

EDIÇÃO ESPECIAL
CINQUENTENÁRIO IADF

Nº 5

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL

Revista IADF



AUTORES:

ANDREW FERNANDES
CLAUDIO SANTOS
EDUARDO LYCURGO LEITE
ELIENE BASTOS
EVERARDO GUEIROS
FABÍOLA ORLANDO
IVAN CLAUDIO PEREIRA BORGES
JACKSON DI DOMENICO
JAQUELINE DI DOMENICO
JOÃO BATISTA TEIXEIRA
JORGE FONTOURA

JOSÉ AUGUSTO DELGADO
JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA
JULIANO COSTA COUTO
LARISSA FRIEDRICH
LARISSA ROMANA
LUIZ FELIPE GUERRA
LUIZ FERNANDO DO VALE ALMEIDA
GUILHERME
LUIZ GUERRA
MARCELA FURST
MARCO TULIO REIS MAGALHÃES

MARIA CELINA GORDILHO
MARIA ELIZABETH T. GUIMARÃES
NATALY EVELYN KONNO ROCHOLL
NELSON LUIZ PINTO
PEDRO GORDILHO
ROBERTO ROSAS
VALÉRIO PEDROSO
VICTOR MINERVINO
VOLTAIRE MARENSI

Revista IADF



@2020 – Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610, de 19/02/1998. É expressamente proibida a reprodução total ou parcial deste livro, por quaisquer meios (eletrônicos, mecânicos, fonográficos, gravação e outros), sem prévia autorização por escrito do autor.

**REVISTA IADF
DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DO DISTRITO FEDERAL – IADF**

Direção Geral:

Pedro Augusto de Freitas Gordilho (pedrogordilho@gpfa.adv.br)

Organização Geral:

Jackson Di Domenico (domenico@jacksondomenico.com.br)

Nº 5/2020

Endereço:

SEPN Q. 516 bloco B LT. 7
4º andar – Ed. Sede da OAB
CEP: 70770-525
Brasília-DF
(61) 9.9697-3335
iadfbrasil2@gmail.com
www.iadf.org.br

O IADF é uma instituição dedicanda ao estudo e a difusão da Ciência Jurídica, na defesa do Estado Democrático de Direito, na colaboração com o Poder Público no aperfeiçoamento das práticas jurídico-administrativas, e no aperfeiçoamento do exercício profissional das carreiras jurídicas.

ISBN: 978-65-992036-0-2

Projeto gráfico e diagramação

Eduardo Meneses // Quiz Design // MEMBRO ADEGRAF 2026
quizdesign@gmail.com // (61) 98112-9053

DIRETORIA IADF 2020

PRESIDENTE - FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS

VICE-PRESIDENTE - JACKSON DI DOMENICO

DIRETORA SECRETÁRIA - RENATA VIANNA

DIRETOR FINANCEIRO - EDUARDO LYCURGO LEITE

DIRETOR CULTURAL - JOSÉ AUGUSTO DELGADO

DIRETORA DE COMUNICAÇÃO - ESTEFÂNIA VIVEIROS

ORADOR OFICIAL - PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO

PRESIDENTES E RESPECTIVOS PERÍODOS

FRANCISCO CLAUDIO DE ALMEIDA SANTOS (2017/2020)

JOSÉ LEITE SARAIVA FILHO (2014/2017)

CARLOS MÁRIO VELLOSO FILHO (2011/2014)

LUIZ ANTONIO GUERRA DA SILVA (2009/2011)

RONALDO REBELLO DE BRITO POLETTI (2006/2008)

WALTER COSTA PORTO (2004/2006)

AMAURY JOSÉ AQUINO CARVALHO (2002/2004)

FRANCISCO CARNEIRO NOBRE LACERDA NETO (2001/2002)

JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL (1999/2000)

FRANCISCO XAVIER DA SILVA GUIMARÃES (1998/1999)

INOCÊNCIO MARTIRES COELHO (1996/1998)

CARLOS ROBICHEZ PENA (1994/1996)

RUTILIO TORRES AUGUSTO (1992/1994)

FERNANDO DA SILVA (1990/1992)

JOSÉ DILERMANDO MEIRELES (1988/1990) - EM MEMÓRIA

JOSÉ MARIA VALTEDARO VIANA (1986/1988)

ANTONIO CARLOS SIGMARINGA SEIXAS (1984/1986) - EM MEMÓRIA

ROBERTO FERREIRA ROSAS (1982/1984)

GALBA MENAGALE (1980/1982) - EM MEMÓRIA

SÉRGIO GONZAGA DUTRA (1979/1980)

ORLANDO MIRANDA DE ARAGÃO (1978/1979) - EM MEMÓRIA

FRANCISCO FERREIRA DE CASTRO (1976/1978)

ANTONIO CARLOS E. OSÓRIO (1974/1976) - EM MEMÓRIA

JOSÉ PEREIRA LIRA (1970/1974) - EM MEMÓRIA

MEMBROS FUNDADORES

ALBERTO MOREIRA DE VASCONCELOS – EM MEMÓRIA
AMAURY JOSÉ DE AQUINO CARVALHO
ANOR BUTLER MACIEL – EM MEMÓRIA
ANTÔNIO CARLOS ELIZALDE OSÓRIO – EM MEMÓRIA
ANTONIO CARLOS SIGMARINGA SEIXAS – EM MEMÓRIA
ANTONIO GERALDO DE AZEVEDO GUEDES – EM MEMÓRIA
ANTONIO GONÇALVES DE OLIVEIRA – EM MEMÓRIA
ANTONIO MARTINS VILAS BOAS – EM MEMÓRIA
ANTÔNIO PONCE
ARLINDO LEONI DE SOUZA – EM MEMÓRIA
ARTURO BUZZI – EM MEMÓRIA
ASSÚ GUIMARÃES – EM MEMÓRIA
CARLOS FERNANDO MATHIAS DE SOUZA
CARLOS ROBICHEZ PENNA
CÉLIO SILVA – EM MEMÓRIA
CLAUDIO PENNA LACOMBE – EM MEMÓRIA
EMMANUEL MENDES LYRIO – EM MEMÓRIA
FIRMINO FERREIRA PAZ – EM MEMÓRIA
FLÁVIO LABORIAU BARROS – EM MEMÓRIA
FRANCISCO ALVES DE CASTRO VALADÃO
FRANCISCO CHAGAS MELLO – EM MEMÓRIA
FRANCISCO FERREIRA DE CASTRO
FRANCISCO MANUEL XAVIER DE ALBUQUERQUE – EM MEMÓRIA
GALBA MENEGALE – EM MEMÓRIA
HELADIO TOLEDO MONTEIRO – EM MEMÓRIA
HÉLIO PROENÇA DOYLE – EM MEMÓRIA
HENRIQUE FONSECA DE ARAUJO – EM MEMÓRIA
HUGO GUEIROS BERNADES – EM MEMÓRIA
HUMBERTO GOMES DE BARROS – EM MEMÓRIA
INEZIL PENNA MARINHO – EM MEMÓRIA
IGOR DE SOUZA TENÓRIO
JOSÉ ARNALDO GONÇALVES DE OLIVEIR – EM MEMÓRIA
JOSÉ DILERMANDO MEIRELLES – EM MEMÓRIA
JOSÉ GUILHERME VILLELA – EM MEMÓRIA

MEMBROS FUNDADORES

JOSÉ HERCILIO CURADO FLUERY

JOSÉ MARIA VALDETARO VIANNA

JOSÉ PEREIRA LIRA – EM MEMÓRIA

JULIO CESAR DOS SANTOS

JULIO CESAR DE ROSE – EM MEMÓRIA

LAERTE RAMOS VIEIRA

LUIZ CARLOS BETTIOL

LUIZ OCTÁVIO PIRES E ALBUQUERQUE GALLOTTI

MAURÍCIO JOSÉ CORRÊA – EM MEMORIA

MOACIR BELCHIOR– EM MEMÓRIA

ORLANDO MIRANDA DE ARAGÃO – EM MEMÓRIA

OSVALDO FLÁVIO CARVALHO DEGRAZIA – EM MEMÓRIA

PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO – EM MEMÓRIA

PAULO CÉSAR GONTIJO

PAULO LAITANO TÁVORA

PEDRO DE FREITAS GORDILHO

PEDRO SOARES VIEIRA

ROMEU DE ALMEIDA RAMOS – EM MEMÓRIA

ROBERTO FERREIRA ROSAS

RUTÍLIO TORRES AUGUSTO – EM MEMÓRIA

SÉRGIO GONZAGA DUTRA – EM MEMÓRIA

VICTOR NUNES LEAL – EM MEMÓRIA

WASHINGTON BOLIVAR DE BRITO

MEMBROS EFETIVOS

ADAIR SIQUEIRA DE QUEIROZ FILHO
ALDOVRANDO TELES TORRES
ALVARO RIBEIRO AUGUSTO COSTA
AMADOR OUTERELO FERNANDEZ
AMANDINO TEIXEIRA NUNES JUNIOR
AMAURI SERRALVO
ADRIANA DA COSTA SALIBA
ADRIELE AYRES BRITTO
ALTAIR STEMLER DA VEIGA
ANA CAROLINA REIS MAGALHÃES
ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO
ANDREA SABOIA
ANDRÉ MACEDO
AMAURY ANDRADE
AMAURY JOSÉ DE AQUINO CARVALHO
ANTONIO ALBERTO CERQUEIRA
ANTÔNIO HELDER MEDEIROS REBOUÇAS
ANTÔNIO RODRIGUES DA SILVA
ANTONIO RODRIGO MACHADO DE SOUSA
ARNALDO SAMPAIO DE MORAIS GODOY
AYRES BRITTO
BRUNO ESPÍNEIRA LEMOS
BRUNO MACHADO COUTO MACIEL
BRUNO RANGEL
CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS
CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO
CARLOS ROBERTO MOTA PELEGRINO
CARLOS ROBICHEZ PENNA
CASTRUZ CATRAMBY COUTINHO
CLAUDIO MARKS MACHADO
CLAUDIO PEREIRA DE JESUS
CLÁUDIO LEMOS FONTELES
CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO
CAROLINA CARDOSO GUIMARÃES LISBOA

MEMBROS EFETIVOS

CAROLINE LISBOA

CÁTIA MARIA SOARES DE VASCONCELOS

CLAUDIA CHAGAS

CONCITA AYRES CERNICCHIARO

CRISTIANE DAMASCENO

CRISTINE ROMANO FARHAT FERRAZ

DANIELLE BASTOS MOREIRA

DANILO PORFÍRIO DE CASTRO VIEIRA

DÁCIO VIEIRA

DÉLIO LINS E SILVA JUNIOR

DINO ARAÚJO DE ANDRADE

EDYLCÉA TAVARES NOGUEIRA DE PAULA - EM MEMÓRIA

ELAINE MAZZARO

ELISE CORREIA

EDUARDO ANTÔNIO LUCHO

EDUARDO AUGUSTO VIEIRA DE CARVALHO

EDUARDO LYCURGO LEITE

EDUARDO OLIVEIRA TEIXEIRA

ERIK FRANKLIN BEZERRA

EUSTÁQUIO NUNES SILVEIRA

EVANDRO PERTENCE

ERICH ENDRILLO SIMAS

ELIENE FERREIRA BASTOS

ELIZABETH RIBEIRO

EVERARDO RIBEIRO GUEIROS FILHO

ESTEFÂNIA FERREIRA DE SOUZA VIVEIROS

FABIANO NEVES MACIEYWSKI

FÁBIO DE SOUSA COUTINHO

FERNANDA MANDARINO

FERNANDO ACUNHA

FERNANDO ANTÔNIO DUSI ROCHA

FERNANDO DA SILVA

FERNANDO DE ASSIS BONTEMPO

FLÁVIO DE ALMEIDA SALES JUNIOR

MEMBROS EFETIVOS

FLÁVIO EDUARDO WANDERLEY BRITO
FLÁVIO RAMOS
FABÍOLA LUCIANA TEIXEIRA ORLANDO SOUZA
FRANCISCO ALVES DE CASTRO VALADÃO
FRANCISCO CAMPOS DE AMARAL
FRANCISCO CARNEIRO NOBRE DE LACERDA NETO
FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS
FRANCISCO CLÁUDIO LIMA
FRANCISCO FERREIRA DE CASTRO
FRANCISCO JOSÉ CAHALI
FRANCISCO XAVIER DA SILVA GUIMARÃES
FREDERICO HENRIQUE VIEGAS DE LIMA
GASTÃO DO BEM
GETÚLIO LOPES
GLAUCO ALVES E SANTOS
GUARACY DA SILVA FREITAS
GRACE MENDONÇA
GIZELLA MAGALHÃES B M LOPES
HELDER BARROS
HAMILTON CARVALHIDO
IBRAHIM ABI ACKEL
IGOR CARNEIRO
INÁCIO BENTO DE LOYOLA ALENCASTRO
INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO
IRAN DE LIMA
IBANEIS ROCHA
IURI DO LAGO N. CAVALCANTE REIS
IVAN CLÁUDIO PEREIRA BORGES
JACKSON DI DOMENICO
JAQUELINE DI DOMENICO
JACKSON MIGUEL DA TRINDADE
JOAQUIM JAIR XIMENES AGUIAR
JOAQUIM JOSÉ SAFE CARNEIRO
JOÃO BOSCO DE SOUSA ROCHA

MEMBROS EFETIVOS

JOÃO CARLOS MEDEIROS DE ARAGÃO
JOÃO HENRIQUE SERRA AZUL
JOÃO BATISTA TEIXEIRA
JOÃO PAULO DE SANCHES
JOÃO PAULO TODDE
JAQUELINE DI DOMENICO
JOSÉ ARNALDO DA FONSECA - EM MEMÓRIA
JOSÉ AUGUSTO DELGADO
JORGE HAGE SOBRINHO
JORGE LUIZ FONTOURA NOGUEIRA
JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL
JOSÉ DE CAMPOS AMARAL
JOSÉ DOMINGOS RODRIGUES LOPES
JOSÉ GERALDO DE SOUZA JÚNIOR
JOSÉ GOMES DE MATOS FILHO
JOSÉ LEITE SARAIVA FILHO
JOSÉ MARIA DE SOUZA ANDRADE
JOSÉ MARIA VALDETARO VIANNA -
JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA
JOSÉ RENATO LOPES
JOSÉ WEDER CARDOSO SAMPAIO
JOSE ROSSINI CAMPOS COUTO CORREA
JULIANO COSTA COUTO
JOSÉ EDUARDO RANGEL ALCKMIN
JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE
JULIANA ZAPPALÁ PORCARO BISOL
LAERTE QUEIROZ
LEO DA SILVA ALVES
LARISSA FRIEDRICH
LARISSA ROMANA
LILIAN ROSE LEMOS SOARES NUNES
LUDMILA LAVOCAT GALVÃO VIEIRA DE CARVALHO
LINCOLN DE OLIVEIRA
LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA

MEMBROS EFETIVOS

LUÍS CARLOS BARRETO DE OLIVEIRA ALCOFORADO

LUCIANO ANDRADE PINHEIRO

LUIZ ANTÔNIO GUERRA DA SILVA

LUIZ CARLOS BETTIOL

LUIZ CARLOS FONTES DE ALENCAR

LUIZ EDUARDO DE SÁ RORIZ

LUIZ FELIZARDO BARROSO

LUIZ FERNANDO DO VALE A. GUILHERME

LUIZ FELIPE GUERRA

LUIZ FILIPE RIBEIRO COELHO

LUIZ JOSÉ GUIMARÃES FALCÃO

LUIZ OCTÁVIO PIRES DE ALBUQUERQUE GALLOTTI

LUIZ OTÁVIO DE OLIVEIRA AMARAL

MARCELO GALVÃO

MARTINHO APARECIDO GALLO

MAURÍCIO DE CAMPOS BASTOS

MÁRCIO CRUZ NUNES DE CARVALHO

MÁRCIO GONTIJO

MARCELO JAIME FERREIRA

MÁRCIO PEREIRA PINTO GARCIA

MARCO ANTÔNIO MENEGHETTI

MARCO TULIO REIS MAGALHÃES

MAGDA FERREIRA

MARCELA MARIA FURST SIGNORI PRADO

MARIA CLARA SAMPAIO LEITE

MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI

MARIA DOLORES O. ANDRADE

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA

MARIANA QUEIROZ

MARLENE MARTINS CIOGLIA

MEIRE LUCIA GOMES M M COELHO

NARA AYRES BRITTO

NELSON LUIZ PINTO

NATALY EVELIN KONNO ROCHOLL

MEMBROS EFETIVOS

NILSON JOSÉ FRANCO JÚNIOR
ORLANDO MIRANDA DE ARAGÃO – (EM MEMÓRIA)
OSMAR MENDES PAIXÃO CORTES
PAOLA AIRES
PATRÍCIA ROSSET
PAULO CÉSAR GONTIJO
PAULO GUSTAVO GONET BRANCO
PAULO GUSTAVO MEDEIROS CARVALHO
PAULO LAITANO TÁVORA
PAULO MAURÍCIO BRAZ SIQUEIRA
PAULO ROBERTO M. THOMPSON FLORES – (EM MEMÓRIA)
PAULO SOARES BUGARIN
PEDRO SOARES VIEIRA
PEDRO AUGUSTO DE FREITAS GORDILHO
RAFAEL VASCONCELLOS DE ARAÚJO PEREIRA
RAUL LIVINO VENTIM DE AZEVEDO
REGINALDO OSCAR DE CASTRO
RENATO GUANABARA LEAL DE ARAUJO
RAQUEL XAVIER VIEIRA BRAGA
RENATA AMARAL
RENATA DE CASTRO VIANNA PRADO
ROBERTO CALDAS ALVIM DE OLIVEIRA
ROBERTO FERREIRA ROSAS
ROBINSON NEVES FILHO
RODRIGO BADARÓ
RODRIGO FREITAS PALMA
RODRIGO ROSAS
RODRIGO DE SÁ QUEIROGA
RONALDO FONSECA
RONALDO REBELLO DE BRITO POLETTI
RUTÍLIO TORRES AUGUSTO
RUY JORGE CALDAS PEREIRA – EM MEMÓRIA
SARA RAMOS DE FIGUEIREDO
SÉRGIO PALOMARES

MEMBROS EFETIVOS

SÉRGIO RONCADOR
SEBASTIÃO BAPTISTA AFFONSO
SERGIO LINDOSO B.N. PIETROLUONGO
SHIGUERU SUMIDA
SIDARTA COSTA DE A. SOUZA
SILVIO PEREIRA
STELA DOMINGOS
TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO
TIAGO AYRES
TORQUATO LORENA JARDIM
VALÉRIO PEDROSO GONÇALVES
VERA CARLA NELSON CRUZ SILVEIRA
VICENTE COELHO ARAÚJO
VICTOR MINERVINO
VINÍCIUS FIGUEIREDO TEIXEIRA
VOLTAIRE GIAVARINA MARENSI
WAGNER PIRES DE OLIVEIRA
WALTER COSTA PORTO – BENEMÉRITO
WALTER JOSÉ FAIAD DE MOURA
WASHINGTON BOLÍVAR DE BRITO
WASHINGTON BOLÍVAR DE BRITO JUNIOR
YURI SHCMITKE

Revista IADF



SUMÁRIO

Revista
IADF



PREFÁCIO – FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS	17
ENTREVISTAS COM EX-PRESIDENTES	19
DO IAB AO IADF – ROBERTO ROSAS	25
INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL: MÉRITO E MEMÓRIA – JORGE FONTOURA	27
ADVOCACIA MILITANTE: O EXERCÍCIO PROFISSIONAL E A LINGUAGEM FORENSE – PEDRO GORDILHO	33
PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: UMA ANÁLISE SOBRE AS PPPS E O ATUAL PANORAMA DIANTE DO IMINENTE NOVO MARCO LEGAL DAS CONCESSÕES	51
EVERARDO RIBEIRO GUEIROS FILHO	
O DESAFIO DO FEDERALISMO COOPERATIVO NA CRISE DE PANDEMIA DA COVID-19	69
MARCO TÚLIO REIS MAGALHÃES	
MR. KLEIN - DUPLA IDENTIDADE NO INFERNO DA BUROCRACIA ESTATAL? REFLEXÕES A PARTIR DO FILME MONSIEUR KLEIN, DE JOSEPH LOSEY	87
MARIA CELINA MONTEIRO GORDILHO	
10 ANOS DE FICHA LIMPA: O IMPACTO DA APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR 135/2010 NA MORALIDADE E NA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA DOS CARGOS ELETIVOS	99
JACKSON DI DOMENICO	
O VOTO NO BRASIL. ANÁLISE DE SUA SUPOSTA OBRIGATORIEDADE E CONSEQUÊNCIAS JULIANO COSTA COUTO	107
RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DECORRENTE DE CISÃO: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL	125
LARISSA FRIEDRICH REINERT BARBOSA	
A MEDIAÇÃO TRANSFORMATIVA COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO NO ÂMBITO FAMILIAR	145
CAMILA MAIARA DA SILVA LEITE E FABÍOLA ORLANDO	
DA INCONSTITUCIONALIDADE E DA IRRACIONALIDADE DA ROBOTIZAÇÃO ADVOCATÍCIA E JUDICIAL	159
IVAN CLÁUDIO PEREIRA BORGES	
PRINCÍPIOS DA ÉTICA APLICADOS À MEDIAÇÃO DE CONFLITOS	177
JOSÉ MAURICIO DE LIMA	
A MEDIAÇÃO QUÂNTICA SISTÊMICA COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: AVANÇO PARA ADVOCACIA E O DIREITO	195
LARISSA ROMANA DOS SANTOS SOUSA	
EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL E O NEOCONSTITUCIONALISMO LÁTINO-AMERICANO	213
NELSON LUIZ PINTO	
OS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS (MESC'S) COMO MEDIDA PARA OS CONFLITOS PÓS PANDEMIA	231
LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERMEAL E ALEXANDRE DE CASTRO BARROS PAVOLETTI	

IMPACTOS CRIMINAIS DO PAGAMENTO E PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO... 249 ANDREW FERNANDES FARIAS	
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE..... 265 JOÃO BATISTA TEIXEIRA	
LEVANDO O DIREITO PENAL A SÉRIO: REFLEXÕES A RESPEITO DA (IM)POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA À LUZ DA FUNDAMENTAÇÃO E DISCRICIONARIEDADES JUDICIAIS NO ÂMBITO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO 327 VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE	
PARADIGMAS CRIMINOLÓGICOS E TECNOLOGIA NO BRASIL: OS IMPACTOS DO DATAVEILLANCE NO DEBATE ENTRE CRIMINOLOGIA E RACISMO 341 VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE	
A REMUNERAÇÃO VARIÁVEL NO TERCEIRO SETOR: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA E LEGAL DE PROTEÇÃO NA RELAÇÃO DE TRABALHO 359 VALÉRIO PEDROSO GONÇALVES	
COMPLIANCE E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: GESTÃO DE RISCOS E SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO 381 JAQUELINE DI DOMENICO	
PANDEMIA DO COVID-19 & A CRISE ECONÔMICA MUNDIAL NECESSIDADE DE SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES PRIVADAS EM TEMPOS DE CRISE..... 393 LUIZ ANTONIO GUERRA E LUIZ FELIPE GUERRA	
REFLEXÕES SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 417 FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS	
QUANDO DOIS GIGANTES COLIDEM: O EMBATE ENTRE O DIREITO AUTORAL DOS ARQUITETOS E O DIREITO DE PROPRIEDADE 435 EDUARDO LYCURGO LEITE	
O EXERCÍCIO ABUSIVO DA PARENTALIDADE 463 ELIENE FERREIRA BASTOS	
O PIONEIRISMO FEMININO NO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL: UMA ANÁLISE SOBRE A PARTICIPAÇÃO DA MULHER NOS ESPAÇOS DE PODER..... 481 MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA E FERNANDA DE CARVALHO LAGE	
A DISCIPLINA LEGAL APLICADA AOS INVESTIDORES ESTRANGEIROS NO BRASIL..... 507 JOSÉ AUGUSTO DELGADO	
A RESPONSABILIDADE SOCIAL E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA..... 551 MARCELA M^a FURST SIGNORI PRADO	
A LEI DO SEGURO SOB A ANÁLISE DA PRINCIPIOLOGIA LEGISLATIVA..... 563 VOLTAIRE MARENSI	
“GUARDA DE QUATEIRÃO” – ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DE LEI 1.179/2020 QUE ESTABELECE O REGIME JURÍDICO EMERGENCIAL E TRANSITÓRIO AOS SÍNDICOS 571 NATALY EVELIN KONNO ROCHOLL	

Prefácio

Prezadas congreiras, estimados confrades e leitores.

É com imenso prazer e júbilo que nestas breves linhas apresento a edição histórica da Revista do IADF, de número cinco, comemorativa do cinquentenário de existência do nosso Instituto.

Importante registrar que 10 (dez) anos após a criação de Brasília, bem assim da Seção da Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal, que completou seus 60 (sessenta) anos recentemente, um grupo de advogados egressos de diversas regiões do País, reuniu-se, em 02 de julho de 1970, no Auditório da Aliança Francesa, então na Avenida W3 desta Capital, para, a exemplo de outros Estados brasileiros, criar o Instituto dos Advogados do Distrito Federal.

Presidiu a reunião o Doutor Laudo de Almeida Camargo, notável *batônnier*, então Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que o fez de conformidade com o então vigente Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215, de 27.04.1963), que dispunha em seu art. 9º, VII, competir ao Presidente da Ordem, “promover, nas Seções, a organização do Instituto dos Advogados, com o objetivo dos mesmos fins do Instituto dos Advogados Brasileiros”, presentes os Doutores Antônio Carlos Osório, Presidente da OAB/DF e João Batista Prado Rossi, Presidente da OAB/SP e um grupo de jovens advogados, na sua maioria, em um total de 60 (sessenta), que formaram o primeiro quadro de associados do Instituto.

Aprovado o Estatuto foi eleita uma Diretoria Provisória, presidida pelo Doutor José Pereira Lira, registrado aquele ato constitutivo em data de 09 de julho seguinte e, finalmente, o Instituto veio a ser instalado no dia 11 de agosto de 1970, em comemoração ao dia do advogado.

Ressalte-se que, desde logo, ficaram estabelecidas as finalidades básicas do IADF, aqui resumidas, no estudo e difusão do Direito, no culto à Justiça e na colaboração, com os poderes públicos, para o aperfeiçoamento da Ordem Jurídica.

O Instituto cresceu, e se antes eram sessenta, hoje somos mais de duzentos participantes, presentes nas nossas reuniões, e colaboradores de nossas iniciativas, tais como o lançamento do presente número de nossa revista que apresenta a colaboração de 30 autores de artigos.

Nesta edição, que ficará para a histórica no formato de um livro real, que não se guardará escondido nas nuvens de nossos computadores, mas em nossas bibliotecas, pronto para seu manuseio, fiel ao estudo do Direito, em todas suas ramificações, encontrar-se-ão, além de algumas recordações da criação de nossa instituição, tal como as primeiras linhas que se seguem a esta apresentação, pertinentes à história do Instituto de autoria de um de seus fundadores Roberto Rosas, “escrivão” do ato constitutivo, vez que secretariou a assembleia de 02 de julho de cinquenta anos passados e outro artigo do Prof. Jorge Fontoura, estudos de confreres e confrades, dentre os quais, de outro fundador do IADF, nosso Diretor Orador, Pedro Gordilho.

Nos fôlios desta edição encontraremos escritos sobre os mais variados temas de direito, tais como direito constitucional, eleitoral, administrativo, tributário, penal e processual penal, civil, comercial e processual civil, direito de família e do trabalho, direito econômico e, ainda, sobre o exercício da advocacia, a ética, a mediação, o *compliance* e a LGPD, sobre o uso da inteligência artificial no Judiciário, o importante papel da mulher no Judiciário, um instigante ensaio sobre o direito, literatura e cinema, e, por óbvio, não poderia faltar uma palavra do Instituto sobre a pandemia do Covid19 e suas consequências dolorosas para milhares de famílias que perderam seus entes queridos e os seus efeitos na economia mundial e do País.

