220210511609a7d7a4f8dc.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Infopen: categoria - quantidade de pessoas presas por grau de instrução. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, dezembro 2019. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/relatorios-analiticos>. Acesso em: 19 jul. 2021.
- BRIGA entre detentos deixa 15 mortos no COMPAJ, diz governo. G1 AM. Manaus, 26 de maio de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2019/05/26/briga-entre-detentos-resulta-em-15-mortos-no-COMPAJ-afirma-seap.ghtml>. Acesso em: 16 jul. 2021.
- COELHO, Edmundo Campos. A Oficina do Diabo e outros estudos sobre criminalidade. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- COSTA, Flávio. Massacre de Manaus começou com tiroteio com PM e terminou com festa regada a drogas. UOL. São Paulo, 12 de novembro de 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-massacre-de-manaus.htm>. Acesso em: 17 jul. 2021.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
- HENRIQUES, Camila; GONÇALVES, Suelen; SEVERIANO, Adneison. Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM. G1 AM. Manaus, 02 jan. 2017, atualizado em 06 jan. 2017. Disponível em <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-COMPAJ-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>. Acesso em: 04 jun. 2021.
- KAWAGUTI, Luís. As seis piores prisões do Brasil. BBC Brasil. São Paulo, 18 de janeiro de 2014. Atualizado em 20 de janeiro de 2014. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140115_seis_prisoas_1k. Acesso em: 17 jul. 2021.
- MIRANDA, Márcia. Trabalho para apenados na Penitenciária Regional de Curitiba. Rio de Janeiro: Instituto Inovare, 25 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/noticia/trabalho-para-apenados-na-penitenciaria-regional-de-curitiba>. Acesso em: 19 jul. 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- ODON, Tiago Ivo. Segurança pública e análise econômica do crime: o desenho de uma estratégia para a redução da criminalidade no Brasil. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 55, n. 218, p. 33-61, abr/jun 2018.
- OLIVEIRA, Cristiano Aguiar de. Criminalidade e o tamanho das cidades brasileiras: um enfoque da economia do crime. Anais do XXXIII Encontro Nacional de Economia. Natal, 2005. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A152.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2021.
- POZZETTI, Valmir César; POZZETTI, Laura; POZZETTI, Daniel Gabaldi. A importância do princípio da precaução no âmbito da conservação ambiental. Revista Campo Jurídica, Barreiras-BA, v.8, n. 2, p. 175-189, julho-dezembro, 2020. Disponível em: <http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/661>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- POZZETTI, Valmir César; TAMER, Alexandre dos Santos. A imigração haitiana e a criminalidade no município de Manaus. REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v.8, n.3, p.55-76, set./dez.2013. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/16584/13745>, consultada em 20 jul. 2021.
- POZZETTI, Valmir César. O Reconhecimento do Nome Social, às travestis, como garantia do Direito da Personalidade. In Direitos da Personalidade, Reconhecimento, Garantias e do direito a identidade de gênero no Brasil e a importância da educação Perspectivas. Org. por José Eduardo de Miranda; Valéria Silva Galdino Cardin. Porto (Portugal), Ed. Juruá: 2018.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Fundamentos de Direito Penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Economia do Crime: uma análise sobre a maioria penal a partir de detentos paranaenses. Economic Analysis of Law Review. Vol. 7, n. 1, p. 249-265, jan/jun 2016.

SILVEIRA, Gabriel Eidelwein; MENESES, Nicodemos Coutinho. Corporações criminais no Brasil: a pena e as relações de poder no cárcere. O público e o privado. Nº 36, p. 71/94, mai/ago 2020. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/opublicoeoprivado/article/view/3899/3339>. Acesso em: 02 jul. 2021.

VEJA lista de chefes de chacina no AM transferidos para presídios federais. G1 AM. Manaus, 11 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/veja-lista-de-lideres-de-chacina-no-am-transferidos-para-presidios-federais.html>. Acesso em: 20 jul. 2021.

DESACORDO CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO PROCESSUAL CIVIL: ANÁLISE DA JUSTIÇA GRATUITA, ASSISTÊNCIA JUDICIAL E ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Mateus Panzeri Fasolo¹⁸⁷⁴, Daniel Marinho Corrêa¹⁸⁷⁵

INTRODUÇÃO

O jurista brasileiro Miguel Reale (2002) admite na consagrada obra “Lições preliminares de Direito” o brocardo “*ubi societas, ibi jus*” (onde está a sociedade está o direito), que traduz uma realidade oriunda do direito romano: o Direito é uma ação exclusivamente social, nos termos do referenciado. Assim, toda atividade de cunho social é portadora de uma norma jurídica que a regula, sendo a recíproca verdadeira. O autor afirma, por conseguinte, que a regra jurídica e seu estudo viriam somente de um ponto muito avançado de uma sociedade, onde ela teria o direito como um campo do conhecimento autônomo e digno de pesquisas. Em tal sociedade é passível de análise que em determinado momento, com o detrimento do direito de um cidadão, ele recorrerá as vias públicas para sanar sua queixa. E é nesse momento que surge o direito processual, que no Brasil é regido pelos códigos, incluso o de Processo Civil.

O Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015) admite em seu septuagésimo artigo a capacidade processual do sujeito de direito, nele é afirmado que a pessoa que mostrar-se em exercício pleno de seus direitos, pode estar em juízo (BRASIL, 2015). Contudo, nem todo aquele habilitado de desempenhar seus direitos na ordem civil possui as condições de recorrer ao judiciário, a julgar por, as custas processuais possuem, em grande maioria dos casos, valor que excedem a capacidade socioeconômica dos envolvidos. Retirando de restringidos financeiramente a possibilidade de recorrer ao judiciário para a resolução de litígios, o sistema processual mostrar-se-ia falho, impossibilitando acesso previsto na Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 35, que garante a impossibilidade da lei de impedir apreciação de violação de direitos pelo judiciário.

Não obstante, o Código de Processo Civil, admite na seção IV de seu livro III, capítulo II, sobre a gratuidade da justiça. O art. 98, afirma em sua *caput* que todo brasileiro ou estrangeiro residente no território nacional possui o direito a gratuidade jurídica na forma da lei (BRASIL, 1988).

Compactuando, de maneira clara, que a pessoa economicamente hipossuficiente – brasileira ou não – possui o direito de utilizar-se da lei para cobrar atentados aos seus direitos. Entretanto, tal ação não está no ordenamento processual

¹⁸⁷⁴ Discente de Direito na Universidade Estadual de Londrina, participante colaborador do projeto Carreira Jurídica *in loco*, coordenado pela Prof. Dra. Juliana Kiyosen Nakayama. Foi bolsista pelo FAEPE-UEL, estagiário no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, atuando na 2ª Vara de Execuções Fiscais de Londrina. E-mail: mateus.panzeri@uel.br.

¹⁸⁷⁵ Professor, servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mediador judicial. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), possui Curso de Extensão “Justice” pela Harvard University (EUA). Bacharel em Direito pela UEL, pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná e em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. E-mail: damc@tjpr.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7430234179468606>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0654-4255>.

brasileiro por muito tempo, a Lei nº. 1.608 de 18 de setembro de 1939 (que instituiu o primeiro Código de Processo Civil brasileiro) não possuía tamanha generalização em quem poderia solicitar o benefício (BRASIL, 1939).

Isso vale para o segundo Código, de 1973, que nem ao menos abordava a temática, sendo ela regulada pela Lei. nº. 1060 de 5 de fevereiro de 1950. O trajeto percorrido, incluso Brasil posterior a Constituição Cidadã, verifica-se que uma grande parcela social obteve o acesso ao poder judiciário de uma forma muito recente e ainda de tal modo não possuem a justiça em sua gratuidade total, apenas tendo a ela uma assistência judicial.

É cabível de conhecimento que a doutrina processual brasileira contemporânea trata da justiça gratuita como um benefício estatal de enorme importância para a realização concreta do processo. Por tanto, a dita seria o auxílio governamental para os que assumirem, através de petição simples, sua impossibilidade com arcar as custas processuais sem que comprometam sua própria dignidade.

Assim, por intermédio de análise do nonagésimo oitavo artigo do Código de Processo Civil, verifica-se que a prerrogativa visa, sobretudo, auxiliar em uma diminuta situação de desigualdade social no acesso ao poder judiciário, através de medidas públicas, o Estado acorda em arcar com as custas daqueles que se enquadram na acepção jurídica do termo pobre.

Sem embargo, o que seria tal acepção? Considera-se pela maneira didática, as palavras de Cruz (2003), definem que hipossuficiente é a pessoa incapaz de arcar com os valores do trâmite processual sem que o comprometimento de sua existência pessoal ou familiar.

Nesse ponto, será necessário distinguir Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e a Justiça Gratuita, uma vez que são tão confundidos e muitas vezes empregados como sinônimos, por acadêmicos e, sobretudo, pela doutrina.

Ademais, em que pese elucida o *caput* do art. 98 do Código de Processo Civil, que a simples declaração de insuficiência de recursos é o suficiente para que o brasileiro ou estrangeiro envolto em ação do judiciário, seja isento de arcar com as custas processuais. Ainda persiste a problemática quanto à obrigação ou não de demonstração da hipossuficiência para a concessão do benefício.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA-LEGISLATIVA DA GRATUIDADE JUDICIAL

Desde o código de Hamurabi, primeiro registro de positivação legal da história humana, é existente o que na época fora chamado de “Decretos de Equidade”, visando menor ou nula discriminação nos pleitos judiciais (ZANIOLO, 2005). Em Atenas tal fato vinha repetido, contudo, através de julgamentos populares. Esses eram ações onde cabia ao juízo apenas guiar a sessão, sendo do povo a responsabilidade de acusar e/ou defender, sendo estes alguns dos primeiros defensores públicos. É da Grécia Antiga que se tem os melhores registros sobre o início de recolhimento de valores relativos à melhora do pleito judicial.

Patrono do direito brasileiro moderno, o direito romano foi um dos primeiros a positivar – através do *CORPVS IVRIS CIVILIS ROMANII* (Suma completa do direito dos Romanos) – a existência e necessidade de advogados que defendessem a população

em situação de carência. O imperador Justiniano (482-565) fora então um dos, se não o, responsável por definir o acesso à justiça como uma obrigação estatal.

Observa-se, porém, que Plutarco (46-120), admite em “Vidas Paralelas” que desde a fundação da cidade eterna, *patronos* tinham por dever explicar as leis e auxiliar os menos afortunados caso dessa precisassem (PLUTARCO, 1991, p. 64).

Da análise da era medieval à idade moderna, tem-se no Cristianismo um elemento essencial na história do direito contemporâneo. As alterações no ordenamento jurídico com os ideais de igualdade vindos da religião e sua principal representante na época, a Igreja Católica Apostólica Romana, foram essenciais para estimular imperadores a impor regras com maior acessibilidade popular no judiciário. Com o Édito de Milão ocorre a descriminalização dos seguidores de Cristo, que não mais precisam fugir ou possuem seu culto impedido pelas forças romanas, a permissividade do Império com cristãos. Também é dito que os menos afortunados economicamente eram isentos de custas processuais e esses seriam assistidos por defensores públicos que lhe ofereceriam auxílio no âmbito judicial. (LOURENÇO, 2016)

Em 1215, o rei João, chamado Sem-Terra, assinou a Magna Carta inglesa, entrando em acordo com instalar no ordenamento jurídico da região uma justiça de acesso amplo. Tal verificação é do quadragésimo artigo, que dispõe: “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça.”. Porém, com explicação *a posteriori*, na península Ibérica do século XVI, durante a chamada União dos países lá situados, fora estabelecida um compilado de normas jurídicas conhecidas como Ordenações Filipinas, que já dispunham sobre uma certa assistência governamental no âmbito jurídico. Rememorando que o Brasil, a luz de tal época, era colonizado por Portugal, o ato tinha validade na terra tupiniquim.

De forma inegável a Revolução Francesa é o marco do fim da sociedade medieval e início da era moderna, já que é a mesma responsável por findar o “*ancien régime*” e instaurar uma sociedade mais igualitária. Essa foi uma das, se não a ação de caráter inspirador para que no ano de 1851 surgisse o Código de Assistência Judiciária Francês, ação pioneira na busca por igualdade. Citando Alves (2005, p. 173), a França pós revolução estabeleceu que – aos advogados – era um dever moral. Pela vista do supramencionado, parou-se com a idealização de uma obrigação legal e trouxe a atitude para o campo da moral, estabelecendo uma “defensoria pública”, ainda que não com tal nome, como direito essencial a cada cidadão da república francesa.

Não obstante, o Brasil passava na época pelo governo de Dom Pedro I, que com uso de suas atribuições legais instituiu a lei de 20 de outubro de 1823. O dito regulamento previa validade das leis que regeram o reino lusitano, e suas terras além-mar, até a data de 25 de Abril de 1821 (quando o Imperador se tornou príncipe regente), bem como as Ordenações Filipinas, supramencionadas. Tal conjunto é responsável pela gênese de uma assistência judiciária, conforme previsto no livro III, capítulo LXXXIV, parágrafo X, quando traz (PORTUGAL, 1603, p. 695):

10. E sendo o agravante tão pobre, que jure que não tem bens moveis, nem de raiz, nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiência huma vez o *Pater noster* pola alma delHey Dom Diniz, ser-lhe-há havido

como que pagasse os novecentos reis, com tanto que tire de tudo certidão dentro no tempo em que havia de pagar o agravado.

Contudo, era inexistente no regime, uma organização destinada a prestar auxílio jurídico aos necessitados. Verifica-se, não obstante, que a Lei Imperial nº 261, de 1841 apresentava também uma modernidade, pois os sem condição de arcar com a integridade de custas do processo, teriam o ônus de arcar apenas com metade desta, já que a outra parte seria paga pelas Câmaras Municipais (BRASIL, 1841). A validade de tal decreto ocorreu com a implementação da Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que estipulou o Código Civil da primeira república.

1.1 AS CONSTITUIÇÕES DE 1934, DE 1946, O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1939

Com um golpe que instaurou a República dos Estados Unidos do Brasil, em 1889, viu-se como essencial a formulação de um novo ordenamento jurídico, haja vista que era desnecessário manter com as regulamentações sociais do extinto Império. Começou-se com a nova Constituição, estabelecida no ano de 1891, e depois com os regulamentos a serem estabelecidos na primeira metade de século do sistema republicano brasileiro. Contudo, nem a máxima jurídica, quanto o código civil de 1916, previam uma entidade responsável por fornecer tal auxílio àqueles que necessitassem.

Por intermédio de seu golpe que encerra a chamada “Política do café com leite”, Getúlio Vargas promulga uma nova carta constitucional, que oferece pela primeira vez um órgão responsável por conceder assistência judicial (BRASIL, 1934).

Seguindo a Constituição, o estado de São Paulo foi o primeiro a instituir um serviço de Assistência Judiciária do Brasil, no ano seguinte a promulgada Constituição, tal era feita pelo Departamento Jurídico XI de Agosto, corpo de estudantes e advogados da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Contudo, em 1937, outro golpe é dado por Getúlio Vargas, que instaura o dito “Estado Novo” e com o uso da Constituição Polaca, bane diversas áreas dos direitos individuais, incluso a assistência judicial. Com a decretação do Código de Processo Civil, em 1939, tem-se finalmente uma integralidade da gratuidade da justiça.

É no título VII, capítulo II que estão as normas reguladoras do benefício da justiça gratuita (BRASIL, 1939). Por intermédio do artigo 68, fica determinado que o brasileiro que não possuir a devida condição de arcar com as custas do processo sem que elas prejudiquem seu sustento ou de sua família, terá tal benesse. Contudo, ressalta-se que a legislação estipula a renda geral da parte, sendo então somente aquele que fosse *ipsis litteris* pobre, poderia usufruir da gratuidade judicial. Vê-se que a regalia era extremamente frágil.

Findo o Estado Novo, são convocadas eleições para uma Assembleia Nacional Constituinte que, em 18 de setembro de 1946, promulga uma nova carta constitucional. A dita, previa em seu art 141, §35 a existência de um auxílio estatal aos que necessitassem de apoio judicial (BRASIL, 1946).

Para tanto, verifica-se que pouco se mudou do texto que ainda se encontra na Constituição de 1988, contudo, com alterações que visam, sobretudo, maior inclusão social.

1.2 DA LEI Nº 1.060, DE 5 DE FEVEREIRO DE 1950 AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Conhecida como Lei da Assistência Judiciária, a referenciada legislação tinha por tema os requisitos necessários para uma concessão da benesse de uma assistência judiciária, contudo não regula a gratuidade da justiça. O legislador responsável, equivocou-se ao afirmar que ambas – a assistência judiciária e a gratuidade da justiça – seriam elementos sinonímicos no direito processual, quando não são.

Nas palavras de Esteves e Silva (2014, p. 94), a própria claudicação do Congresso Nacional da década de 1950 afetou por anos a interpretação processual do que realmente viria a ser assistência e o que é a gratuidade. Mas é inquestionável que foi a dita lei um marco no âmbito processual, já que fora a mesma que estabeleceu as normas de uma assistência aos necessitados. Ela também foi a responsável pelo prazo em dobro, concedidos até hoje a defensoria pública e aos Escritórios de prática jurídica, e a simples declaração de hipossuficiência. Na discussão dos 19 artigos presentes na lei, verifica-se que muitos foram revogados, seja pelos Códigos de Processo Civil subsequentes ou pelas simples alterações legislativas.

Conforme dito pelo art. 1º da dita lei, denota-se o intuito era de deliberar sobre os advogados responsáveis por cumprir o direito de ampla defesa, mas não de realmente beneficiar a população com uma gratuidade judicial no ambiente jurídico. O primeiro artigo da LAJ demonstra a função da OAB de agir com a assistência judiciária gratuita e de qualidade aos menos afortunados.

A interpretação da LAJ é um ponto chave na questão da justiça gratuita. Apesar de não tratar de tal tema, ela norteou a jurisdição – e por consequência a doutrina e jurisprudência – no entendimento da gratuidade. Logo, tornou-se impossível dissociar assistência jurídica, judicial e justiça gratuita.

Com a vigência da lei 1.060 em seu período, a constituição do governo militar perpetuou seus efeitos, abordando tal temática no artigo 150, §32 onde o constituinte fez questão de apresentar que o direito à assistência judiciária era uma garantia constitucional, devendo estar na superioridade do ordenamento. Apura-se que o texto é deveras semelhante ao da prévia Constituição. Ao afirmar que a concessão ocorrerá na forma da lei, o legislador referência a LAJ (Lei da Assistência Judiciária).

Com o Código de Processo Civil sendo instaurado em 1973, não houve grandes novidades no referente a justiça gratuita e assistência judicial, haja vista que havia lei própria para tal assunto e a vigência do Ato Institucional nº 5, que restringia as liberdades individuais e – consequentemente – processuais do sujeito. Consumada a época conhecida por Ditadura Militar, veio-se nova Assembleia Constituinte, que traria a Carta de 1988.

1.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O governo militar é marcado como um período negro da história brasileira. As marcas por ele deixadas ferem até a contemporaneidade, que busca apaziguar os efeitos de tão sombria época. Por tanto, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, chamada de Cidadã pelo presidente da Assembleia, verifica-se um retorno do caráter social das magnas cartas. A CF/88 preocupou-se

em seu artigo 5º dispôr sobre os “Direitos e Deveres individuais e coletivos” (BRASIL, 1988), onde *ipsis litteris*: “LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988).

Ocorre então uma separação entre assistência jurídica, judicial e gratuidade da justiça. O documento especifica claramente que o Estado tem por dever, já que se garante enquanto um Estado Democrático de Direito, prestar auxílio aos que não possuem conjuntura de arcar com custas do procedimento de resolução do lesar de seus direitos.

Com as alterações na máxima jurídica e no Código Civil, em 2002, a então presidenta do Brasil, Dilma Vana Rousseff, sancionou em 16 de março de 2015 um novo Código de Processo Civil. A própria afirmou em coletiva que sua atitude promoveria maior igualdade no acesso ao judiciário.

Referido código apresentou uma seção inteira para dispôr sobre a “Gratuidade da Justiça”. Disposta no Livro III, capítulo II, seção IV do NCPC/15 (Novo Código de Processo Civil de 2015), a gratuidade da justiça é tratada do artigo 98 ao 102, onde é dissertado acerca de critérios e benefícios originados pela justiça gratuita.

O primeiro, citado anteriormente, reafirma a disposição constitucional de que é ônus estatal a dita concessão, o nonagésimo nono artigo retoma que a solicitação deve ser feita por petição simples em qualquer etapa do processo, não sendo excluída sua concessão por advogado particular assistir à parte.

Os seguintes sobre a impugnação de tal pedido e seus efeitos quando o trânsito estiver em julgado. Através do novo Códice ocorreu uma verdadeira separação de termos, confirmando que a justiça gratuita não engloba somente o advogado da parte, mas toda e qualquer custa processual envolvida no trâmite.

2 ASSISTÊNCIA JUDICIAL E A ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Como sequela das seis décadas em que vigorou, a LAJ assentou no conjunto doutrinário brasileiro uma igualdade entre os três termos, ainda que possuam significância distintas. Mesmo que o presente vise, de maneira primária, discorrer sobre a justiça gratuita, importa-se em demonstrar que os títulos desse tópico são elementos suplementares para a completa explicação da gratuidade judicial.

Consoante a existência de requisitos legais que afirmam a função Estatal de oferecer meios para que todo brasileiro possa recorrer ao judiciário pleitear seus direitos. Na óptica de Moraes (1999, p. 58) a assistência judiciária é a concessão estatal de um representante para que esse realize, em juízo, uma defesa àquele que necessita da assistência. Portanto, a assistência judiciária é referente a somente o auxílio gratuito perante o foro, positivado na Constituição Federal de 1988.

Ademais, é passível de verificação uma semelhança e diferença da assistência judicial com a jurídica. Enquanto a supracitada refere-se somente aos serviços prestados em juízo, o ato de assistir juridicamente não fica restrito a tal, compreende também atividades de cunho jurídico, mas que se encontram no ambiente extrajudicial. A assistência jurídica consiste, portanto, na “orientação em assuntos jurídicos” (MORAES, 1999, p. 58), não somente na atuação jurídica *in facto*.

Ainda que o NCPC/15 preveja que advogados particulares podem solicitar a gratuidade judicial, a redação do art. 5º, inc. LXXIV, fez necessária a presença de uma legislação para os advogados que atuam como defensores públicos. Verifica-se então que retorna a estes a função de atuar para seus assistidos juridicamente, de forma integral, gratuita e com uma qualidade (BRASIL, 1994).

Ficou estabelecido então que o defensor público goza do direito da justiça gratuita para os considerados hipossuficientes, evidenciando que sua obrigação não deve ser restrita ao judiciário. As funções do defensor, por tanto, consistem também na atividade extrajudicial. Logo, cabe a defensoria pública promover a assistência jurídica, ao passo em que são os assistentes judiciais dos que possuem justiça gratuita.

No ordenamento jurídico foi positivado em 1994 a Lei Complementar nº 80 (com alterações oriundas da Lei nº 132 de 2009), que regulamentava as atuações – incluso direitos e deveres – da defensoria pública. Em seu artigo 3º, a referida define que entre as funções da Defensoria, está inclusa a prioridade pela dignidade da pessoa humana (elemento do primeiro artigo da Constituição de 1988) e a promoção do fim de uma elevada desigualdade social no acesso ao judiciário (BRASIL, 2009).

Desde 2017, contanto, o Conselho da Defensoria Pública da União estipulou que não há necessidade de pessoas com renda maior que R\$ 2.000,00 (dois mil reais) terem tal benefício de gratuidade judicial. Fica assim, estipulado que tal valor é a renda máxima para concessão, sendo o limite para que uma pessoa possa recorrer a assistência da Defensoria Pública.

Outra garantia – vide art. 43 da referida – é a concessão de prazo em dobro para todas as ações onde atua, verificando, portanto, mais uma tentativa de igualizar o acesso ao juízo. A duplicação do período para movimentação ocorre pela numerosidade de processos que são assistidos por defensores, então eles nem sempre são capazes de atuar de forma célere no período estipulado. Contudo, é dito que, entre outros, é dever da organização promover recursos cabíveis as instâncias superiores sempre que os fatos revelarem possibilidade (BRASIL, 1994).

Portanto, a assistência jurídica fornecida pela Defensoria Pública (seja ela Federal, Estadual ou Municipal), não é restrita a um único tribunal ou instância e sua atuação promove, de forma celebre, maior igualdade social, haja vista que por ela o Estado fornece uma justiça gratuita de qualidade a todos os brasileiros ou estrangeiros cá residentes.

3 UMA DICOTÔMIA SISTÊMICA: DA CONCESSÃO FÁTICA À AUSÊNCIA DE PARÂMETROS

O ato de conceder a gratuidade da justiça é variável segundo a interpretação do magistrado, o juiz pode solicitar (ou deixar de) comprovações da impossibilidade da pessoa de arcar com os supramencionados valores. Contudo, é inegável que necessita de apensamento ao processo, uma petição simples assinada pela parte que admita sua incapacidade financeira

Pode ainda, acontecer de um juízo que conceda de forma provisória a justiça gratuita. Assim é feito quando existem dúvidas acerca da real condição socioeconômica do autor, uma possível possibilidade deste para arcar com os valores que lhe serão cometidos. Vê-se, portanto, que cabe ao juiz analisar se concederá a gratuidade

de forma primordial, ou necessitará de análises da situação que o requerente se encontra. Observa Nelson Nery Júnior (2015, p. 523-524) que caso observe o magistrado, pela própria natureza da ação, que o requerente do benefício possui condições de arcar com as custas, pode revogar ou nem ao menos conceder. Assim sendo, conforme o autor, os critérios objetivos utilizados são aqueles que norteiam o livre convencimento do magistrado.

Ademais, situações como a dita já possuem referências de jurisprudência, como denota-se, a *uma*: “hipótese em que (...) é necessário o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, providência inviável neste momento processual (Súmula 279/STF)”. E a *duas*: alegada hipossuficiência. Ausência de comprovação. Acórdão fundamentado no conjunto probatório. Reexame de provas. súmula n. 279 do supremo tribunal federal.

Ambas decisões fazem uso de uma súmula, redação responsável pela interpretação constante dos egrégios tribunais (LEAL, 1981. p. 24), para fundamentar suas justificativas de concessão ou não a justiça gratuita.

Em face da facilidade em ser concedida a gratuidade de justiça, pois bastaria alegar a ausência de condições para o pagamento das custas processuais, sem prejuízo de próprio sustento ou de sua família, muitos excessos foram cometidos, tornando o Judiciário um “balcão de negócios”, observa Paulo Maximilian Schonblum (2010):

Ante a ausência de rigor na concessão do benefício, fica o mesmo desvirtuado, criando situação que, a despeito de espertalhões, causa prejuízo à parte *ex adverse* (não recebe sucumbência) e ao próprio erário público (não há recebimento de custas e taxas), fazendo crescer o número de processos inúteis, despertando um sentimento de litigiosidade e, numa visão macro — que nunca pode ser descartada — gerando prejuízo às empresas acionadas que, como se sabe, repassarão os mesmos à coletividade. A gratuidade de justiça é tema relevante e dessa forma deve ser tratado, somente devendo ser concedido o benefício aos realmente necessitados.

Segundo o referido autor, esse cenário induz as partes lesadas a interposições de impugnações a essa benesse, cabendo ao magistrado “a tarefa de decidir acerca da necessidade (ou não) de concessão da mencionada prerrogativa. E, nesta seara é que foi verificada a maior discrepância entre os entendimentos adotados” (SCHONBLUM, 2010):

Por sua vez, no entendimento de Bárbara Lupetti Baptista, Klever Paulo Leal Filpo e Gabriela da Silva Claudino (2016, p. 15) este conflito surgiu a partir da suposta incongruência entre as leis federais e a Carta Magna brasileira, que em seu dispositivo 5º, inciso LXXIV, aduz: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Logo, como a Lei de Assistência Judiciária, n. 1.060/1950 (LAJ), o atual Código de Processo Civil também dispõe que basta a declaração de hipossuficiência para sua concessão.

Passando assim as coisas, de um lado temos a norma constituição demandando a comprovação da insuficiência de recursos e, de outro, as leis federais estabelecendo, tão somente, a declaração do próprio beneficiário:

Os dados obtidos até o presente momento têm revelado que juízes mais rígidos exigem diversos tipos de provas do estado de pobreza, enquanto outros, menos exigentes nesse particular, contentam-se com a mera declaração. Os primeiros apegam-se à súmula 39 do Tribunal, interpretando de modo restritivo a CRFB/88, e os últimos, a uma interpretação literal da Lei 1.060/50, hoje reproduzida no Novo CPC (BAPTISTA; FILPO; CLAUDINO, 2016, p. 15-16).

Observa-se que, de início, a jurisprudência caminhou no sentido de que satisfaria a declaração de hipossuficiência, conforme decisão do Ministro Felix Fischer do Superior Tribunal de Justiça: “é suficiente, para demonstração da condição de beneficiária da gratuidade judiciária, simples declaração firmada pela requerente atestando ‘ser pobre nos termos da lei’”.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal verificou que a simples afirmação de pobreza (RE 204.458/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma) é o suficiente para a concessão, haja vista que na sua boa-fé, todos os fatos são verdadeiros até alegação em contrário. A Corte (RE 205.746/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma) entendeu que o interessado em usufruir da gratuidade deve declarar incapacidade de ir ao juízo sem que as custas comprometam sua existência, ou de sua família.

Consolidou-se, portanto, o posicionamento de que a declaração aludida no dispositivo 4º da LAJ e reproduzida no Código de Processo Civil de 2015 constitui presunção legal *iuris tantum*, ou seja, necessitando de prova em sentido contrário. Nesse sentido, observa Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 333):

Pleiteada a assistência gratuita, o juiz somente poderá indeferir-la se houver nos autos elementos que evidenciem a falta do preenchimento dos pressupostos legais pelo requerente. Entretanto, antes de indeferir o pedido, deverá permitir o contraditório, determinando à parte a comprovação de sua necessidade (art. 99, § 2º). O incidente em questão não pode ser suscitado sem que o juiz se apoie em algum elemento do processo que ponha em dúvida o cabimento do benefício pleiteado. Será com fundamento em tal dado objetivo que o juiz abrirá oportunidade para a parte esclarecer sua real situação econômica.

Logo, hodiernamente, ainda não existe um entendimento uniformizado quanto à concessão da benesse, em que pese as decisões de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal, de modo que ainda vemos no dia-dia forense cada juiz formulando critérios e criando obstáculos ao jurisdicionado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, o texto conseguiu celebrar os resultados desejados. A revisão bibliográfica da doutrina, jurisprudência e da legislação demonstra, de maneira clara, que existe uma confusão no que realmente é a justiça gratuita e seus desdobramentos, consoante a análise sob a óptica de pensadores diferentes.

A justiça gratuita também demonstrou ser uma garantia de caráter constitucional, estando acima das demais legislações do ordenamento jurídico Brasileiro, cabendo ao Estado – em união ao Judiciário – exercer a função e a benesse autoimposta perante o Estado Democrático de Direito. Foi exposto, de maneira semelhante, que a Defensoria Pública, seja em qual for o âmbito, é a responsável por fornecer uma assistência jurídica gratuita aos que possuem até determinada renda.