Trata-se de uma coletânea de assuntos jurídicos variados, que bem revela a liberdade de pensamento predominante na órbita do Instituto, e a Presidência do IADF só tem a agradecer a colaboração das contribuições dos autores a prestigiar o cinquentenário do IADF, trabalhos que espero venham a agradecer aos leitores.

Francisco Cláudio de Almeida Santos
Presidente do IADF

Entrevistas com ex-presidentes

O Instituto dos Advogados do Distrito Federal homenageia, por meio deste, todos os Ex Presidentes e fundadores, bem como todos os membros pertencentes a esta instituição, com os depoimentos pessoais dos Ex Presidentes que dirigiram o IADF e colaboraram com a edição comemorativa desta obra dos 50 anos do Instituto.

- **JOSÉ SARAIVA** (2014/2017)
- **CARLOS MARIO VELLOSO FILHO** (2011/2014)
- **LUIZ ANTONIO GUERRA** (2009/2011)
- **FRANCISCO CARNEIRO NOBRE LACERDA NETO** (2001/2002)
- **ROBERTO ROSAS** (1982/1984)
- **CARLOS ROBICHEZ PENNA** (1994/1996)
- **FRANCISCO FERREIRA DE CASTRO** (1976/1978)
- **COUTO MACIEL** (1999-2000)

TEXTOS

Francisco C. N. Lacerda Neto

Cheguei em Brasília no dia 20 de abril de 1960, onde terminei o Segundo Grau. Como Brasília ainda não possuía nenhuma Faculdade, Retornei ao Rio em 1961 e graduei-me em Direito, na UFRJ, em 1966. Talvez, à época, fosse o único jovem morador de Brasília estudando em outro estado. Na Faculdade aprendi a importância da OAB no contexto social e político do país e o papel desempenhado pelo Instituto dos Advogados do Brasil, entidade constituída pelos grandes juristas brasileiros.

Em 1966 iniciei minha carreira profissional e continuo com o meu escritório em atividade passados 53 anos de militância e espero continuar advogando enquanto tiver forças. Sempre tive, desde a Faculdade o sonho de ser Presidente da OAB, o que veio a ocorrer em 1989/1991 e entendo ter sido o grande momento da minha carreira profissional.

No exercício profissional gostava de testar meus conhecimentos, fazendo concursos públicos exclusivos para advogados e apesar de conseguir sempre aprovações, nunca me seduziu seguir a carreira pública. Professor Universitário, participei de diversas bancas examinadoras de concursos para a Magistratura, Ministério Público Federal e do Distrito Federal.

Quando no exercício da Presidência da OAB, nomeado advogado do Conselho Federal conseguimos evitar a posse de um notório político para o cargo de Ministro de um de nossos Tribunais Superiores, por ausência de exercício profissional de advogado, fazendo valer assim o que determina a lei.

Assumi a Presidência do Instituto dos Advogados do Distrito Federal IABF em 2001 completando assim o sonho acalentado em minha juventude universitária, posto que esse cargo é com certeza o ápice almejado por todos os advogados, o que muito me orgulha.

O ano de minha Presidência no IABDF 2001/2002 foi particularmente turbulento, e ficou conhecido como o ano em que o terrorismo chocou o mundo com o brutal atentado ocorrido nas Torres Gêmeas nos Estados Unidos.

O cenário brasileiro também esteve muito agitado com a famosa CPI da corrupção, que terminou com a renúncia de dois conhecidos senadores brasileiros e a cassação de outro senador esse de Brasília, em razão da descoberta da violação do painel de votação do Senado Federal que envolveu funcionários daquele órgão.

No momento em que comemoramos o cinquentenário do Instituto, é justo reconhecer a grande contribuição de todos os nossos Presidentes e confrades, no aperfeiçoamento das nossas instituições jurídicas de estudo do Direito brasileiro.

Roberto Rosas

- 1965
- O Brasil político corria para a abertura, a eleição direta, a volta a democracia plena. O IADF colaborava com liberdade, sem qualquer pressão externa.
- Ouvimos livremente todos os juristas de vários segmentos ideológicos. Dentro dos padrões dos Institutos dos Advogados, o DF juntava-se à OAB.

José Alberto Couto Maciel

AO INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL

Senhor Presidente.

Recebi um pedido no sentido de elaborar um histórico de minha atuação na presidência do nosso Instituto.

Certamente que, em razão do tempo, não me lembro dos fatos e das posses que tive ensejo de realizar, assim como da época e presenças dos nossos eminentes confrades nas reuniões.

Pedi à Secretária que me enviasse cópias das atas o que não aconteceu porque estariam elas gravadas e, nessa fase em que passamos por uma pandemia, dificilmente poderia verificar o conteúdo das mesmas.

Gostaria apenas de lembrar alguns momentos de maior relevância que passei na presidência do IADF.

Tive a honra de conceder a medalha Pontes de Miranda ao nosso mestre Miguel Reale, em solenidade na qual estavam presentes nossos confrades, quase todos, tendo ele sido saudado pelo Doutor Roberto Rosas.

Após a solenidade tivemos um coquetel na própria sede da OAB com a presença dos grandes juristas do país.

Concedi o título de sócio honorário ao Ministro Carlos Mário Veloso, o qual acredito ter sido saudado pelo nosso Pedro Gordilho.

Seu filho, Carlos Mário Veloso Filho, foi meu Vice-Presidente, assumindo posteriormente a presidência do Instituto.

Concedi também a medalha Pontes de Miranda ao caro Ministro Moreira Alves em relevante solenidade.

Dei posse a dois ilustres Presidentes da Ordem dos Advogados do Distrito Federal.

Elaborei reuniões mensais em nossa emprestada sede na OAB DF, cujo espaço foi para nós ampliado.

Representei o IADF nas posses de diversos Ministros, inclusive do Presidente do Supremo Tribunal na época.

Finalmente, e me parece de enorme relevância, o Supremo Tribunal Federal inaugurou um bosque com árvores referentes a cada Ministro, inclusive com a placa correspondente.

Tive a honra de, como Presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal, plantar juntamente com os Ministros daquela Corte, uma árvore cuja placa, com o meu nome, representa nosso Instituto.

Atenciosamente,

José Alberto Couto Maciel – OAB DF 513.

LINKS DAS ENTREVISTAS

Aponte a câmera do seu celular ler o código.



Vídeo da entrevista
JOSÉ SARAIVA
Presidente do IADF (2014/2017)



Vídeo da entrevista
CARLOS MARIO VELLOSO FILHO
Presidente do IADF (2011/2014)



Vídeo da entrevista
LUIZ ANTONIO GUERRA
Presidente do IADF (2009/2011)



Vídeo da entrevista
FRANCISCO CARNEIRO NOBRE LACERDA NETO
Presidente do IADF (2001/2002)



Vídeo da entrevista
CARLOS ROBICHEZ PENNA
Presidente do IADF (1994/1996)



Vídeo da entrevista
FRANCISCO FERREIRA DE CASTRO
Presidente do IADF (1976/1978)

Do IAB ao IADF

Roberto Rosas

- Em 1843 os mais expressivos advogados do Rio de Janeiro (eram poucos) resolveram criar o Instituto dos Advogados Brasileiros, com a missão de estudar e aperfeiçoar o direito brasileiro, numa época, com os únicos textos legais expressivos – a Constituição de 1824 e o Código Criminal de 1832. Não existia Código Civil. Ao fundo, por inspiração francesa, a criação da Ordem dos Advogados. Esta foi incentivada por determinação governamental em 1880, mas somente em 1930 foi efetivada.
- O Instituto dos Advogados Brasileiros teve na sua presidência, no Império – Teixeira de Freitas, e na República – Rui Barbosa, a instituição nunca esteve alheia aos grandes debates jurídicos, e até nos momentos políticos.
- Em 1930 foi criada a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), saída da grande confraria do IAB, sempre irmanados.
- Nos Estados foram criados institutos, sendo relevantes – Bahia (1897), Pernambuco (1851), Minas Gerais (1915), Rio Grande do Sul (1926), São Paulo (1874), Paraná (1917).
- Em 1970, o Distrito Federal tinha cerca de 900 inscritos na OAB. Por diligência do então Presidente da OAB/DF Antonio Carlos Osório foi decidida a criação do Instituto dos Advogados do Distrito Federal (IADF). Osório convocou uma comissão para sua estruturação (Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Robichez Penna, Luiz Carlos Bettiol e Roberto Rosas). Fixou-se o número de 60 membros, distribuídos por categorias de especialidades (contencioso, público, trabalhista, etc.). No dia 2 de julho de 1970 foi feita a primeira reunião com os escolhidos, e deliberada a data de fundação – 11 de agosto de 1970, e eleição do presidente – O Prof. José Pereira Lira.

Ao tempo da Lei 4215 (Estatuto da OAB) o Instituto elegia 6 Conselheiros para a OAB/DF a juntar-se aos 18 Conselheiros eleitos pela classe. Tal destinação foi abolida com a Lei 8906. A primeira eleição, pelo IADF (1970), escolheu - Arlindo Leoni de Souza, Celio Silva, Hugo Gueiros Bernardes, Luiz Carlos Bettiol, Sergio Gonzaga Dutra e Roberto Rosas.

É importante assinalar, a declaração de utilidade pública do IADF, pelo Decreto Federal nº 69056, de 11.8.1971. Em 1971 foi editado o primeiro número da Revista IADF.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO DISTRITO FEDERAL: MÉRITO E MEMÓRIA

Jorge Fontoura, professor e advogado

Na auspiciosa oportunidade de colaborar com artigo para a edição comemorativa do cinquentenário do Instituto dos Advogados do Distrito Federal, apraz-me prestar homenagem aos ilustres subscritores de sua Ata de Fundação, rememorando o momento histórico, bem como revisitando a vida e a obra do advogado e poeta Antonio Carlos Elizalde Osório, expressivo representante dessa geração prodigiosa. Falecido em 2016, aos 88 anos, após exitosa carreira, ele foi personalidade marcante, fundando o primeiro escritório de advocacia de Brasília, onde chegou em 1957, ainda na construção da nova capital, dedicando-se ao exercício exclusivo da advocacia privada.

Na condição de presidente da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Distrito Federal, coube a Osório presidir a comissão de criação do Instituto dos Advogados, trabalho concluído em histórica reunião no auditório da Aliança Francesa de Brasília, em 2 de junho de 1970. A congregar plêiade de valorosos advogados da incipiente Capital Federal, que ainda se construía como o mais importante polo jurídico do país, o novo grêmio cultural surgia fadado à importância ímpar e à relevante missão que haveria de ostentar. Com efeito, propunha-se, nos termos de seu Estatuto, a promover o estudo do direito, bem como a difusão de conhecimentos e o culto à Justiça, a colaborar com os poderes públicos, para o aperfeiçoamento da ordem jurídica e o progresso social. Na forma das academias, prestigiava a produção teórica e doutrinária, fomentava o convívio de estudiosos, suscitando o debate e a evolução científica das diversas disciplinas, constituindo-se em massa crítica indispensável ao progresso do país.

Como é possível auferir na leitura da Ata de Fundação do IADF, desde primeira hora houve grande adesão à iniciativa, mercê dos expressivos advogados subscritores de seu documento de fundação, dentre os quais

incluía-se o ilustre membro da presente Comissão de Comemoração da efeméride, o doutor Pedro Gordilho. Do grupo de trabalho incumbido de preparar o estatuto participavam o então presidente da OAB-DF, doutor Antonio Carlos Osorio, junto com expressivos integrantes de sua diretoria, o vice-presidente, doutor Carlos Robichez Pena, o secretário-geral, doutor Moacir Belchior, o doutor Luiz Carlos Bettiol, o doutor Carlos Mathias Fernando de Sousa e o doutor Roberto Rosas. Nesse feliz momento, com o aporte de tantos e de tão capacitados advogados, a fundação do IADF foi grande conquista para a cidade florescente, ainda singela em relação ao que Brasília viria a ser e alcançar como metrópole. De fato, naquele momento, aqui funcionavam apenas três faculdades de direito, em descompasso com a importância de capital federal, fadada a edificar-se também como capital jurídica da Nação. Mesmo o emblemático Instituto Rio Branco, importante centro de estudos jurídicos e não apenas diplomáticos no sentido estrito, naqueles primeiros anos de 1970 ainda não havia se transferido para a nova capital, a funcionar no original Palácio Itamaraty, no centro do Rio de Janeiro. No entanto, ainda apenas a completar sua primeira década, Brasília já sediava todos os tribunais superiores e o Supremo Tribunal Federal, onde se refinava a jurisprudência brasileira, ao tempo em que se aprimorava a dicção jurídica, a par da disciplina judiciária.

Quando cheguei à Capital Federal, após concluir meus estudos, Osorio era nome consagrado na cidade. Nossa aproximação se deu por conta de entrevista que lhe fiz, para o Correio Braziliense, a pedido do editor geral Oliveira Bastos, também um grande intelectual, versátil e criativo. Depois, pelas décadas seguintes, já como advogado, tive a privilegiada ocasião de acompanhá-lo profissionalmente, tanto no convívio do escritório, como em memoráveis causas compartilhadas. Desse tempo frutuoso, hauri ensinamentos preciosos, prudência e experiência, além de poder privar do convívio de sua família e de seu círculo de inigualáveis amizades. Nesse plano, Osorio era prodigioso, sem inimigos ou adversários contumazes, como soe acontecer em nossa profissão. Para ele, todas as portas estavam abertas, dentro do universo incomum que a efervescente cidade paulatinamente construía. Com sua paradigmática OAB/DF 7 (de fato, ainda menos, pois alguns dos primeiros números, em belo e generoso gesto pleno de simbologia, tinham sido concedidos *ad honorem* a pioneiros históricos) Osório transcendia ao espaço jurídico, sempre presente no que dizia respeito à vida cultural e social de Brasília e das cidades satélites. Nada lhe era estranho e como pioneiro culto e multifacetado caracterizava-se pela

contínua atenção para com as artes, incentivando o estudo e a difusão de línguas estrangeiras e o convívio social. Com essa convicção distinta e cosmopolita, emulou e esteve vinculado à criação de diversas entidades, clubes e instituições culturais, como o late Clube de Brasília, a Sociedade Hípica, a Aliança Francesa, a Cultura Hispânica, a Associação Ópera-Brasília, o Centro Nordeste de Cantadores e Cordelistas de Taguatinga, a Estância Gaúcha do Planalto, a Academia Brasiliense de Letras, a qual presidiu, apenas para lembrar algumas dentre tantas iniciativas.

Não obstante suas múltiplas atividades e iniciativas, no entanto, sempre em primeiro plano esteve a advocacia, tanto contenciosa como consultiva. Nessa, em particular, era muito requisitado por embaixadas, organizações e organismos internacionais, o que sua formação versada em línguas estrangeiras muito facilitava. No exercício da advocacia contenciosa, em tempos e circunstâncias que obrigavam o trânsito nas diversas áreas do direito, como profissional era combativo e irredento, sem deixar de ser gentil e educado, forjado na mais pura têmpera de Santo Ivo, a patrono de nossa profissão. Em suas audiências e sustentações, primava pela distinção e pelo profundo conhecimento dos processos, sempre disponível a gentilezas e à busca e a construção de consensos. Dedicado, estudioso, perfeccionista e bibliófilo contumaz, com a sabedoria de outros tempos, costuma dizer: o melhor aliado do advogado é o livreiro. Aliás, não havia livraria jurídica em Brasília, sebos incluídos, em que não acoresse com assiduidade, sempre a par das novidades jurídicas e literárias.

Como partícipe das lides da advocacia organizada, era ouvido por seus pares, com antiguidade e merecimento, desde a instalação da Seccional que presidiu já em seus primeiros tempos, para depois atuar decisivamente tanto para a criação da Caixa de Assistência dos Advogados, como para a própria criação do IADF. Ainda é de mencionar que para a Brasília que passava a receber advogados de todo o Brasil, já com a presença dos tribunais superiores e pelo Supremo Tribunal Federal, além das instâncias da justiça distrital, o advogado gaúcho de Quaraí era referência obrigatória. Nele, colegas mais jovens e de outras cidades encontravam conselhos e auxílios seguros, desde seu primeiro e pioneiro escritório no Núcleo Bandeirante, em meio ao casario ainda incerto da Cidade Livre. Bem a propósito, lá funcionou verdadeira biblioteca aberta a todos, não raras vezes, mesmo a advogados da parte contrária. Quanto à formação universitária que obteve, graduou-se em filosofia pura, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, onde também iniciou a faculdade de direito. Sempre inquieto, foi

um estudante peregrino, primeiro em Porto Alegre, e depois, nos últimos anos acadêmicos, no Rio de Janeiro e em Belo Horizonte.

Em seu desempenho profissional, longe das especializações de nosso tempo, foi generalista competente e acurado. No direito comercial, no direito internacional privado e na advocacia cível, é certo, área em que construiu imenso rol de clientes e de amigos. Contudo, não deixou de atuar no direito público, em particular no direito eleitoral, no direito diplomático e no direito internacional público. Brasília era *locus* por excelência de demandas internacionais, pelo novo Itamaraty e pela presença de mais de centena de embaixadas e de organizações internacionais com acordos de sede. Uma de suas causas antológicas ocorreu, a propósito, por ocasião de pedido de extradição do ex-presidente boliviano Garcia Meza. É curioso como se segue a acreditar que causas extradicionais perante o Supremo Tribunal Federal sejam causas puras de direito penal. No caso da extradição de Garcia Meza, a República da Bolívia foi de bastante habilidade em perceber quão importante seria contar com patrono não exclusivamente penalista.

Embora seja comum que advogados escrevam versos *sueños* e canções desesperadas, além de romances e crônicas do foro em geral, Osório foi muito além dos devaneios da literatura como hobby. Tendo começado a publicar tardiamente, somente após o nascimento de sua quinta e última filha, Diva Maria, logo foi reconhecido pela crítica e pelo mercado editorial, com prêmios nacionais e internacionais. Suas obras foram, nessa fase, as seguintes: “Rebanho de Ventos”, 1979, da Editoria Civilização Brasileira, “O Desafio do Branco”, de 1982, de Massao Ohno Editor, e o “Arsenal da Vigília”, de 1986, com prefácio de Nelson Werneck Sodré. O Prêmio Olavo Bilac, da Academia Brasileira de Letras, em 1993, pelo livro “O silêncio e suas raízes”, foi, em seguida, marca em sua trajetória de escritor laureado. Depois, em 1994, o prêmio Aníbal Freire, também pela Casa Maior das letras brasileira, como distinção a “Peço a palavra pela ordem”, foi importante reconhecimento, como obra de prosa, contendo narrativa de sua vida de advogado e de membro do Conselho Federal da OAB, com ensaios e crônicas de grande teor literário. Sua vasta bibliografia inclui, ainda, “Topia e Utopia”, de 1991, “Quase Hai Kais”, de 1992, “O Arquivo Morto”, de 1996, “O Bestiário Lírico”, de 1997, “Os Degraus do Tempo”, de 2001, sem esquecer seu livro de estreia, “Brasília, Diálogo com o Futuro”, de 1978, e sua derradeira obra poética, não com menos importância, “A Roda da Fortuna”, de 2008.

Acerca de sua premiada produção de poesia, o crítico Nelson Werneck Sodré assim se referiu: *“...na verdade, no Brasil de hoje, há muitos fazedores de versos, quase sempre distantes da poesia, mas há, por outro lado, alguns poetas cuja obra resistirá à passagem do tempo e dará aos quem vierem depois o testemunho de nossa época, quando a criação artística, e não somente a de poesia, encontra sem dúvida consideráveis obstáculos. Entre os poetas de hoje cuja obra chegará às novas gerações está, sem dúvida, Antonio Carlos Osório”*.

Detentor de magnífico percurso de vida, como humanista, advogado e escritor, o doutor Osório tem seu nome não apenas inserido no panteão da literatura e da advocacia, a insculpir-se também na própria história de Brasília, no rol de pioneiros ilustres da capital federal, ao lado de sua mulher Natanry Ludovico Osório, companheira onipresente de percurso, *Beatrice* e *Dulcinea*, no longo e imarcescível tempo que compartilharam.

Embora documento de passado recente, como de resto é toda a história de Brasília, a Ata de Fundação do IADF retrata época de grande abnegação e de grande valor humano, com o concurso de privilegiada geração, de raro talento e de erudita cultura. Uma efetiva assembleia de valorosos “varões Plutarco”, que, como sólido alicerce, estará sempre a embasar e inspirar novas gerações, em particular à parcela de jovens profissionais vocacionados a atuação junto à advocacia organizada do Distrito Federal.

ADVOCACIA MILITANTE: O EXERCÍCIO PROFISSIONAL E A LINGUAGEM FORENSE

Pedro Gordilho¹

Em nossa profissão lidamos marcadamente com dois grandes pilares da História da humanidade, a saber, o direito e a ética. Aqui vamos chegar ao cerne de uma questão delicada na vida do advogado, pública e privada: a sua postura, o seu comportamento, o exercício profissional visto pelos outros, e o exame de sua consciência. O notável advogado francês Maurice Garçon adverte, em palavras candentes: “O advogado rege sozinho a sua conduta. Ele é o único árbitro de seu comportamento, o que o obriga a se mostrar particularmente escrupuloso. Deve ele dominar não apenas suas próprias paixões mas ainda a daqueles que o cercam. Não deve jamais ceder a solicitações suspeitas. Sua honestidade, sua probidade, sua sinceridade, sua independência e sua moderação, que não excluí a firmeza, devem permanecer ao abrigo de toda a desconfiança, e sua autoridade

¹ Nascido em 20.04.1938 (Salvador, BA). Diplomado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia em 1960 (dezembro). Advogado militante em Brasília desde 1961 (fevereiro). Ministro do TSE em 1975 (substituto) e de 1978 a 1982 (efetivo). Autor de dezenas de artigos e ensaios publicados em repertórios autorizados da área jurídica

Obras do Autor

- Presença do Advogado na Sociedade Contemporânea (opúsculo).
- Aspectos da Reforma do Judiciário e Recurso Extraordinário (opúsculo).
- Dezenas de artigos jurídicos publicados em repertórios autorizados, marcadamente na Revista de Direito Administrativo.
- Sementes do Destino (2008).
- Tribunais, Ministros e Lembranças de meu Tempo (2009).
- Guia Pessoal dos Restôs e Bistrôs Parisienses (2016).
- Autor do livro Objetos de Arte da Coleção Pedro Gordilho. Um guardador Transeunte (2016).
- Guia Pessoal dos Restôs e Bistrôs da Costa Norte do Descobrimento do Brasil (2017 / 2018)
- Autor do livreto Coleção Pedro Gordilho, As fragrâncias de uma vida revelada nos perfumes prediletos (2017).
- Um lustro nas salas de concerto e outros escritos (2018).

será tão maior quanto ele escape da crítica.” (Maurice Garçon, *L’Avocat et la morale*, Paris, Buchet/Chastel, 1963, p. 19).

As regras morais, cujo acatamento é imperioso ao advogado, são as que decorrem do nosso código de ética, como, por igual, todos aqueles princípios provenientes das práticas de nossos antepassados, de nossos modelos, e que nos são lembradas pela disciplina costumeira da comunidade na qual vivemos e onde exercemos a nossa profissão. Dentre essas figuras modelares estão, no pódio, na antiguidade, Marco Tulio Cícero, mais perto de nós Rui Barbosa, e, depois, nossos contemporâneos, Dario de Almeida Magalhães, Evandro Lins e Silva, Victor Nunes Leal e José Guilherme Villela.

Aqueles princípios que, mesmo não estando escritos, estão na consciência de todos, são de observância indisputável quando se trata da profissão de advogado, profissão essa que está ligada a um mecanismo supremo que é o da administração da justiça. Como em um sacerdócio, as virtudes superiores, que estão conectadas com a moralidade das ações humanas, deverão ser elevadas ao seu mais alto grau, pela sua própria natureza e, marcadamente, pelas origens tão singulares, pelas fontes tão peculiares de nossa atividade profissional.

Temos nosso código de ética e disciplina, um vigoroso conjunto de regras que oferecem a diretriz a ser seguida pelos advogados e que, por isso mesmo, merece ser lido e analisado, cotidianamente, por todos quantos fazem da militância seu sacerdócio.

O preâmbulo apresenta com clareza os princípios que devem formar a consciência profissional do advogado, concebidos nos seguintes termos: “lutar sem receio pelo primado da Justiça; pugnar pelo cumprimento da Constituição e pelo respeito à Lei, fazendo com que esta seja interpretada com retidão, em perfeita sintonia com os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum; ser fiel à verdade para poder servir à Justiça como um de seus elementos essenciais; proceder com lealdade e boa-fé em suas relações profissionais e em todos os atos do seu ofício; empenhar-se na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio, dando ao constituinte o amparo do Direito, e proporcionando-lhe a realização prática de seus legítimos interesses; comportar-se, nesse mister, com independência e altivez, defendendo com o mesmo denodo humildes e poderosos; exercer a advocacia com o indispensável senso profissional, mas também com desprendimento, jamais permitindo que o anseio de ganho material sobreleve à finalidade social do seu trabalho; aprimorar-se no culto dos princípios éticos e no domínio da ciência jurídica, de modo a tornar-se

merecedor da confiança do cliente e da sociedade como um todo, pelos atributos intelectuais e pela probidade pessoal; agir, em suma, com a dignidade das pessoas de bem e a correção dos profissionais que honram e engrandecem a sua classe”.

É imperioso reconhecer que o advogado, como num cotidiano dever de consciência, deve saber julgar a si próprio, tarefa extremamente penosa, quando se avalia que é ele o único árbitro, único juiz de seus deveres.

Para que esteja em condições de aceitar uma causa nova, deve o advogado, antes de mais nada, verificar se ele se encontra, em face de seus conhecimentos, à altura da tarefa. E esta tarefa está em função da verdadeira compreensão dos fatos que lhe apresentem e dos seus conhecimentos de direito aplicáveis aos fatos, assim como de sua cultura jurídica e de seu talento.

É evidente que o advogado pode defender um culpado sem deixar de observar o Código de Ética. Pelo contrário. O Código de Ética impõe a defesa, impõe-lhe o dever de defender. Ele não vai dizer ao juiz, em suas peças processuais, que o juiz deverá, num caso assim, liberá-lo porque o réu é inocente. Ele deverá dizer: aqui está um culpado, mas cabe ao magistrado, diante do quadro jurídico que o advogado lhe apresenta, emitir um juízo justo e conforme com a lei. O dever do advogado é fazer abstração de sua convicção pessoal. Ele não é o servidor de uma verdade eterna. Ele é o servidor da verdade judiciária, verdade essa que não encerra força, não contém valor moral senão à luz do processo do qual o advogado se desincumbe no plano profissional.

O Código de Ética, ao impor a obrigação de defender o réu pobre, deixa expresso, mesmo para o cumprimento desse dever fundamental, a ressalva da recusa, baseada em motivo justo. Ora, se ainda quando designado pela Assistência Judiciária, pelo juiz ou pela Ordem, para a defesa de um réu pobre, o advogado pode recusá-la, com muito maior razão poderá fazê-lo, qualquer que seja a causa ou o cliente.

Se cabe ao advogado a função de encontrar, na sistemática de normas genéricas e abstratas que formam toda a amplitude do direito positivo, a solução para o problema concreto que lhe é trazido pelo cliente, é ele o primeiro juiz da causa. A função criadora da jurisprudência tem seus bastidores no trabalho do advogado, que propõe o equacionamento a ser aceito pelo Tribunal ao se convencer das proposições que lhe são apresentadas.

Impõe-se, por igual, aos juristas e aos advogados preparar o campo para o novo Direito, porque é disto que resulta a nossa missão de lutar

pelo aperfeiçoamento da ordem jurídica. O povo, a sociedade como um todo, têm um sentimento de justiça, mas não basta a chancela, a ratificação e o desejo de fazer prosperar as reformas para convertê-las em direito. Compete aos juristas, compete aos advogados transformar este sentimento em razão, como propôs Georges Ripert, que friza ser tarefa dos juristas a proposição de um Direito inovador pela incorporação das regras que a sociedade reclama, bem visualizadas pelo advogado no exercício de sua atividade profissional.

Além do compromisso de conduzir com técnica as pessoas litigantes e com isso colaborar no estabelecimento de uma solução que a paz social deseja, além de funcionar, em momentos de crise, como um vaso comunicante dos anseios nacionais, o advogado exerce ainda o papel de construtor de uma sociedade integralmente justa, buscando a melhor distribuição da riqueza nacional, a desconcentração do capital, a partilha.

Conhecendo História, tendo conhecimentos de Sociologia, de Psicologia, de Economia, de Política, que a profissão exige, o advogado, antes de ser apenas um profissional do Direito, é um ser humano, não pode viver isolado, o advogado necessita de relações com os demais seres humanos para viver e para sobreviver. Ele tem o dever de partilhar, de difundir seus conhecimentos jurídicos. Não pode, por isso, ser apenas um mero conselheiro, quando solicitado, mas assumir o papel, em um país, como o Brasil, com tanta desigualdade, de importante agente transformador da realidade social, denunciando, representando, divulgando seus conhecimentos, colocando a serviço da nação os muitos deveres que sua disciplina profissional lhe impõe e o conhecimento amplo que a atividade advocatícia lhe oferece.

Ao desempenhar esse relevante *múnus*, o advogado deve timbrar sua linguagem buscando sempre o convencimento, seja do julgador, seja da nação brasileira, nos momentos de ameaça à ordem democrática, ao Estado Democrático do Direito, não sendo demais relembrar que na história de nossa República a democracia é ameaçada a cada 20 ou 30 anos.

A linguagem socializa e racionaliza o pensamento. É axiomático, modernamente, que quem pensa bem escreve ou fala bem. Assim cabe ao advogado estudar os processos do pensamento, que são objeto da Lógica, conjuntamente com a expressão material do pensamento, que é a linguagem. Nenhuma atividade liberal necessita mais de forma verbal adequada

do que a advocacia. Isto porque o jurista não examina diretamente os fatos. Trabalha mediante uma exposição deles, e esta exposição é feita, necessariamente, mediante textos escritos ou depoimentos falados.

Os romanos diziam que, quando o texto é claro, cessa a interpretação (*In claris intepretatio cessat*). É até um princípio de hermenêutica. A precisão requer o conhecimento dos termos e de seu valor. Um dicionário de sinônimos, um dicionário analógico, o aprendizado de figuras, o estudo de expressões usadas em direito resolvem o problema da precisão.

A concisão é a qualidade principal da linguagem forense, uma vez respeitadas as demais. Consiste na busca da forma breve, incisiva para o pensamento. Uma norma apreciável são os períodos curtos. Os pontos finais, separando mais acentuadamente as partes do pensamento, oferecem a pausa de que precisa o leitor para apreender os conceitos e os raciocínios apresentados.

É axiomático que petições iniciais, recursos, requerimentos, sentenças constituem um raciocínio.

Esses raciocínios são expressos sob a forma de um silogismo. Camagna escreve: “la seconda (a sentença) è un silogismo di cui la legge è la premessa maggiore; il fato concreto è la premessa minore; l’aplicazione del diritto al fato è la conseguenza (conclusão)”. Em todos os artigos contemplados na lei processual encontramos o *fato* (premissa menor), a *norma* (premissa maior) e o *pedido* ou *decisão* (conclusão), a saber, um silogismo.

As presunções representam, evidentemente, um raciocínio, pois são conclusões obtidas, partindo-se de fatos conhecidos para outros desconhecidos. Frederico Marques entende que a presunção não é uma prova, porém “um processo lógico por meio do qual a mente atinge a uma verdade legal”.

Vejamos agora – na visão competente da mestra em linguística Dad Squarisi – algumas regras da boa linguagem.

Seja adequado

A língua se parece a imenso armário. Nele há todos os tipos de roupas. O desafio: escolher a mais adequada para o momento. A piscina pede bi-

quíni. O baile de gala, longo e black-tie. O cineminha, traje esporte. Trocar as vestes tem nome. É inadequação.

O mesmo princípio orienta o texto. Horóscopo exige palavras abstratas e genéricas. Dirá que o domingo trará surpresas. Jamais que a pessoa ganhará na loteria ou comprará um carro. Se e-mails, redações de concurso e provas de vestibular usarem a língua do horóscopo, terão destino certo – a reprovação. Não se trata de certo ou errado. Mas de adequado ou inadequado.

Seja claro

Montaigne, há 400 anos, disse que o estilo tem três virtudes. A primeira: clareza. A segunda: clareza. A terceira: clareza. Graças a ela, o receptor entende a mensagem sem ambigüidades. Como ensina Ínigo Dominguez, “uma frase tem de estar construída de tal forma que não só se entenda bem, mas que não se possa entender de outra forma”.

Seja preciso

A precisão tem íntima relação com as palavras. Buscar o vocábulo certo para o contexto é trabalho árduo. Exige atenção, paciência e pesquisa. Consulte dicionários e textos especializados.

Corte o supérfluo. Desconfie das abstrações. Deixe a ação falar por si mesma (Ezra Pound).

Seja fácil

No mundo de corre-corre queremos textos curtos, precisos e prazerosos. Rapidez de leitura fisga. Para chegar lá, opte por palavras familiares. Informe, rápido e bem. Respeite a memória do leitor. Ele só consegue reter determinado número de palavras. Depois, os olhos pedem uma pausa. Escolha bom título. Prefira a ordem direta. Evite intercalações. Vacine-se contra redundâncias, pedantismo e verbosidade. Escreva frases curtas. “Uma frase longa”, escreveu Vinicius, “não é nada mais que duas curtas”.

Seja leve

Não canse quem vai ler seu trabalho. Nem o obrigue a ter o dicionário ao lado. Muito menos a voltar atrás para recuperar o que foi dito. Respeite-lhe o tempo, os ouvidos e o bom gosto. Em suma: busque a frase elegante, capaz de veicular com clareza e simplicidade a mensagem que você quer transmitir.

Seja surpreendente

Surpresa chama a atenção e desperta a curiosidade. É o gosto pelo inusitado. O chavão vai de encontro à novidade. Palavra ou expressão, tantas vezes repetida, perde o viço. Pontapé inicial, abrir com chave de ouro, chorou um rio de lágrimas, ver com os próprios olhos, cair como um bomba, são expressões que tiveram frescor algum dia. Hoje soam como coisa velha. Transmitem a impressão de profissional preguiçoso, desatento ou malformado. Em bom português: incapaz de surpreender.

Seja dinâmico

Água parada apodrece. Espanta os próximos e deixa os distantes de sobre-aviso. Só o movimento a mantém viva. O mesmo ocorre com a língua. Frases mornas e tediosas afugentam o leitor. Seja dinâmico. Vá logo ao ponto. Abuse de substantivos concretos. Prefira a voz ativa. Fuja de adjetivos e advérbios. Evite palavras longas e pomposas.

Seja gentil

As palavras carregam carga ideológica. Algumas mais, outras menos. A sociedade está atenta aos vocábulos que reforçam preconceitos. Fuja deles. Cor, idade, peso, altura, origem, condição social e opções sexuais são as principais vítimas.

Gentileza não se restringe a palavras. Atinge os períodos, passa pelos parágrafos, chega ao texto completo. Ao se expressar, comece pelo mais importante. E comece bem, com uma frase atraente, que desperte o interesse e estimule a vontade de avançar até o fim. Aí, ofereça o prêmio cuidadosamente escolhido: um fecho marcante, tão forte quanto a introdução. Lembre-se: a última impressão é a que fica. Sempre, principalmente no texto.

Quando foi elaborado o Código Napoleônico, com o espírito novo que tomara a França quinze anos antes, a linguagem era igualmente importante. Límpida, incisiva, objetiva, técnica. Os franceses souberam distinguir técnica de política, quando aquela se impõe necessariamente a esta. A política, fenômeno transitório, dá lugar a solução precisa dentro do vernáculo, para permanecer indefinidamente, como deve ser uma Constituição, como deve ser um Código Civil. Melhor diria Stendhal, trinta anos depois, em carta a Balzac, que vale a pena reproduzir:

“Compondo A Cartuxa de Parma, para pegar o tom, eu lia cada manhã duas ou três páginas do Código Civil, a fim de ser sempre

natural; eu não quero, por meios fictícios, fantasiosos, artificiais, fascinar a alma do leitor”.

É assim o Código Civil francês. Vernáculo puro. No Brasil, esta doutrina foi inteiramente assimilada pelo Código de 1916, sem definições ou pretensões outras senão a de determinar as definições jurídicas mais objetivas. Vernáculo – genuíno, correto e puro, sem mescla de estrangeirismo, que mantém correção e pureza no falar e no escrever.

Nós trabalhamos como o raciocínio. Mas a exposição terá de ser atraente. A forma lógica mais segura para se raciocinar é a do silogismo, uma argumentação que consta de três enunciações, conexas entre si, de modo que, afirmando, ou negando as antecedentes, afirmar-se-á, ou negar-se-á, a terceira.

A petição inicial indicará o juiz ou tribunal, os nomes e qualificação das partes, o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, o pedido, com suas especificações, o valor da causa, as provas e o requerimento para a citação. O recurso de apelação deverá conter os nomes e a qualificação das partes, os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão.

Destaca-se a exigência que contempla a forma lógica de raciocinar, a permitir a efetividade do processo e a realização do justo. Ao expor os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, na petição inicial, e os fundamentos de fato e de direito, no recurso de apelação, haveremos de compor o silogismo, que é a forma mais completa de raciocínio. Compõe-se, o silogismo, de três proposições formadas de três termos duas vezes repetidos. Os dois termos, unidos ou separados pela conclusão, chamam-se extremos. Extremo maior é que tem maior extensão e, na conclusão, aparece como predicado. Extremo menor, é o que tem menor extensão, e, na conclusão, aparece como sujeito. Termo médio é aquele cuja extensão é intermediária, servindo para significar a idéia que liga ou separa os extremos. Ele está presente nas premissas, mas ausente obrigatoriamente na conclusão.

Premissa maior é uma das três proposições na qual aparece o termo médio em conexão com o extremo maior. Premissa menor é a proposição na qual aparece o termo médio em conexão com o extremo menor. Conseqüência é o elo que une as premissas à conclusão. E conclusão, finalmente,

é a proposição que decorre das premissas. É assim que se apresenta uma questão jurídica. Vejamos um exemplo prático:

José furtou um relógio de João (premissa menor)

Quem furta está incurso no artigo 155 do Código Penal (premissa maior)

Logo, José está incurso no artigo 155 do Código Penal (conclusão).

No campo do direito, um silogismo jurídico, formalmente, se compõe:

Da exposição do fato e suas circunstâncias (premissa menor, particularização).

Da constatação do direito ou da verificação da lei que com o fato se relaciona (premissa maior, universalização).

Da subsunção do fato ao direito ou a lei (conclusão).

Desse esquema não se deve inferir que a forma silogística liga necessariamente o fato ao direito ou à lei, pois ela constitui, tão somente, um aspecto formal e expressivo da apresentação do raciocínio pelo qual se demonstra, com a ajuda da ciência jurídica, a conformidade do fato e suas circunstâncias à doutrina jurídica ou às disposições legais. Pela forma silogística, quando os raciocínios não são concludentes, o defeito é mais fácil de descobrir. Verdade é que não é só pela forma silogística que se poderá raciocinar, mas é ela a melhor para assegurar a correção do raciocínio.

O formalismo silogístico surge, no raciocínio jurídico, como elemento disciplinador do contingente individual do jurista, pois a ciência do direito e a lei aplicável envolvem a sistematização das noções e das regras jurídicas, entrando assim nos domínios da observação, do método e da erudição. Enfim, os silogismos jurídicos, embora formalmente se apresentem de forma esquemática, materialmente devem conter a ciência jurídica específica de cada caso e as leis da lógica material que dominam toda a ação positiva para orientar a inteligência.

Sendo a ciência jurídica uma ciência baseada na observação dos fatos e das leis, e sendo a aplicação do direito, ou da lei, ao fato, um juízo essencialmente prático, natural é que a argumentação – arte de desenvolver os juízos – seja um dos elementos constantes para a demonstração da verdade jurídica e da efetividade do processo.

É na força do pensamento que se manifesta a arte de argumentar, virtude intelectual prática por excelência, formando a ação imanente e aquela energia necessária para exaltarem a verdade. Assim, melhor se aperfeiçoará o raciocínio na compreensão do argumento acompanhando-se a prudente experiência dos mestres do pensamento. A sabedoria que emerge

dessa dinâmica de idéias constitui útil e interessante exercício de emulação para uso e prática do direito.

Só se formula um argumento jurídico depois de se verificar se o preceito obriga, interdita, permite ou faculta, situações essas opostas ou contraditórias e, portanto, de processos lógicos. Tais modos de apresentação da norma só tomam uma dessas direções contrárias depois de objetivamente considerados pela compreensão e de fixada no espírito do argumentador a maneira de ser da proposição jurídica em relação ao fato.

Determinada essa maneira de ser, surge a argumentação procurando reproduzir a expressão e o motivo do raciocínio de quem compôs aquela direção ordenatória, aquele modo de ser do preceito. Dentro desse terreno é que se movem a interpretação e os métodos que tentam sistematizá-la.

Nunca é demais recomendar, com grande empenho, que é preciso manter o aparato silogístico dentro de uma forma de desenvolta penetração literária e artística, sem sacrificar nunca a clareza da exposição.

Nesse disciplinado trabalho intelectual, os princípios da lógica formal, por si só, não fornecem conclusões jurídicas. Vão buscá-las, entretanto, nos princípios jurídicos contidos na doutrina, na jurisprudência, no enunciado ou na lei, aplicando-os, com justa medida, ao fato que se tem presente.

É muito proveitosa a leitura da obra de Cícero *De oratore*, bem como da *Retórica* a Herennius, que lhe foi muito tempo atribuída. Nesta última, depois de demonstrar a argumentação que convém a cada gênero judiciário, procura o autor apresentar a argumentação de forma mais brilhante e completa. “Com efeito, diz ele, geralmente não é difícil encontrar-se o que pode ser favorável a nossa causa: desde que encontrado, a dificuldade está em ponderá-lo e expô-lo com clareza. Essa qualidade é que evitará de se firmar num ponto mais do que o necessário, de voltar incessantemente a ele, de deixar um argumento apenas esboçado e passar levemente por outro (...)” “A mais completa e perfeita argumentação compreende cinco partes: proposição, prova, confirmação da prova, ornamentos, conclusão. Pela proposição, indicamos resumidamente o que pretendemos provar; pela prova, esclarecemos, em esboço, qual a verdade que sustentamos; pela confirmação da prova, desenvolvemos os argumentos que corroboram com a prova anteriormente apresentada; os ornamentos, após essa confirmação, dão à argumentação, beleza e amplidão; a conclusão resume abreviadamente nosso pensamento, agrupando as partes da argumentação” (*Rhetorique a Herennius*, Ed. Garnier, pág. 70).

É difícil, é penosa, por certo, a aplicação de tais princípios. Mas eles são fundamentais na prática forense, para magistrados e para nós, advogados, buscando na linguagem uma ferramenta adequada para efetividade do processo e para a realização da justiça.

ARTIGOS

DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO CONSTITUCIONAL

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: UMA ANÁLISE SOBRE AS PPPS E O ATUAL PANORAMA DIANTE DO IMINENTE NOVO MARCO LEGAL DAS CONCESSÕES

EVERARDO RIBEIRO GUEIROS FILHO¹

Resumo: Diante do cenário de crise que o país enfrenta, as parcerias com a iniciativa privada vêm se destacando e alcançando protagonismo dentro da Administração Pública. As concessões comuns, instituídas pela Lei nº 8.987/1995, iniciaram um momento de melhor sinergia entre os setores público e privado, diante da escassez de recursos públicos, para investimentos. Posteriormente, com o advento da Lei Federal nº 11.079/2004, surgiram as parcerias público-privadas, que trazem duas novas modalidades de concessão, patrocinada e administrativa. Este artigo apresenta o panorama atual das parcerias, analisando a conceituação desses contratos administrativos e demonstrando a experiência no território nacional, com enfoque no Distrito Federal. Busca, ainda, analisar a proposta do novo marco legal da matéria, denominado Lei Geral das Concessões, bem como apresentar algumas inovações trazidas por este.

Palavras-chave: Parcerias Público-Privadas; Concessões; Projeto de Lei.

1. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e em Processo Eleitoral pela Universidade de Santa Catarina. **Vínculos institucionais:** Foi professor de Processo Civil I da Associação Pernambucana de Ensino Superior - APESU. Foi diretor e professor de Direito Civil e Direito Processual Civil da Escola Superior de Advocacia Ruy da Costa Antunes, no Recife (PE). Atualmente é secretário de Projetos Especiais do Governo do Distrito Federal.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo a análise do papel desempenhado pelas Parcerias Público-Privadas e demais modalidades de concessão no cenário brasileiro atual, bem como das inovações propostas com o substitutivo do Projeto de Lei nº 7.063/2017.

As Parcerias Público-Privadas - PPPs, instituídas pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, são importante instrumento de desoneração do Estado, que objetivam a realização de investimentos de interesse público e fornecimento de serviços, seja à população, seja à Administração, com maior eficiência e qualidade.

Com a formatação atual, as PPPs consistem em contratos administrativos de concessão sob a modalidade patrocinada ou administrativa, divergindo do modelo comum de concessão estabelecido na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

No primeiro tópico, será abordado o conceito de parcerias público-privadas, passando pelas diferenças entre suas modalidades, bem como será feita uma breve explanação sobre o contexto histórico que resultou em seu surgimento.

No segundo tópico, será demonstrado o cenário atual das PPPs no Brasil, abordando a importância da Manifestação de Interesse Privado - MIP e do Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI para a estruturação dessas parcerias. Além disso, serão demonstrados exemplos de concessões em andamento no país.

Por fim, no terceiro tópico, adentra-se no debate sobre o novo marco legal das concessões, em tramitação na Câmara dos Deputados, que afeta diretamente as parcerias público-privadas e demais formas de concessão.

2. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: CONCEITO E CONTEXTO HISTÓRICO

Como já mencionado, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, instituiu as regras gerais para a contratação de parcerias público-privadas, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme disposto em seu art. 1º.

A referida Lei foi inspirada na experiência inglesa de criar um novo método de Estado para prover serviços essenciais aos cidadãos, denominada *public-private partnerships*.

O seu contexto histórico está diretamente atrelado ao surgimento do Estado Democrático de Direito, que possui premissa lapidada na Constituição da República de que todo poder emana do povo.²

Dessa forma, o Estado passa a se preocupar de maneira “humanizada” com o interesse público, sendo responsável pela redução das desigualdades sociais, propiciando o bem-estar coletivo, e se abstém de atuar em atividades que o particular possua melhor aptidão para execução.

O Estado, portanto, possui a responsabilidade de cumprir atividades próprias, fruto de seu caráter soberano, sendo que outras atividades, vistas como subsidiárias, poderiam ser delegadas à iniciativa privada.

É nesse contexto que leis como a de nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Lei das Concessões, e, conseqüentemente, a Lei nº 11.079/2004 surgem. Essas leis são, nada mais nada menos, que consequência direta do fomento à atuação privada, com o intuito de atender demandas da população em que o Estado não consegue atuar, principalmente por questões orçamentárias.

Tal fundamento encontra-se exposto nas justificativas que acompanharam o Projeto de Lei que resultou na Lei nº 11.079/2004³, ao dispor que “*representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado*”.

2 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.

3 Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2546/2003. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=144047>. Acesso em: 22 de janeiro de 2020.

Seguindo esse raciocínio, José dos Santos Carvalho Filho afirma:

As parcerias público-privadas têm sido adotadas com sucesso em diversos ordenamentos jurídicos, como, entre outros, os de Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda, e apresentam como justificativa dois pontos fundamentais, sobretudo em relação aos países ainda em desenvolvimento: a falta de disponibilidade de recursos financeiros e a eficiência de gestão do setor privado. Por outro lado, são instrumentos adequados para investimentos no setor privado, além de servirem para importantes ações de infraestrutura.⁴

No mesmo sentido, o Banco Mundial, no *Public-Private Partnerships Reference Guide*⁵, define as parcerias público-privadas como:

long-term contract between a private party and a government entity, for providing a public asset or service, in which the private party bears significant risk and management responsibility, and remuneration is linked to performance.⁶

As PPPs têm como modalidades a Patrocinada e a Administrativa, definidas no art. 2º da supramencionada Lei:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 427.

⁵ World Bank. 2014. Public-private partnerships : reference guide version 2.0 (English). Washington, DC: World Bank Group. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/600511468336720455/Public-private-partnerships-reference-guide-version-2-0>. Acesso em: 23 de janeiro de 2020.

⁶ Traduzindo: “Um contrato de longo prazo entre um ente público e uma parte privada, para o desenvolvimento e/ou gestão de bem ou serviço público, em que o agente privado arca com risco significativo e com a responsabilidade pela gestão ao longo da vida do contrato, sendo que a remuneração é vinculada ao desempenho”.

A concessão patrocinada, diferente em parte da concessão vista como “comum”, configura-se como concessão de serviços públicos ou de obras públicas que envolve contraprestação do parceiro público e do usuário do serviço ao parceiro privado. Ou seja, a Administração Pública, por meio de contrato administrativo, delega ao parceiro privado a execução de um serviço público, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária proveniente dos cofres públicos.⁷

Exemplo clássico de concessão patrocinada é o das estradas, onde são cobradas as tarifas dos usuários do serviço nos pedágios.

Já na concessão administrativa, ao contrário da concessão patrocinada, o concessionário será remunerado integralmente pelo Estado, não havendo previsão de cobrança de tarifa dos usuários.⁸

Ao definir a concessão administrativa, o art. 2º, § 2º, fala de “serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta”. Nesse sentido, pode-se entender que, quando o dispositivo se refere à usuária direta, faz referência às atividades destinadas a obter utilidade direta para a Administração; já quando o dispositivo se refere a usuária indireta, significa que os usuários diretos são terceiros, aos quais a Administração Pública presta serviço, como no caso de pacientes em hospitais públicos.

Apesar da diferenciação conceitual, é possível notar pontos de comunhão entre os institutos da concessão administrativa e patrocinada, a exemplo da modalidade de licitação, que deve se dar sob a forma de concorrência, servindo ambas, administrativa e patrocinada, à contratação da iniciativa privada para a execução de serviços para os quais demonstre melhor aptidão.

Assim, é possível conceituar as Parcerias Público-Privadas como o contrato administrativo de concessão especial, dividido em duas modalidades, firmado mediante acordo entre particular e Administração Pública, com o objetivo de execução ou prestação de serviço público.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 183.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 185.

3. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO CONTEXTO BRASILEIRO

A Lei nº 11.079/2004 trouxe o arcabouço jurídico necessário à implantação das PPPs em território nacional.

O modelo de concessão comum, previsto na Lei Federal nº 8.987/1995, revelou-se atrativo ao setor privado, principalmente no que diz respeito aos serviços de infraestrutura com elevada demanda pelos usuários.

No entanto, foi com o advento da Lei Federal nº 11.079/2004 que se trouxe uma nova perspectiva sobre o gênero concessão, de modo a permitir a prestação de serviços públicos pelo ente público em parceria com o ente privado, agora mediante uma repartição objetiva de riscos entre os parceiros.

Deveras, a cooperação entre público e privado permite, no desenvolvimento do projeto, o intercâmbio de ações destes parceiros. Pelo parceiro Público, é possível destacar a governança e a fiscalização na utilização de recursos públicos aportados na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços. Pelo parceiro privado, a profissionalização da gestão do serviço, com otimização de recursos financeiros pela utilização de modelos de Project Finance.

Instrumentos essenciais para a estruturação destas parcerias são a Manifestação de Interesse Privado – MIP e o Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI.

O PMI e a MIP são meios pelos quais são apresentados projetos, levantamentos, investigações e estudos de viabilidade, por pessoa jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a Administração Pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão comum de serviços públicos e parcerias público-privadas.

A MIP consiste na apresentação espontânea de estudos de viabilidade relativa a modelagem prévia de projetos de concessão comum de serviços públicos e parceria público-privada.

A seu turno, o PMI é caracterizado como o instrumento que se materializa sob a forma de edital de chamamento, onde a administração pública, previamente a um processo licitatório, convoca pessoas jurídicas de direito privado, individualmente ou consorciadas, para apresentação de estudos de viabilidade relativa a modelagem de projetos de concessão comum de serviços públicos e parceria público-privada.

Nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira ensina que o PMI objetiva:

(...) a apresentação de propostas, estudos ou levantamentos de Parcerias Público-Privadas, por pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada. O PMI encontra fundamento legal no art. 21 da Lei 8.987/1995, aplicável às PPPs, na forma do art. 3.º, caput e § 1.º, da Lei 11.079/2004. Em âmbito federal, o PMI encontra-se regulamentado pelo Decreto 8.428/2015⁹.

Outro fator relevante no cenário de parcerias no território nacional foi a Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, que criou o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, que tem como objetivo o fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização.

O PPI tem como objetivos¹⁰: (i) ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País; (ii) garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas aos usuários; (iii) promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços; (iv) assegurar a estabilidade e a segurança jurídica dos contratos, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos; e (v) fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação.

A Grande importância do Programa é que, uma vez que sejam qualificados, os projetos inseridos serão tratados como prioridade nacional, de forma a trazer mais celeridade e eficiência aos seus trâmites.

Levantamento feito pelo G1¹¹, publicado em janeiro de 2019, identifica 229 projetos de parcerias em curso no país. Número que continua crescendo. Esse incremento deve-se, principalmente, a escassez de recursos públicos em todas as esferas de governo para investimentos essenciais ao atendimento de demandas da sociedade.

⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo – 6ª Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 244.

¹⁰ Programa de Parcerias de Investimentos, sobre o programa. Disponível em: <https://www.ppi.gov.br/sobre-o-programa>. Acesso em 24 de janeiro de 2020.

¹¹ CCR. Concessões, privatizações e PPPs crescem para país avançar em infraestrutura. G1, 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/especial-publicitario/inovacao-em-movimento/ccr/noticia/2019/05/22/concessoes-privatizacoes-e-ppps-crescem-para-pais-avancar-em-infraestrutura.ghml>. Acesso em: 25 de janeiro de 2020.

Dentre as parcerias em andamento no território nacional, pode-se destacar: (i) a concessão, na modalidade administrativa, para exploração, operação e manutenção da Fábrica de Medicamentos Hemoderivados de São Paulo; (ii) concessão das rodovias BR-364 e da BR-365, entre Jataí, em Goiás, e Uberlândia, em Minas Gerais; (iii) concessão de uso para reforma, expansão, modernização, exploração, operação e manutenção do Pavilhão de Feiras e Eventos Governador Guilherme Mello, denominado Piauí Center Modas; (iv) concessão do Zoológico e do Jardim Botânico de São Paulo; dentre outras.

2.1 As parcerias público-privadas no Distrito Federal

No Distrito Federal, o programa de Parcerias Público-Privadas encontra-se estabelecido pela Lei nº 3.792¹², de 2 de fevereiro de 2006, contando com as disposições do Decreto 39.613, de 3 de janeiro de 2019. O Decreto determina regras para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos de viabilidade, por pessoa jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública do Distrito Federal na estruturação de empreendimentos objeto de concessão comum ou permissão de serviços públicos, Parceria Público-Privada (PPP), arrendamento de bens públicos ou concessão de direito real de uso.¹³

Os projetos de PPPs têm recebido especial atenção da atual gestão, contando, em sua estrutura, com a Secretaria de Estado de Projetos Especiais, responsável pela promoção, coordenação e gerenciamento do programa de parcerias, à qual se encontra vinculado o Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas do Distrito Federal.