Vale-se recordar que o trabalho celebrou por estudar a má interpretação dos termos justiça gratuita, assistência judicial e assistência jurídica, sendo esses legados da LAJ, que enraizaram na doutrina brasileira a temática como sendo confusa. Para tanto, fez-se uma análise bibliográfica, de extrema importância no contexto de estudo Processual Civil, essencialmente aos estudantes de Direito, que verificam a presença de aqui uma fonte para sua verificação acerca do tema.

Além disso, observou-se que o benefício acaba sendo outorgado de acordo com o juízo de cada magistrado, muitas vezes sendo injustamente indeferido, pois há juízes que entendem que a benesse deve ser conferida apenas a indivíduos miseráveis. Notou-se por intermédio da investigação que esse subjetivismo na concessão pode trazer prejuízos aos jurisdicionados.

De seu turno, o Código de Processo Civil de 2015 buscou reduzir certos excessos por parte dos requerentes de benefícios. Conclui-se que, em que pese as divergências relatadas na questão da comprovação ou não da insuficiência de recursos e da ausência de parâmetros para a outorga, a doutrina tem se debruçado pouco sobre a temática, de modo que o subjetivismo é posto e oriundo do conflito de normas, trazendo a segurança jurídica como consequência.

Ao fim e ao cabo, a relevância do trabalho é, portanto, a compreensão acerca de uma matéria pouco tratada no âmbito universitário, haja vista que o conhecimento obtido por discentes no que diz respeito aos supramencionados termos, são realmente rasos, chegando alguns a confundir tais. A presente pesquisa conseguiu concluir todos os objetivos que possuía, tendo feito uso da metodologia qualitativa para seus resultados serem obtidos.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Cleber Francisco. A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no acesso à justiça. Rio de Janeiro: PUC, 2005.
- BAPTISTA, Bárbara Lupetti, FILPO, Klever Paulo Leal, CLAUDINO, Gabriela da Silva. O benefício da gratuidade de justiça: direito ou privilégio? nº 21. Revista Juris Poiesis, ano 19, set/dez, 2016.
- BRASIL. LEI DE 20 DE OUTUBRO DE 1823 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM....-20-10-1823.htm. Acesso em: 31 Jul 2020.
- BRASIL. LEI IMPERIAL Nº 261, DE 1841 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM261.htm. Acesso em: 2 Ago 2020.
- BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 2 Ago 2020
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 29 Jul 2020.
- BRASIL. Código de Processo Civil (1939). Lei nº. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 30 Jul 2020
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1946). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 2 Ago 2020
- BRASIL. LEI N. 1.060, DE 5 DE FEVEREIRO DE 1950. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060compilada.htm. Acesso em: 2 Ago 2020.
- BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 2 Ago 2020
- BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 29 Jul 2020
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 Jul 2020
- BRASIL. LEI COMPLEMENTAR Nº 80, DE 12 DE JANEIRO DE 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 1 Ago 2020
- BRASIL. LEI N. 132, DE 7 DE OUTUBRO DE 2009. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp132.htm. Acesso em: 9 Ago 2020.
- BRASIL. Código de Processo Civil (2015). 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: 29 Jul 2020.
- CONJUR. DPU passa a considerar hipossuficiente quem tem renda mensal de até R\$ 2 mil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-03/defensoria-publica-altera-valor-define-criterio-hipossuficiencia>. Acesso em: 16 Ago 2020
- CRIVELADO, Dandara L. Amaral; TREVISAN, Thiago Valentin; AMARAL, Sérgio Tibiriça. O legado jurídico da magna carta de 1215. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 2, n. 2, 2006.
- CRUZ, Adenor José da. Justiça gratuita aos necessitados, à luz da Lei nº 1.060/50 e suas alterações. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 172, 25 dez. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4675>. Acesso em: 2 ago. 2020.
- ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 94
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- JÚNIOR, Nelson Nery, NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- LEAL, Vitor Nunes. Passado e futuro na súmula do STF. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.145, p. 24, jul./set. 1981.
- LOURENÇO, Shandor Portella. Gratuidade de justiça e o Novo Código de Processo Civil. Revista da AGU, v. 15, n. 1, 2016.
- MORAES, Guilherme Peña de. Instituições da Defensoria Pública. São Paulo: Malheiros, 1999.
- PLUTARCO. Vidas paralelas. São Paulo: Paumape, 1991, v. 1.
- PORTUGAL. ORGANIZAÇÕES E LEIS DO REINO DE PORTUGAL RECOMPILADAS PER MANDADO DO MVITO ALTO CATHOLICO & PODEROSO REI DOM PHILIPPE. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>

ordenacoes.htm . Acesso em: 9 Ago 2020.

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

SCHONBLUM, Paulo Maximilian. Justiça Gratuita abre “porta da esperança”. Consultor Jurídico, 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-set-04/justica-gratuita-abre-porta-esperanca-judiciario>. Acesso em: 13 fev. 2022.

Superior Tribunal de Justiça - REsp. 119.027/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/05/1997. Supremo Tribunal Federal - ARE 725998 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 25-10-2013 PUBLIC 28-10-2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur246456/false>. Acesso em: 3 Ago 2020

Supremo Tribunal Federal - ARE 858401 AgR-segundo, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 13-11-2015 PUBLIC 16-11-2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur329426/false> Acesso em: 4 Ago 2020

Supremo Tribunal Federal - RE 205746, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 26/11/1996, DJ 28-02-1997 PP-04080 EMENT VOL-01859-06 PP-01269. STF, 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur30503/false>. Acesso em: 3 Ago 2020

Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação: APL00629553320018260002SP0062955-33.2001.8.26.0002. Relator: Ricardo Negrão. DJ: 10/11/2016. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/404911088/apelacao-apl-629553320018260002-sp-0062955-3320018260002/inteiro-teor-404911109?ref=amp>. Acesso em: 3 Ago 2020.

ZANIOLO, Pedro Augusto. A assistência judiciária e a justiça gratuita no processo de conhecimento. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 747, 21 jul. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7046>. Acesso em: 2 ago. 2020.

CIDADANIA E SEGURANÇA PÚBLICA: A POSSIBILIDADE DE INVESTIMENTO POR MEIO DA GESTÃO DE ATIVOS E ALIENAÇÃO CAUTELAR DE BENS APREENDIDOS DO CRIME ORGANIZADO

José Laurindo de Souza Netto¹⁸⁷⁶, Gustavo Calixto Guilherme¹⁸⁷⁷, Adriane Garcel¹⁸⁷⁸

INTRODUÇÃO

Esta exposição tem como tema central apresentar as diretrizes constitucionais e o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, os novos mecanismos legislativos e operacionais que possibilitam a alienação antecipadas de bens apreendidos do crime organizado e a utilização dos recursos advindos da venda de bens apreendidos do crime em projetos e políticas de cidadania e segurança pública em prol da sociedade.

A Administração Pública é voltada a realização dos interesses da sociedade, em um desempenho contínuo de suas ações e atividades.

A constitucionalização do Direito traz a necessidade de concretização dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, no intuito de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.

O Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas – SISNAD prescreve medidas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. É o conjunto ordenado de princípios, regras, critérios, recursos materiais e humanos que envolvem políticas, programas, ações e projetos sobre drogas, incluindo, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Em 2019 foi aprovada a Política Nacional sobre Drogas e foram propostas modificações legislativas que trouxeram novos mecanismos operacionais para o sistema até então vigente. As Leis nº 13.840/2019 e 13.886/2019 alteraram a Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) e estabeleceram como regra a possibilidade de venda antecipada de bens apreendidos pela prática de crime.

¹⁸⁷⁶ Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR e do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil – CONSEPRE. E-mail: jln@tjpr.jus.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128> / LATTES: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>.

¹⁸⁷⁷ Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Positivo e em Administração pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8273-3982>. Assessor da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

¹⁸⁷⁸ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA/ UNIBRASIL. Pós-graduada em Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Escola do Ministério Público - FEMPAR/UNIVERSIDADE POSITIVO. Graduada em Letras e Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Assessora Jurídica do TJPR e Mediadora Judicial. EMAIL adriane.garcel@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>

A alienação de forma cautelar possibilita que os recursos arrecadados sejam utilizados em projetos de cunho social e em políticas públicas de prevenção e combate ao narcotráfico.

Diante de tal contexto, este trabalho objetiva analisar o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, as recentes alterações normativas e legislativas e a alienação antecipada de ativos do crime como forma de investimento em políticas de cidadania.

A pesquisa justifica-se ante a premente necessidade de eficiência da Administração Pública, que deverá realizar a gestão de ativos e a venda antecipada de bens do crime como forma de diminuir custos e aumentar a arrecadação para investimentos na prevenção e na redução da oferta de drogas.

Para tanto, a metodologia utilizada baseia-se em estudo doutrinário, consulta à legislação pertinente e análise de dados.

Primeiramente, serão abordadas as normas constitucionais e o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

Em um segundo momento será apresentada a Política Nacional sobre Drogas e as alterações legislativas que estabeleceram um novo panorama, com a possibilidade de alienação antecipada de bens originários do crime e repasse dos recursos ao Fundo Nacional Antidrogas.

Por fim, serão demonstrados alguns dos projetos realizados pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) como forma de transformar ativos do crime em políticas públicas em prol da sociedade e a Central de Medidas Socialmente Úteis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), unidade gestora de alternativas penais, criada no intuito de substituir a pena restritiva de liberdade por medidas socialmente úteis e que possui projeto específico que objetiva a prevenção ao uso de drogas, o acolhimento aos usuários e dependentes de drogas e a reinserção social.

1 AS DIRETRIZES CONSTITUCIONAIS E O SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS (SISNAD)

O Direito Contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, dotada de supremacia formal e também de supremacia material, axiológica. A Constituição transforma-se no filtro por meio do qual deve-se ler todo o direito infraconstitucional. É a chamada constitucionalização do Direito, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos autônomos e tradicionais do Direito, como o penal, o processual, o civil e o administrativo (BARROSO, 2015, p. 110-111).

As Constituições modernas exercem um papel relevante na modificação da realidade, pois são dotadas de normas superiores, justamente para vincular os poderes públicos a fim de transformar o direito na direção da realização dos direitos fundamentais de todos (CAMBI, 2020, p. 27-28).

A Constituição consigna, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades e promover o bem de todos. É a primeira vez que uma Constituição

assinala objetivos fundamentais do Estado brasileiro como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, cultural e social, no intuito de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana (SILVA, 2016, p. 107-108).

A consagração da dignidade humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa deve constituir o objetivo supremo da ordem jurídica, impondo aos poderes públicos o dever de respeito, proteção e promoção dos meios necessários a uma vida digna (NOVELINO, 2010, p. 340).

No que tange ao Direito Penal, a sua missão é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, entre outros bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio da punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça (CAPEZ, 2015, p. 17).

As normas constitucionais são fontes formais do Direito Penal. O modelo de um Estado Democrático de Direito, adotado pela República Federativa do Brasil, deve ser implementado por meio de diversas coordenadas, a serem observadas no plano interno, como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, e no plano internacional, através da prevalência dos direitos humanos, a solução pacífica dos conflitos, a defesa da paz, entre outros princípios. Tais coordenadas representam valores, liberdades, interesses e garantias que se refletem na elaboração positiva do Direito Penal. O texto constitucional criminaliza os comportamentos que afetam esses bens jurídicos, como a prática do racismo e da tortura, o terrorismo, os atentados contra o meio ambiente e o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (DOTTI, 2018, p. 91).

A Administração Pública é uma atividade voltada a realização de interesses públicos, um desempenho contínuo e sistemático podendo ser legal e técnico dentre os serviços prestados pelo Estado, em benefício à sociedade (SOUZA NETTO; GARCEL; KONER, 2021, p. 345).

Nessa perspectiva, a Lei nº 11.343/2006 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD e prescreve medidas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como estabelece normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas é o conjunto ordenado de princípios, regras, critérios e recursos materiais e humanos que envolvem as políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas, incluindo, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 3º, §1º, da Lei nº 11.343/2006).

Entre os princípios do SISNAD estão o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto a sua autonomia e a sua liberdade, o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes, a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do SISNAD.

O inciso IX do artigo 4º, da Lei nº 11.343/2006, trata da adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Atualmente a multidisciplinaridade é amplamente utilizada na ciência e nas disciplinas humanas. Não se pode fazer uma abordagem somente da Psicologia no trato do paciente dependente de droga, mas também são necessários profissionais de Assistência Social, Pedagogia, Nutrição, Direito e tantas outras áreas do conhecimento que puderem colaborar com a pessoa dependente de droga (RANGEL; BACILA, 2014, p. 12).

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas objetiva: (i) contribuir para a inclusão social do cidadão, visando torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados; (ii) promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país; (iii) promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios e; (iv) assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e relacionadas à repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas¹⁸⁷⁹.

Feitas as considerações iniciais, impende destacar a necessidade de cooperação e articulação entre os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para a efetividade das atividades do SISNAD e principalmente para a inclusão social do cidadão, estímulo à autonomia e pacificação social.

2 OS NOVOS MECANISMOS LEGISLATIVOS E OPERACIONAIS

O Decreto nº 9.761, de 11 de abril de 2019, aprovou a Política Nacional sobre Drogas – PNAD, que possui como pressupostos garantir o direito à assistência intersetorial, interdisciplinar e transversal, a partir da visão holística do ser humano, com tratamento, acolhimento, acompanhamento e outros serviços, e a conscientização do usuário e da sociedade que o uso de drogas ilícitas financia atividades e organizações criminosas, cuja principal fonte de recursos financeiros é o narcotráfico.

A Política Nacional sobre Drogas – PNAD é baseada na prevenção, no tratamento, acolhimento, recuperação, apoio, mútua ajuda e reinserção social, redução da oferta, estudo, pesquisas e avaliações.

A efetiva prevenção ao uso de tabaco e seus derivados, de álcool e de outras drogas é fruto do comprometimento, da cooperação e da parceria entre diversos segmentos da sociedade brasileira e dos órgãos da administração pública federal, estadual, distrital e municipal, fundamentada na filosofia da responsabilidade compartilhada e da construção de redes com o intuito de melhorar as condições

¹⁸⁷⁹ Art. 5º da Lei nº 11.343/2006.

de vida e de promoção geral da saúde da população, o fortalecimento de vínculos familiares, sociais e habilidades sociais para a vida e políticas de prevenção.

No que tange ao tratamento, acolhimento, recuperação, apoio, mútua ajuda e reinserção social, o Estado deve estimular, desenvolver e garantir ações para o aperfeiçoamento do adequado cuidado das pessoas, com vistas à promoção e à manutenção da abstinência.

A redução de oferta traduz-se na redução substancial dos crimes relacionados ao tráfico de drogas ilícitas, ao uso dessas substâncias que são responsáveis pelo alto índice de violência no país, além de práticas contínuas no combate à corrupção, à lavagem de dinheiro, ao crime organizado e ações de gestão de ativos criminais vinculados ao narcotráfico.

Outra orientação geral da Política Nacional sobre Drogas – PNAD é garantir os meios necessários para o estímulo e desenvolvimento permanente de estudos, pesquisas e avaliações, que permitam aprofundar o conhecimento e a capacitação sobre drogas lícitas, ilícitas e a prevenção do uso.

Com o advento da Lei nº 13.840/2019 houve a alteração no procedimento anteriormente previsto na Lei Antidrogas (11.343/2006). A Lei nº 13.840/2019 incluiu o artigo 61, §1º, na Lei nº 11.343/2006, e estabeleceu que o magistrado, no prazo de trinta dias contado da comunicação da apreensão de ativos advindos do crime organizado, determinará a alienação dos bens, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica.