A modelagem de parcerias, ora sob o regime de concessão administrativa, ora patrocinada, ora comum, já foi e vem sendo utilizada em projetos diversos, como rede de iluminação pública, rodovia, aeródromo, gerenciamento de resíduos sólidos.

Além desses, outros projetos foram autorizados pelo Conselho Gestor de Parcerias Público-Privadas – CGP do Distrito Federal como: (i) Avenida das Cidades, que prevê a construção de uma avenida de 26 Km que liga-

¹² A referida lei revogou a Lei nº 3.418, de 04 de agosto de 2004.

¹³ GUEIROS FILHO, Everardo Ribeiro. Desafios econômicos na implementação de parcerias público-privadas em projetos de infraestrutura em mobilidade urbana. In *Tratado de parcerias público-privadas: teoria e prática* (Tomo XI), 2019, p. 205.

rá o Setor Policial Sul a Samambaia; (ii) Centro Administrativo Vivencial e Esporte - CAVE, que compreende a modernização do CAVE, localizado no Guará, objetivando a administração e exploração do estádio Antônio Otoni Filho, o Ginásio Esportivo do Parque do Guará e o Clube Vizinhança; (iii) Shopping Popular, que consiste na revitalização, modernização, manutenção e operação do Shopping Popular, instalado ao lado da Rodoferroviária; dentre outros.

Merece destaque, entre os projetos de concessão no Distrito Federal, o do Centro Esportivo de Brasília – ARENAPLEX, que consiste em um centro esportivo que inclui o Estádio Nacional de Brasília (Mané Garrincha), o Ginásio de Esportes Nilson Nelson, o Ginásio e Complexo Aquático Cláudio Coutinho. O contrato foi assinado em 26 de julho de 2019, com o consórcio Arena BSB, que em 2020 assume integralmente a execução do contrato.¹⁴

3. O PROJETO DE LEI Nº 7.063/2017

Dando continuidade ao presente trabalho, adentra-se a análise do Projeto de Lei nº 7.063, apresentado na Câmara dos Deputados, em 8 de março de 2017, na condição de Casa revisora no processo legislativo.

De iniciativa do Senador Antônio Carlos Valadares, do PSB/SE, o Projeto de Lei do Senado nº 472, de 2012, tinha como objeto a alteração da Lei nº 11.079/2004 para reduzir o valor mínimo dos contratos de parcerias público-privadas celebrados por Estados, pelo Distrito Federal e por Municípios.

Dessa forma, seria alterado o inciso I, do § 4º, do art. 2º, que passaria a dispor a seguinte redação:

Art. 2º

.....

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor seja inferior a:

¹⁴ ANTUNES, Jéssica. Contrato de concessão do ArenaPlex é assinado. Agência Brasília, 26 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2019/07/26/contrato-de-concessao-do-arenaplex-e-assinado>. Acesso em: 26 de janeiro de 2020.

- a) R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), no âmbito da União;
- b) R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), no âmbito dos Estados e Distrito Federal;
- c) R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), no âmbito dos Municípios.

A Lei nº 11.079/2004, à época de sua publicação, permitia apenas a formalização de PPPs em empreendimentos cujo valor do contrato fosse de, no mínimo, R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Tal valor constituiria impedimento, principalmente a Municípios, que em razão de uma diminuta dimensão territorial ou de uma menor densidade populacional não demandariam projetos de elevada monta a justificar o valor mínimo de R\$ 20.000.000,00.

A alteração na legislação das PPPs visava contribuir para a maior captação de parceiros privados, em todas as esferas da Federação, com o intuito de minimizar os efeitos da crise que, ainda hoje, assola o país, impedindo que os Entes Federativos atendam a tempo e modo às demandas por serviços públicos.

O referido PL foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ por entender que a limitação escalonada “*propõe critérios mais adequados e compatíveis à realidade dos entes federados, especialmente os municípios*”, sendo posteriormente remetido à Câmara dos Deputados para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição da República¹⁵

Assim, o PL foi recepcionado na Câmara com o nº 7.063/2017. Na Casa Legislativa, foi apresentado requerimento pelo Deputado Arnaldo Jardim, do Cidadania/SP, solicitando que os Projetos de Lei nº 2.892 de 2011, nº 7.803 de 2014, nº 4.076 de 2015, nº 6.964 de 2017 e nº 7.063 de 2017, fossem apensados ao Projeto de Lei nº 3.453 de 2008, em virtude de tratar de tema correlato e que busca alterar a mesma norma jurídica.

Sendo, posteriormente, tal requerimento deferido parcialmente para que fossem apensados os Projetos de Lei nº 2.892/2011, nº 4.076/2015, nº 6.964/2017 e nº 7.063/2017 ao Projeto de Lei nº 3.453/2008.

¹⁵ Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.

Em continuidade da tramitação legislativa, o Deputado Arnaldo Jardim, designado como Relator da Comissão Especial do Projeto de Lei nº 7.063/2017, proferiu parecer no seguinte sentido:

Depois de iniciados os trabalhos e analisadas as propostas, tamanho era o volume de alterações necessárias, que percebemos não ser o caso de simplesmente atualizar a legislação vigente sobre o assunto, mas que era chegada a hora de oferecer ao Brasil uma nova lei de concessão de serviços públicos. Assim, apresentamos como fruto das nossas atividades o que denominamos de Lei Geral de Concessões (LGC).

O texto que hora oferecemos aos nobres pares levou em consideração inúmeras sugestões dos parlamentares desta Casa, a opinião de mais de cinquenta especialistas, que nos brindaram com robustas manifestações escritas, além das propostas do Governo, que foi um importante colaborador para essa nova lei.¹⁶ (SIC)

Nesse contexto, foi apresentado substitutivo para o PL 7.063/2017, que traz diversas mudanças na formalização das concessões, dentre elas as parcerias público-privadas, bem como dos mecanismos utilizados para a estruturação dessas parcerias.

3.1 Principais inovações trazidas pelo Projeto de Lei do novo marco legal das concessões

O referido substitutivo do PL 7.063/2017, que teve parecer aprovado pela Comissão Especial, foi proposto com intuito de oferecer um trabalho mais minucioso sobre concessões, visando aprimorar e modernizar a matéria após mais de 20 anos de experiência de atuação da Administração Pública no setor, com base na legislação vigente.

A primeira inovação trazida foi a junção das Leis nº 8.987/1995 e nº 11.079/2004 em um único diploma legal. Além disso, foi feita a reunião das modalidades de concessão patrocinada e administrativa em uma única modalidade, denominada “concessão em parceria”.

¹⁶ Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7063, de 2017, do Senado Federal, que “altera a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, para reduzir o valor mínimo dos contratos de parcerias público-privadas celebrados por Estados, pelo Distrito Federal e por Municípios, e apensados (PL706317). Rel. Deputado Arnaldo Jardim. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2124888>. Acesso em: 22 de janeiro de 2020.

Tal regramento, quanto as modalidades de concessão, encontra-se disposto no art. 5º do substitutivo, *in verbis*:

Art. 5º São modalidades de concessão:

I - concessão comum, quando a prestação do serviço for remunerada por tarifa, preço público, taxa ou qualquer outra contraprestação pecuniária cobrada dos usuários, e não envolver contraprestação pecuniária periódica da Administração Pública;

II - concessão em parceria, quando:

a) a prestação do serviço for remunerada por contraprestação pecuniária da Administração Pública adicionalmente à tarifa, preço público, taxa ou qualquer outra forma de contraprestação pecuniária cobrada dos usuários;

b) a prestação do serviço for integralmente remunerada pela Administração Pública, na qualidade de usuária direta ou indireta dos serviços.

Percebe-se que, apesar da nova nomenclatura, as hipóteses para a configuração de parceria público-privada continuam as mesmas, porém, agora em uma única modalidade.

Outra inovação foi a definição, em seu art. 19, das possibilidades de remuneração à concessionária. Dentre as formas de remuneração estão as receitas acessórias, que podem ser auferidas parcial ou integralmente e previstas no edital de licitação ou no contrato, com o objetivo de tornar os empreendimentos mais atrativos aos parceiros privados.

O art. 63 do substitutivo dispõe que “os licenciamentos ambientais relacionados ao objeto da concessão terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (...)”.

O referido dispositivo tem o escopo de dar maior celeridade à tramitação dos projetos de concessão, evitando a sensação de inércia que a burocracia destes órgãos passa aos possíveis concessionários.

O substitutivo trouxe, também, a possibilidade de “relicitação” para os contratos de concessão, no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

O instituto, estabelecido na Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017, trata da possibilidade de extinção amigável do contrato de parceria e a celebração de novo ajuste negocial, em novas condições contratuais e com novos contratados, mediante licitação promovida para esse fim.

A relicitação está disposta no Capítulo XVII do substitutivo, que, no parágrafo primeiro de seu art. 160, estabelece:

Art. 160.

§ 1º A relicitação terá por objetivo assegurar a continuidade da prestação dos serviços, cujo contrato de concessão não esteja sendo atendido ou cuja concessionária demonstre incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente.

Assim, traria mais segurança ao poder concedente, que, por meio de acordo entre as partes, poderá evitar maiores prejuízos decorrentes de concessionária que não esteja cumprindo com suas obrigações.

Ponto de extrema relevância do novo marco legal são as concessões simplificada e por adesão. A modalidade concessão simplificada encontra-se no art. 78 do substitutivo:

Art. 78. É facultado ao poder concedente adotar concessão simplificada, quando presentes as seguintes condições cumulativas:

I - valor total dos investimentos inferior a R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais), estimado por critérios simplificados;

II - valor da receita anual média do contrato inferior a R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais), estimado por critérios simplificados;

III - existência de indícios justificados de competição no certame licitatório.

A concessão simplificada terá um procedimento menos burocrático, no qual, segundo o relatório da Comissão especial, *“os estudos são simplificados e baseados em médias de mercado; a consulta pública é feita em ambiente virtual; há dispensa de audiência pública; e dispensa-se a definição de valor mínimo de outorga ou de cálculo de tarifa de referência”*.

Já a concessão por adesão, estabelecida no art. 81, segundo o relatório, *“nada mais é que a possibilidade de adesão à estruturação e contratação da concessão por órgãos e entidades de diferentes entes federativos, em condições técnicas, jurídicas e econômico-financeiras semelhantes à contratação original”*.

Nesse aspecto, faz-se uma ressalva: é preciso avaliar se a possibilidade de concessão por adesão traria realmente uma inovação favorável. Para

qualquer concessão, são realizados estudos específicos de acordo com as peculiaridades de cada projeto, sendo difícil de imaginar o êxito da extensão destas peculiaridades a outros projetos, em outras esferas.

Por fim, outra inovação trazida pelo substitutivo é referente ao comprometimento da Receita Corrente Líquida – RCL anual.

Em sua formatação original, a contratação de parcerias público-privadas encontra limitação de caráter orçamentário na norma do art. 28, da Lei nº 11.079/2004, que define:

Art. 28. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Dessa forma, o substitutivo permite o aumento no número de contratações de parcerias público-privadas mediante comprometimento superior da RCL, nos termos de seu art. 190:

Art. 190. A União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos estados, Distrito Federal e municípios quando a criação ou aumento de despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das concessões em parceria já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais criadas ou aumentadas pelos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Nesse contexto, diante dos principais pontos apresentados neste trabalho, o texto substitutivo do PL 7.063/27, caso aprovado, quando vigente trará diversas inovações à matéria de concessões. Mudanças que, em geral, visam um procedimento menos burocrático e mais atrativo aos entes privados.

4. CONCLUSÃO

Em conclusão, percebe-se que a contratação por meio de parcerias público-privadas é o instrumento a permitir que o Poder Público encontre no setor privado investimentos para o desenvolvimento de projetos de infraestrutura, incluindo a prestação de serviços públicos, ainda que envolva a realização de uma obra ou o fornecimento de bens pelo parceiro privado.

Atualmente, o Brasil vem desenvolvendo, cada vez mais, essa sinergia entre o público e o privado por meio dos contratos de concessão. Para isso, a legislação brasileira dispõe de um arcabouço jurídico, como no caso das leis nº 8.987/1995 e 11.079/2004.

Entretanto, as legislações sempre precisam de atualizações, principalmente após um lapso temporal de mais de 20 anos, como no caso da Lei das Concessões.

Dessa forma, a proposição de Projeto de Lei que vise a atualização e modernização desses contratos é bastante salutar. No caso do substitutivo apresentado pelo Deputado Federal Arnaldo Jardim, percebe-se que a matéria se encontra bem desenvolvida, dispondo de uma quantidade enorme de artigos, que visam abordar todos os pormenores que envolvem a formalização dos contratos.

Por fim, é necessária atenção dos advogados e estudiosos da matéria, pois nem todas as novidades trazidas no texto do substitutivo resultarão em melhorias nos trâmites da formalização de parcerias. As atualizações precisam sempre buscar o melhor cenário, não apenas para a Administração Pública, mas também para os parceiros privados, sem que para isso, fique de lado a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANTUNES, Jéssica. Contrato de concessão do ArenaPlex é assinado. Agência Brasília, 26 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2019/07/26/contrato-de-concessao-do-arenaplex-e-assinado>.

BRASIL. Constituição Federal, 1988.

BRASIL. Lei Federal no. 11.079/2004, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

BRASIL. Lei Federal no. 8.987/95, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o Regime de Concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

BRASIL, DISTRITO FEDERAL. Lei Distrital 3.792/2006, de 2 de fevereiro de 2006. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Distrito Federal e dá outras providências.

BRASIL, DISTRITO FEDERAL. Decreto Distrital 39.613/2019, de 3 de janeiro de 2019. Estabelece regras sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e a Manifestação de Interesse Privado (MIP).

Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2546/2003. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da Administração Pública. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=144047>.

Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 7063, de 2017, do Senado Federal, que “altera a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, para reduzir o valor mínimo dos contratos de parcerias público-privadas celebrados por Estados, pelo Distrito Federal e por Municípios, e apensados (PL706317). Rel. Deputado Arnaldo Jardim. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2124888>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26^a ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CCR. Concessões, privatizações e PPPs crescem para país avançar em infraestrutura. G1, 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/especial-publicitario/inovacao-em-movimento/ccr/noticia/2019/05/22/concessoes-privatizacoes-e-ppps-crescem-para-pais-avancar-em-infraestrutura.ghtml>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 12^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GUEIROS FILHO, Everardo Ribeiro. Desafios econômicos na implementação de parcerias público-privadas em projetos de infraestrutura em mobilidade urbana. In Tratado de parcerias público-privadas: teoria e prática (Tomo XI), 2019

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo – 6^a Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

Programa de Parcerias de Investimentos, sobre o programa. Disponível em: <https://www.ppi.gov.br/sobre-o-programa>.

World Bank. 2014. Public-private partnerships : reference guide version 2.0 (English). Washington, DC: World Bank Group. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/600511468336720455/Public-private-partnerships-reference-guide-version-2-0>.

O DESAFIO DO FEDERALISMO COOPERATIVO NA CRISE DE PANDEMIA DA COVID-19

MARCO TÚLIO REIS MAGALHÃES¹

Resumo: O presente artigo discute a proteção constitucional da saúde no contexto dos desafios decorrentes da pandemia da Covid-19, em conexão com a exigência de uma devida gestão pública brasileira para seu enfrentamento por todos os entes federativos, a partir da defesa da necessidade de concretização do princípio do federalismo cooperativo previsto na Constituição brasileira de 1988. Nesse sentido, são analisados alguns exemplos de controvérsias judiciais instauradas no Supremo Tribunal Federal que demonstram descentendimentos entre posições do governo federal e de outros entes federativos. Também são analisados exemplos de atuação legislativa do Congresso Nacional nesse tema. Por fim, a título de conclusão, defende-se a necessidade de ampla cooperação federativa à luz de princípios e diretrizes constitucionais normativamente vinculantes a todos os entes federados como reforço à atuação estatal efetiva no combate da pandemia da Covid-19 em sintonia com a finalidade de proteção da saúde.

Palavras-chave: federalismo cooperativo; repartição de competências; controle de constitucionalidade; pandemia da Covid-19; constituição de 1988.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 vem sendo um enorme desafio para a humanidade e o mundo. A sua rápida propagação, gravidade e letalidade atingem em cheio aquilo que é mais valioso para todos: a vida e a saúde das pessoas. Ao mesmo tempo, as medidas de seu enfrentamento impactam fortemente

1. Doutor e Mestre em Direito do Estado, procurador federal (PGF/AGU).

nosso modo de viver, abalam nossos sistemas socioeconômicos e estimulam a reflexão sobre nossas convicções de vida e sobre tudo à nossa volta.

Em um olhar geral, não faltam perplexidades e paradoxos nesse processo. De um lado, há excesso de informações (precisas e imprecisas) que nos desorienta e afeta até mesmo nossa saúde psicológica. De outro lado, há insuficiência de dados e estudos conclusivos sobre o vírus, a sua origem, as suas consequências, as suas formas de transmissão e combate. O excesso e a insuficiência de informações são simultaneamente catalisados em alta velocidade pela interconectividade mundial, especialmente pelos meios de comunicação, pela internet e pelas redes sociais. Como acentua Boaventura de Sousa Santos em recente ensaio sobre a crise da pandemia e a reflexão sobre uma pedagogia do vírus, “o tempo político e mediático condiciona o modo como a sociedade contemporânea se apercebe dos riscos que corre”.²

Além disso, diariamente, ao ouvirmos e lermos notícias sobre a pandemia, ficamos alternando a todo momento o nosso raciocínio entre microanálises (o vírus e a sua força bruta, invisível e microscópica) e macroanálises (os impactos econômico-sociais graves no Brasil e no mundo) que muitas vezes sugerem falsos antagonismos entre vida e economia – o que potencializa incertezas e encurta uma visão de horizonte futuro e próspero. Soma-se a isso o impacto de histórias e imagens fortes que absorvermos e que refletem sofrimento, angústia e pesar. Ainda que racionalmente esperado e imaginado, o novo cenário é sensivelmente impactante para todos nós. Percebemos ainda que a pandemia pode não ser necessariamente uma onda única e sim várias ondas com ressacas – o que também dilui a ideia de “pós-pandemia” como um horizonte próximo. Em suma, o cérebro e o espírito ficam atordoados.

A própria linguagem que foi se normalizando entre nós evidencia esse estado de perplexidades. Somos sugeridos a adotar expressões variadas – isolamento social, distanciamento social, *lockdown* – sem muito nos apercebermos e refletirmos sobre a adequação e a força simbólica dessas distintas formas de manifestar nossa compreensão sobre a interação social nesse momento. Isso porque elas nos remetem à ideia de reclusão, de confinamento e de afastamento de todos. De modo diverso, nada impediria qualificar nossas atitudes de cuidado próprio e com o próximo, para fins de enfrentamento da pandemia, por meio da adoção de outros signos

² SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, abril 2020.

linguísticos mais promotores de solidariedade e de coesão social – e.g. medidas de compromisso social, distanciamento físico, medidas de mobilidade e convivência segura.

A par dessas considerações mais gerais, há também desafios e perplexidades no plano jurídico-constitucional, pois a pandemia causa impactos em direitos fundamentais (individuais e coletivos) e em deveres estatais de sua proteção. Não se quer dizer, por óbvio, que o vírus seja responsável pela violação de direitos e normas constitucionais.³ O que se quer dizer é que enfrentar os efeitos concretos e potenciais da pandemia exige de todos nós – cidadãos, coletividades, Estados, humanidade – respostas e esforços comuns e mediados pela solidariedade e institucionalidade que nos une como comunidade política e humana. Nesse contexto, torna-se evidente que a gestão pública é parte integrante e central da solução de enfrentamento e mitigação da pandemia e de seus efeitos deletérios.

No Brasil, um dos pontos nevrálgicos dessa discussão está na articulação institucional baseada na estrutura federativa. Além disso, é necessária uma liderança do governo federal em apontar diretrizes e viabilizar meios jurídicos, materiais, financeiros, técnicos, logísticos e fáticos de enfrentamento de crises como a que se vivencia atualmente.⁴

Preende-se, assim, analisar desafios de gestão pública da pandemia e à luz do aspecto federativo, inclusive com a análise de algumas respostas oferecidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF)⁵ e pelo Congresso Nacional.

³ Ainda que o momento atual nos ajude a questionar a suposta centralidade do ser humano em detrimento dos demais seres da Terra e nos ajude a refletir sobre a própria experiência da relação psíquica e concreta entre homem e natureza, fato é que os atuais exemplos de reconhecimento jurídico da natureza e de seres vivos não humanos como sujeitos de direitos (e.g. Equador, Bolívia, Colômbia, Nova Zelândia) ainda não chegaram ao ponto de impor-lhes restrições, obrigações ou mesmo imputar-lhes a condição de réus em ações judiciais.

⁴ Nesse sentido, duas medidas federais seriam ilustrativas. Em primeiro lugar, a Lei 13.979, de 6.2.2020, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Em segundo lugar, o Decreto Legislativo nº 6, de 20.3.2020, que reconheceu, 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 2020.

⁵ No âmbito do STF, foi criado um painel de acompanhamento de medidas judiciais protocoladas naquela Corte e que tenham alguma relação com a crise de pandemia da Covid-19. Até a data de 26.5.2020, havia um impressionante número de 2.414 processos (sendo 1.807 habeas corpus, 257 reclamações, 63 ações diretas de inconstitucionalidade e 287 outras medidas judiciais) e 2.256 decisões e/ou despachos. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html>. Acesso em 26.5.2020.

2. A GESTÃO PÚBLICA FEDERATIVA COOPERATIVA COMO REFORÇO AO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA

No Brasil, tendo em conta a nossa estrutura federativa, a gestão pública da pandemia depende da atuação conjunta de todos os entes federados (União, estados, Distrito Federal e municípios) por imperativo da competência constitucional executiva comum de cuidar da saúde e da assistência pública (art. 23, CF/88), bem como em razão de ser a saúde preceito fundamental, direito de todos e dever do Estado, que se garante por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196, CF/88).⁶

Haveria, assim, um alargamento de tarefas estatais nos diferentes níveis do condomínio federativo e uma vinculação normativa das políticas de saúde às finalidades constitucionais.⁷ Isso se reforça pela adesão brasileira ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que prevê, no seu art. 12, o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, ressaltando as obrigações de respeitar, proteger e fomentar.⁸

Ademais, a Constituição de 1988 adotou um modelo de Sistema Único de Saúde (SUS), considerado doutrinariamente como verdadeira garantia institucional fundamental,⁹ guiado pelas diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação social, sendo custeado pela Federação e dirigido por diversas atribuições constitucionalmente estabelecidas (arts. 198 a 200, CF/88).¹⁰

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 811.

⁷ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes (Orgs.) *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial; Fundação Boiteux, 2006, v. 1. p. 254.

⁸ MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. A justiciabilidade do direito à saúde, previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a partir de sua dimensão de proteção ambiental. *Revista de Direito Sanitário – CEPEDISA (Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário NAP-DISA/USP)*, São Paulo: LTR, v. 9, n° 2, pp. 134-141, jul./out. 2008.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 198 (Comentário). In: CANOTILHO, José J. G. et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 1938-1939.

¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Arts. 196 a 200 (Comentário). In: BONAVIDES, Paulo et al. (Coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 2180-2185.

A gestão pública da pandemia também pode se socorrer da competência constitucional legislativa concorrente (União, estados e Distrito Federal) sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CF/88) e da legislação municipal suplementar e de interesse local (art. 30, CF/88).

Nesse contexto, deve haver atuação comum e coordenada em ações e serviços de saúde não apenas em razão dos referidos dispositivos constitucionais, mas também em função do princípio do federalismo cooperativo que, segundo a doutrina e a jurisprudência, é subjacente à toda a nossa lógica federativa e deve ser concretizado de forma democrática (e não necessariamente centralizadora e autoritária).¹¹ Demarcou-se aqui “atribuições materiais ou de execução exercitáveis, em parceria, por todos os integrantes da Federação, convocados para uma ação conjunta e permanente, (...), a demandar uma soma de esforços.”¹²

A despeito de o senso comum imaginar que em situações extraordinárias e de impacto internacional, como ocorre com a pandemia da Covid-19, fosse esperada ampla cooperação federativa, o que se viu no cenário federativo brasileiro foi algo bem diferente. Houve muitas divergências de posicionamento entre o governo federal e os governos estaduais sobre a gravidade da crise, sobre as medidas de enfrentamento a serem adotadas e de mitigação dos impactos causados, sobre riscos e perigos envolvidos e o grau de segurança científica existente.

No campo estritamente sanitário, as orientações do Ministério da Saúde se chocavam, por vezes, com posicionamentos do Presidente da República, criando uma imagem imprecisa da posição efetiva do governo federal. Além disso, as divergências evidenciadas entre manifestações do Presidente da República e dos governadores estaduais se intensificaram em relação a medidas executivas e administrativas de enfrentamento da pandemia, em razão do impacto direto no setor econômico e no setor de serviços públicos e privados – o que acendeu a discussão sobre o que seriam atividades essenciais. Outro vetor de desentendimentos decorreu de proposições legislativas federais (via medidas provisórias) que encontraram resistência junto à opinião pública e a governadores estaduais.

¹¹ ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 58-61.

¹² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Art. 23 (Comentário). In: CANOTILHO, *op. cit.*, p. 747.

Não há dúvida de que descentendimentos podem existir e que as referidas divergências têm forte conotação política e podem estar carregadas de oportunismos e excessos por quaisquer dos governos envolvidos – inclusive para fins político-partidários e eleitoreiros. Independentemente disso, o importante é destacar que essa divergência política pode até existir, mas ela não pode se sobrepor ao mandamento constitucional maior de cooperação executiva comum imposto a todos os entes federados (art. 23, CF/88).

Em outras palavras, a eventual desunião política e político-partidária não se sobrepõe à institucionalidade da união federativa que exige o cumprimento do pacto de cooperação comum decorrente da Constituição e dirigido a todos os entes federados.

O descentendimento não pode levar a um impensável e inconstitucional “federalismo de isolamento”, em que cada um resolve os problemas à sua maneira, culpando os demais pelos impactos negativos. Muito menos se pode pensar em um “federalismo de sobreposição”, em que se decide pensando ser possível passar por cima ou ao largo dos demais gestores públicos. O que se espera e se exige, como comunidade política que somos, é o federalismo de equilíbrio e de cooperação como premissa maior. A maneira de resolver é a maneira da união federativa!

Nesse sentido, alguns exemplos – surgidos no decorrer da “crise federativa” agregada à crise da pandemia – ajudam a enxergar a importância da premissa acima indicada e a oportunidade que existe, inclusive, para o desenvolvimento de nosso modelo federativo a partir de novas experimentações e aprendizados.

A) O caso da ADI 6.341-MC e a polêmica definição de serviços públicos e atividades essenciais

Uma primeira importante decisão do STF para solucionar conflitos federativos vinculados à crise da pandemia da Covid-19 teve como pano de fundo a divergência de entendimentos entre o Presidente da República e governadores estaduais quanto à definição dos chamados serviços públicos e atividades essenciais. Em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada por partido político (PDT), questionou-se a MP 926, de 20.3.2020, que alterou a Lei 13.979, de 6.2.2020, a qual dispunha sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Segundo a petição inicial, haveria vício de inconstitucionalidade formal (por ser exigível a edição de lei complementar) e vícios de inconstitucional material (por afronta à autonomia federativa, à competência administrativa comum e à competência legislativa concorrente dos entes federados entes subnacionais) da referida MP 926/2020.¹³ Alegou-se haver manobra legislativa de excessiva centralização de competência nas mãos da Presidência da República e de seus órgãos reguladores federais, com subtração total da parcela de competência comum dos demais entes federados para adotar medidas de isolamento, quarentena, restrição de locomoção por rodovias, portos e aeroportos e interdição de atividades e serviços essenciais.