Outrossim, a Lei nº 13.886/2019 introduziu o artigo 62-A na Lei nº 11.343/2006, e estabeleceu uma nova sistemática no procedimento dos depósitos judiciais. O montante integral da alienação do bem é depositado em conta judicial e vai para o Tesouro Nacional, para o Fundo Nacional Antidrogas. Caso o acusado seja absolvido, os valores arrecadados na alienação do bem são devolvidos em até 3 dias úteis, acrescidos de juros (GUILHERME; QUEIROZ, 2021).

As modificações legislativas trazem uma mudança de cultura, uma alteração na regra até então vigente. Anteriormente, os bens apreendidos ficavam armazenados durante anos, aguardando o trânsito em julgado dos processos para poderem ser leiloados. Além da perda do valor econômico, dos gastos públicos com a estocagem e manutenção dos materiais, havia uma grande dificuldade em transformar o ativo apreendido em dinheiro para ser utilizado na prevenção e combate ao tráfico de drogas. Basta lembrar dos veículos que ficavam nos pátios das delegacias durante anos¹⁸⁸⁰ (GUILHERME; QUEIROZ, 2021).

Atualmente, a regra é a venda antecipada dos bens apreendidos pela prática de crime, no intuito de reverter os recursos arrecadados em políticas públicas de prevenção e combate ao narcotráfico (GUILHERME; QUEIROZ, 2021).

No que se refere ao Poder Judiciário, a Gestão Estratégica e Planejamento do Poder Judiciário 2021-2026 foi instituída pelo Conselho Nacional de Justiça por advento da Resolução nº 325/2020, que estabeleceu a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o próximo sexênio. A missão, a visão, os valores, os macrodesafios

¹⁸⁸⁰ Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_AGyTYiK7g. Acesso em: 10 jan. 2022

do Poder Judiciário e os indicadores de desempenho estão dispostos no artigo 1º da Resolução, como componentes da Estratégia do Judiciário 2021-2026.

A missão primordial do Judiciário é a realização da justiça e sua visão de futuro é ser efetivo e ágil na garantia dos direitos e que contribua para a pacificação social e o desenvolvimento do país.¹⁸⁸¹

Entre os macrodesafios definidos na Estratégia Nacional do Poder Judiciário estão a garantia dos direitos fundamentais, o enfrentamento à corrupção, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais, e o aperfeiçoamento da gestão da justiça criminal.

A Resolução nº 356/2020 do Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre a alienação antecipada de bens apreendidos em procedimentos criminais.

O artigo 2º da Resolução determina que os Magistrados com competência criminal deverão manter, desde a data da efetiva apreensão, arresto ou sequestro, rigoroso acompanhamento do estado da coisa ou bem, diretamente ou por depositário formalmente designado, sob responsabilidade, e, entre outras atribuições, providenciar, no prazo de trinta dias contados da apreensão, arresto ou sequestro de bens, a alienação antecipada dos ativos apreendidos em processos criminais, nos termos do §1º do art. 61 da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), alterado pela Lei nº 13.840/2019.

O artigo 5º da resolução supracitada prevê que a alienação antecipada de ativos deverá ser realizada preferencialmente por meio de leilões unificados, que poderão ser organizados pelo próprio juízo ou por centrais de alienação criadas para tal fim, ou ainda por meio de adesão a procedimento de alienação do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP).

3 A TRANSFORMAÇÃO DOS BENS APREENDIDOS DO CRIME EM POLÍTICAS PÚBLICAS

A Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas – SENAD é unidade do Ministério da Justiça e Segurança Pública e integra o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

A Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas¹⁸⁸² tem como missão garantir a aplicação da justiça, por meio da transformação dos bens apreendidos em razão de crimes em políticas sobre drogas, com o objetivo de promover a ordem jurídica com a gestão de ativos e reduzir a oferta de drogas no país. A secretaria atua em dois eixos no âmbito da política sobre drogas: redução da oferta de drogas e combate ao tráfico de drogas e crimes conexos; e gestão dos recursos apreendidos em decorrência de atividades criminosas relacionadas às drogas e crimes conexos.

Os valores provenientes da alienação de bens de valor econômico, apreendidos ou sequestrados em decorrência de tráfico de drogas ou de atividades

¹⁸⁸¹ Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original182343202006305efb832f79875.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2021.

¹⁸⁸² Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protacao/politicas-sobre-drogas/conheca-a-senad>. Acesso em: 17 nov. 2021.

ilícitas de produção e comercialização de drogas abusivas constituem fonte de recursos do Fundo Nacional Antidrogas – FUNAD, conforme estabelecido nos artigos 2º e 4º da Lei nº 7.560/86, alterada pela Lei nº 13.886/2019. Assim, a alienação antecipada de bens provenientes do crime organizado constitui fonte de recursos a serem destinados aos programas de educação, prevenção, tratamento, recuperação, repressão, controle e fiscalização do uso e tráfico de drogas.

Dessa forma, os valores arrecadados com a venda cautelar de bens advindos do crime organizado são utilizados, entre outras destinações, aos programas e projetos de prevenção ao uso e redução da oferta de drogas.

Por meio da Portaria nº 18/2019, a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas instituiu o Banco de Projetos, para reunir projetos previamente habilitados, apresentados por órgãos de segurança pública federais, estaduais ou distrital, para serem financiados pelo Fundo Nacional Antidrogas¹⁸⁸³.

Em parceria com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas – SENAD e a Secretaria Nacional de Cuidados e Prevenção às Drogas – SENAPRED, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD Brasil desenvolve, desde 2016, um projeto para aprimorar estratégias de prevenção das políticas sobre drogas. A SENAD formulou uma iniciativa piloto de política pública denominada Trabalho Orientado de Desenvolvimento Econômico e Biopsicossocial baseado na Oferta de Alternativas, o “Tô de Boa”. O projeto visa reduzir o envolvimento de adolescentes, jovens e membros de comunidades vulneráveis com entorpecentes, mediante ações que promovam o desenvolvimento econômico e biopsicossocial¹⁸⁸⁴.

Além do investimento em laboratórios de toxicologia, o Fundo Nacional Antidrogas também investe em projetos especiais, como por exemplo o Centro de Desenvolvimento de Cães de Faro no complexo sede da Polícia Rodoviária Federal em Brasília. O projeto objetiva a habilitação e o treinamento continuado de operadores de cães e o reforço de ações policiais de combate ao narcotráfico em todo o país. Outra iniciativa realizada foi a aquisição de Sistema de Rádio Digital Troncalizado e interoperável na fronteira do Brasil com o Paraguai, principal trecho de entrada de drogas no país (BEGGIORA; JÚNIOR, 2021).

Impende destacar que a SENAD recebe pedidos de apoio do Poder Judiciário para a alienação antecipada de ativos advindos do crime, por meio do Sistema Eletrônico de Informações (SEI) do Ministério da Justiça e Segurança Pública.¹⁸⁸⁵ Pelo site da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas – SENAD também é possível acessar o Portfólio da Gestão de Ativos, com orientações dos procedimentos de solicitação de apoio e dos projetos realizados.¹⁸⁸⁶

No que se refere ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, já foi realizada a venda antecipada de mais de cinco mil veículos apreendidos do crime organizado,

¹⁸⁸³ Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1567110614.4>. Acesso em: 17 nov. 2021.

¹⁸⁸⁴ Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2020/senad-e-pnud-lancam-to-de-boa--iniciativa-de-prevencao-ao-uso-de.html>. Acesso em: 18 nov. 2021.

¹⁸⁸⁵ Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/canais_atendimento/sei-servico-eletronico-de-informacoes. Acesso em: 17 nov. 2021.

¹⁸⁸⁶ Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protacao/politicas-sobre-drogas/portfolio-da-gestao-de-ativos/>. Acesso em: 18 nov. 2021.

reduzindo gastos públicos com a estocagem e manutenção dos veículos e possibilitando a reversão dos valores em políticas públicas¹⁸⁸⁷.

Com o objetivo de guiar as ações do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no início da gestão para o biênio 2021-2022 foi elaborado um plano de gestão, focado na inovação, na colaboração e na gestão como fim social.

O Plano de Gestão do Tribunal para o biênio 2021-2022 intitulado O SER HUMANO COMO O CENTRO DA JUSTIÇA¹⁸⁸⁸ é baseado em cinco grandes princípios: (i) a valorização do ser humano; (ii) o aumento da eficiência; (iii) a ampliação da capacitação; (iv) o uso racional dos recursos e (v) a aproximação do Poder Judiciário com a sociedade.

No que se refere à valorização do ser humano e à aproximação do Poder Judiciário da sociedade, e, independentemente da utilização de recursos provenientes da alienação de bens apreendidos do crime, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná implementou a Central de Medidas Socialmente Úteis (CEMSU), no Fórum Criminal de Curitiba.

A Central de Medidas Socialmente Úteis (CEMSU) é uma unidade gestora de alternativas penais, que oferece subsídio às unidades da justiça criminal, no intuito de substituir a pena restritiva de liberdade por medidas socialmente úteis, que são muito mais produtivas à sociedade.

Na inauguração da CEMSU instalada no Fórum Criminal de Curitiba, a mudança de paradigma que as medidas socialmente úteis propõem foi destaque:

Na maioria dos casos o cárcere é um incremento à criminalidade, é possível observar a ineficácia desse sistema que não intimida, não reabilita, pelo contrário, causa dor e sofrimento. Temos uma taxa de encarceramento muito alta, com delitos que não deveriam ser submetidos à terapia prisional. A partir da Central de Medidas Socialmente Úteis, o objetivo é solucionar o problema de fundo, que deu causa ao cometimento da infração penal. Por meio de práticas restaurativas pretende-se perceber a melhor forma de reparar a vítima e atender o autor do fato, com processos de conscientização dos deveres de cidadania, prevenindo que ele não venha a repetir a infração (SOUZA NETTO, 2019).¹⁸⁸⁹

No modelo tradicional o que se busca é a pena, a prisão, independente da recuperação do indivíduo e da responsabilização visando a prevenção. A Central utiliza a Justiça Restaurativa visando a prevenção da violência e a reinserção social. Na Central do Fórum Criminal de Curitiba são realizados atendimentos que envolvem círculos restaurativos, audiências de mediação e encaminhamentos socioassistenciais. Inclusive, neste período de pandemia, a Central de Medidas Socialmente Úteis realizou

¹⁸⁸⁷ Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_AGyTYiK7g. Acesso em: 17 nov. 2021.

¹⁸⁸⁸ Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/54846527/Plano+de+Gest%C3%A3o+-+atualizado/0f7c49fd-992e-631c-c3a5-59ef628d4515>. Acesso em: 17 nov. 2021.

¹⁸⁸⁹ Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/tjpr-inaugura-a-central-de-medidas-socialmente-uteis-no-centro-judiciario-de-curitiba/18319. Acesso em: 17 nov. 2021.

círculos de justiça restaurativa online, com temáticas de gênero, mulheres, saúde mental e vivência em comunidade.

A Central de Medidas Socialmente Úteis também realiza o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Uso de Drogas, que objetiva a reinserção social, a prevenção ao uso de drogas, o acolhimento, a recuperação e o apoio aos usuários e dependentes de drogas, em alinhamento ao Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas – SISNAD, à Política Nacional sobre Drogas – PNAD e à Estratégia Nacional do Poder Judiciário (GUILHERME; QUEIROZ, 2021).

Todos os projetos e iniciativas estratégicas do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná estão sendo efetivados com base nos princípios norteadores da gestão 2021/2022 do Tribunal, que tem como foco o SER HUMANO COMO O CENTRO DA JUSTIÇA.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, como resposta ao trabalho proposto conclui-se que as recentes alterações legislativas foram positivas no sentido de estabelecer como regra a alienação antecipada de bens apreendidos do crime organizado e possibilitar a reversão dos recursos em políticas e projetos de cidadania e segurança pública.

A constitucionalização do Direito ocasionou uma mudança de paradigma e expandiu o alcance dos objetivos do Estado brasileiro, de forma a vincular os poderes públicos à busca pela concretização dos direitos fundamentais de todos.

O Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas constitui-se em um conjunto de princípios, regras, critérios e recursos que envolvem políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas, tendo o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana como um de seus princípios balizadores.

As instituições públicas devem ter a eficiência como um dos pilares da estratégia e realizar projetos e atividades em benefício da sociedade.

Observa-se a efetivação das diretrizes fundamentais e dos princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, nas ações e projetos da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, dotadas de possibilidade de expansão e de aprimoramento contínuo.

Por arremate, a gestão de ativos e a alienação antecipada de bens apreendidos do crime possibilitam o investimento dos recursos na prevenção e no combate ao tráfico de drogas e em políticas públicas de cidadania, para o desenvolvimento nacional e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BEGGIORA, Luiz Roberto; JÚNIOR, Giovanni Magliano. A nova política nacional sobre drogas e os desafios na gestão dos ativos apreendidos do crime organizado no Brasil. Palestra ministrada no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, promovida pela Escola Judicial do Paraná (EJUD-PR). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_AGyTYiK7g. Acesso em: 17 nov. 2021
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 325, de 29 de junho de 2020. Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original182343202006305efb832f79875.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 356, de 27 de novembro de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3601>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 9.761, de 11 de abril de 2019. Política Nacional sobre Drogas - PNAS. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de abril de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm. Acesso em: 17 nov. 2021.
- BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 17 nov. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.840, de 5 de junho de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 de junho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13840.htm. Acesso em: 17 nov. 2021.
- BRASIL. Lei nº 13.886, de 17 de outubro de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 de outubro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13886.htm. Acesso em: 17 nov. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- BRASIL. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD Brasil. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home.html>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, v. 1, parte geral: (arts. 1º a 120). 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015
- DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 6. ed. rev. atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- GUILHERME, Gustavo Calixto; QUEIROZ, Fernanda de Oliveira. A gestão de ativos e a alienação antecipada de bens apreendidos do crime para o fortalecimento de políticas públicas. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jzB/content/atelie-de-inovacao-elabora-artigo-sobre-gestao-de-ativos/18319?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_9jzB%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1%26_101_INSTANCE_9jzB_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_9jzB_keywords%3D%26_101_INSTANCE_9jzB_delta%3D10%26p_r_p_564233524_resetCur%3Dfalse%26_101_INSTANCE_9jzB_cur%3D7%26_101_INSTANCE_9jzB_andOperator%3Dtrue. Acesso em: 10 jan. 2022.
- NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2010.
- RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. Lei de Drogas: comentários penais e processuais. 2. ed. rev., ampl. e atual. até dezembro de 2013. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 39. ed. rev. e atual./ até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de; GARCEL, Adriane, KONER, Aline. Moralidade Insignificante? Incidência do Princípio da Insignificância nos crimes contra a Administração Pública. In: Estudos sobre o Direito Penal Moderno: Disciplina ministrada pelo Prof. Dr. Sérgio Moro no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Séllos-Knoerr, Viviane Coêlho de. Moro, Sérgio Fernando. Garcel, Adriane. [Et al.]; Garcel, Adriane (org), Ferrari, Flávia Jeane (org). Séllos-Knoerr, Viviane Coêlho de. (coord.), Moro, Sérgio Fernando. (coord.). Curitiba: Editora Clássica, 2021

FUNDAMENTOS DA ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

Oswaldo Canela Junior¹

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário é uma instituição componente do sistema de Justiça e, embora não seja a única (SADEK, 2010, p. 1–23), representa a forma de expressão do poder estatal incumbida de dirimir os conflitos de interesses, mediante a igual aplicação das regras abstratas a casos concretos específicos (GALLAS, 1987, p. 42).

Integrando o sistema de Justiça, o Poder Judiciário qualifica-se como subsistema, ancorando-se nos seus valores e objetivos. Trata-se de instituição erigida por regras matrizes constitucionais e subconstitucionais, orgânicas e estruturadas, dotada de *input* e *output* (FRIEDMAN, 1975, p. 2–11).

Concebido em sua unidade institucional, o Poder Judiciário detém competência constitucional autônoma em relação às demais formas de expressão do poder estatal, posto autogerir-se e autoadministrar-se (LIENHARD, 2007, p. 1–6). A independência conferida aos magistrados, todavia, inviabiliza a edificação de qualquer hierarquia jurídica, de forma que a administração e a gestão do Poder Judiciário exigem uma especialização lastreada em autocontrole interno, somente possível a partir da coesão de seus integrantes e do conhecimento específico do funcionamento e dos objetivos de sua estrutura (EICHER, 2017, p. 219–223; MATTIJS, 2006, p. 65–102).

O fenômeno das sociedades complexas, caracterizadas pela diferenciação vertical e pela heterogeneidade (TAINTER, 2008, 1990, p. 23–31), e decorrentes do aumento populacional, da forte urbanização, do crescimento de demandas com limitação de recursos, das altas taxas de criminalidade e da explosão tecnológica, evidenciou a transição histórica dos modelos estruturais dos tribunais. Inicialmente focados em uma “organização feudal”, qualificada pela fragmentação, presumível autossuficiência dos magistrados e rotinas arcaicas de escrituração física, os tribunais passaram a adotar uma “organização corporativa”, o que os aproximou das grandes agências organizadas segundo o modelo corporativo racional (LAWSON; HOWARD, 1991, p. 580–604).

Desde a apresentação, por Dean Roscoe Pound, à *American Bar Association* (ABA), em 1906, do discurso intitulado *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, reputado o primeiro evento influente na história da Administração Judiciária dos Estados Unidos da América (EUA) (AIKMAN, 2007,

¹ Pós-doutor pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), possui graduação pela mesma instituição. Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Paraná - 2022 a 2023(EMAP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ). Membro do Instituto Paranaense de Direito Processual. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor Convidado da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Professor Convidado da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Promotor de Justiça até 1994. Juiz de Direito.

p. 21–28), até o período contemporâneo, discutem-se os mecanismos de gestão eficiente dos tribunais, em uma enorme profusão de estudos acadêmicos e pesquisas de campo. Busca-se, em geral, o estabelecimento do nexos de causalidade entre a aplicação de metodologia administrativa e o incremento da eficiência dos tribunais e órgãos jurisdicionais.

Nos EUA, há uma longa tradição focada na Administração Judiciária profissional (LAWSON; HOWARD, 1991, p. 580–604), já consolidadas fortes instituições de pesquisa e propagação do conhecimento.

O *European Group for Public Administration* (EGPA) foi erigido, no contexto da União Europeia (EU), com o objetivo de promover estudos científicos sobre a Justiça e a administração dos tribunais (LANGBROEK; ZIMMER; LIENHARD; PALMA; FABRI; KETTIGER, 2011, p. 1–4), destacando-se a *European Commission on the Efficiency of Justice* (CEPEJ). Indigitada comissão desenvolve políticas inovadoras para analisar o funcionamento dos sistemas de justiça, aprimorar a gestão do tempo, incrementar a qualidade dos serviços judiciários e os aproximar dos usuários, assegurados os princípios fundamentais consignados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (PHILIPPE BOILLAT; STÉPHANE LEYENBERGER, 2008, p. 55–66).

As diversas linhas de pesquisa desenvolvidas aprofundam-se nos modelos explicativos do funcionamento da atividade judicial, consideradas suas especificidades, e apresentam programas de aprimoramento da gestão, seguidos de procedimentos de formação e sistemas de avaliação (ACKERMANN; BASTARD, 1988, p. 19–20). Compreende a comunidade científica que uma administração eficaz dos tribunais promove segurança jurídica, solução justa e rápida das controvérsias, o bem-estar da sociedade, a adequada governança pública, a garantia dos direitos fundamentais e o bom funcionamento da economia de mercado (LANGBROEK; MAHONEY, 2008, p. 1–2).

De fato, forma-se um consenso sobre os efeitos econômicos benéficos do eficiente funcionamento do subsistema judicial. Evidências empíricas indicam que um Poder Judiciário eficiente é determinante para o desempenho econômico, promovendo a produção e distribuição de bens e serviços, ao garantir dois pré-requisitos essenciais às economias de mercado: a segurança dos direitos de propriedade e o cumprimento dos contratos (PALUMBO; GIUPPONI; NUNZIATA; LUCA; SANGUINETTI, 2013, p. 1–60).

Estudos demonstram que a eficiência do Poder Judiciário é uma variante causal para os investimentos estrangeiros (LIM, 2001, p. 1–28), a redução do custo do crédito (LAEVEN; MAJNONI, 2003, p. 1–36), o crescimento das empresas (GIACOMELLI; MENON, 2012), a criação de empregos e de postos de trabalho (GIANFREDA; VALLANTI, 2013, p. 1–21) e o incremento do comércio exterior (BERKOWITZ; MOENIUS; PISTOR, 2006, p. 363–373). Segundo estimativas do Banco Central Europeu (BCE), o fraco desempenho dos tribunais, notadamente no que se refere às janelas de oportunidade, pode reduzir o crescimento econômico anual em cerca de 1% (VAN DIJK; DUMBRAVA, 2013, p. 15–24).

Une-se à perspectiva econômica a vinculação da missão constitucional do Poder Judiciário aos objetivos do Estado a que pertence. Destacam-se, entre eles, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem comum, para os quais todos os atos do subsistema judicial devem estar direcionados (CANELA JUNIOR, 2011, p. 84–89).

A administração e a gestão dos tribunais assumem, diante de tal panorama, enorme relevo nos Estados democráticos. Trata-se de atividade altamente complexa, dada a megaestrutura do Poder Judiciário e as implicações sociais e econômicas de seu funcionamento. É exercida sob o influxo de metodologia inerente à administração de organizações não lucrativas, mas restringida pelos marcos da legalidade e da independência dos órgãos jurisdicionais. Representa, ademais, atividade que instrumentaliza a jurisdição como exercício do poder estatal, inserindo-se, topologicamente, na categoria mais abrangente do acesso à ordem jurídica justa, dado objetivar a preordenação dos instrumentos necessários à consecução da efetiva tutela dos direitos (WATANABE, 2019, p. 3-10).

Apresenta-se, assim, um modelo teórico a fundamentar o reconhecimento da Administração Judiciária como ramo autônomo do conhecimento, destinado a contribuir com o Poder Judiciário em sua tarefa de concretização dos valores e princípios constitucionais.

1 CONCEITO

Inicialmente compreendido como o conjunto de atores individuais destinados à resolução de conflitos segundo uma competência pré-definida, o Poder Judiciário encetou, a partir do século XX, a assunção de um perfil gestor, ante a apresentação de fatores exógenos, tais como o crescimento exponencial das demandas, as exigências dos usuários do subsistema de justiça e o incremento substancial de disputas semelhantes (HAMMERGREN, 2011, p. 1–9).

Fenômeno muito discutido atualmente, a explosão de litigiosidade, consubstanciada na evolução exponencial do número de demandas apresentadas ao Poder Judiciário progressivamente, deriva de fatores sociais, econômicos e culturais diversos, da excessiva produção legislativa e da percepção de que conflitos tradicionalmente dirimidos por outras instituições de Estado são, cada vez mais, levados à esfera jurisdicional (JOHNSTON, 2007, p. 179–208). A excessiva carga de trabalho, a complexidade procedimental da atividade jurisdicional e os recursos econômicos escassos impõem crescente pressão para reformas do Poder Judiciário e para o fomento de eficiência das autoridades judiciárias, resultado a ser alcançado com a aplicação de técnicas e princípios da Administração Judiciária (LIENHARD; KETTIGER, 2011, p. 66–73).

Para que se isole adequadamente o conceito de Administração Judiciária, é fundamental a realização de distinção entre esferas de atuação das instituições no âmbito do sistema de Justiça e, mais especificamente, do subsistema judiciário.

Reformas do sistema de Justiça são idealizadas sob uma visão ampla, porquanto pressupõem não somente a atuação do Poder Judiciário, mas de todas as instituições que o integram, tais como a Advocacia, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as instituições policiais, as agências reguladoras e fiscalizatórias, entre outras. Assim, o aperfeiçoamento do sistema de Justiça exige a realização de uma política pública de Estado a abranger o conjunto daquelas instituições, inclusive o Poder Judiciário, o que demanda a intervenção do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Tal é o papel da Administração da Justiça, que abarca pelo menos três grupos temáticos, tanto assim considerados o acesso à justiça, a administração dos tribunais e os mecanismos de resolução de conflitos (SANTOS, 1986, p. 11–44).

Nesse sentido, a Administração da Justiça é ramo do conhecimento que se distingue da Administração Judiciária, porquanto compreende um plexo muito maior de instituições e atividades públicas e privadas, orientadas ao aprimoramento do sistema de Justiça organicamente. O campo de atuação da Administração Judiciária é muito mais restrito, focando-se no incentivo de eficiência do Poder Judiciário, mediante a otimização da estrutura material e funcional previamente estabelecida pelo ordenamento jurídico, e segundo a lógica de funcionamento interno da instituição.

Distingue-se a Administração Judiciária da Organização Judiciária. Esta última preocupa-se com a arquitetura legal dos órgãos componentes do Poder Judiciário. Estabelece, em matriz normativa, a criação, a transformação, a extinção, a estrutura, a competência, as atribuições e dispõe sobre a carreira dos órgãos componentes do Poder Judiciário, no exercício de atividade jurisdicional e de atividade administrativa imprópria, em determinada base territorial. A Administração Judiciária, por outro lado, consiste no conjunto de conhecimentos sistematizados necessários à atividade desenvolvida por esses mesmos órgãos na gestão dos recursos destinados à prestação jurisdicional, segundo principiologia e métodos próprios.

Não constitui a Administração Judiciária sub-ramo da Administração, ou mero enfoque disciplinar dessa ciência.

Ocupa-se a ciência da Administração com o estudo das organizações em geral, mediante descrição de sua natureza e funcionamento, evolução e crescimento de seu comportamento, gerando teorias e hipóteses prescritíveis (CHIAVENATO, 2014, p. 13–16). Entretanto, muito embora o Poder Judiciário possa ser considerado, em sua unidade e segundo a ótica da ciência da Administração, uma organização não lucrativa, possui peculiaridades e especificidades que o distinguem dos modelos privados. Por conseguinte, ainda que se admita o empréstimo de modelos teóricos aplicados às organizações de natureza privada, não passíveis, inclusive, de utilização indiscriminada no setor público, a gestão dos tribunais exige a adoção de um modelo específico (LIENHARD; KETTIGER; WINKLER, 2012, p. 1–27).

Os órgãos jurisdicionais produzem atividade direcionada ao exercício do poder estatal, nos termos e limites constitucionalmente previstos. Trata-se de atividade especialmente distinta daquela desenvolvida, em geral, pelo setor público. Muito embora os juízes realizem atos administrativos impróprios, em geral previstos nas leis de organização judiciária, sua atividade-fim é a jurisdição, cuja extensão de poderes transpassa a mera declaração do direito, incidindo em concreta coerção estatal para o constrangimento à execução de seus julgados.

Soma-se a tal perspectiva a independência conferida aos órgãos jurisdicionais no exercício da jurisdição. O gestor, ao planejar estrategicamente metas e objetivos a serem difundidos na instituição judiciária, há de pressupor estarem os magistrados anelados à prática dos atos decorrentes, que eventualmente interfiram no fluxo da atividade jurisdicional. Tais atos, se afrontarem a independência dos julgadores, ainda que pretendam fomentar a eficiência, terão sua eficácia suprimida pela própria jurisdição.

Outro aspecto a ser destacado é a multiplicidade de temas jurídicos apresentados ao escrutínio do Poder Judiciário, especialmente em sociedades complexas. Há um plexo de questões suscitadas a ensejarem expressiva especialização de matérias, com repercussão direta na competência dos órgãos jurisdicionais. Esse panorama é mais agravado com a hiperlegislação e a explosão de litígios, fenômenos reputados sintomas da transformação cultural contemporânea (SARAT, 1984, p. 319–336). Cada nova espécie de conflito apresentado ao Poder Judiciário poderá exigir maior grau de cognição e, portanto, a proliferação de meios probatórios multímodos, instabilizando a duração da fase instrutória dos procedimentos.

O Poder Legislativo, ao produzir hiperlegislação, acelera a inovação procedimental, gerando a necessidade de adaptação dos órgãos jurisdicionais aos novos comandos. A mutação de um procedimento em determinado assunto ou matéria afeta diretamente a gestão do Poder Judiciário, algumas vezes impactando sua estrutura material e funcional, o que pode agravar o déficit de recursos orçamentários já existente.

As apontadas propriedades do subsistema judicial, embora permitam a utilização das técnicas, normatizadas e prescritas, da ciência da Administração para o seu aprimoramento, impõem à ciência da Administração Judiciária a utilização de métodos que ultrapassam a prática de atos administrativos ou de gestão. A concepção de uma estratégia para o Poder Judiciário somente é possível a partir do emprego de inúmeros outros campos do conhecimento, sem os quais seria altamente improvável a apresentação de hipóteses e a predição de resultados.

Como se observa, o método e o objeto da Administração Judiciária são específicos, muito embora referida ciência possua correlação com outros ramos do conhecimento, dos quais extrai instrumentos compatíveis, muitas vezes os adaptando para a consecução de suas finalidades. Entre elas, destaca-se a produção de pronunciamentos judiciais e sua execução, atividade que exige atos administrativos orientados à criação de estrutura, física e de pessoal, ao gerenciamento desses recursos e à administração de um orçamento limitado por balizamento legal, atividade em geral jungida, pela doutrina, ao conceito de *Court Management* (LIENHARD, 2013, p. 2–20). Referida expressão abarca não somente o gerenciamento dos tribunais, mas também o das unidades jurisdicionais (SIMONIS, 2019, p. 47–58).

O termo *Judicial Administration*, empregado pelos autores norte-americanos, identifica-se com a expressão alemã *Justizverwaltung*, assim considerada a atividade regulatória governamental, com exclusão dos atos legislativos e da prestação jurisdicional, destinada a prover as bases materiais e de pessoal para o exercício da adjudicação, ou prestação jurisdicional, nos sistemas judiciários individuais (LIENHARD; KETTIGER, 2016, p. 7–19). Trata-se, contudo, de termo muito abrangente, em relação ao qual integram a ética judicial, a seleção de magistrados, os procedimentos em geral, a organização e a administração dos tribunais (WHEELER, 2006, p. 943–968).

A partir da análise de suas especificidades, segundo notícia a doutrina norte-americana, o conceito de *Judicial Administration* se aproxima do perfil da Organização Judiciária e o de *Court Management* melhor amolda-se ao de Administração Judiciária (AIKMAN, 2007, p. 5–9). Esta última destaca-se por não compreender a Administração da Justiça e, tampouco, a elaboração de leis, centrando-se nos atos materiais necessários ao exercício da jurisdição (KEEL, 2014, p. 127–192).

Todas as expressões até agora arroladas, entretentes, não logram descrever, classificar e prever o objeto cognoscível da Administração Judiciária. Além das restrições conceituais já apontadas, há uma particularidade não identificada em geral pelos autores, consistente em não cogitar o intercâmbio de atividades, endoprocessuais e extraprocessuais, necessárias para a consecução de suas finalidades.

Em regimes democráticos, a gestão dos recursos públicos destinados ao exercício da jurisdição, segundo a estrutura organizacional constitucionalmente estabelecida, deve ser pautada pelo princípio da eficiência, o que pressupõe duração razoável do processo, segurança jurídica e redução dos custos.

O princípio da eficiência atua, no campo da jurisdição, em duas esferas distintas.

Para a produção de pronunciamentos judiciais e sua execução, exige-se a administração dos recursos existentes segundo os parâmetros estruturais legalmente estabelecidos. Tal tarefa pressupõe a realização superabundante de atos administrativos. Todavia, ainda que a administração dos recursos e da estrutura existente seja eficiente, não se pode atingir maior velocidade, segurança e redução de custos em processos judiciais individuais sem o gerenciamento dos magistrados que os presidem.