Contudo, deveriam ser observados os princípios da preponderância de interesses e da repartição de competências federativas no caso, quanto ao exercício de poder de polícia sanitária, afastando-se conotação de exclusiva atribuição da União para dispor sobre interdição de serviços públicos e atividades essenciais e para adotar medidas sanitárias e epidemiológicas.

Inicialmente, em uma decisão monocrática, o Ministro Marco Aurélio não vislumbrou situação de anormalidade no uso formal de medida provisória para o caso, nem usurpação de competência federativa dos demais entes federados subnacionais. Mesmo assim, optou por deferir, em parte, “a medida acauteladora para tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente”.¹⁴

Foram opostos embargos declaratórios pelo Advogado-Geral da União, afirmando a legitimidade da MP 926/2000 como norma geral a ser observada pela federação e que seria adequada para “discernir ‘conceitos de essencialidade’ voltados a definir uma base mínima de segurança jurídica”, bem como manter coesão social, harmonia federativa e uniformidade

¹³ A impugnação por vício formal se dirigiu contra o caput, os incisos I, II e VI, bem como os §§ 8º, 9º e 11, todos do artigo 3º da Lei Federal no 13.979/2020, com redação dada pela MP 926/2020, e, por arrastamento, do Decreto 10.282/2020. A impugnação por vício material, sem redução de texto, dirigiu-se contra o caput, os incisos I, II e VI, bem como os §§ 8º, 9º, 10 e 11, todos do artigo 3º da Lei Federal no 13.979/2020, com redação dada pela MP 926/2020, e, por arrastamento, do Decreto 10.282/2020, requerendo-se pronúncia de inconstitucionalidade no sentido em que conota exclusividade à União para dispor sobre a interdição de serviços públicos e atividades essenciais – mediante decreto do Presidente da República (art. 3º, §§ 8º, 9º e 11) – e adotar as medidas descritas nos incisos I, II e VI do caput do artigo 3º da Lei Federal no 13.979/2020 – “desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador” (art. 3º, §§ 10) –, resguardando-se, nos termos do artigo 18 da Constituição, a autonomia de polícia sanitária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para implementar as referidas providências, de competência administrativa comum (CF, art. 23, II; 198, I, e 200, II).

¹⁴ ADI 6341-MC / DF. Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática de 24.3.2020 (DJe 26.3.2020).

mínimo no funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.¹⁵ A Procuradoria-geral da República opinou pelo indeferimento da medida cautelar, de forma semelhante à AGU.

Antes mesmo da análise dos referidos embargos declaratórios, o Pleno do STF veio a julgar o Referendo na Medida Cautelar da ADI 6341 em 15.04.2020 (a primeira sessão por videoconferência da história da Corte, inclusive em razão da pandemia da Covid-19), tendo se referendando, por maioria, a medida cautelar anteriormente deferida pelo Ministro Marco Aurélio, acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, em observância à determinação constitucional de descentralização, com direção única em cada esfera de governo (art. 198, I, CF/88), o Presidente da República poderia dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.¹⁶

Em síntese, a Suprema Corte buscou esclarecer e apaziguar parte das divergências aqui já mencionadas, confirmando o entendimento de que as medidas adotadas pela União sobre serviços públicos e atividades essenciais não afastam nem inibem tanto a competência concorrente legislativa dos estados e Distrito Federal, quanto as medidas executivas (normativas e administrativas) dos estados, Distrito Federal e municípios.

B) O caso da ADPF 672 e a alegação de atuação contraditória do Presidente da República

Outra importante decisão do STF para solucionar conflitos federativos vinculados à crise da pandemia da Covid-19 decorreu de ação constitucional de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), a qual tinha como pano de fundo a alegação de descompasso das posições e medidas do governo federal para enfrentamento da pandemia, em caminho oposto a diretrizes recomendadas por autoridades sanitárias de todo mundo e por estudos e experiências de outros países, bem como contrário a medidas indicadas pelo próprio Ministério da Saúde brasileiro e adotadas pelos governadores e prefeitos de todo o país.

¹⁵ Em razão do julgamento plenário que referendou a medida cautelar na ADI 6341, os embargos declaratórios opostos foram declarados prejudicados. Decisão de 16.4.2020 (DJe 23.4.2020).

¹⁶ ADI 6341-MC / DF, Rel. p/o acórdão Min. Edson Fachin, Pleno, julgado em 15.04.2020, acórdão pendente de publicação até a presente data.

Em síntese, o CFOAB afirmou que o “governo nem sempre tem feito uso adequado das prerrogativas que detém para enfrentar a emergência de saúde pública, atuando constantemente de forma insuficiente e precária”, bem como estaria praticando “ações irresponsáveis e contrárias aos protocolos de saúde aprovados pela comunidade científica e aplicados pelos Chefes de Estado em todo mundo”. Desse modo, o Presidente da República, em especial, adotaria uma postura irresponsável e negacionista como um “agente agravador da crise”.

O CFOAB também acentuou que a “atuação do Presidente da República não poderia estar mais distante do ideal de um federalismo cooperativo, fundado na otimização da cooperação e na construção conjunta de políticas públicas” em prol dos direitos fundamentais e da ordem constitucional. Ademais, ao se apontar a violação de diversos preceitos fundamentais (direito à saúde, o direito à vida, o princípio federativo, independência e harmonia entre os poderes), o CFOAB requereu a concessão de medida cautelar para determinar ao Presidente da República: (i) o cumprimento do protocolo da Organização Mundial de Saúde (OMS), seguido pelo Ministério da Saúde, para adoção de medidas de isolamento social; (ii) o respeito a determinações de governadores e prefeitos quanto ao funcionamento das atividades econômicas e regras de aglomeração; (iii) a não interferência na atuação técnica do Ministério da Saúde, que deve continuar alinhada às recomendações da OMS; (iv) implementação imediata de benefícios emergenciais para desempregados, trabalhadores autônomos e informais, agilizando a integração ao programa Bols-Família das famílias que se encontram na fila de espera. No mérito, reiterou-se o pedido de se determinar ao Presidente da República a abstenção de medidas em desacordo com parâmetros técnicos do Ministério da Saúde e da OMS, assegurando-se medidas de isolamento social de acordo com padrões técnicos e conforme a situação do país, bem como efetiva implementação de medidas econômicas em prol dos menos favorecidos e integrantes de setores mais vulneráveis.

Em contraponto, o Presidente da República se manifestou nos autos por meio de informações elaboradas pela AGU, alegando a inadequação processual da medida, a inexistência de violações e tentativa de indevida interferência judicial, a existência de comprometimento federal com o tema (e.g. treze medidas provisórias, dezessete decretos e duas leis) e inexistência de violação do pacto federativo.

Em decisão monocrática, o Ministro Alexandre de Moraes acentuou as premissas do federalismo cooperativo e da separação de poderes como guias essenciais de enfrentamento da crise e de interpretação da legislação específica do tema, criticando a grave divergência de posicionamentos entre autoridades do condomínio federativo e do próprio governo federal, ressaltando que se deve evitar “personalismos” prejudiciais às políticas de enfrentamento da pandemia de Covid-19.¹⁷ Ele ressaltou, ainda, que não compete primariamente ao Judiciário a substituição do juízo discricionário do Executivo, embora exista a possibilidade de fiscalização judicial desse proceder em vinculação ao império constitucional e à efetividade dos direitos fundamentais. Desse modo, fundado no princípio do federalismo cooperativo, ele concluiu que seria caso de deferimento da medida liminar para que fossem respeitadas as determinações de governadores e prefeitos quanto ao funcionamento de atividades econômicas e regras de aglomeração.¹⁸

Esse segundo caso registrou alguns aspectos importantes: (i) o avanço do acirramento de embates e divergências de entendimentos entre Presidente da República, governadores e prefeitos; (ii) divergências internas no próprio governo federal; (iii) preocupação com a autonomia federativa; (iv) preocupação crescente com desinformação da população e desorientação por conflito de posições; (v) maior preocupação com o rigor de fundamentação de discricionariedade técnica em relação a medidas de enfrentamento da pandemia. Mais uma vez o STF buscou apaziguar os conflitos e acentuar a premissa constitucional da cooperação federativa – independentemente de posições pessoais e ideológicas distintas.

17 ADPF 672-MC / DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática de 8.4.2020 (DJe 15.4.2020).

18 A contundência da parte dispositiva dessa decisão merece registro: “Presentes, portanto, a plausibilidade inequívoca de eventual conflito federativo e os evidentes riscos sociais e à saúde pública com perigo de lesão irreparável, CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTE, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. Obviamente, a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente.” ADPF 672-MC / DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática de 8.4.2020 (DJe 15.4.2020).

C) O caso das ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6248 e 6431 e o debate dos critérios de responsabilização dos agentes públicos no período da pandemia da Covid-19

Um outro julgamento relevante consistiu na análise liminar de sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6248 e 6431) pelo STF, ajuizadas em face da MP 966, de 14.5.2020, que tratou do tema da responsabilização de agentes públicos por ação ou omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19.

Segundo a MP 966/2020, somente haveria responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com (i) as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19 e com (ii) o combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19, quando houvesse condutas (comissivas e omissivas) dolosas ou baseadas em erro grosseiro.

Em síntese, os autores das ADIs (partidos políticos e Associação Brasileira de Imprensa) alegaram que a limitação da responsabilização de ações e omissões de agentes públicos relacionadas (direta ou indiretamente) com medidas de enfrentamento da pandemia da Covid-19 – restrita a situações de dolo ou erro grosseiro – incorreria em vício de inconstitucionalidade, com enfraquecimento do disposto no art. 37, §6º, CF/88, o qual não distinguiria a gravidade da culpa, prejudicando ainda ressarcimentos eventualmente devidos ao erário e a devida responsabilização de condutas ilícitas a partir de uma “blindagem” de tudo o que não fosse configurado como erro grosseiro (conceito que seria muito vago).

Nos dias 20 e 21 de maio de 2020, o Plenário do STF julgou conjuntamente os setes casos, em sede de apreciação de pedido de medida cautelar, deferindo-a de forma dúplice. Em primeiro lugar, a fim de conferir “interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades”, de alguns parâmetros relativos ao correto enfrentamento da pandemia: (i) standards, normas e critérios científicos e técnicos, alinhados com diretrizes de organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; (ii) princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Em segundo lugar, foi concedida a medida cautelar para também se conferir “interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP 966/2020,

para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente” de dois parâmetros: (i) normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, alinhados com diretrizes de organizações e entidades internacional e nacionalmente conhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Nesse sentido, foram firmadas teses interpretativas para melhor dirimir a questão:

“1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.”¹⁹

Esse caso demonstra a complexidade envolvida em termos de enfrentamento da pandemia em si, bem como em termos de controle prévio, concomitante e posterior da atividade administrativa correspondente. De fato, é plausível pensar em ajustes e flexibilizações para lidar com situações graves e excepcionais, consideradas imprevistas e imprevisíveis, bem como em dar maior segurança aos tomadores de decisão, que, em muitos casos, podem se ver colocados em situação de dúvida ou insegurança excessivas sobre a melhor decisão a tomar.

Isso se torna mais crítico em situações como a da pandemia da Covid-19, a envolver o direito à vida, à saúde e à própria dignidade humana, que remonta à ideia de ação administrativa controladora de riscos (*Risikoverwaltung*), a qual acentua o dever de tomar decisões de risco com o maior grau de conhecimento técnico-científico, com maior necessidade de informações precisas para uma decisão adequada, à luz de princípios de prevenção e precaução.²⁰

¹⁹ ADI 6421-MC / DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, Ata de julgamento, proferido em 21.5.2020, acórdão pendente de publicação até a presente data.

²⁰ KÖCH, Wolfgang. Risiko im Recht der Klimaanpassung. In: JAECKE, Liv; JANSEN, Gerold. (Hrsg.). Risikod-

Daí porque parece ter caminhado bem o STF em acentuar a exigência de fundamentação administrativa adequada, em termos de discricionariedade técnica, em campos decisórios dotados de complexidade, riscos e incertezas. Não se trata de revisar judicialmente o conteúdo técnico, mas de exigir que ele esteja presente e seja consistente. Esse proceder da Suprema Corte também guarda ligação (ainda que indireta) com o agravamento dos conflitos federativos da crise da pandemia da Covid-19, pois a discussão sobre uma base científica mínima e confiável se tornou elemento central para a definição de medidas de contenção e combate da pandemia, inclusive com impacto na discussão de quais seriam os serviços públicos e atividades econômicas essenciais. Nesse ponto, sem olvidar do legítimo recurso a medidas provisórias para gerir demandas relevantes e urgentes, esse proceder (extraordinário) não está imune ao controle da jurisdição constitucional, que pode (e deve) exercê-lo em sintonia com a preservação da separação de poderes harmônicos e independentes.²¹

D) O enfrentamento legislativo da pandemia da Covid-19: o destaque ao PLP 149/2019, ao PLP 39/2020 e ao PLP 117/2020

É interessante pensar nas respostas que o Poder Legislativo pode dar para fortalecer a premissa constitucional de cooperação e união federativa em termos de enfrentamento da pandemia. Há naturalmente um destaque maior à Câmara dos Deputados²² e ao Senado Federal.²³ Nesse último caso, merece destaque o interessante Projeto de Lei Complementar (PLP nº 39/2020, de 24.03.2020) apresentado pelo Senador Antonio Anastasia (PSD/MG), Vice-Presidente da referida Casa Legislativa, durante o período de pandemia.

ogmatik im Umwelt - und Technikrecht: von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement. Tübingen: Mohr Siebeck 2012, p. 71.

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no incício do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 269. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Medida Provisória: edição e conversão em lei; teoria e prática. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 251.

²² Na Câmara dos Deputados, vide: <<https://www.camara.leg.br/internet/agencia/infograficos-html5/procorona/index.html>>. Acesso em 26.5.2020.

²³ No Senado Federal, vide: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/04/coronavirus-propostas-de-enfrentamento-aprovadas-no-senado>>. Acesso em 26.5.2020.

De forma muito pertinente, o referido PLP 39/2020 tratou, em sua redação originária, sobre a cooperação federativa na área de saúde e assistência pública em situações de emergência de saúde pública de importância nacional ou internacional (como o atual caso de pandemia), que exijam a atuação coordenada de todos os entes da Federação. Ele dispôs sobre mecanismo de cooperação ainda pouco explorado em nosso ordenamento jurídico e previsto no parágrafo único do art. 23 da Constituição, aplicando-o ao tema da saúde pública (art. 23, II, CF/88).²⁴

O PLP 39/2020 captou a necessidade de garantir maior institucionalidade às formas de cooperação federativa nesses momentos de crise, propondo mecanismos de estímulo à atuação coordenada, que devem se guiar por princípios de cooperação multinível, planejamento comum e maximização de esforços, conjugação de recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos, preservação de ampla participação pública e integração das decisões ao SUS.

Em sintonia com o debate teórico-doutrinário do direito público sobre a necessidade de fomento de medidas de consensualidade também no âmbito político-estatal, o projeto cria o instituto denominado de “decisão coordenada federativa”. Ele estimula que os representantes dos entes federados se reúnam constantemente (inclusive com o auxílio de mecanismos virtuais) para discutir propostas, ações e medidas administrativas e legislativas e para criar decisões comuns e coordenadas – tanto quanto possível e sem prejuízo do espaço reservado à autonomia federativa e à responsabilidade de cada ente federado.

Em síntese, esse projeto legislativo estimula o caráter institucional e constitucional da cooperação federativa e fomenta que os gestores públicos sentem à mesa e discutam, ainda que não cheguem a um consenso sobre tudo. Ele reforça a união federativa, como adicional arena de debate, de pensamento, de reflexão e também de discordâncias naturais do processo de gestão pública. Trata-se de interessante engenharia legislativa e institucional que pode promover união institucional e coesão federativa e se colocar como alternativa possível a eventuais divergências políticas, produzindo respostas mais claras e menos ruidosas para a sociedade – especialmente em tempos de emergências de saúde pública.

²⁴ Até hoje, apenas uma lei complementar foi criada com base no art. 23, parágrafo único, da Constituição (LC 140/2011), fixando normas de cooperação federativa em matéria de proteção ambiental.

Vale destacar que o referido projeto de lei complementar passou a tramitar no Senado Federal em conjunto com outro projeto legislativo oriundo da Câmara dos Deputados (PLP 149/2019), tendo sofrido significativa adaptação para tratar prioritariamente da questão referente à ajuda financeira aos entes federados nesse momento de pandemia da Covid-19.²⁵

Nesse sentido, não há dúvida de que o aspecto de auxílio financeiro é intrínseco à cooperação federativa e essencial em momentos de crise – o que torna natural a sua proeminência no debate político e a sua priorização, que foi absorvida em substitutivo aprovado no dia 2.5.2020 pelo Senado Federal no âmbito do PLP nº 39/2020.²⁶ Após ter sido encaminhado à Câmara dos Deputados e tendo ocorrido sua apreciação naquela Casa legislativa, o PLP 39/2020 retornou ao Senado com emendas da Câmara dos Deputados, onde foi definitivamente aprovado em 6.5.2020, sendo encaminhado para sanção presidencial.²⁷

De todo modo, ao lado do relevante aspecto financeiro, o debate referido ao instituto da decisão coordenada federativa merece ser levado adiante e aprofundado no Parlamento pelos méritos que a proposta contém para fortalecer ainda mais a institucionalidade da cooperação federativa brasileira e buscar reduzir a inação quando houver desentendimentos político-ideológicos. Nesse sentido, merece ser destacado que esse debate foi renovado, em 5.5.2020, com a reapresentação do tema por meio do PLP 117/2020 no Senado Federal.

3. CONCLUSÃO

Em situações extraordinárias, imprevistas e complexas como a que vivemos durante a pandemia da Covid-19, redimensionamos nossa compreensão individual e social sobre tudo à nossa volta, bem como acerca da capacidade estatal de dar resposta suficiente e em tempo adequado. Em lembrança à ideia de Roman Herzog, ex-presidente do Tribunal Constitu-

²⁵ Desse modo, a iniciativa legislativa de todo o tema passou a ser do Senado Federal.

²⁶ Após as referidas alterações, o referido PLP 39/2020 passou a tramitar com a seguinte ementa: “Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências.”

²⁷ O texto aprovado pelo Senado Federal pode ser consultado por meio do seguinte sítio: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8106746&ts=1590503347649&disposition=inline>>. Acesso em 26.5.2020.

cional Federal alemão, ficaria aqui mais nítida a imagem do Estado sobrecarregado (*Der überforderte Staat*), que deve lidar com novas tarefas que é instado a assumir, mas que é incapaz de realizar todas plenamente, com o perigo de perder sua referência com a sociedade e com o cidadão.²⁸

Como visto, a Constituição de 1988, a doutrina jusplublicista e os exemplos acima indicados reforçam a premissa de que o princípio constitucional do federalismo cooperativo brasileiro exige atuações comuns, coordenadas, concertadas e que privilegiem uma resposta institucional firme e coesa. Liderança e compromisso institucional devem ser antídotos contra desunião política e oportunismos na gestão pública de emergências de saúde pública.

A pandemia não deve ser um trilema de gestão pública em três níveis federativos, nem um dilema entre União e estados. Ela deve ser enfrentada como um problema comum a todos, respeitando-se assimetrias e complexidades inerentes à cada situação e realidade geográfica.

Em suma, pensando juntos sobre problemas comuns certamente pensamos melhor a sua solução no plano social e no plano institucional (político e estatal). E se ainda não há vacina para o vírus, há bons remédios institucionais e constitucionais à disposição e que passam pela posologia constitucional da união federativa cooperativa. Afinal de contas, não custa lembrar ao leitor que a própria designação de “União Federal” é bastante reveladora do que aqui se quer dizer: a união deve ser a síntese agregadora da ação comum daqueles que se unem como Federação e como comunidade política.

²⁸ HERZOG, Roman. *Der überforderte Staat*. In: BADURA, Peter; SCHOLZ, Rupert. *Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 1993, pp. 15 e ss.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida Provisória: edição e conversão em lei; teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Art. 23 (Comentário). In: CANOTILHO, José J. G. et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 747-751.

BARCELLOS, Ana Paula de. Arts. 196 a 200 (Comentário). In: BONAVIDES, Paulo et al. (Coords.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2161-2185.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no incício do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HERZOG, Roman. Der überforderte Staat. In: In: BADURA, Peter; SCHOLZ, Rupert. *Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 1993. p. 15-26.

KÖCH, Wolfgang. Risiko im Recht der Klimaanpassung. In: JAECKE, Liv; JANSEN, Gerold. (Hrsg.). *Risikodogmatik im Umwelt- und Technikrecht: von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement*. Tübingen: Mohr Siebeck 2012. p. 65-80.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. A justiciabilidade do direito à saúde, previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a partir de sua dimensão de proteção ambiental. *Revista de Direito Sanitário – CEPEDISA (Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário NAP-DISA/USP)*, São Paulo: LTR, v. 9, nº 2, p. 132-150, jul./out. 2008.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio Menezes (Orgs.) *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito Editorial; Fundação Boiteux, 2006, v. 1. p. 251-264.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, abril 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 198 (Comentário). In: CANOTILHO, José J. G. et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 1938-1942.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MR. KLEIN - DUPLA IDENTIDADE NO INFERNO DA BUROCRACIA ESTATAL? REFLEXÕES A PARTIR DO FILME MONSIEUR KLEIN, DE JOSEPH LOSEY

MARIA CELINA MONTEIRO GORDILHO¹

Resumo: O movimento direito e literatura tem cada vez mais adeptos. As duas disciplinas têm pontos de convergência e divergência que abrem o olhar do jurista para novas possibilidades de compreensão do seu próprio universo. Neste ensaio, propomos analisar o filme Cidadão Klein, de Joseph Losey, e levantar reflexões jurídicas que encontramos na obra. Notadamente, qual o impacto do direito na sociedade e na individualidade de cada cidadão. Assim, acompanhamos a história de Robert Klein ao tentar desvendar um mistério envolvendo seu duplo com as autoridades francesas em meio aos preparativos da polícia francesa para prender os judeus franceses e deportá-los, acontecimento histórico que ficou conhecido como a Rusga do Velódromo de inverno de Paris.

Palavras-chave: Cidadão Klein; direito e literatura; direito e cinema.

INTRODUÇÃO

Ao estabelecer relações entre direito e direitos humanos, o crítico Antonio Candido comentou sobre a inserção da temática jurídica no campo literário. A respeito dos direitos humanos através da literatura, Candido ressaltou a importância da “entrada do pobre no temário do romance, no tempo do Romantismo”, e seu tratamento literário digno, com enredo e desenvolvimento de personagens². Essa relação é interessante pois permi-

¹ Doutoranda em Direito (Universidade de Brasília - UnB). Mestre pela mesma universidade. Servidora do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

² CANDIDO, Antonio. O direito à literatura. Vários escritos. São Paulo: Duas Cidades/Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2004, p. 184.

te estudar historicamente a conquista dos direitos fundamentais e como repercutiram nas dimensões não jurídicas da vida.

Por sua vez, François Ost traça as seguintes distinções no prólogo do seu livro sobre a perspectiva do direito na literatura: i) a literatura libera as possibilidades e o direito codifica a realidade; ii) a literatura cria surpresa e o direito mantém a segurança jurídica; iii) a literatura produz personagens e o direito cria comportamentos padronizados; e iv) a literatura trata do particular e do concreto e a lei é geral e abstrata. O que diferencia o direito da literatura é o que contrasta as duas áreas e, também, serve de pontos de comparação e análise. Além disso, é o que torna o estudo das duas disciplinas em conjunto fascinante para os juristas, acostumados que estão com suas regras estritas³.

Embora recente, o movimento direito e literatura tem ganhado cada vez mais adeptos. A percepção de que a literatura pode servir como fonte e ferramenta de pesquisa para o jurista é fascinante. Conforme destacado acima, as duas disciplinas têm pontos de convergência e divergência que abrem o olhar do jurista para novas possibilidades de compreensão do seu próprio universo. Para Shecaira,

As lições gerais que podem ser derivadas da literatura não estão, portanto, no nível da dita “dogmática jurídica” – isto é, dos temas explorados por disciplinas práticas como direito civil, penal, comercial, tributário etc. Elas estão no nível da teoria do direito, uma disciplina – ou melhor, um conjunto de disciplinas que abrange a filosofia do direito, a sociologia do direito, a história do direito etc. – que se dedica a discutir o direito em geral. A teoria do direito analisa o direito enquanto instituição social que costuma manifestar uma série de virtudes e deficiências e que se relaciona de maneira complexa com outros sistemas de regulação social: ética, política, religião etc. A literatura é uma fonte importante de estímulo para a reflexão sobre questões que estão no nível (filosófico, sociológico, histórico) da teoria do direito, não no nível da dogmática jurídica.⁴

³ OST, François. Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico. trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, Coleção Diké, 2007, p. 13-19.

⁴ SHECAIRA, Fábio. A importância da literatura para juristas (sem exageros). In: ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura, v. 4, n. 2, julho-dezembro 2018, pp. 357-377.

Para estabelecer essas relações, não é necessário, porém, restringir-se apenas a obras literárias. Apesar de apresentar uma linguagem diferente, o cinema também pode servir como objeto de análise para o jurista. São incontáveis os filmes de tribunal, que se desenrolam em torno de uma disputa jurídica. Mesmo os filmes que não apresentam uma temática necessariamente jurídica podem contribuir para elucidar práticas jurídicas estrangeiras, pensar a relação entre direitos humanos e governos autoritários ou imaginar uma distopia no tempo e no espaço, apenas para colocar alguns exemplos.

Seguindo essa tendência, propomos, aqui, um ensaio de direito, literatura e cinema. Vamos começar a sessão.

PRÓLOGO (OUVERTURE)

Uma manhã, Mr. Klein acordou de sonhos intranquilos e viu-se metamorfoseado em Mr. Klein. O protagonista é um católico francês que, durante a Ocupação, vive de comprar obras de arte de judeus que pretendem sair do país a preços abaixo do mercado. Certa manhã, Klein recebe em sua porta de casa um jornal estritamente destinado aos assinantes, que constituem a comunidade judaica parisiense, e estranha o fato. A partir daí, acompanhamos o personagem em um longo périplo na busca de descobrir seu homônimo e o porquê dessa confusão.

Qual o limite de uma pessoa procurando respostas? Até que ponto pode-se chegar em busca de sua identidade, do seu duplo? Podemos sempre contar com as autoridades? Essas perguntas surgem na mente do espectador que assiste às quase duas horas de *Monsieur Klein*⁵, filme de Joseph Losey com roteiro de Franco Solinas⁶. Esse filme levanta questões jurídicas e históricas que não se restringem à época (Segunda Guerra Mundial) ou ao lugar (Paris) em que a narrativa acontece.

Vamos acompanhar a história de Robert Klein (Alain Delon) ao tentar desvendar um mistério envolvendo seu duplo com as autoridades francesas, enquanto observamos algumas questões de direito e justiça levantadas pelo filme. Notadamente, como o direito impacta a sociedade e a individualidade de cada cidadão.

⁵ *Monsieur Klein* (1976, direção de Joseph Losey). No Brasil o filme foi distribuído com o título *Cidadão Klein*.

⁶ Com colaboração de Costa-Gavras e Fernando Morandi.