Todo pronunciamento judicial exige a prévia produção de atos logicamente concatenados. Estes atos são, genericamente, previstos em procedimentos estabelecidos nas normas processuais. Contudo, a observância das fases procedimentais e da tipicidade dos atos processuais depende diretamente da atuação jurisdicional. Por consequência, a maior ou menor velocidade no trâmite processual, a segurança dos pronunciamentos judiciais e os custos de sua produção dependerão diretamente da gestão endoprocessual realizada pelo magistrado em cada ação judicial em curso.

Conceitua-se, pois, a Administração Judiciária como a ciência que estuda a estrutura organizacional e o fluxo procedimental de atuação dos órgãos do Poder Judiciário, segundo a arquitetura normativa consolidada, para o desenvolvimento de instrumentos, extraprocessuais e endoprocessuais, otimizadores do subsistema, destinados à concretização dos princípios constitucionais da eficiência, da razoável duração do processo, da independência do Poder Judiciário e do acesso à ordem jurídica justa.

2 NATUREZA

A partir de 1980, os sistemas de justiça da América Latina passaram por importantes reformas estruturais, orientadas a conferir ao Poder Judiciário maior independência, com a progressiva remoção da ingerência dos órgãos do Poder Executivo sobre a administração dos tribunais (HAMMERGREN, 2011, p. 1–9).

Ainda que a independência judicial possua aspectos passíveis de ponderação teórica, especialmente diante do controverso tema ativismo judicial (EPSTEIN, 1990, p. 827–856), não há dúvida de que se trata de um dos pilares do regime democrático. Segue-se que, em sua atuação, o Poder Judiciário deve estar muito mais próximo de uma neutralidade institucional, não pautada pela política e centrada na aplicação harmônica das leis (LANDES; POSNER, 1975, p. 875–902).

Reputa-se, assim, a administração dos tribunais uma política de Estado (KIRAT, 2013, p. 12–20), dado perseguir a realização do ordenamento jurídico por intermédio

da prestação jurisdicional eficiente e segura, preservando, ao mesmo tempo, a independência do Poder Judiciário. Nesse contexto, a ciência da Administração Judiciária assume como proeminente diretiva metodológica o auxílio à referida política pública e ao fortalecimento desta independência (LIENHARD, 2013, p. 2–20).

Os parâmetros de atuação e a estrutura organizacional dos órgãos jurisdicionais são predispostos pela atividade legislativa e, uma vez estabilizados no ordenamento jurídico, tornam-se plenamente eficazes, vinculando a atuação dos gestores.

Ocorre que as diretrizes legais de comportamento dos órgãos jurisdicionais são aplicadas em um sistema complexo (LAWSON; HOWARD, 1991, p. 580–604), por atores diversos e segundo multifárias regras de distribuição de competências e atribuições administrativas. Abre-se, conseqüentemente, um entrelaçamento de janelas de atuação, segundo opções próprias, respeitando-se a independência judicial.

Enquanto o volume de atribuições dos órgãos jurisdicionais é compatível com esse nível de potencial desarmonia e isolamento decisório, segundo a estrutura organizacional legalmente estabelecida em um determinado momento histórico, difícil é a percepção da utilidade da Administração Judiciária. Contudo, na medida em que avança a explosão dos litígios e os recursos orçamentários destinados ao custeio do Poder Judiciário passam a ser cada vez mais reduzidos, as inúmeras críticas sociais ao seu funcionamento prescrevem a necessidade de utilização de conhecimentos sistematizados destinados à otimização da estrutura existente, posto inviável a manutenção da lógica de sua automática ampliação a partir do simples aumento da demanda (HAMMERGREN, 2011, p. 1–9).

Fenômeno mundial, as críticas quanto ao funcionamento do Poder Judiciário decorrem de inúmeros fatores, destacando-se a ineficiência no cumprimento dos contratos e os custos injustificados do processo de execução em face do valor das mercadorias e dos bens envolvidos (GARCIA, 1998, p. 1267–1325), a lentidão e a incerteza dos julgamentos, a excessiva complexidade dos procedimentos, a inacessibilidade dos cidadãos ao subsistema de justiça e a relação entre custo e benefício muito alta (GREGORIO, 1966, p. 1–16), a estrutura pesada com procedimentos complexos e pouco fluidos (SADEK; ARANTES, 1994, p. 34–45) e a deficiência de fiscalização dos magistrados (BRODY, 2008, p. 115–156).

Entre os inúmeros resultados derivados das reformas dos sistemas de justiça, em escala global, alicerçou-se, como princípio de índole constitucional, o pleito social por eficiência na prestação jurisdicional (ACKERMANN; BASTARD, 1988, p. 21–25), com todas as suas repercussões práticas, posteriormente conjugado com o reconhecimento do direito fundamental à razoável duração do processo.

Assumindo o pressuposto de que a confiança da população é especialmente relevante para a garantia de sua legitimidade (SCHWENKEL; RIEDER, 2014, p. 1–8), os integrantes do Poder Judiciário, em um ambiente de recursos escassos e de demandas crescentes, passaram a adotar uma abordagem distinta da atividade jurisdicional e dos contornos de sua independência, absorvendo metodologias utilizadas em diversificados ramos do conhecimento humano, cujo sucesso já havia sido constatado pela ciência da Administração em relação a organizações públicas e privadas.

A utilização de instrumentos derivados da Administração, da Estatística e da Tecnologia da Informação mostrou-se progressivamente eficaz para a otimização dos

recursos existentes e para a elevação dos níveis de eficiência na prestação jurisdicional (PEKKANEN, 2011, p. 1–221). O nexó de causalidade entre o emprego desses instrumentos e a apontada elevação passou a ser analisado em estudos científicos, identificando-se métodos e modelos de gestão de tribunais e de unidades jurisdicionais (LIENHARD, 2013, p. 2–20).

O sucesso desta nova abordagem da atividade jurisdicional, decorrente dos resultados obtidos (LIENHARD; KETTIGER; WINKLER, 2012, p. 1–27), justifica a edificação de um novo ramo do conhecimento, de caráter multidisciplinar. A complexidade dos subsistemas judiciários, ampliada pelos fenômenos sociais contemporâneos, pressupõe a exigência de estudo científico especializado, que não pode ser relegado a outros ramos do conhecimento, uma vez que envolve o exercício do poder do Estado e se baliza pela independência institucional. A Administração Judiciária não trata de uma atividade inerente a um modelo comum de organização não lucrativa (ACKERMANN; BASTARD, 1988, p. 21–25), mas do próprio exercício do poder estatal, a regular todos os conflitos de interesses deflagrados em uma base territorial, inclusive envolvendo o Poder Legislativo e o Poder Executivo, de forma definitiva e coativa.

Este conjunto de conhecimentos, orientados a uma prática sistemática, avaliável por metodologia científica, mostrou-se determinante para a promoção mais efetiva dos objetivos constitucionais do Estado. Ao optar pela não utilização das normas e prescrições decorrentes da ciência da Administração Judiciária, o administrador judicial assume a possibilidade de que suas decisões não sejam as mais adequadas e eficazes para a ampliação de eficiência, a redução dos custos, a aceleração do trâmite processual e o estabelecimento da segurança jurídica. Adota, por consequência, uma política pública que potencialmente poderá deslegitimar o Poder Judiciário perante a sociedade e enfraquecer sua independência, com a possível produção de ruídos no regime democrático.

A Administração Judiciária não constitui ato administrativo ou ato jurisdicional, embora seja por eles materializada. Apontados eventos decorrem da conformação que lhes é dada pelo ordenamento jurídico e segundo a interpretação estabelecida pelos órgãos do Poder Judiciário. Seguem, portanto, regime jurídico próprio e são objeto de estudo da ciência do Direito.

Estabelecendo a legislação certa margem de discricionariedade para a prática dos atos administrativos e jurisdicionais, faculta-se aos gestores judiciais e aos magistrados optarem pela alternativa mais eficiente e que reduza o prazo de duração do processo a limites aceitáveis. Essa decisão pode ser mais bem esclarecida e orientada pela ciência da Administração Judiciária, que passa a subsidiar o fundamento científico para a opção mais racional.

A Administração Judiciária constitui, em sua essência, uma ciência orientada a auxiliar o Poder Judiciário no desenvolvimento de políticas públicas que atendam aos objetivos do Estado, no cumprimento dos deveres constitucionais impostos aos seus integrantes e na consecução dos direitos fundamentais. Sua natureza ajusta-se ao conhecimento derivado de estudos e pesquisas, seleção de método e objeto próprios e uma prática sistematizada, inerente às Ciências Sociais, vez que compreende o estudo da ação humana em sociedade.

3 OBJETO

Constitui objeto da Administração Judiciária o estudo das atividades necessárias à tutela dos direitos, em caso de submissão dos conflitos de interesse ao Poder Judiciário, pressupondo-se que todas as atividades extraprocessuais, de natureza administrativa, sejam projetadas para a produção de efeitos endoprocessuais positivos.

Muito embora o estudo do conflito, como categoria própria, pertença aos domínios da Conflitologia (CAMP, 2015, p. 9–24), a manifestação do indigitado fenômeno, quando repercute efeitos na esfera jurídica, passa a constituir categoria jurídica. Nessas condições, interessa ao Direito a análise da descrição de seu conceito e de seus elementos (FRIEDMAN, 1989, p. 17-29), de sua estrutura (MILLER; SARAT, 1980, p. 525–566), de seus modelos (FITZGERALD, 1983, p. 15–45) e de suas transformações (FELSTINER; ABEL; SARAT, 1980, p. 631–654).

Inserem-se o estudo do conflito na esfera exploratória da Administração Judiciária, no que toca à detecção dos elementos causadores de sua judicialização (DANIELS, 1985, p. 381–420; FRIEDMAN, 1987, p. 351–378; ROSS, 2017, p. 5–10) e, muito especialmente, ao seu tratamento adequado pelos órgãos jurisdicionais, segundo mecanismos conciliatórios diversos, calcados na superação de uma cultura exclusivamente adjudicatória (WATANABE, 2019, p. 97-102).

Em todas as abordagens que se apresentam, representativas do objeto da ciência da Administração Judiciária, o tratamento adequado de conflitos de interesses é campo de estudo indeclinável, mormente em relação à compreensão dos denominados *alternative dispute resolution methods* (KANOWITZ, 1987, p. 239–304) e à sua vocação para a interferência positiva na gestão dos tribunais, a contenção da explosão de litigiosidade, a garantia do acesso à ordem jurídica justa e a redução dos custos do processo e do prazo de sua duração (GOLANN, 1989, p. 487–568).

A enorme utilidade das técnicas de tratamento adequado dos conflitos, metodologia que se expande mundialmente (CAPPELLETTI, 1993, p. 282–296), não reside apenas na fase de judicialização, ou *ex post*, mas, em especial, na fase pré-processual, ou *ex ante* (SHAVELL, 1995, p. 1–28), na qual suas virtudes sociais são expandidas. Nessa última vertente, desenvolve a Administração Judiciária estudos lastreados no exame dos instrumentos destinados ao tratamento adequado dos conflitos, a partir do diagnóstico de suas peculiaridades, e nas condições para a edificação de uma estrutura organizacional do Poder Judiciário aderente à realidade social do país, em uma visão macro a franquear, gradativamente, a participação comunitária na administração da justiça (WATANABE, 2019, p. 3-10).

Consoante as distintas competências e atribuições legalmente conferidas ao administrador judicial e a estrutura organizacional consolidada do Poder Judiciário, quatro serão as abordagens possíveis, no que concerne ao objeto da Administração Judiciária: a) Microgestão ou Gestão Judiciária de Varas Judiciais, b) Mesogestão ou Gestão Judiciária de Tribunal, c) Macrogestão ou Gestão Judiciária de Tribunais e d) Megagestão ou Gestão Judiciária no Contexto de Soberanias Diversas.

A Microgestão, ou Gestão Judiciária de Varas Judiciais, estuda o comportamento de unidades jurisdicionais segundo a sua competência e a sua estrutura

organizacional. Ocupa-se em estabelecer padrões ideais de funcionamento de uma unidade jurisdicional, mediante o exame da descrição do fluxo e das fases legalmente previstas para cada procedimento, segundo a competência estabelecida. Analisa as peculiaridades de cada matéria, o âmbito necessário de cognição e a complexidade dos meios probatórios, fixando os parâmetros de atuação do magistrado, segundo o rigor das normas derivadas do Direito Processual. Em seguida, ajusta a estrutura material e o quadro de colaboradores disponíveis às metas estabelecidas, desenvolvendo o melhor planejamento para a execução dos atos processuais.

Assim é que a Microgestão se dedica ao estudo dos mecanismos de *case management* e de gerenciamento do fluxo do procedimento, apontando os resultados, estatisticamente aferíveis, em termos de impulsionamento de qualidade e de eficiência. Capacitação dos servidores e assessores, mediante criação de rotinas administrativas e setores do gabinete do magistrado para padronização, evitando-se a prática de atos judiciais potencialmente causadores de distúrbio no trâmite processual, e o estabelecimento de rotinas favoráveis ao estímulo da autocomposição, com adoção de métodos adequados à resolução de conflitos, constituem alguns dos recursos de gerenciamento endoprocessual objeto de estudo.

A Mesogestão, ou Gestão de Tribunal, consiste no estudo particularizado do conjunto de todos os órgãos jurisdicionais, monocráticos ou colegiados, vinculados a um específico tribunal.

Subsidiando-se em modelos da Microgestão, a Mesogestão examina o comportamento global de todas as unidades jurisdicionais integradas à sua base territorial. Utiliza-se de métodos de avaliação de desempenho (CHURCH; CARLSON; LEE; TAN, 1978, p. 3–8; FEENEY, 1987, p. 148–169), estabelece seus indicadores (MOHR; CONTINI, 2014, p. 843–862), propõe metas racionais (FEENEY, 1987, p. 148–169), desenvolve acervo de informações para subsidiar a tomada de decisões (HAMMERGREN, 2011, p. 1–9), utiliza o *Caseload Management* para o estudo de fluxo de demandas (LIENHARD, 2013, p. 2–20), desenvolve métodos analíticos da qualidade das atividades do tribunal (LIENHARD; KETTIGER; WINKLER, 2012, p. 1–27), estudando o emprego dos recursos orçamentários destinados aos tribunais e a sua melhor destinação racional. Essa abordagem objetiva, em linhas gerais, o estabelecimento dos padrões ideais de funcionamento de um tribunal, para que produza todos os resultados esperados pela sociedade.

Os estudos de Mesogestão analisam a aplicação de modelos teóricos oriundos da ciência da Administração aos tribunais, procedendo ao escrutínio empírico dos resultados obtidos. Avaliam, ainda, a aplicação de elementos da Estatística (LIENHARD, 2008, p. 43–55) e da Tecnologia da Informação (REILING, 2011, p. 1–19), construindo um mosaico comparativo de informações orientadas à edificação de modelos teóricos replicáveis, organizados em normas e prescrições, e cujo nexos de causalidade se consolidou (CONTINI; MOHR; VELICOGNA, 2014, p. 1099–1116).

A abordagem em questão é retroalimentada por constante monitoramento de resultados, permitindo o refinamento de análise e o aperfeiçoamento dos modelos teóricos.

A Tecnologia da Informação possibilita o desenvolvimento de aplicações no campo econômico (VELICOGNA, 2017, p. 38–54), de alto interesse dos tribunais.

Desde a elaboração automática de relatórios analíticos de gastos até a verificação do custo discriminado de todas as demandas em uma base territorial, sem embargo da análise individual de cada processo, os instrumentos de Tecnologia da Informação permitem a formação de um juízo racional sobre a utilização dos recursos existentes.

O estudo do comportamento do Poder Judiciário, no contexto de uma determinada soberania, constitui o objeto da Macrogestão, ou Gestão de Tribunais. Considerada uma tendência moderna na administração dos tribunais, estuda a possibilidade do estabelecimento de padrões prescritivos de funcionamento do Poder Judiciário, apresentando modelos teóricos para sua integração em um subsistema unificado (FINLEY, 1965, p. 569–592).

Os modelos desenvolvidos pela Microgestão e pela Mesogestão subsidiam a construção de um conjunto sistematizado de conhecimentos, considerando-se o Poder Judiciário em seu conjunto. Essa abordagem da Administração Judiciária é mais abrangente, ensejando um estudo multifatorial de espectro comparativo em larga escala, inclusive com a utilização de modelos heurísticos (SCHAUFFLER, 2007, p. 112–128).

A Megagestão, ou Gestão Judiciária no Contexto de Soberanias Diversas, utiliza os mesmos instrumentos e idêntica metodologia aplicada às outras esferas de abordagem, projetando, todavia, sua análise de impacto para tribunais oriundos de países diversos. Tal fenômeno ocorre com a união econômica e política de Estados soberanos e a criação de organismos supranacionais independentes, tal como sucede com a União Europeia.

A criação da CEPEJ pelo Conselho da Europa em 2003 representa a expressão concreta desta abordagem do objeto da Administração Judiciária, na medida em que referido organismo desenvolve políticas inovadoras para a análise do funcionamento dos sistemas de justiça, objetivando o fomento da eficiência e da qualidade da prestação jurisdicional, e reconhece na independência e na imparcialidade judiciais direito do cidadão. Adota como parâmetros de estudo as bases estatísticas comparativas, o exercício de *benchmarking*, a divulgação das melhores práticas e relatório de avaliação sobre o cumprimento de uma carta de qualidade (PIM, 2008, p. 1–17), respeitando-se a soberania das nações.

4 METODOLOGIA

A ciência da Administração Judiciária representa uma revolução fundamentada em paulatina integração entre o Direito Processual e as ciências da Administração, da Tecnologia da Informação e da Estatística. Seu método é especializado, posto extrair os fundamentos do Direito Processual, para a exata compreensão do subsistema judiciário, utilizar instrumentos da Administração, objetivando imprimir eficiência e segurança na atividade jurisdicional, aplicar conceitos da Estatística, para a avaliação de resultados e o monitoramento dos modelos de gestão, e adaptar os recursos da Tecnologia da Informação para a ampliação de velocidade, de segurança, de transparência e de redução de custos.

Como método, a Administração Judiciária explora a estrutura e o funcionamento dos órgãos componentes do Poder Judiciário, examina suas atribuições

e competências, dissecar os procedimentos para a tutela de direitos e investigar os instrumentos destinados ao tratamento adequado dos conflitos, orientando-se pelos fundamentos e princípios do Direito Processual.

A concepção de processo, como mera categoria jurídica abstrata nos albos da inferência da relação jurídica processual (BULOW, 2005, p. 5–20), demanda nova atualização com o acolhimento constitucional dos princípios da eficiência e da razoável duração do processo. Existe, atualmente, entre a matriz legal idealizada pelo legislador e a concreção do bem tutelado pelo ordenamento jurídico, um verdadeiro método autônomo para a efetivação da tutela jurisdicional em escala molecular, e não mais atômica, orientação principiológica contida na gênese da própria Organização Judiciária.

Para a realização dos princípios da eficiência e da razoável duração do processo, a ciência da Administração Judiciária, considerando a anatomia do subsistema judiciário, muito próxima daquela inerente às organizações não lucrativas, perscruta os modelos de gestão e os instrumentos compatíveis com o sistema processual. Com a sua aplicação, objetiva o administrador judicial a realização material dos escopos do processo em escala individual e massiva, em uma visão orgânica, estruturada e funcional.

A necessidade de modernização e gerenciamento das instituições judiciárias é um processo que ressalta, em uma primeira aproximação, a absorção da racionalidade do tipo gerencial pelo Poder Judiciário (VIGOUR, 2006, p. 425–455), podendo-se compará-lo às grandes empresas, nada obstante as inúmeras diferenças existentes (RÖHL, 2000, p. 220–230). Sob esse enfoque, arrolam-se quatro grandes modelos de gerenciamento dos tribunais, segundo suas características fundamentais.

O modelo *laissez-faire* tipifica-se pela priorização dos aspectos legais e judiciais da atividade dos tribunais, carreando a cada unidade jurisdicional a responsabilidade pela gestão. Nele não há coordenação deliberada de atividades e o detalhamento de fluxo é desconsiderado. O modelo hierárquico-burocrático centra-se na decomposição e racionalização das operações, reconhecendo a hierarquia administrativa como fundamento da fiscalização contínua. O modelo de mobilização do pessoal permite relações mais diretas e informais entre os diferentes níveis hierárquicos, demandando a participação de todos os colaboradores para a superação de crises. Por fim, o modelo de inovação organizacional destaca-se por atribuir uma autonomia direcionada aos gestores judiciais, baseada em metas definidas (ACKERMANN; BASTARD, 1988, p. 25–32).

A *New Public Management* se apresenta como uma das abordagens mais difundidas pela doutrina, francamente utilizada como modelo viável de gerenciamento dos tribunais europeus, dele colhendo-se bons resultados (CONTINI; MOHR, 2007, p. 26–43; CARBONI, 2012, p. 5–11). Lastreia-se na aplicação dos parâmetros empregados para a gestão de grandes empresas privadas, com foco nos valores da produtividade, da eficiência, da eficácia, da economicidade, da transparência e da sofisticação (CARBONI, 2012, p. 5–11).

Fecundos são os estudos desenvolvidos sobre o tema desde a publicação da primeira geração do *St. Gallen Management* em 1972, modelo de gestão aplicável

à administração do Poder Judiciário (LIENHARD; KETTIGER, 2016, p. 7–19), que considera a empresa como um sistema complexo, cujos elementos interagem dinamicamente e são identificáveis em um determinado ambiente (RÜEGG-STÜRM, 2004, p. 65–141).

O *St. Gallen Management Model* (SGMM) é utilizado, inclusive, como referência em projetos de pesquisa orientados à edificação de novos modelos de gestão de tribunais, com aproximação interdisciplinar entre o Direito, os estudos de negócios, a ciência da Administração, a Sociologia Jurídica e a Psicologia, esta última com enfoque em *decision-making* (LIENHARD; KETTIGER, 2016, p. 7–19).

A *Wirkungsorientierte Verwaltungsführung* (WOV), ou Gestão Orientada ao Resultado, constitui modelo que, com as adaptações necessárias, mostrou-se, ao lado da *New Public Management*, compatível com a administração do subsistema judicial (KETTIGER, 2003). Da mesma forma, o *Caseload Management*, modelo consistente no estudo de fluxo da demanda para a alocação de recursos (LIENHARD, 2013, p. 2–20), revela-se instrumento-chave na gestão dos tribunais (LIENHARD; KETTIGER, 2011, p. 66–73).

Do estudo e da aplicação dos grandes modelos de gestão deriva a utilização de inúmeros instrumentos direcionados à gestão de tribunais e unidades judiciárias, atualmente em fase de investigação e pesquisas empíricas, tais como *Strategic Principles, Management Structures, Management Support, Management Instruments, Court Controlling, Client-friendly Practices, Career Development and Job Satisfaction, Quality Assurance and Development, Certification, ISO 9001, Common Assessment Framework, Trial Court Performance Standards, Court Tools, CEPEJ Question List e Performance Assessment*.

Constitui parâmetro metodológico indissociável da ciência da Administração Judiciária a observação rigorosa do nexo de causalidade entre o instrumento aplicado e o resultado concreto devidamente catalogado. Soluções decorrentes da ciência da Administração não podem ser aleatoriamente aplicadas no subsistema judicial, dado o potencial colapso estrutural e de recursos orçamentários resultante da eventual incompatibilidade do modelo. Seu emprego demanda a reorganização de fluxos e o dispêndio de consideráveis recursos, de forma que a decisão sobre a implantação do modelo há de pautar-se pelo estudo comparativo de estruturas. Caso um modelo aplicado pela ciência da Administração a determinada organização seja compatível com o modelo organizacional do tribunal ou da unidade judiciária, e não haja prognóstico de colapso orçamentário, então a operação é provavelmente racional e admissível.

A justificativa racional para a implantação de um determinado modelo administrativo deve ser necessariamente seguida de estudos empíricos que avaliem os resultados. O que se espera da aplicação dos instrumentos é o aumento da eficiência e a redução dos custos, sem qualquer alteração da estrutura legalmente estabilizada. A Estatística, utilizando-se da teoria probabilística para explicar a frequência de ocorrência dos eventos, auxilia a ciência da Administração Judiciária a demonstrar o nexo de causalidade, permitindo a construção de teorias, hipóteses, leis e modelos.

Inúmeros estudos de causalidade prestam-se como subsídio científico para a edificação dos fundamentos da ciência da Administração Judiciária, citando-se,

a título meramente exemplificativo, a utilização do *Management by Objectives* (MBO), em tribunais italianos e espanhóis, e o *Projeto de Qualidade do Tribunal de Apelação de Rovaniemi* (CONTINI; MOHR, 2007, p. 26–43), o estudo de comportamento comparativo entre tribunais de regiões distintas de Paris (ACKERMANN; BASTARD, 1988, p. 32–48), a edificação de procedimento padronizado para a execução, sem assistência de advogados, no Reino Unido (HAMMERGREN, 2011, p. 1–9), a utilização do sistema *JusWord*, orientado à edição de textos padronizados, na Holanda (REILING, 2011, p. 1–19), o experimento para a redução de atrasos processuais na Finlândia (PEKKANEN, 2011, p. 14–200), a comparação entre tribunais sobre a velocidade de tramitação dos procedimentos nos EUA (FLANDERS, 1977, 12-153.), a avaliação sobre a utilidade do *Performance Measurement System* (PMS) nos tribunais italianos (LUIGI LEPORE; CONCETTA METALLO; ROCCO AGRIFOGLIO, 2012), a aplicação de método comparativo, segundo a Sociologia Organizacional, no Projeto MAJICE na França (CADIET; JEAN; PAULIAT; BINET-GROSCLAUDE; FOULQUIER, 2013, p. 35–40), o *Projekt Justiz 2000*, implementado em Hamburgo, destinado à aplicação de modelos de controle e forte utilização de ferramentas de Tecnologia da Informação (HOFFMANN-RIEM, 2000, p. 1–37), a instauração do sistema SIPAR no Poder Judiciário Belga (JONCKHEERE, 2009, p. 93–110) e o estudo comparativo do comportamento dos tribunais dos países que integram a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (PALUMBO; GIUPPONI; NUNZIATA; LUCA; SANGUINETTI, 2013, p. 1–60).

Especial atenção merecem as soluções apresentadas pela Tecnologia da Informação. Inúmeros instrumentos aplicáveis à gestão do Poder Judiciário encontram-se em desenvolvimento, revelando potencialidades incalculáveis para a amplificação da eficiência e redução de custos.

Hodiernamente, são amplamente utilizados, em todo o mundo, instrumentos como desenvolvimento de algoritmos, processo eletrônico, bancos de dados, aplicativos, geolocalização e georreferenciamento, motores de busca, produção eletrônica de textos, meios de prova em ambiente virtual, teleconferência, assinatura digital, *QR Code*, reconhecimento facial, biometria, moedas digitais, audiências e plenários virtuais, *Visual Law*, *Cobots*, robôs, dispositivos móveis e *Ciber Security*.

Protótipos encontram-se em larga aplicação e análise, como o *Tuomas*, base de dados automatizada da Finlândia, o *Justitienet*, plataforma de tramitação processual da Holanda, o *H@bilus*, controle de fluxo processual em Portugal, o *XHIBIT*, algoritmo para aceleração dos processos criminais da Inglaterra, os *Electronic Filing System*, *Technology Courts* e *Mobile Info-Tech Trolley Services*, respectivamente plataforma eletrônica, tratamento da prova em audiência virtual e carro móvel habilitado para julgamento, todos em Singapura, e o *CITUS*, plataforma que oferece serviços integrados e permite a aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos em Portugal (LILLO, 2010, p. 391–415).

Como a celeridade deve ser conjugada com a qualidade da prestação jurisdicional (AMRANI-MEKKI, 2008, p. 43–53), não somente a construção das decisões é foco de análise da Administração Judiciária, mas igualmente a sua coerência e uniformidade. Estudos demonstram que casos congêneres são, muitas

vezes, decididos de maneira díspare no ambiente judicial, fenômeno que causa indeterminação e insegurança jurídica, com todas as suas implicações. Os instrumentos de Tecnologia da Informação revelam-se compatíveis para o tratamento da questão, apontando-se a utilização da *Knowledge Management Based Reasoning* e a aplicação de ferramentas como a *Information Systems*, as *Sentencing Guidelines*, os *Knowledge Maps* e os *Courses Training* (MOMMERS; SCHMIDT, 2010, p. 203–220).

Diante de tantas inovações tecnológicas, a ciência da Administração Judiciária fatalmente utilizará recursos da Futurologia (MALASKA, 2000, p. 237–244), ciência já aplicada à área jurídica (FUNK, 1980, p. 625–633). Não é possível estimar-se, com exatidão, quais serão os futuros avanços na atividade jurisdicional com o contínuo aprimoramento da Inteligência Artificial (IA) e da Inteligência Artificial Geral (IAG), conjugadas com a Realidade Virtual (RV) e com a Realidade Aumentada (RA). Certamente haverá impacto na tramitação automática dos procedimentos, na avaliação da prova, no tratamento de informações, na previsão de gastos e na própria atividade desenvolvida pelo ser humano no contexto do Poder Judiciário.

Existem, atualmente, iniciativas para o desenvolvimento da IA na construção do raciocínio jurídico, apontando-se o *Taxman Project*, modelador de argumentos majoritários e prioritários do tribunal, o *HYPO Project*, modelador de argumentos contraditórios em uma estrutura de três camadas, o *Europa*, destinado à detecção de conflito de normas a partir de problemas-chave, e o *Dialogue Game*, baseado no *Gordon's Pleadings Games*, voltado à análise de consistência legal e a presença de conflitos e convergências antes de um julgamento (BENCH-CAPON; DUNNE, 2007, p. 619–641).

CONCLUSÕES

Existe uma zona intermediária entre o procedimento, abstratamente considerado, e a concreta realização da tutela jurisdicional. Sua materialização pressupõe a prática de atos administrativos e jurisdicionais que atendam aos princípios constitucionais da eficiência, da razoável duração do processo e da independência do Poder Judiciário.

Pressupondo a doutrina do acesso à ordem jurídica justa a preordenação dos instrumentos necessários à concretização da tutela jurisdicional, encontra-se a Administração Judiciária topologicamente a ela vinculada.

A relevância social e econômica de um Poder Judiciário eficiente recomenda a utilização de modelos e instrumentos derivados de outras ciências, notadamente a Administração, a Estatística e a Tecnologia da Informação, comprovadamente eficazes na gestão das grandes organizações.

Apresenta-se a Administração Judiciária como a ciência que estuda a aplicação e os resultados decorrentes dos referidos modelos e instrumentos, para a construção de uma prática sistemática lastreada no método científico, objetivando a otimização do subsistema judicial. Particulariza-se por considerar, como vetores de construção metodológica, o sistema processual, o princípio da independência judicial, o quadro estrutural do Poder Judiciário, normativamente consolidado, e a jurisdição como uma das formas de expressão do poder Estatal.

Além dos atos administrativos de gestão dos tribunais, produtores de efeitos extraprocessuais, incluem-se no conceito de Administração Judiciária os atos jurisdicionais que envolvam o gerenciamento estratégico do processo, com eficácia endoprocessual.