NARRATIVA (A JORNADA DO ANTI-HERÓI)

Desde o começo, o filme causa impacto. Um médico francês analisa, com grosseria e tédio, uma mulher nua, e comenta análises objetivas sobre a largura do nariz, o formato da sola dos pés ao caminhar ou, ainda, o tamanho da mandíbula (“proeminente, típica de raças não europeias”). Enquanto isso, uma freira, vestida de branco imaculado, anota a conclusão do médico sobre a possível ascendência judaica da mulher: “possivelmente pertencente às raças inferiores. Conclusão: indeterminado”. A mulher se veste e sai do consultório, não sem antes o médico lembrar que o resultado lhe será enviado pela polícia. Na saída, vemos uma fila de pessoas aguardando para fazer essa anamnese.

Em seguida, somos apresentados à vida burguesa de Robert Klein. Ele mora numa mansão em 136, *Rue du Bac* (7^{me} *arrondissement* de Paris). Tem uma amante de pouca idade. Veste um robe de seda para receber os clientes ou apenas ficar em casa. Nesse começo, observamo-lo negociando um quadro de *Adriaen Van Ostade*⁷ com um cliente judeu, bastante distinto. Oferece, pelo quadro, a soma de 300 francos, um preço bem abaixo do que esperava o cliente. Este, mesmo contrariado, aceita a oferta. Ao levá-lo à porta, Klein percebe que o jornal “*Informations juives*”⁸ foi deixado no seu capacho, com seu nome e endereço no destinatário. No caminho, um calendário marca a data: 16 de janeiro de 1942.

No leilão que se segue, uma tapeçaria está à venda. A imagem traz o mesmo desenho que aparece na abertura do filme. Trata-se de um abutre, transpassado por uma lança vermelha e com símbolos cabalísticos nos quatro cantos da cena. Nas palavras do leiloeiro, a simbologia em torno da peça transmite a ideia de remorso⁹.

Robert Klein consegue ir à redação do jornal para tentar entender sua situação. O redator diz que a lista com os nomes e endereços dos assinantes está com a Comissão para Assuntos Judeus, na administração pública (a entrega dessa lista seria uma condição para o funcionamento do jornal).

⁷ Pintor holandês do século XVII.

⁸ No filme, jornal destinado à comunidade judaica de Paris, distribuído apenas para assinantes.

⁹ Esta é uma possível chave de leitura para o filme. O protagonista comete lesão em cima dos seus clientes. Estes, premidos pela necessidade de arranjar dinheiro para sair da França, acabam vendendo seus bens e obras de arte, que estavam na família há décadas, a preços aviltantes. Não há uma cena no filme em que se identifica esse sentimento em Klein. Ele, inclusive, comenta com uma amiga no leilão que a tapeçaria “dá azar”.

Seguimos Klein na Comissão, onde sua busca por informações a respeito do seu homônimo esbarra sempre na negativa dos funcionários, que desconfiam do argumento de que há dois homens de mesmo nome: Robert Klein.

Por que essa obsessão de Klein em esclarecer sua identidade para as autoridades públicas? À época, seria muito “inconveniente” (segundo suas palavras) ele ser confundido com um homônimo judeu. Junto com o protagonista, vamos atrás desse homônimo, sem dele nos aproximarmos. E qual o interesse do Klein homônimo em misturar as identidades? Seria vingança pelos preços que Robert Klein oferece pelos quadros dos clientes judeus? Será apenas um acaso? Talvez o homônimo queira desaparecer atrás de outro homem? Será tudo isso junto? Na condição de espectadores, podemos apenas conjecturar. Um detalhe a respeito dos nomes, porém, chama a atenção pela coincidência: tanto Robert Klein possui um sobrenome que começa com a letra K, tão onipresente nas obras de um autor cuja obra aborda o absurdo da burocracia estatal: Franz Kafka¹⁰.

Seguindo junto com o protagonista, descobrimos, ainda, que seu homônimo pode ser amante de uma rica francesa que habita com uma numerosa família numa casa de campo nas proximidades de Paris, e que logo foge para o México. Mais à frente na história, descobrimos que a polícia também vem procurando o homônimo, possivelmente por ele fazer parte da resistência. Também desvendamos que ele morava numa pensão suja e infestada de ratos; que possuía uma namorada, uma moto de dois lugares, e um pastor alemão.

A todo momento, o espectador e Klein acham que estão prestes a entender a confusão e descobrir a identidade do outro Klein, sempre sem sucesso. Também não compreendemos bem a motivação do homônimo em causar essa confusão, se é que há motivação específica. Finalmente, o homônimo é localizado. Antes que Robert Klein possa fazer qualquer contato com ele, porém, seu advogado já denunciara o homônimo à polícia.

A narrativa principal de Klein através da burocracia estatal é, a todo momento, entrecortada por cenas paralelas e aparentemente desconexas, que eventualmente terão sentido ao final do filme. Assim, vemos uma reu-

¹⁰ Kafka também começa com a letra K, assim como Joseph K., personagem do romance *O Processo* que se vê envolvido com o sistema de justiça. Outra curiosidade é o título da obra em português, que remete ao grande filme de Orson Welles *Cidadão Kane* (também portando um sobrenome com a inicial K). São rastros de coincidências que podem conectar obras literárias e cinematográficas.

nião de gabinete; policiais se reunindo e saindo em missão; um grande arquivo público onde os funcionários teclam insistentemente à máquina. A trilha sonora, quase inexistente, também causa estranheza. O que conseguimos captar é o som da cidade, em especial o som das sirenes parisienses – será a polícia procurando por judeus que tentam fugir do país? A edição de som contribui para situar o espectador na atmosfera do filme e o remete àquela época de pânico e medo – para uma parcela da população.

A outra parcela da população – os franceses “católicos desde Louis XIV” (nas palavras do pai de Robert Klein) – é constituída dos apáticos e dos que fingem não enxergar o que está acontecendo. Os ricos são insensíveis; frequentam cabarés com seus amigos militares e suas prostitutas para rir de piadas antisemitas. A administração aplica a lei “porque é a lei”. Os advogados auxiliam apenas seus clientes, embora vejam a situação em que os judeus se encontram. Os parisienses comuns querem apenas almoçar na brasserie favorita e fazer compras na feira do bairro. Ninguém troca um olhar com os judeus perseguidos e levados em comboio. Klein se considera um bom francês e diz acreditar nas instituições. Mas, desde a ocupação alemã em Paris, em 1940, as instituições francesas não estavam ali para proteger os cidadãos, mas para entregá-los aos nazistas.

Uma passagem decisiva no filme ajuda-nos a entender a relação então existente entre a lei e os cidadãos. Trata-se do momento em que a polícia francesa entra na casa de Robert Klein e faz uma devassa, levando documentos, quadros, e outras obras de arte, enquanto o morador mostra-se irritado com a situação. O chefe da polícia, talvez para acalmá-lo, diz que aquilo “não é pessoal; é a lei”, ao que Robert responde: “não questiono a lei, ela não me diz respeito”. A remissão à lei é um argumento utilizado por quem justamente abusa da lei, faça ou não faça parte do sistema jurídico. Da mesma maneira, os nazistas tentaram se eximir de culpa ou remorso em seus julgamentos no pós-guerra¹¹.

Podemos ver ecos de tragédia grega na narrativa do filme. Embora a história não traga relações com deuses ou mitos, é possível interpretar o arco narrativo de Robert Klein como a jornada do herói que tenta fugir de seu destino, mas que toma decisões que o levam inevitavelmente para sua destruição. Klein vai se tornando cada vez mais obcecado em descobrir a

¹¹ A esse respeito, remetemos ao relato de Hannah Arendt sobre o julgamento de um dos oficiais nazistas que foram posteriormente julgados (ARENDR, Hannah. Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, 14ª reimpressão).

identidade de seu homônimo e em encontrar com ele. Acompanhamos o protagonista adquirindo, por meio de seu amigo e advogado, passaportes falsos e passagens para sair da França. Ele entra no trem que o levará à costa para embarcar em um navio. Em frente a ele, senta-se uma mulher, que acaba revelando que o homônimo estava na estação despedindo-se, justamente, dela, que pode ou não ser a mulher que estava numa foto com o homônimo encontrada por Klein.

As alusões ao universo kafkiano são inúmeras. A dúvida quanto à própria identidade é uma delas, mote da trama presente em *A Metamorfose*. Outra alusão é a inserção do cidadão comum no labirinto burocrático da administração pública, como revela o romance *O Processo*.

A tal ponto chega a obsessão de Klein que ele retorna no trem para Paris e continua sua busca do homônimo. Neste momento, Klein sela o seu destino.

Ele é buscado em sua própria casa por policiais franceses e, embora utilize o nome falso que constava no passaporte, mesmo assim é levado para um ônibus onde se encontram muitos judeus. No caminho, ele fica repetindo que “não tenho nada a ver com isso”. Até nessa situação, em que finalmente o espectador começa a compreender o que vai se passar, Klein procura fazer uma distinção entre ele e os demais passageiros. Ele ainda acredita na força das instituições francesas para desmistificar essa confusão de identidades. Finalmente, depois de passar por franceses ensimesmados, o ônibus ao lugar que já havia aparecido no filme anteriormente. Vemos mães sendo separadas das crianças, pessoas carregando malas e o homem que vendera um quadro para Klein¹².

Mas ainda há salvação. O seu amigo e advogado chega àquele lugar com os papéis que indicariam a ascendência puramente francesa do protagonista¹³. Enquanto isso, um alto-falante faz uma espécie de chamada. Klein ouve seu nome ser chamado e vê outra pessoa levantando a mão a uma certa distância sua. Novamente, Klein chega perto de escapar, mas toma uma decisão que lhe marca o destino.

¹² O final do filme retrata o acontecimento histórico que ficou conhecido como “*La Rafle du Velodrome d’Hiver*”. Em 16 e 17 de julho de 1942, as autoridades colaboracionistas francesas prenderam os judeus parisienses e os deportaram em trens para campos de concentração. O filme transporta essa história para o mês de janeiro daquele ano, mas de todo modo trata-se do mesmo evento. Em 1995, o presidente francês Jacques Chirac pediu desculpas pela colaboração da polícia e dos servidores civis da administração com a prisão em massa dos judeus parisienses. Já em 2017, o presidente francês Emmanuel Macron admitiu a responsabilização do Estado francês pelo evento.

¹³ Na verdade, sua avó teria nascido em Argel, mas de pais franceses, o que gera uma apreensão no protagonista de que não seria verdadeiramente francês.

Ele tenta se aproximar de seu homônimo enquanto diz a seu advogado que logo voltará. Aos poucos, aquela aglomeração de pessoas vai sendo empurrada e trancafiada em longos trens. É o transporte que levará Klein e todos aqueles judeus para os campos de concentração. Será que o protagonista percebe finalmente aonde o levou a busca por uma resposta? Será que ele compreende que todas as suas decisões o levaram àquele momento? Será que ele vai sentir remorso, finalmente, pelo jeito com que tratou seus concidadãos?

O filme termina com olhar de Robert Klein fixo no vazio, sendo observado por seu cliente, enquanto, em off, ouvimos o diálogo que eles trocaram no começo do filme sobre a negociação da venda da obra holandesa:

- Seiscentos Louis.
- Trezentos.
- Deve estar brincando. A esse preço, prefiro não vender.
- Como quiser.
- É fácil para você, quando se é forçado a vender.
- Mas eu não sou forçado a comprar.
- Faça-me uma oferta razoável.
- Trezentos.



EPÍLOGO (OU ENCORE)

No final do filme *Vá e Veja*, um personagem pega uma arma de fogo e atira em uma imagem de Hitler, uma vez, duas vezes, dez vezes. A cada bala disparada, a história volta, como em um filme que rebobinamos. Apaga-se o Holocausto, a perseguição aos judeus, a criação do partido nazista, a ascensão de Hitler ao poder. Rebobina-se toda a história.

Rebobina-se até chegarmos a uma foto de Hitler criança no colo de sua mãe. A câmera foca no personagem mirando a arma de fogo. E encerra-se o filme.

Será possível rebobinar a história? Apagá-la? Voltar atrás até aquele ponto em que decidimos por um caminho, e tomar o outro que se apresentava como opção? Podemos ver essas mesmas questões colocadas no final de *Cidadão Klein*. Talvez Robert esteja pensando onde ele poderia ter tomado uma decisão diferente. Ou talvez não.

CONCLUSÃO

Neste ensaio, propomos algumas breves reflexões sobre direito (e também sobre história) a partir do filme *Cidadão Klein*. Mais do que apresentar respostas ou teorias dogmáticas, tentamos colocar questões que surgiram ao assistirmos ao filme. E buscamos refletir sobre como as práticas jurídicas do passado impactaram uma sociedade e a vida de cada cidadão individualmente.

Esse exercício pode ser feito em várias obras, de romances a contos, passando pelo cinema e pelo teatro. Convidamos o jurista que nos lê a exercitar seu olhar e descobrir novas formas de enxergar o direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDR, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. Um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, 14^a reimpressão.

CANDIDO, Antonio. O direito à literatura. **Vários escritos**. São Paulo: Duas Cidades/Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2004.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, Coleção Diké.

SHECAIRA, Fábio. **A importância da literatura para juristas (sem exageros)**. In: ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura, v. 4, n. 2, julho-dezembro 2018, pp. 357-377.

DIREITO ELEITORAL

10 ANOS DE FICHA LIMPA: O IMPACTO DA APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR 135/2010 NA MORALIDADE E NA PROBIDADE ADMINISTRATIVA DOS CARGOS ELETIVOS

JACKSON DI DOMENICO¹

Resumo: O artigo tem como objetivo analisar os aspectos da iniciativa popular como fonte da valorização à moralidade e à probidade administrativa dos candidatos a cargos eletivos e o impacto do endurecimento das causas de inelegibilidades após as hipóteses inseridas na LC 64/1990, com redação dada pela LC 135/2010, no pleito eleitoral, e seus reflexos na renovação política.

Palavras-chave: Lei das Inelegibilidades. Iniciativa Popular. Lei da Ficha Limpa. Impacto da Aplicação. Eleições. Moralidade. Probidade Administrativa.

1. INTRODUÇÃO

Em setembro de 2009, foram entregues mais de 1,3 milhão de assinaturas de eleitores brasileiros à Câmara dos Deputados, com o objetivo de dar iniciativa ao projeto de lei que no ano seguinte se tornaria a Lei Complementar 135/2010, mais conhecida como Lei da Ficha Limpa.

A inserção desse diploma legal no ordenamento jurídico representou um grande avanço para a democracia brasileira no que diz respeito ao fortalecimento da moralidade, especialmente na investidura dos manda-

¹Vice-Presidente do IADF, Doutorando e Mestre em Direito Constitucional, Especialista em Direito Eleitoral e Público; Desembargador Eleitoral junto ao Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal - TRE/DF (2017/2019); Atuou como Juiz da Propaganda no TRE/DF nas Eleições Gerais de 2018. Escritor dos livros *Decisões Eleitorais e Propaganda Eleitoral: a Dimensão da Liberdade de Expressão*; Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal (dois mandatos); Advogado junto aos Tribunais Superiores;

tos eletivos, já que seu principal objetivo foi a definição de critérios mais rígidos e transparentes para o ingresso dos respectivos cargos advindos das eleições.

Passados mais de dez anos de sua edição, a lei tem contribuído para a renovação política brasileira? O anseio da população no sentido de que a representação política seja mais ética está sendo alcançado? São questões que serão enfrentadas no decorrer deste artigo com base na análise de dados, principalmente os publicados pela Justiça Eleitoral após os sufrágios cuja referida lei foi aplicada

2. A INICIATIVA POPULAR E SEUS REFLEXOS NO FORTALECIMENTO DA MORALIDADE E PROIBIDADE ADMINISTRATIVAS

A Constituição da República de 1998 conferiu mecanismos de participação direta do cidadão no exercício do poder e, uma das formas expressivas é a da iniciativa popular que “é o poder atribuído aos cidadãos para apresentar projetos de lei ao Parlamento, desfechando, com essa medida, procedimento legislativo que poderá culminar em uma lei”²

Essa modalidade de exercício da soberania popular está prevista no artigo 14, inciso III da Constituição Federal³ e regulamentada pela Lei 9.709/1998⁴, sendo um impulso à participação do cidadão na formação das autoridades que definirão as determinações e políticas de Governo e de Estado.

Contudo, apesar da previsão constitucional, o empenho da sociedade civil nesse sentido não é corriqueiro, tanto que o movimento pela Lei da Ficha Limpa foi a quarta iniciativa dessa natureza em trinta anos. Isso revela o intenso engajamento dos cidadãos no sentido de trazer a realidade uma legislação que prestigiasse a moralidade e a probidade no contexto político brasileiro.

² GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 69.

³ Constituição: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...). III - iniciativa popular”.

⁴ Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm> Acesso em: 16 jan 2020.

Nesse sentido, se faz de singularidade ímpar o voto do Ministro Ayres Britto, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.578, ao anotar que, embora não haja hierarquia entre leis complementares, a iniciativa popular amplia a democracia, confere a lei um tónus ainda maior, ainda mais denso de legitimidade⁵.

Sem dúvida, a mobilização da sociedade, enaltecida pelo especial envolvimento de instituições representativas de diversos segmentos, tais como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), foram essenciais para dar concretude a um dos mais legítimos preceitos de moralização do Estado.

Nesse contexto, como bem pontuou Mônica Campos de Ré, “com a aprovação da chamada Lei da Ficha Limpa, o povo pode experimentar a sua força. Foi um primeiro passo importante no processo de aprimoramento de nossas instituições políticas”⁶.

3. IMPACTO DO ENRIJECIMENTO DAS INELEGIBILIDADES NO PROCESSO ELEITORAL

Desde o início do processo legislativo da lei em comento era possível definir os fundamentos que caracterizariam as novas hipóteses de inelegibilidade, segundo José Jairo Gomes, as entidades civis que se empenharam no movimento que deu origem a iniciativa popular tinham a intenção de “estabelecer regra rígida e expedita, que resgatasse a ética no processo eleitoral, de sorte a prevalecer sempre a lisura”⁷.

Foram quatorze alterações inseridas na Lei de Inelegibilidades em prol da probidade e da moralidade no exercício do mandato, ampliando-se o leque de hipóteses hábeis a suprimir do cidadão sua capacidade eleitoral passiva.

⁵ Voto na ADI 4.578, p. 257 do inteiro teor do acórdão proferido pelo STF em 16/2/2012.

⁶ RÉ, Mônica Campos de. A Ficha Limpa e a inelegibilidade – avanço histórico e democrático, in *Temas de Direito Eleitoral do Século XXI*. 1ª. ed. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012. p.111.

⁷ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 624.

As principais dizem respeito ao aumento do rol de crimes que barram a candidatura, a possibilidade do impedimento ocorrer ainda que a sentença criminal não tenha transitado em julgado, ou seja, a partir do julgamento por um órgão colegiado, e a ampliação do tempo que o agente político fica inviabilizado de disputar um cargo eletivo caso seja de fato enquadrado nas hipóteses elencadas pela lei.

Passamos agora, à análise das estatísticas dos sufrágios, advindos após a entrada em vigor da Lei da Ficha Limpa, de forma a entender os seus impactos positivos no processo eleitoral brasileiro.

3.1. Análise estatística das candidaturas consideradas inaptas em razão da aplicação da Lei da Ficha Limpa

Aprovada em 2010, a Lei da Ficha Limpa somente começou a produzir plenos efeitos em 2012. Isso porque, na época de sua aprovação, houve grande discussão a respeito de sua aplicabilidade, devido ao princípio da anterioridade eleitoral, assentado no artigo 16 da Constituição Federal⁸.

Em fevereiro do mesmo ano, no julgamento da ADI 4.578 e conexas Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADCs 29 e 30, o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu pela constitucionalidade da norma e a moralidade, consubstanciada como valor constitucional, inclusive, foi um dos baluartes que nossa Corte Constitucional utilizou para afastar os questionamentos feitos à referida lei.

No julgamento, a Suprema Corte afirmou que os efeitos da lei em comento poderiam repercutir nas próximas eleições municipais e, a partir daí, a Justiça Eleitoral passou a julgar milhares de processos envolvendo principalmente casos de candidatos inelegíveis utilizando-a como base. Com isso, as teses, os estudos e a jurisprudência sobre o alcance da Lei da Ficha Limpa ganharam robustez e tornaram-se parâmetro de viabilidade ou não de inúmeras candidaturas.

Os dados relativos aos motivos da cassação de candidaturas começaram a ser divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE especialmente em 2016.

⁸ Constituição, art. 16: “A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”.

Contudo, em levantamento realizado pela Secretaria de Comunicação da Procuradoria-Geral da República, em conjunto com o Grupo Executivo Nacional da Função Eleitoral – Genafe, demonstrou que as Procuradorias Regionais Eleitorais de todo o país ajuizaram, no pleito de 2014, cerca de 502 ações de impugnação de registro de candidatura, sendo indeferidos inicialmente 241 registros, ou seja, 48% das ações obtiveram êxito perante a Justiça Eleitoral. Desse total de 502 impugnações, chegaram a julgamento no Tribunal Superior Eleitoral 283 processos, sendo indeferidos ao final 126 registros (44,5%)⁹.

Nas eleições gerais de 2018, segundo dados da Justiça Eleitoral, a Lei da Ficha Limpa motivou a rejeição de 169 candidaturas. O número representa 6,54% dos 2.585 pedidos anulados¹⁰. No entanto, do ponto de vista prático, o impacto da lei pode ser ainda maior se considerarmos que os partidos políticos evitaram apresentar a candidatura de quem se enquadraria na Lei da Ficha Limpa, além dos próprios aspirantes a candidatos, que podem ter deixado de solicitar sua inscrição considerando a norma. As estatísticas do TSE demonstram que dos considerados inaptos, 770 renunciaram a candidatura durante o processo de registro.

Outro ponto digno de nota são as estatísticas referentes às eleições municipais realizadas em 2016. Dados da Superior Corte Eleitoral concernentes a este pleito informam que 11,16% das candidaturas cassadas foram indeferidas por impedimentos elencados na Lei de Inelegibilidade, totalizando 2.115 candidatos que deixaram de concorrer naquele ano.

Com base na análise do cruzamento de dados fornecidos pelo TSE, é possível perceber que a Lei da Ficha Limpa tem sido efetiva em filtrar candidaturas que vão de encontro com o padrão moral ansiado pela sociedade, funcionando como relevante mecanismo no propósito de maior transparência e renovação política.

⁹ Pontos Controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa. Belo Horizonte: Del Rey; ANPR, 2016. p. 7.

¹⁰ Estatísticas Eleitorais. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>>. Acesso em 08/01/2020.

CONCLUSÃO

O agente público é um cidadão com responsabilidades amplificadas, intrínsecas à parcela de exercício de poderes estatais que lhe é confiada para representar uma coletividade, por isso, ao exercê-la, deve agir de maneira que prestigie a confiança e cada atribuição que lhe for creditada.

Dessa forma, a Lei da Ficha Limpa foi salutar ao possibilitar a ampliação das inelegibilidades e a efetivação das medidas impeditivas à candidatura, causando inegável impacto na competição político-eleitoral, não mais admitindo o candidato que comete atos incompatíveis com o exercício do mandato eletivo.

A LC 135/2010 revelou-se também como meio eficaz para inibir a corrupção, evidenciando sua natureza pedagógica, vez que devido a rigidez sancionatória, a inelegibilidade para os candidatos considerados “fichas sujas” incentiva outros políticos a não praticarem tais atos reprováveis e, conseqüentemente, não colocarem seus cargos ou suas candidaturas em risco.

A respeito dessa consideração, interessante o voto do Ministro Ayres Britto na ADI 4.578 ao anotar que, mais do que endurecer a legislação, “a Lei da Ficha Limpa tem essa ambição de mudar uma cultura perniciosa, deletéria, de maltrato, de malversação da coisa pública para implantar no país o que se poderia chamar de qualidade de vida política, pela melhor seleção, pela melhor escolha dos candidatos. Candidatos respeitáveis”¹¹

Importante ressaltar ainda que a aprovação da Lei da Ficha Limpa foi significativa no desenvolvimento da cidadania do povo brasileiro, tendo em vista o movimento criado desde a colheita de assinaturas para a proposição do projeto de iniciativa popular até a conclusão de sua tramitação, que culminou na aprovação da referida lei.

Em seus dez anos de vigência, esse diploma legislativo tem cumprido seus objetivos, especialmente por ter reforçado o anseio pela renovação política e a valorização da integridade daqueles que aspiram ocupar cargo eletivo.

¹¹ Voto na ADI 4.578, p. 256 do inteiro teor do acórdão proferido pelo STF em 16/2/2012.

Os valores da moralidade e probidade administrativa consagraram-se em verdadeiros pressupostos para o exercício do mandato, conferindo assim maior efetividade aos princípios estabelecidos no artigo 14, §9º, da Constituição Federal de 1998¹², tornando a Lei Complementar 135/2010 em um importante instrumento de ampliação da moralização pública e na conferência de maior normalidade e legitimidade às eleições.

¹² Constituição, art. 14, § 9º: “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos e sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de jurisprudência, acórdãos, Brasília, 29 de junho de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

BERNARDI, Dieison Picin Soares. Curso Didático de Direito Eleitoral. 2ª. ed. Curitiba: Jeruá, 2016.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Direito Eleitoral: A Efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura. 1ª. ed. Florianópolis: Habitus, 2018.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 12ª. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GONÇALVES, Luís Carlos dos Santos. Direito eleitoral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Pontos Controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa. Belo Horizonte: Del Rey; ANPR, 2016.

RAMOS, André de Carvalho (organizador); KANNAN, Alice; ... [et al.]. Temas dos Direito Eleitoral do século XXI. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2012.

TSE, Estatísticas Eleitorais. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/ei-coes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>>. Acesso em: 22 de dez. 2019.

O VOTO NO BRASIL.

ANÁLISE DE SUA SUPOSTA OBRIGATORIEDADE E CONSEQUÊNCIAS

JULIANO COSTA COUTO¹

Resumo: Este artigo analisa questões históricas da formação do processo democrático e da democracia na história do mundo e, também, no Brasil. Faz menção também aos institutos do sufrágio e da democracia representativa, bem como de alguns de seus requisitos. Registra ainda características do voto no Brasil, analisando a obrigatoriedade prevista na Constituição com suas conseqüências jurídicas reais, concluindo que a penalidade para a violação do dever de votar é puramente simbólica.

Palavras chave: Democracia. Voto obrigatório. Eleições.

INTRODUÇÃO

A história da democracia no mundo é caracterizada por diversas vertentes e correntes de pensamento, bem como variadas formas com que a sua existência é admitida. De fato, a interlocução entre os indivíduos e o Estado não é tarefa de fácil regulamentação, mais ainda quando sempre submetida à questões culturais, histórias e econômicas.

No Brasil não é diferente. As diversas fases de nossa história também ensejaram avanços e retrocessos no trato dos direitos políticos dos cidadãos, em especial o direito de voto, que sofreu diversas alterações até o modelo atual.

Dentre as marcantes características destaca-se que o voto no Brasil sempre foi juridicamente qualificado como sendo obrigatório, seguindo a tradição dos demais países da América Latina.

¹ Advogado, Mestre em Direito Constitucional, Presidente da OAB/DF 2016/2018, Membro do IADF, professor universitário e palestrante.

Não obstante, o presente artigo tem como uma de suas finalidades demonstrar que o voto no Brasil, ainda que sob a força da palavra “obrigatório” contida no art. 14 da CF/88, não é tão obrigatório assim e, mais ainda, pode e deve ser exercido de forma absolutamente livre, juridicamente falando.

Será demonstrado que as penalidades impostas pelo não cumprimento do ‘dever’ de votar são de curto alcance, não servindo para alcançar a verdadeira finalidade da norma. Será feita uma pequena análise da influência que o reconhecimento social de que o voto no Brasil não é juridicamente obrigatório pode ter na conduta do eleitor, podendo alterar, até mesmo, o resultado final de seu voto.