A Administração Judiciária não constitui ato administrativo ou jurisdicional, mas ciência necessária para o incremento de eficiência dos órgãos jurisdicionais em um ambiente de crescente litigiosidade e redução progressiva dos recursos orçamentários.

O objeto da Administração Judiciária consiste, em uma primeira aproximação, no estudo do conflito como categoria jurídica, o que representa o gerenciamento *ex ante* e *ex post* à judicialização, com aplicação de soluções adjudicatórias e métodos para a resolução adequada de conflitos. Por outro lado, expande-se consoante as diferentes abordagens que se possa dar ao estudo do gerenciamento de unidades judiciais isoladas até a gestão de tribunais vinculados a soberanias diversas.

Como metodologia, A Administração Judiciária realiza a integração do Direito Processual, da ciência da Administração, da Estatística e da Tecnologia da Informação. Exige, como regra metodológica fundamental, a demonstração, por estudos empíricos, do nexos de causalidade entre os modelos e instrumentos utilizados e a elevação de eficiência com redução de custos.

REFERÊNCIAS

- ACKERMANN, Werner; BASTARD, Benoit. Efficacité et gestion dans l'institution judiciaire. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, v. 20, n. 1, p. 19, 1988.
- AIKMAN, Alexander B. *The art and practice of court administration*. Boca Raton, FL: CRC Press, 2007. 465 p. (Public administration and public policy, 128).
- AMRANI-MEKKI, Soraya. Le principe de célérité. *Revue française d'administration publique*, v. 125, n. 1, p. 43–53, 2008.
- BENCH-CAPON, T.J.M.; DUNNE, Paul E. Argumentation in artificial intelligence. *Artificial Intelligence*, v. 171, 10–15, p. 619–641, 2007.
- BERKOWITZ, Daniel; MOENIUS, Johannes; PISTOR, Katharina. Trade, Law, and Product Complexity. *Review of Economics and Statistics*, v. 88, n. 2, p. 363–373, 2006.
- BRODY, David C. The use of judicial performance evaluation to enhance judicial accountability, judicial independence, and public trust. *Denver University law review*, v. 86, p. 115–156, 2008.
- BULOW, Oskar von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*: traduzido por Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: LZN, 2005. vii, 266 p.
- CADIET, Loïc; JEAN, Jean-Paul; PAULIAT, Hélène; BINET-GROSCLAUDE, Aurélie; FOULQUIER, Caroline. Better Administering for Better Judging. *International Journal for Court Administration*, v. 4, n. 3, p. 35–40, 2013.
- CAMP, Eduard Vinyamata. *Conflictología*. *Revista de Paz y Conflictos*, v. 8, n. 1, p. 9–24, 2015.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011. 193 p.
- CAPPELLETTI, Mauro. Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement. *Modern Law Review*, v. 56, n. 3, p. 282–296, 1993.
- CARBONI, Nadia. *Il new Public Management nel settore giudiziario*. Bolonha: Consiglio Nazionale delle Ricerche, 2012.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Teoria geral da administração*. 7. ed. Barueri, SP: Manole, 2014.
- CHURCH, T.; CARLSON, A.; LEE, J. L.; TAN, T. Justice delayed: The pace of litigation in urban trial courts. *State Court Journal*, v. 2, n. 4, p. 3–8, 1978.
- CONTINI, Francesco; MOHR, Richard. Reconciling independence and accountability in judicial systems. *Utrecht Law Review*, v. 3, n. 2, p. 26–43, 2007.
- CONTINI, Francesco; MOHR, Richard; VELICOGNA, Marco. Formula Over Function? From Algorithms to Values in Judicial Evaluation. *Oñati Socio-Legal Series*, 2014/4, n. 5, p. 1099–1116, 2014.
- DANIELS, Stephen. Continuity and Change in Patterns of Case Handling: A Case Study of Two Rural Counties. *Law & Society Review*, v. 19, n. 3, p. 381–420, 1985.
- EICHER, Angela Marlen. *Schweizer Gerichte im Spannungsverhältnis multipler Logiken-eine neue Führungsherausforderung illustriert am Beispiel des Bezirksgerichts Zürich*. St. Gallen, 2017.
- EPSTEIN, Richard A. The independence of judges: The uses and limitations of public choice theory. *Brigham Young University Law Review*, v. 1990, n. 3, p. 827–856, 1990.
- FEENEY, Floyd. Evaluating Trial Court Performance. *The Justice System Journal*, 1987/12, n. 1, p. 148–169, 1987.
- FELSTINER, William L.F.; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming. *Law & Society Review*, v. 15, 3/4, p. 631–654, 1980.
- FINLEY, Robert C. *Judicial Administration: What Is This Thing Called Legal Reform?* *Columbia Law Review*, v. 65, n. 4, p. 569–592, 1965.
- FITZGERALD, Jeffrey. Grievances, disputes & outcomes: a comparison of Australia and the United States. *Law in Context: A Socio-Legal Journal*, v. 1, p. 15–45, 1983.
- FLANDERS, Steven. *Case management and court management in United States district courts*: Federal Judicial Center, 1977.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *Civil Wrongs: Personal Injury Law in the Late 19th Century*. *American Bar Foundation Research Journal*, v. 12, 2-3, p. 351–378, 1987.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *Litigation and Society*. *Annual Review of Sociology*, v. 15, p. 17–29, 1989.
- FRIEDMAN, Lawrence M. *The legal system: A social science perspective*. New York: Russell Sage Foundation, 1975. 338 p.
- FUNK, David A. *Legal Futurology: The Field and Its Literature*. *Law Library Journal*, v. 73, p. 625–633, 1980.

- GALLAS, Geoff. Judicial Leadership Excellence: A Research Prospectus. *The Justice System Journal*, 1987/12, n. 1, p. 39–60, 1987.
- GARCIA, Felipe Sáez. The Nature of Judicial Reform in Latin America and Some Strategic Considerations. *American University International Law Review*, v. 13, n. 5, p. 1267–1325, 1998.
- GIACOMELLI, Silvia; MENON, Carlo. Firm size and judicial efficiency in Italy: evidence from the neighbour's tribunal. SERC Discussion Paper 108, SERCDP0108, p. 1–33, 2012.
- GIANFREDA, Giuseppina; VALLANTI, Giovanna. Courts' inefficiency and irregular workers: identifying the impact of real EPL. LLEE Working Paper Series, n. 104, p. 1–21, 2013.
- GOLANN, Dwight. Making Alternative Dispute Resolution Mandatory: The Constitutional Issues. *Oregon Law Review*, v. 68, p. 487–568, 1989.
- GREGORIO, Carlos G. Gestión judicial y reforma de la administración de justicia en América Latina. Banco Interamericano de Desarrollo, p. 1–16, 1966.
- HAMMERGREN, Linn. Judicial Governance And The Use Of ICT: Buenas prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la Administración de Justicia., p. 1–9, 2011.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Organisationsreform der Justizverwaltung als Beitrag zum modernen Rechtsstaat-Rück-und Ausblick nach einem Jahr "Projekt Justiz 2000". *Projekt Justiz 2000*, p. 1–37, 2000.
- JOHNSTON, Michael D. The litigation explosion, proposed reforms, and their consequences. *BYU Journal of Public Law*, v. 21, n. 1, p. 179–208, 2007.
- JONCKHEERE, Alexia. Les assistants de justice aux prises avec SIPAR, un outil de gestion informatique. Pyramides. *Revue du Centre d'études et de recherches en administration publique*, n. 17, p. 93–110, 2009.
- KANOWITZ, Leo. Alternative Dispute Resolution and the Public Interest: The Arbitration Experience. *Hastings Law Journal*, v. 38, n. 2, p. 239–304, 1987.
- KEEL, Madeleine. Die Leitungsstrukturen der Justiz im Bund und in ausgewählten Kantonen: eine Studie im Spannungsfeld von Führung und verfassungsrechtlichen Prinzipien. St. Gallen, 2014.
- KETTIGER, Daniel. Wirkungsorientierte Verwaltungsführung in der Justiz — ein Balanceakt zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit. Schriftenreihe der Schweizerischen Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften (SGVW), v. 44, 2003.
- KIRAT, Thierry. Performance-Based Budgeting and Management of Judicial Courts in France: an Assessment. *International Journal for Court Administration*, v. 2, n. 2, p. 12–20, 2013.
- LAEVEN, Luc; MAJNONI, Giovanni. Does Judicial Efficiency Lower the Cost of Credit?: The World Bank, 2003.
- LANDES, William; POSNER, Richard. The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective. *Journal of Law & Economics*, v. 18, n. 3, p. 875–902, 1975.
- LANGBROEK, Philip M.; MAHONEY, Barry. The Importance of Effective Court Administration. *International Journal for Court Administration*, v. 1, n. 1, p. 1–2, 2008.
- LANGBROEK, Philip; ZIMMER, Markus; LIENHARD, Andreas; PALMA, Luis; FABRI, Marco; KETTIGER, Daniel. The EGPA Study Group on Justice and Court Administration: European Cooperation in Court Administration Studies. *International Journal for Court Administration*, v. 4, p. 1–4, 2011.
- LAWSON, Harry O.; HOWARD, Dennis E. Development of the Profession of Court Management: A History With Commentary. *Justice System Journal*, v. 15, n. 2, p. 580–604, 1991.
- LIENHARD, Andreas. Caseload Management in the Law Courts: Methodology, Experiences and Results of the first Swiss Study of Administrative and Social Insurance Courts. *International Journal for Court Administration*, v. 3, n. 1, p. 2–20, 2013.
- LIENHARD, Andreas. Controllingverfahren des Bundesgerichts. *Justice - Justiz - Giustizia - die Schweizer Richterzeitung*, n. 2, p. 1–6, 2007.
- LIENHARD, Andreas. The Swiss Federal Supreme Court: A Constitutional Assessment of Control and Management Mechanisms. *International Journal for Court Administration*, v. 1, p. 43–55, 2008.
- LIENHARD, Andreas; KETTIGER, Daniel. Between Management and the Rule of Law: Results of the Research Project Basic Research into the Court Management in Switzerland. *International Journal for Court Administration*, v. 8, p. 7–19, 2016.
- LIENHARD, Andreas; KETTIGER, Daniel. Research on the caseload management of courts: methodological questions. *Utrecht Law Review*, v. 7, n. 1, p. 66–73, 2011.
- LIENHARD, Andreas; KETTIGER, Daniel; WINKLER, Daniela. Status of Court Management in Switzerland. *International Journal for Court Administration*, v. 4, n. 3, 1–27, 2012.
- LILLO, Ricardo. El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial Experiencias y Precauciones. Centro

- de Estudio de Justicia de las Americas, p. 391–415, 2010.
- LIM, Ewe-Ghee. Determinants of, and the Relation between, Foreign Direct Investment and GrowthA Summary of the Recent Literature. *International Monetary Fund*, 1-175, p. 1–28, 2001.
- LUIGI LEPORE; CONCETTA METALLO; ROCCO AGRIFOGLIO. *Court Management in the Justice System: A Performance Evaluation Model*. Parthenope University Naples, 2012. 1-27.
- MALASKA, Pentti. Knowledge and information in futurology. *Foresight-The journal of future studies, strategic thinking and policy*, v. 2, n. 2, p. 237–244, 2000.
- MATTIJS, Jan. Implications managériales de l'indépendance de la justice. *Pyramides. Revue du Centre d'études et de recherches en administration publique*, n. 11, p. 65–102, 2006.
- MILLER, Richard E.; SARAT, Austin. Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture. *Law & Society Review*, v. 15, 3/4, p. 525–566, 1980.
- MOHR, Richard; CONTINI, Francesco. *Conflicts and Commonalities in Judicial Evaluation*. SSRN-Elsevier, 2014/4, n. 5, p. 843–862, 2014.
- MOMMERS, Laurens; SCHMIDT, A.H.J. *Het binnenste buiten: Liber amicorum ter gelegenheid van het emeritaat van prof. dr. Aernout H.J. Schmidt, hoogleraar Recht en Informatica te Leiden*. Leiden: eLaw, 2010. 416 p. (Meijersreeks, MI 174).
- PALUMBO, Giuliana; GIUPPONI, Giulia; NUNZIATA; LUCA; SANGUINETTI, Juan S. Mora. *The Economics of Civil Justice: New Cross-country Data and Empirics*: OECD, 2013. (1060).
- PEKKANEN, Petra. Delay reduction in courts of justice: Possibilities and challenges of process improvement in professional public organizations. *Lappeenranta: Lappeenranta University of Technology*, 2011. 218 p. (Acta Universitatis Lappeenrantaensis, 444).
- PHILIPPE BOILLAT; STÉPHANE LEYENBERGER. *L'administration et l'évaluation du service public de la justice, vu du conseil de l'Europe*. *Revue française d'administration publique*, n° 125, n. 1, p. 55 – 66, 2008.
- PIM, Albers. Quality of courts and judiciary: European experiences and global developments. *Quality Development in the Field of Justice*, p. 1–17, 2008.
- REILING, Dory. *E-justice: experiences with court IT in Europe: Buenas prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la Administración de Justicia*, 2011.
- RÖHL, Klaus F. *Justiz als Wirtschaftsunternehmen. Budgetierung, Controlling und Professionalisierung der Justizverwaltung*. *Deutsche Richterzeitung*, v. 78, n. 1999, p. 220–230, 2000.
- ROSS, H. Laurence. *Settled out of court: The social process of insurance claims adjustment*. London: Routledge, 2017.
- RÜEGG-STÜRM, Johannes. *Das neue St. Galler management-modell. Einführung in die Managementlehre*, v. 1, p. 65–141, 2004.
- SADEK, Maria Tereza Aina. *O sistema de justiça. Rio de Janeiro, Brazil: Centro Edelstein*, 2010. 137 p. (Biblioteca Virtual de Ciências Humanas).
- SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. *A crise do Judiciário e a visão dos juízes*. *Revista USP*, v. 0, n. 21, p. 34–45, 1994.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 21, p. 11–44, 1986.
- SARAT, Austin. The litigation explosion, access to justice, and court reform: examining the critical assumptions. *Rutgers Law Review*, v. 37, n. 2, p. 319–336, 1984.
- SCHAUFFLER, Richard Y. *Judicial accountability in the US State Courts Measuring court performance*. *Utrecht Law Review*, v. 3, n. 1, p. 112–128, 2007.
- SCHWENKEL, Christof; RIEDER, Stefan. *Die Wahrnehmung der Justiz durch die Bevölkerung. Richterzeitung - Justice - Justiz - Giustizia*, p. 1–8, 2014.
- SHAVELL, Steven. *Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis*. *The Journal of Legal Studies*, v. 24, n. 1, p. 1–28, 1995.
- SIMONIS, Mindaugas. *Effective Court Administration and Professionalism of Judges as Necessary Factors Safeguarding the Mother of Justice – The Right to a Fair Trial*. *International Journal for Court Administration*, v. 10, n. 1, p. 47, 2019.
- TAINTER, Joseph A. *The collapse of complex societies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, 1990. xiii, 250 p. (New studies in archaeology).
- VAN DIJK, Frans; DUMBRAVA, Horatius. *Judiciary in Times of Scarcity: Retrenchment and Reform*. *International Journal for Court Administration*, v. 5, n. 1, p. 15–24, 2013.

VELICOGNA, Marco. In Search of Smartness: The EU e-Justice Challenge. *Informatics*, v. 4, n. 4, p. 38–54, 2017.

VIGOUR, Cécile. Justice: l'introduction d'une rationalité managériale comme euphémisation des enjeux politiques. *Droit et société*, n°63-64, n. 2, p. 425 – 455, 2006.

WHEELER, Russell R. Roscoe pound and the evolution of judicial administration. *South Texas Law Review*, v. 48, n. 4, p. 943–968, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Ordem Jurídica Justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. 421p.



editoraclassica.com.br