2. ORIGEM DA DEMOCRACIA E DO VOTO

A palavra democracia significa “governo do povo” ou “governo da maioria”. Nesse senso, temos a idéia de que este fenômeno político estaria vinculado à uma definição quantitativa². Da Grécia antiga temos *demokratia*: *de-*mos, o povo, e *kratos* governar.

De outra banda, nas palavras de Heródoto, temos a democracia como forma de governo, ao lado da Monarquia – governo de um só – e da aristocracia – governo de alguns.

Desde a Grécia antiga de Heródoto, onde a democracia era originalmente exercida na praça, há mais de 2500 anos, até o suposto exemplo de democracia americana, exercido há mais de 200 anos, e que para alguns é a verdadeira origem da democracia, muito se debate sobre o que seria a verdadeira democracia.

No aspecto histórico, como já dito, temos as passagens de avaliações da democracia da Grécia em 507 a.C. de onde provavelmente advém a origem da palavra. O governo de Atenas era complexo, gerido por meio de representantes que eram eleitos em assembleias³. O poder também era exercido de forma direta, assegurando a todo cidadão ateniense o direito de participar, usando a palavra e o voto. Não obstante, a qualidade de cidadão que presumia a liberdade era hereditária e masculina, não cabendo senão a filhos de atenienses, fora algumas raras exceções. Assim, Atenas, que con-

² ROSENFELD, Denis L. **O que é democracia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2006, p. 8.

³ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UNB, 2009, p. 22.

tava com uma população próxima a 200.000 habitantes, não contava com mais de 10.000 ou 20.000 cidadãos⁴.

Destaca-se também na história a República de Roma, mais ou menos na mesma época da Grécia, advindo da junção dos termos **res**, que em latim significa coisa ou negócios, e **publicus**, que fazia menção ao povo. Assim, temos que a república pode ser interpretada como sendo “coisa pública”. O direito de participação na república, em Roma, era limitada aos aristocratas, estando a *plebe*, o povo, excluída do processo. Roma ampliou rapidamente suas fronteiras, acrescentando territórios e concedendo cidadania romana aos povos conquistados. Não obstante a concessão da valorizada cidadania romana, as assembleias da república continuavam a ocorrer em Roma, o que, de certa forma, inviabilizava a participação popular⁵.

Como visto, democracia e república são palavras que possuem origens e significados distintos. As realidades apresentadas não registraram a chamada democracia representativa. Robert A. Dahl⁶ registra que James Madison, estadista e um dos arquitetos da Constituição Americana de 1787, com intuito de ganhar apoio para a Carta, foi um dos primeiros a fazer distinção entre democracia pura “que é uma sociedade consistindo num pequeno número de cidadãos, que se reúnem e administram o governo pessoalmente” e uma república, “que é um governo em que há um sistema derepresentação”.

Essas duas palavras eram, até então, usadas como sinônimos. Dahl registra ainda que tal distinção não é encontrada na obra de Montesquieu, e que Madison se valeu de tal argumento para desacreditar os críticos de que a proposta de Constituição não seria suficientementedemocrática⁷.

Outras experiências com possíveis sistemas democráticos ou republicanos são encontrados na história, como os vikings da Escandinávia ou mesmo algumas aldeias tribais, que adotavam algum sistema de participação dos integrantes no destino da comunidade.

⁴ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de Direito constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 84.

⁵ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UNB, 2009, p. 24.

⁶ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UNB, 2009, p. 26.

⁷ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UNB, 2009, p. 26.

Contudo, é consenso de que a idéia atual de democracia surgiu em meados do século XVIII, fruto das revoluções liberais ocorridas, principalmente, na Europa. Importante registrar que foi na obra “O espírito das Leis”, de Montesquieu, onde restou identificada a idéia de representação popular, que deveria ser confiada aos mais capazes, num processo de seleção, intitulado eleição, com a participação de todo o povo⁸.

A partir daí, em contraponto ao monarca, surgiu o parlamento, como fruto do processo democrático, com o intuito de estabelecer um poder mais popular. Nas monarquias constitucionais os parlamentos retratavam a verdadeira representação do povo em oposição ao poder dos reis, ainda atrelados ao direito divino⁹.

A Revolução Francesa consagrou as idéias de igualdade, liberdade e fraternidade, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais, alguns naturais, dos homens. Assim, favorecida pelas condições, a idéia de sistemas democráticos de governo ganhou força, até mesmo pela identificação dos governos de que precisavam de consenso dos governados¹⁰.

Em face da realidade dos homens livres, e também diante de extensas áreas, a busca do consenso exigiu a representação, que se daria pelo sistema de eleições. Os ditos representantes do povo não representavam todo o povo, visto que o direito de voto só era exercido por alguns dos homens. No Brasil, na ‘democrática’ constituição de 1824, só os ricos tinham direito a voto, chamado voto censitário¹¹.

Com a evolução dos sistemas democráticos, a efetiva IGUALDADE não pôde ser afastada da moderna concepção de democracia, alcançando-se a ideia de sufrágio universal, onde os representantes seriam escolhidos por todo, ou quase todo, o povo. É a chamada democracia representativa, executada por meio do voto livre.

⁸ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 85.

⁹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 275.

¹⁰ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UNB, 2009, p. 32.

¹¹ Podiam votar os maiores de vinte e cinco anos, com renda líquida anual de cem mil réis para as eleições paroquiais, e de duzentos mil réis para as de província - <http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/305-constituicao-de-1824>

3. HISTÓRICO DO VOTO NO BRASIL

Por tratar da forma de acesso ao poder, o Direito Eleitoral sempre terá assento Constitucional, que indicará seus limites, formatos e princípios. Desde 1824 todas as Constituições brasileiras dispuseram sobre matéria eleitoral, de onde destacaremos alguns pontos.

A Constituição Imperial de 1824, outorgada, regrou as eleições em seu capítulo VI. O art. 90 registrou que teriam voto os “cidadãos brasileiros” no gozo de direito políticos e os “estrangeiros naturalizados”. Não obstante, estavam impedidos de votar os menores de 25 anos, com algumas exceções e ainda, limitando o acesso ao voto, “Os que não tiverem de renda líquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos.” (Art. 92, inc.V).

A primeira constituição do período republicano, de 1891, exigia sufrágio direto da nação para Presidente e Vice, exigindo maioria entre os votados. Caso isso não ocorresse o Congresso elegeria um dentre os mais votados, em caso de empate seria eleito o mais velho. Seu Art. 1º. Fazia expressa menção ao regime representativo. Deixou para que Lei Ordinária regulamentasse as eleições¹².

A Constituição de 1934, de curtíssima duração, teve o mérito de criar a justiça eleitoral como órgão do Poder Judiciário. Seu art. 2º registrou que “Todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos”. O art. 109 foi o primeiro artigo constitucional a prever o voto obrigatório, registrando que “O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar”. A eleição para a Câmara dos Deputados já respeitava o sistema proporcional.

A Carta Política do Estado Novo, inspirada na Constituição da Polônia e nas idéias de Hitler e Mussolini, foi positivada em 1937 por outorga de Getúlio Vargas. Seu art. 1º registrava que o poder político emanava do povo mas, mesmo assim, extinguiu a justiça eleitoral. Seu art. 46 registrava que a “Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sufrágio indireto”, no entanto, ao longo da ditadura Vargas o Congresso Nacional permaneceu fechado¹³. Eram proibidos de votar os

¹² CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral Brasileiro**. São Paulo: Editora Edipro, 2010, p. 26.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.191.

analfabetos, os militares da ativa e os mendigos, além dos que estavam com seus direitos políticos cassados (art. 46).

A Constituição de 1946 foi fruto da Assembléia Constituinte pós-Estado Novo, que formou uma “Grande Comissão”. Referida Carta manteve a Justiça Eleitoral, o regime representativo e fortaleceu o federalismo, registrando, logo no art. 1º, que “Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”. Talvez por isso, a Constituição de 1946 também consagrou, no art. 133, que “O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei”.

Fruto da Revolução de 1964, a Constituição de 1967 teve a pretensão de consolidar seus “ideais e princípios”¹⁴. Esta Constituição não foi, efetivamente, resultado de uma Assembléia Constituinte, mais ainda porque seus parlamentares estavam submetidos aos poderosos Atos Institucionais, sem liberdade. A Justiça Eleitoral foi mantida como Órgão do Poder Judiciário. As eleições indiretas para Presidente da República e o cerceio de liberdades anulava a controvérsia eleitoral. Mesmo assim, o § 1º do art. 142 registrava que “o alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei.”

A Emenda no. 1 à Constituição de 1967 deu origem à Carta de 1969. Tal documento destinava-se a dar contornos jurídicos ao poder de fato, um simulacro de Constituição¹⁵. Foi positivada por outorga advinda de golpe militar e, ainda assim, registrou, mais uma vez, que “Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido”. A Constituição registrou, no § 1º do art. 147 que “O alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei.”

Por fim, temos a Carta cidadã, de 1988, fruto da reabertura política do País, da reconquista das liberdades, da volta da verdadeira democracia. Esta Constituição regulou amplamente as matérias de direito eleitoral, dispondo sobre os Partidos Políticos, sobre a Justiça Eleitoral, e sobre os direitos políticos, dentre os quais destaca-se o voto, com o registro no § 1º do art. 14 de que “O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de 18 anos”.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.197.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 201.

A doutrina diverge sobre quantas e quais seriam as “fases históricas” de nossos sistemas eleitorais. Concordando com Citadini, entendemos que 3 fases esclarecem bem as delimitações, sendo a 1ª do império à República, a 2ª de 1889 até 1930 e a 3ª de 1930 aos dias atuais¹⁶.

Arrematando, vimos que as Cartas Políticas brasileiras, sempre um retrato da realidade, fizeram registro dos direitos eleitorais dos cidadãos, ainda que com variações, conforme a ideologia dominante à época.

José Murilo de Carvalho identifica que os primeiros passos da cidadania no Brasil foram de 1822 a 1930, registrando que, até então, “o povo não tinha lugar no sistema político, seja no Império, seja na República”¹⁷. Ele defende que o ano de 1930 foi um divisor de águas, que trouxe à tona desenvolvimento de direitos políticos, sociais e, até mesmo, a primeira experiência democrática, que ocorreu com a eleição do general Eurico Gaspar Dutra, empossado em janeiro de 1946. Getúlio Vargas voltou pelas “mãos” do povo em 1950. Após o suicídio de Vargas e alguns enfrentamentos, Juscelino Kubitschek foi eleito Presidente em 1955 com 35,7% dos votos¹⁸. A falta da maioria absoluta leva opositores a questionar a vitória. A posse assegurou o movimento político-militar liderado pelo general Henrique Lott, então ministro da Guerra¹⁹. Apesar da oposição, a habilidade de Juscelino lhe outorgou o governo mais dinâmico e democrático da história republicana.

Jânio Quadros foi eleito em 1960 com 48,3% dos votos, derrotando o general Henrique Lott. Governou até agosto de 1961, quando renunciou. Os militares não aceitaram seu vice, João Goulart, e instalou-se no País, à beira de uma guerra civil, um sistema parlamentarista. Os impasses políticos caminharam para radicalização e, como consequência, veio do golpe militar de 31 de março de 1964. Com algumas fases mais duras e outras mais tolerantes, os militares se mantiveram no poder até 1985. Em 1979 foi abolido o bipartidarismo forçado. Desapareceram Arena e MDB, que deram lugar a 6 novos partidos (PDS, PMDB, PTB, PDT, PP e PT). Em outra

¹⁶ CITADINI, Antônio Roque. **Código Eleitoral Anotado e Comentado**. São Paulo: Max Limonad, 1985, p.1.

¹⁷ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – O longo caminho**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2008, p.81.

¹⁸ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – O longo caminho**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2008, p.132.

¹⁹ COUTO, Ronaldo Costa. **Brasília Kubitschek de Oliveira**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2006, p. 65.

medida liberalizante foram permitidas eleições diretas para governados em 1982. A oposição ganhou em 22 estados. O povo clamou por eleições diretas, que não foram aprovadas. Mantidas as eleições indiretas, uma coalizão de forças de oposição e do partido do governo levou à vitória de Tancredo Neves, então governador de Minas Gerais.

Chegava ao fim o período militar. Com a morte de Tancredo Neves em 21 de abril de 1985, assumiu a Presidência da República seu vice, José Sarney, político do Maranhão. No Governo Sarney foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte, fruto da Emenda no. 26 da CF/69, que nos brindou com a Constituição cidadã, já mencionada.

4. SUFRÁGIO, REPRESENTAÇÃO EVOTO.

O regime democrático encontra sua base de sustentação social nos direitos políticos. Como direitos políticos, compreenda-se o direito de participação do processo político como um todo, ao sufrágio universal e, talvez principalmente, ao voto periódico, livre, direto, secreto e igual para todos²⁰.

Alguns autores identificam sufrágio e voto com sendo sinônimos, como o faz Darci Azambuja. Não obstante, sufrágio como pode ser entendido como sendo um conceito mais amplo e voto mais específico. Azambuja ainda registra que o voto pode ser interpretado como sendo um direito individual e inalienável, visto como um símbolo da luta contra os antigos privilégios da nobreza. De outra ponta, alguns entendem que o voto seria uma função social e não um direito individual. A opção do estado de se fazer pelo sistema representativo impõe a alguns a funções de governo e aos demais a função de designar pelo voto esses primeiros²¹.

O termo sufrágio universal foi adotado em contra-ponto ao sufrágio restrito ou censo-alto, onde somente um pequeno número de indivíduos, geralmente com certas condições econômicas, participaria da eleição dos governantes. Por sufrágio universal, ou censo baixo, entende-se não a totalidade dos membros da sociedade mas sim o maior número possível de cidadãos, de acordo com os preceitos legais. De fato, a habilitação legal

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 779.

²¹ AZAMBUJA, Darci. **Teoria Geral do Estado**

para o voto deve ser tal que permita, de fato, uma interferência cada vez mais acentuada da massa governada, como ocorreu com o voto feminino e, mais recentemente, com os analfabetos²².

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho a chave da democracia representativa é a representação, que é o vínculo entre os governados e os governantes e constitui um dos mais difíceis problemas do Direito Público e da ciência política²³.

Analisando a natureza jurídica da representação, temos que a ideia de mandato, já rejeitada pelo fato de que o mandato representativo não tem os mesmos limites do mandato do direito privado, não há prestação de contas, em sentido estrito, e não pode ser revogado ao bel prazer do eleitor. Manoel Gonçalves Ferreira Filho registra que, ainda que o representante tenha sido eleito pela vontade dos eleitores, nada o vincula, juridicamente, à vontade destes²⁴. Importante constar que, na teoria clássica, o eleito foi assim escolhido por ser ele o mais capaz, podendo, inclusive, discordar de seus eleitores.

Assim, temos que o sufrágio, o voto e a representação são instrumentos da Democracia, sem as quais essa forma de governo não é possível. Não resta dúvida que, hoje, com o pensamento moderno, tem-se como certo de que o sistema representativo é melhor do que as formas historicamente adotadas de acesso ao poder, como a hereditariedade e o sorteio, por exemplo.

Apesar do complexo espectro de variáveis que podem reger um sistema democrático representativo, temos que Robert A. Dahl²⁵ identificou cinco critérios que devem estar presentes, sendo eles:

- Participação efetiva: Os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para que os demais membros conheçam suas opiniões e opções;
- Igualdade de voto: os votos de todos os membros aptos a participar do processo eleitoral devem ser contados como iguais;

²² MENEZES, Anderson de. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 340.

²³ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.86.

²⁴ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.88.

²⁵ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UNB, 2009, p. 49.

- Entendimento esclarecido: os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas e suas consequências;
- Controle do programa de planejamento: os membros devem poder decidir sobre as prioridades que devem ser colocadas no planejamento;
- Inclusão dos adultos: a maioria dos adultos deve ter o pleno direito de decidir.

De tal análise temos que a participação mais efetiva possível do eleitorado é de suma importância, incluindo aí o aspecto qualitativo, de consciência, e também o aspecto quantitativo, de participação e representatividade. Não há dúvida de que o elemento quantitativo é valorizado no sistema eleitoral brasileiro, que adota o 2º turno nas eleições para o executivo, com o claro intuito de garantir representatividade ao eleito, advinda a maioria de votos válidos.

5. LIBERDADE DEMOCRÁTICA. VOTO – OBRIGAÇÃO JURÍDICA OU SOCIAL?

A partir da conclusão de que o sistema democrático representativo é o que melhor revela a vontade do povo em relação ao governo e também do fato de que a história brasileira democrática sempre adotou tal sistema político, analisaremos agora o voto, suas qualidades e desdobramentos.

Como já visto, o voto no Brasil, hoje, é periódico, direto, igual, secreto e, conforme o texto do art. 14 da CF/88, obrigatório.

A periodicidade do voto está estritamente vinculada à idéia de que, nas democracias modernas, deve ser assegurada a alternância do poder, não a certeza de tal alternância, mas a sua possibilidade, com a realização de eleições periódicas. No caso do Brasil de hoje, os mandatos para o Poder Executivo e legislativo duram 4 anos, com exceção do mandato de senador da república, que é de 8 anos. Com isso, é essa a periodicidade na qual o direito de voto é exercido no Brasil. Tal periodicidade de voto é cláusula pétrea, prevista no art. 60, § 4º, II da CF, o que assegura a temporariedade dos mandatos.

O caráter de ser direto o voto é o fato de que o mesmo é dado pelo eleitor a determinado candidato ou determinado partido sem que haja qual-

quer instância intermediária, ou mesmo colégio eleitoral. É a consagração do princípio da imediatidade do voto²⁶.

A igualdade dos votos faz com que, aos mesmos, não seja dada nenhum tipo de discriminação, seja em relação aos eleitores, seja em relação à sua eficácia na corrida eleitoral. Registre-se que a igualdade de votos pode possuir desdobramentos em relação ao sistema eleitoral adotado, se majoritário ou proporcional. Assim, o voto do rico e do pobre, do instruído e do analfabeto, da mulher e do homem, todos tem o mesmo valor nas eleições.

As duas qualidades do voto ainda remanescentes, de ser secreto e obrigatório, envolvem diretamente o tema proposto no presente artigo, pois são qualidades que estão vinculadas à idéia de liberdade no exercício do voto.

O fato de o voto ser secreto dá ao eleitor a inteira liberdade para escolher seu candidato, sem receio de que sofrerá represálias ou qualquer outro tipo de punição. Ninguém saberá, contra a vontade do eleitor, em quem o mesmo terá votado. O voto secreto é indissociável da idéia do voto livre.

O Estado, quando assegura o voto secreto, deve criar os instrumentos necessários para tornar real tal perspectiva. No caso do Brasil, existem instrumentos jurídicos capazes de impugnar a eleição de candidato que tenha, de alguma forma, tentado burlar a liberdade de escolha do eleitor, seja pelo abuso do poder econômico ou político, seja pela captação ilícita de votos. Ademais, a certeza de não publicidade do voto dá ao eleitor uma possibilidade de escolha completa, não importando seus demais laços sociais, visto que o ato de votar é pessoal, individual e personalíssimo.

Assim sendo, vemos que o fato de o voto ser secreto dá ao eleitor ampla liberdade de escolha. Ainda que entenda-se que ele é 'obrigado' a votar, quando do exercício desse dever/direito, ele é absolutamente livre em relação à sua escolha.

Por fim, a obrigatoriedade do voto, nos termos da CF/88, refere-se ao ato de comparecimento à urna no dia da eleição e não à escolha do candidato, que é livre, como já dito. Frise-se ainda que o eleitor pode, inclusive, "não votar", votando em branco ou nulo²⁷.

A liberdade do voto, e do exercício desse direito, é também vinculada à liberdade de expressão. Os cidadãos devem ter o direito de se expressar

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 783.

²⁷ JUNIOR, Gabriel Denzen. **Curso Completo de Direito Constitucional**. Brasília: Editora Vestcon, 2006, p. 185.

sem o risco de sérias punições²⁸. Da mesma forma infere-se que, para livres eleições, tem-se como certo que o cidadão deve ter acesso às fontes de informações diversificadas e independentes. Deve ainda ser assegurada ao cidadão a participação na vida política, tudo com o intuito de que o mesmo adquira uma compreensão esclarecida das eleições.

Em relação à alegada obrigatoriedade do voto, é certo que tal instituto é objeto de polêmicas e controvérsias, sofrendo severas críticas²⁹ e, ao mesmo tempo, algumas defesas. Chegou a existir, no Brasil, um movimento contra o voto 'obrigatório', realizado por meio do site www.movimentovotolivre.com.br. Ali constavam registros de ponderações contra e favor, bem como o registro de políticos e autoridades que tenham esta ou aquela posição.

Em relação ao ser humano, temos que o mesmo vive em sociedade e que esta convivência só é possível a partir da imposição de normas que, caso violadas, impõem a respectiva sanção. É o que diferencia as normas jurídicas das demais normas existentes, como as da moral, religião etc. Assim, só a norma jurídica pode usar a coação para fazer valer seus preceitos.

No caso em pauta, a partir do raciocínio de que o voto é obrigatório, qual é a sanção para o cidadão que deixa de cumprir seu dever? Nos termos do art. 78 da Resolução 21.538/2003 do Tribunal Superior Eleitoral, o cidadão pode não votar e, mesmo assim não sofrer nenhum tipo de punição. Basta que o eleitor justifique seu voto no dia da eleição ou em até 60 (sessenta) dias após sua realização.

Assim sendo, vemos que o aspecto da obrigatoriedade do voto fica combalido, visto que o cidadão pode adotar conduta contrária ao anseio da norma e, caso justifique sua ausência, não sofrerá nenhum tipo de penalidade. Não há limite para o número de eleições que o cidadão possa justificar sua ausência, podendo, caso deseje ou precise, fazê-la em todas as eleições de sua vida, sem sofrer nenhum tipo de punição.

Caso o cidadão não vote no dia das eleições e também não proceda com a justificativa de sua ausência, o mesmo poderá sofrer as penalidades previstas na norma. Nos termos do site do Tribunal Superior Eleitoral (www.tse.jus.br)³⁰ as penalidades são:

²⁸ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UNB, 2009, p. 100.

²⁹ JÚNIOR, Ivo Gico. In artigo **Liberdade de Voto**. **Colocar o endereço do site...**

³⁰ <http://www.justicaeleitoral.gov.br/eleitor/justificativa-eleitoral/> acesso em 23-10-2010 as 18"04

“Quem não votou ou justificou sua ausência na eleição não poderá:

- inscrever-se, investir-se ou empossar-se em concurso ou prova para cargo ou função pública;
- receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou para estatal;
- participar de concorrência pública ou administrativa da União, estados, territórios ou municípios;
- obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, em qualquer estabelecimento de crédito mantido ou que tenha participação do governo;
- tirar passaporte ou carteira de identidade;
- renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo;

As penalidades previstas, se analisadas de fato, só alcançam com mais eficácia os servidores públicos, pelo fato de poder ensejar a suspensão do pagamento de seus vencimentos. Uma fria e simples análise das ‘penalidades’ deixa claro que a quase totalidade delas não são capazes de afetar a grande maioria dos eleitores, mais ainda os de baixa renda. Com base nesse raciocínio questiona-se se, de fato, tais penalidades são capazes de tornar o ato de votar em conduta efetivamente obrigatória.

Por fim, caso o eleitor que não tenha votado nem justificado sua ausência queira se afastar das punições anteriormente previstas, basta que o mesmo acesse o site do TSE ou compareça ao juízo eleitoral de sua zona e solicite sua quitação eleitoral, que será expedida mediante o pagamento da multa prevista no art. 80, § 4º da Resolução 20.132/98, que prevê:

“§ 4º - A multa pelo não exercício do voto terá por base de cálculo o valor de 33,02 UFIRs arbitrada entre o mínimo de 3% e o máximo de 10% desse valor.”

Nos termos do link “quitação de multas” disponibilizado no site do Tribunal Superior Eleitoral³¹ tal multa, que pode variar entre 3% e 10% do valor de 33,02 UFIR, representa hoje a quantia que vai de R\$ 3,51 (três reais e cinquenta e um centavos). A regulamentação registra que “o Juiz Eleitoral,

³¹ <http://www.tse.jus.br/eleitor/titulo-de-eleitor/quitacao-de-multas>

no entanto, poderá aumentar até 10 vezes o valor, quando considerado ineficaz, em virtude da situação econômica do infrator.”

Assim sendo, despidendo maiores debates sobre o valor simbólico de tal multa, mais ainda quando a mesma representa menos de 0.5% (meio por cento) do valor do salário mínimo vigente no País.

Dentro sistema de incentivos do ser humano e de sua interação com o ordenamento jurídico, temos que a gravidade da pena prevista para o descumprimento de uma norma é fator que é levado em consideração pelo cidadão para seu cumprimento. No caso, temos que as penalidades advindas da violação da norma que impõe o voto como ‘obrigatório’, inclusive a incidência da multa acima mencionada, não são capazes de representar verdadeira obrigação e, também por isso, não são capazes de tornar a norma como sendo de conduta obrigatória, pela irrisória quantia prevista como punição pecuniária.

Não obstante isso, e até mesmo por lealdade intelectual, é fato que, na cabeça dos cidadãos, o voto é obrigatório. Tal consequência é resultado da tradição brasileira, onde tal instituto sempre foi tratado como ‘obrigatório’ pelas Constituições, como demonstrado.

O ponto que aqui se desejou defender foi o de que, com penalidade ínfima e simbólica, temos que a sanção advinda do exercício do dever de voto é irrisória e, também por conta disso, retira a verdadeira obrigatoriedade da conduta.

CONCLUSÕES

Da análise da exposição aqui registrada, temos que o voto e a democracia representativa são institutos indissociáveis de um regime que tenha como objetivo assegurar a representação política ao povo. A democracia brasileira, com todos percalços, acabou por consagrar o sufrágio e o formato representativo direto em seu sistema eleitoral. Vimos ainda que o voto e suas características jurídicas sofreram alterações e adequações no mesmo compasso em que a história política brasileira traçava seu destino.

Ao fim, com a Constituição cidadã de 1988, o voto continuou direto, secreto, obrigatório e periódico. No entanto, entendemos que as penalidades impostas ao eleitor que não cumpre sua ‘obrigação’ de voto são por demais brandas, podendo ser alcançada a conclusão de que as sanções não são capazes de, juridicamente, tornar a conduta efetivamente obrigatória.

Tal fato fica comprovado quando vemos que, a cada eleição, o número de abstenções aumenta. De acordo com o site do TSE as abstenções sempre rondaram o percentual de 20% (vinte por cento), com um pequeno acréscimo desde 1989, quando a abstenção foi de 11,9% e 14,4% no primeiro e segundo turno. Nas eleições de 2010, quando a abstenção foi de 18,12% e 21,5%, respectivamente. Agora, nas últimas eleições, do ano de 2020, o nível de abstenção foi de 20,3%, o mais alto desde as eleições de 1998, quando 21,5% do eleitorado não votou ³².

A análise de tais dados demonstra que o povo talvez tenha, agora, ciência de que o dever de votar não é tão obrigatório assim, não tendo maiores problemas em caso de não comparecimento às urnas, como vem ocorrendo.

O interessante é ponderarmos se o fato de o voto no Brasil ser 'obrigatório' na cabeça das pessoas contribui ou não para a qualidade do resultado das eleições. Jorge Vianna Monteiro ³³ identifica dois tipos de eleitores, um cooperador e outro egoísta. O cooperador é um cidadão preocupado com o futuro da sociedade, com ganhos futuros. Assim sendo, ele opera com baixa taxa de desconto em relação às ocorrências futuras. O eleitor egoísta, ao contrário, pondera mais os ganhos imediatos, presentes, operando a escolha de seu voto com alta taxa de desconto em relação ao futuro.

Assim, a partir do momento em que a sociedade tiver ciência de que não há verdadeira punição pelo não exercício do dever de voto, tal ato passará a ser tratado como ato volitivo. Com isso, entendemos que o eleitor cooperador será o que terá menor taxa de abstenção, visto que o mesmo aposta em evento futuro e desconhecido, sendo essa sua motivação para comparecer às urnas. O eleitor egoísta, pelo contrário, só tende a comparecer a urna caso entenda que possa ter, em futuro breve, acesso a um bem da vida desejado, o que pode encarecer seu voto.

Ao final, obrigatório ou não, é importante que registremos que o mais importante é assegurar ao sistema eleitoral a verdadeira autenticidade, de forma que o cidadão forme sua convicção de forma livre e consciente, mais ainda quando não é chamado a justificar suas preferências eleitorais, agindo como um governante absoluto de seu voto ³⁴.

³² <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numeros/noticia/2018/10/08/abstencao-atinge-203-maior-percentual-desde-1998.ghtml>

³³ MONTEIRO, Jorge Vianna. **Como funciona o governo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 153.

³⁴ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Eleitorais**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p. 42.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darci. **Teoria Geral do Estado**

CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral Brasileiro**. São Paulo: Editora Edipro, 2010, p. 26. COUTO, Ronaldo Costa. **Brasília Kubitscheck de Oliveira**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2006, p. 65.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora UNB, 2009, p. 26.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 85.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.275.

JUNIOR, Gabriel Denzen. **Curso Completo de Direito Constitucional**. Brasília: Editora Vestcon, 2006, p.185

JÚNIOR, Ivo Gico. In artigo **Liberdade de Voto**.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 191

MENEZES, Anderson de. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 340.

MONTEIRO, Jorge Vianna. **Como funciona o governo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 153.

ROSENFELD, Denis L. **O que é democracia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2006, p. 8.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Eleitorais**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p.42

DIREITO TRIBUTÁRIO

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DECORRENTE DE CISÃO: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL

LARISSA FRIEDRICH REINERT BARBOSA¹

Resumo: Este artigo problematiza a responsabilidade tributária decorrente da cisão parcial, analisando o tema sob os enfoques constitucional e infra-constitucional. Para tanto, estudou-se, especialmente, o art. 132 do CTN e o art. 146, inciso III, alínea b, da CF, bem como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Os questionamentos levantados são imperiosos, pois várias empresas são condenadas ao pagamento de débitos tributários de sociedades cindidas, de forma inconstitucional, o que viola nosso Estado Democrático de Direito. Com a pesquisa conclui-se que, como as obrigações tributárias são fixadas, exclusivamente, em Lei Complementar, por força do art. 146, inciso III, b, da CF, e como o artigo 132 do CTN não impõe responsabilidade tributária de terceiros decorrente de cisão, é inconstitucional qualquer dispositivo de lei ordinária (art. 5º do Decreto-Lei 1598/77 e art. 233 da Lei das S/A) que estabeleça casos de responsabilidade tributária além dos limites fixados pelo CTN. Palavras-chaves: Responsabilidade tributária. Cisão. Inconstitucionalidade.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho pretende-se problematizar a responsabilidade tributária na sucessão empresarial, mais especificamente no caso de cisão total e parcial de sociedades, hipóteses em que existem lacunas no Código Tributário Nacional as quais conduzem a uma insegurança jurídica. Apesar de, *a priori*, o tema parecer simples, percebe-se que há dificuldades teó-

¹ Advogada. Pós-graduada em Direito Tributário pela PUC/SP. Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes. Membro do GTrib/UNB - Grupo de Pesquisa Estado, Constituição e Tributação. Vice-Presidente e Fundadora do IDT - Instituto de Direito Tributário Aplicado.

ricas, pois as disposições da responsabilidade tributária devem ser interpretadas de acordo com a Constituição Federal.

Nos termos do art. 146, inciso III, alínea b, da CF, somente lei complementar poderá estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária sobre a obrigação. O sujeito passivo de uma obrigação tributária poderá ser uma pessoa jurídica ou natural, obrigada por lei ao seu cumprimento. Como o sujeito passivo é parte da obrigação tributária, e sendo o responsável tributário sujeito passivo, necessária se faz lei complementar para regular e criar novos responsáveis legais, ou seja, estabelecer normas gerais.

O artigo 132 do Código Tributário Nacional dispõe que as sociedades resultantes de fusão, transformação ou incorporação, serão responsáveis pelos débitos tributários devidos até a data do ato da constituição de tais figuras jurídicas. Apesar de não constar em tal artigo a figura da cisão de empresas, o Superior Tribunal de Justiça possui vários julgados no sentido de incluí-la no rol de responsabilidade.

Já o Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, entende que a análise de atribuição de responsabilidade tributária em decorrência de cisão de pessoa jurídica constitui ofensa indireta ou reflexa à Constituição, sendo inviável de ser analisada em recurso extraordinário, por demandar a interpretação de legislação infraconstitucional para aferir sua ocorrência (CTN e Lei 6.404/1976).²

Entende-se haver a necessidade do tema ser analisado em controle concentrado de constitucionalidade. Isto porque, em casos análogos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade das leis ordinárias que enfrentavam normas gerais de direito tributário. Assim, o presente artigo tem como propósito explorar a figura jurídica da cisão de empresas, analisando a responsabilidade das sociedades cindendas, demonstrando as formas de interpretação para que se possa adotar, enfim, as conclusões que se buscam por intermédio deste artigo.

Avalia-se o disposto no art. 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, segundo o qual, normas gerais de direito tributário, incluindo neste rol as obrigações, somente podem ser dispostas em lei complementar.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 864807 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 02/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-266 DIVULG 14-12-2016 PUBLIC 15-12-2016 e ARE 1208067, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 22/05/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 24/05/2019 PUBLIC 27/05/2019.

Antecipa-se que, para alguns doutrinadores, necessário se faz respeitar o texto constitucional neste ponto, motivo pelo qual não haveria responsabilidade tributária decorrente de cisão de empresas por falta de previsão em lei complementar.

O tema em questão e a posterior pesquisa sobre ele nasceram de uma preocupação e inquietude com a interpretação extensiva conferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao art. 132 do CTN, o qual inclui no rol de tal artigo a figura jurídica societária da cisão, o que pareceu, de início, indevido. Após o estudo de vários conceitos, teorias e opiniões, chega-se ao ápice da pesquisa, momento em que se descobrirá se há responsabilidade tributária decorrente de cisão de empresas.

1. FIGURA JURÍDICA DA CISÃO

Antes de ser regulada pelo Código Civil de 2002, a cisão, assim como a transformação, a fusão e a incorporação, estavam regulamentadas na Lei 6.404/76, denominada Lei das Sociedades Anônimas. No entanto, a mesma não era regulamentada pelo Decreto-Lei 2627/40. Registre-se, ainda, que quando da instituição do Código Tributário Nacional, tal figura jurídica não existia.

A cisão restou codificada na Lei 6.404/76. No entanto, nem o Código Civil de 1916, nem o atual, dispuseram expressamente sobre o conceito de cisão. Assim, para fim conceitual, utiliza-se o art. 229 da Lei das Sociedades Anônimas, segundo o qual Art. 229. 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 versão.³

A palavra cisão vem do latim *scindere*, que significa cortar. *Scissionis* expressa separação, divisão.⁴ Modesto Carvalhosa leciona que “a cisão constitui negócio plurilateral, que tem como finalidade a separação do pa-

³ BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, *Diário Oficial da República Federativa da União*, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 30 jan. 2020.

⁴ LONGO, André Koller Di Francesco. ROSA, Keila Cristina da. A cisão empresarial como estratégia societária e planejamento tributário para maximização dos lucros. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Ano 19, v. 97, São Paulo. Revista dos Tribunais, mar.-abr./2011, p. 255.

trimônio social em parcelas para a constituição ou integração destas em sociedades novas ou existentes”.⁵

De forma sintética, a cisão pode ser de dois tipos: total e parcial. O primeiro tipo ocorrerá quando houver a transferência de todo o patrimônio, com a extinção da pessoa jurídica. Já na cisão parcial há somente a transferência de parte do patrimônio para a pessoa jurídica já existente ou criada para tal fim, de forma a se manter a existência da empresa cindida.⁶

Na cisão objetiva-se a racionalização da participação dos sócios ou acionistas no capital da sociedade cindida, repartindo-se a sociedade em novas ou outras já existentes, visando compor os interesses individuais, impedindo a dissolução de sociedades ou a concentração ou desconcentração empresarial.⁷

Pedro Anan Júnior salienta que a cisão é extremamente útil na resolução de problemas empresariais, especialmente na separação de atividades econômicas na quantidade de empresas necessárias, bem como na resolução de interesses econômicos e profissionais que estão em desarmonia.⁸

Ademais, conforme leciona José Augusto Delgado, a discussão jurídica sobre a responsabilidade decorrente de cisão desdobra-se, basicamente, em três posicionamentos: a) tese da inexistência de responsabilidade por ausência de previsão legal quanto à cisão no Código Tributário Nacional; b) tese da aplicação do art. 132 do CTN e do art. 5º do Decreto-Lei 1.598/77; c) tese da impossibilidade de ser fixada por lei ordinária responsabilidade tributária em face de negócio jurídico de cisão.⁹

Diante disto, analisar-se-á a viabilidade das teses acima citadas.

⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônima. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis n. 9.457, de 5 de maio de 1997, e n. 10.303, de 31 de outubro de 2001.* São Paulo: Saraiva, 2002, p.303.

⁶ CALCINI, Fábio Pallaretti. Responsabilidade tributária. Cisão Parcial e o art. 132 do CTN. *Revista Tributária e de Finanças Públicas.* v. 17, n. 88, São Paulo: set./out. 2009, p.98.

⁷ LONGO, André Koller Di Francesco. ROSA, Keila Cristina da. A cisão empresarial como estratégia societária e planejamento tributário para maximização dos lucros. *Revista Tributária e de Finanças Públicas.* Ano 19, v. 97, São Paulo. Revista dos Tribunais, mar.-abr./2011, p. 255.

⁸ ANAN JUNIOR, Pedro. *Incorporação, cisão e fusão de sociedades: aspectos tributários.* In Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza : questões pontuais do curso da APET. São Paulo : MP, 2006, p.317.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1237108, Segunda Turma, rel. Min. Castro Meira. 2011, p. 1353.

2. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

A responsabilidade tributária ganha grande destaque no direito tributário, especialmente pela incessante e correta busca do Fisco em satisfazer o crédito tributário, exigindo o devido pagamento ou do próprio contribuinte ou do responsável tributário.

Muitas são as facetas da responsabilidade tributária, no entanto, dentro do que interessa à pesquisa, e de forma a manter o foco do tema proposto, merece especial atenção o art. 132 do CTN. Segundo tal dispositivo legal, “a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas”¹⁰.

Estas são hipóteses de responsabilidade por sucessão e tanto a jurisprudência, especialmente do Superior Tribunal de Justiça¹¹, bem como a doutrina, têm incluído no rol acima os casos de cisão.¹² No entanto, apesar de haver posicionamentos aparentemente unânimes sob o tema, cabe ao pesquisador refletir sob os institutos em discussão e averiguar se todas as possibilidades já foram enfrentadas. Isso torna o tema muito mais interessante, especialmente quando se descobre pontos que ainda não foram devidamente confrontados.

Segundo o art. 5º, *caput* e § 1º, do Decreto-Lei 1.598/77, o qual dispõe sobre a legislação do imposto de renda, responderão pelos tributos as pessoas jurídicas decorrentes de cisão, bem como a sociedade que incorporar parcela do patrimônio de sociedade cindida, de forma solidária:

¹⁰ BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, *Diário Oficial da República Federativa da União*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 852.972/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 08/06/2010. LEXSTJ vol. 251 p. 104 - RDDT vol. 180 p. 194. No mesmo sentido: REsp 1682792/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 09/10/2017 e AgInt no REsp 1825639/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2019, DJe 18/12/2019.

¹² CALCINI, Fábio Pallaretti. Responsabilidade tributária. Cisão Parcial e o art. 132 do CTN. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. v. 17, n. 88, São Paulo: set./out. 2009, p.92.

Art 5º - Respondem pelos tributos das pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas: I - a pessoa jurídica resultante da transformação de outra; II - a pessoa jurídica constituída pela fusão de outras, ou em decorrência de cisão de sociedade; III - a pessoa jurídica que incorporar outra ou parcela do patrimônio de sociedade cindida; IV - a pessoa física sócia da pessoa jurídica extinta mediante liquidação que continuar a exploração da atividade social, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual; V - os sócios com poderes de administração da pessoa jurídica que deixar de funcionar sem proceder à liquidação, ou sem apresentar a declaração de rendimentos no encerramento da liquidação.

§ 1º - Respondem solidariamente pelos tributos da pessoa jurídica: a) as sociedades que receberem parcelas do patrimônio da pessoa jurídica extinta por cisão; b) a sociedade cindida e a sociedade que absorver parcela do seu patrimônio, no caso de cisão parcial; c) os sócios com poderes de administração da pessoa extinta, no caso do item V.

O art. 196 do Regulamento do Imposto de Renda, Decreto 9.580/2018, seguindo os mesmos termos do Decreto-Lei 1.598/77, determina:

Capítulo I - RESPONSABILIDADE DOS SUCESSORES

Art. 196. Respondem pelo imposto devido pelas pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas (Lei nº 5.172, de 1966, art. 132, e Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 5º): (...) II - a pessoa jurídica constituída pela fusão de outras, ou em decorrência de cisão de sociedade; III - a pessoa jurídica que incorporar outra ou parcela do patrimônio de sociedade cindida; (...)

Parágrafo único. Respondem solidariamente pelo imposto devido pela pessoa jurídica (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 5º, § 1º):

I - as sociedades que receberem parcelas do patrimônio da pessoa jurídica extinta por cisão; II - a sociedade cindida e a sociedade que absorver parcela do seu patrimônio, no caso de cisão parcial; (...)

Já a Lei 6.404/76 - Lei das Sociedades Anônimas - no artigo 233, *caput* e parágrafo único, dispõem que:

Art. 233. Na cisão com extinção da companhia cindida, as sociedades que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da companhia extinta. A companhia cindida que subsistir e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão.

Parágrafo único. O ato de cisão parcial poderá estipular que as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida serão responsáveis apenas pelas obrigações que lhes forem transferidas, sem solidariedade entre si ou com a companhia cindida, mas, nesse caso, qualquer credor anterior poderá se opor à estipulação, em relação ao seu crédito, desde que notifique a sociedade no prazo de 90 (noventa) dias a contar da data da publicação dos atos da cisão.

Somente nos artigos acima descritos há na legislação brasileira referência a cisão de empresas. Assim, de tudo que até agora foi exposto, percebe-se que inexistente lei complementar dispendo sobre a responsabilidade tributária decorrente de cisão parcial.

3. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS E A LEI COMPLEMENTAR

A hierarquia pode ser de cunho lógico ou semântico. Esta última, pode dar-se no aspecto formal ou material. A hierarquia formal existe quando uma norma superior dispõe apenas sobre os pressupostos formais que a norma subordinada terá que respeitar. Já a hierarquia material ocorre “sempre que a regra subordinante preceituar os conteúdos de significação da norma inferior.”¹³ A título exemplificativo, por causa da hierarquia formal, temos os requisitos procedimentais da criação de uma lei – desde a propositura até a sanção – bem como a forma de sua alteração. Já na segunda hipótese, a norma subordinada colhe na compostura semântica da norma subordinante o assunto a ser disposto.

Humberto Ávila ensina que a problemática da hierarquia abrange o plano concreto e o plano abstrato. No primeiro caso, deve-se saber qual norma deverá prevalecer em caso de conflito em uma hipótese concreta.

¹³ CARVALHO. Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22 ed. – São Paulo : Saraiva, 2010, p. 260.

Já no plano abstrato, tem-se dois pontos a serem esclarecidos. Primeiro, importa saber se algumas normas jurídicas possuem hierarquia superior – no sentido de uma preferência imanente ao sistema jurídico – de caráter definitivo ou relativo, referente a outras normas. Ademais, é necessário descobrir quais são as relações de dependência entre as normas no sistema jurídico.¹⁴

Em síntese, a interpretação sobre a prevalência entre normas jurídicas é altamente conturbada. O que é importante deixar registrado, no entanto, é que a relação de hierarquia está normalmente associada a idéia de qual norma “vale mais”, qual se sobrepõe. Assim, nas hipóteses de conflito, a norma inferior incompatível com a norma superior perde a validade por raciocínio de exclusão.¹⁵

Após tais esclarecimentos, insta pesquisar um pouco mais sobre a lei complementar. Do conceito jurídico-positivo de lei complementar, predominam duas características identificadoras: a matéria de tal espécie normativa precisa estar expressa ou implicitamente descrita na Constituição, bem como para sua aprovação necessita-se de quórum qualificado (CF, art. 59). Possui assim, um requisito ontológico e outro na natureza formal.¹⁶

A lei complementar não possui a rigidez das normas constitucionais, nem são tão flexíveis quanto as leis ordinárias, o que produz maior estabilidade e evita que tais sejam alteradas ao sabor das maiorias do Congresso Nacional.¹⁷

Para Roque Antônio Carrazza, no direito tributário, a lei complementar é veiculadora de normas gerais em matéria de legislação tributária e poderá, quando muito, sistematizar os princípios e normas constitucionais que regulam a tributação, orientando os legisladores ordinários.¹⁸

José Souto Maior Borges, leciona que existe “uma relação sintática hierárquica que se resolve pela aplicação da regra: ‘direito nacional corta direito federal, estadual e municipal’”. No entanto, essa regra é única no direito positivo brasileiro. Para tal doutrinador, a lei complementar nem

¹⁴ AVILA. Humberto. *Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03*. – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 27.

¹⁵ AVILA. Humberto. *Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03*. – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 28.

¹⁶ CARVALHO. Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22 ed. – São Paulo : Saraiva, 2010, p. 258.

¹⁷ AMARO. Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 16. ed. – São Paulo : Saraiva, 2010, p. 192.

¹⁸ CARRAZZA. Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25 ed. Rev. atual. até Emenda Constitucional 57/2008. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 920.

sempre é superior à lei ordinária federal. Porém a lei ordinária nunca será superior à lei complementar.¹⁹

Hugo de Brito Machado afirma não haver fundamento na Constituição para sustentar a tese de que a lei complementar só pode tratar das matérias expressamente descritas na Carta Magna.

Pode-se afirmar que lei ordinária a qual cuidar de matéria reservada à lei complementar, bem como lei que infringir o princípio da hierarquia das normas, seja formal ou material, não será válida no ordenamento jurídico brasileiro.

Após tais esclarecimentos, estudar-se-á um pouco mais a respeito da obrigação tributária e das normas gerais de direito tributário previstas na Constituição, e assim finalizar o presente artigo.

4. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR

Obrigação vem de *obligatio*, ou seja, ação de prender ou empenhar a vontade.²⁰ A obrigação tributária pode ser principal, a qual tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade tributária (CTN, art. 113, § 1º), ou acessória. Esta última hipótese decorre da legislação tributária e objetiva a prestação – positiva ou negativa – prevista em lei no interesse da arrecadação ou fiscalização de tributos (CTN, art. 113, § 2º).²¹

Sendo uma obrigação legal por excelência, a obrigação tributária principal tem como fato gerador uma “situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência (art.114).”²² Já o fato gerador da obrigação acessória, segundo o art. 115 do CTN, é qualquer situação que impõe a abstenção ou prática de um ato que não seja a obrigação principal, desde que devidamente descrito na legislação aplicável.²³

¹⁹ BORGES. José Souto Maior. Hierarquia e sintaxe constitucional da lei complementar tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 150, São Paulo, mar.2008, p. 70.

²⁰ AMARO. Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 16. ed. - São Paulo : Saraiva, 2010, p. 269.

²¹ MACHADO. Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30 ed. São Paulo. Malheiros, 2009, p. 122-123.

²² MACHADO. Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 30 ed. São Paulo. Malheiros, 2009, p. 126.

²³ BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, *Diário Oficial da República Federativa da União*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 30 de jan. 2020.

O sujeito passivo da obrigação tributária será a pessoa jurídica ou natural, obrigada por lei ao seu cumprimento. Não se pretende no presente trabalho realizar extenso estudo sobre a obrigação tributária. Mas o que interessa sobre este instituto no caso concreto é que, nos termos do art. 146, inciso III, alínea “b”, da CF, somente lei complementar poderá estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária sobre a obrigação.

Assim, como o sujeito passivo é parte da obrigação tributária, e sendo o responsável tributário sujeito passivo, necessária se faz lei complementar para regular e criar novos responsáveis legais, ou seja, estabelecer normas gerais.

Inexiste lei complementar regulando a responsabilidade tributária decorrente de cisão. Questiona-se, assim, o porquê da importância de lei complementar na espécie. Sobre tal questionamento serão dedicados alguns esclarecimentos.

As normas gerais de direito tributário “são aquelas que dispõem sobre conflitos de competência entre as entidades tributantes e também as que regulam as limitações constitucionais ao poder de tributar”.²⁴ Ao se estabelecer normas gerais, aponta-se para diretrizes, lineamentos essenciais, nunca adentrando em assuntos de economia interna ou do peculiar interesse das pessoas políticas.²⁵

Para Luciano Amaro, a disciplina “geral” do sistema tributário já está na Constituição, cabendo apenas a lei complementar obedecer ao quadro constitucional, aumentando o grau de detalhamento dos modelos de tributação criados pela Constituição Federal.

No julgamento da ADI 2010, o Min. Celso de Mello, destacou que

As leis complementares, assim qualificadas em função de expressão denominação formal estabelecida pela Constituição, traduzem espécies normativas típicas ou nominadas, cuja designação jurídica emerge, sempre, do próprio texto constitucional. Rege-as, portanto, um princípio de índole constitucional: o da tipicidade positiva, que só considera leis complementares aquelas que ostentam, no plano da Constituição, esse nomen juris. A Carta Federal, na realidade, prestigiou o conceito formal ou jurídico-positivo de lei complementar, para, com isso, distingui-la das demais leis integrativas de normas constitucionais de eficácia li-

²⁴ CARVALHO. Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22 ed. – São Paulo : Saraiva, 2010, p.263.

²⁵ CARRAZZA. Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25 ed. Rev. atual. até Emenda Constitucional 57/2008. São Paulo : Malheiros, 2009, p. 917.

mitada (GERALDO ATALIBA, Lei Complementar na Constituição, p.30, 1971, RT; JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, Lei Complementar Tributária, p. 34/35, 1975, RT/EDUC; CELSO BASTOS, Lei Complementar, p. 16/17, 1985, Saraiva).²⁶

Sacha Calmon Navarro Coelho, representando os interesses da Confederação Nacional dos Transportes, ajuizou a ADI 3642 e sustentou não caber a lei ordinária disciplinar sobre normas gerais de direito tributário, em especial a responsabilidade tributária. No caso concreto, questionava-se a constitucionalidade da Lei 8.620/93, especificadamente o art. 13, *caput* e parágrafo único, por invadir área reservada à lei complementar – inconstitucionalidade formal. Tal ADI não chegou a ter seu mérito analisado pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a perda superveniente de objeto, pois a Lei 11.941/09, em especial o art. 79, inciso VII, tornou prejudicado o pedido.²⁷

No entanto, a inconstitucionalidade do art. 13 restou analisada no julgamento do RE 562276, momento na qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que

[...] A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (*dritter Persone*, *terzo* ou *tercero*) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. O “terceiro” só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que a contrario sensu, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte.²⁸

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 2010 MC, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/1999, DJ 12-04-2002 PP 00051 EMENT VOL-02064-01 PP-0086.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3642, Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2344742>. Acesso em: 30 de jan. 2020.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 562276, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-02 PP-00419 RDDT n. 187, 2011, p. 186-193

Afirmou-se também, na oportunidade, ser necessário verificar se a matéria relacionada à responsabilidade tributária estaria contida na relação das normas gerais. Concluiu-se que o art. 146, III, “b”, da CF, ao se referir a obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários, possuiu uma relação meramente exemplificativa, que se somaria aos conteúdos indicados nas outras alíneas do inciso III. Nessa linha, considerou-se que a definição dos traços fundamentais da figura da responsabilidade tributária, como o de exigir previsão legal específica – lei complementar – estaria incluída no rol das normas gerais de direito tributário, as quais orientam todos os entes políticos.²⁹

Do mesmo modo, restou assentado que a disposição de regras matrizes de responsabilidade tributária aplicáveis à generalidade dos tributos se encontra no âmbito das normas gerais, sendo necessária uma uniformidade de tratamento frente ao Fisco. Nessa linha, decidiu aquela egrégia Corte ser apropriado ostentar caráter de normas gerais aos dispositivos do Código Tributário Nacional os quais dispõem sobre a responsabilidade tributária, sem detrimento da concessão de que o legislador conjecture outros casos peculiares de responsabilidade, nos termos do art. 128 do CTN.

Diante do exposto, conclui-se que a responsabilidade tributária decorrente de cisão, inserida em nosso ordenamento jurídico por lei ordinária, padece de vício de constitucionalidade, pois somente por meio de lei complementar pode-se estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários (CF, art. 146, III, b). As regras contidas nos arts. 128 a 138 do CTN, que tratam da responsabilidade tributária – notadamente o art. 132 do CTN o qual interessa diretamente ao estudo, são

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 562276, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-02 PP-00419 RDDT n. 187, 2011, p. 186-193. No mesmo sentido: TRIBUTO - REGÊNCIA - ARTIGO 146, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - NATUREZA. O princípio revelado no inciso III do artigo 146 da Constituição Federal há de ser considerado em face da natureza exemplificativa do texto, na referência a certas matérias. MULTA - TRIBUTO - DISCIPLINA. Cumpre à legislação complementar dispor sobre os parâmetros da aplicação da multa, tal como ocorre no artigo 106 do Código Tributário Nacional. MULTA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - RESTRIÇÃO TEMPORAL - ARTIGO 35 DA LEI Nº 8.212/91. Conflita com a Carta da República - artigo 146, inciso III - a expressão “para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de abril de 1977”, constante do artigo 35 da Lei nº 8.212/91, com a redação decorrente da Lei nº 9.528/97, ante o envolvimento de matéria cuja disciplina é reservada à lei complementar. (RE 407190, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/2004, DJ 13-05-2005 PP-00006 EMENT VOL-02191-03 PP-00534 RDDT n. 118, 2005, p. 157-162 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 296-306)

incontestavelmente ‘normas gerais’ em matéria tributária, não podendo os magistrados, muito menos lei ordinária, impor responsabilidade.

Percebe-se portanto que cabe a lei dispor sobre a responsabilidade. No entanto, nada adiantará se tal lei infringir a Constituição Federal. No caso concreto, os artigos 5º do Decreto-Lei 1.598/77 e o art. 233, *caput* e parágrafo único da Lei das Sociedades Anônimas, mitigam frontalmente o art. 146, III, b, da CF, pois invadem área reservada a lei complementar.

Misabel Abreu Machado Derzi explica que a solidariedade não é forma de eleição de responsável tributário, nem uma espécie de sujeição passiva por responsabilidade indireta. Não seria atoa, que o CTN disciplina a matéria em seção própria, alheia ao Capítulo V, referente à responsabilidade. Para tal doutrinadora, a solidariedade é simples forma de garantia, a mais ampla das fidejussórias e, quando houver mais de um obrigado no pólo passivo da obrigação tributária, o legislador terá de definir as relações entre os coobrigados, tais como: se são eles solidariamente obrigados, ou subsidiariamente, com benefício de ordem ou não, etc. Dessa forma, “a solidariedade não é, assim, forma de inclusão de um terceiro no pólo passivo da obrigação tributária, apenas forma de graduar a responsabilidade daqueles sujeitos que já compõem o pólo passivo”.³⁰

Geraldo Ataliba pontifica que desde que o designio constitucional não seja desacatado, “ou a obrigação já nasce tendo como sujeito passivo alguém que corresponde à configuração indicada pela Constituição – quando prevê o destinatário tributário – ou a sujeição passiva desloca-se, por força de lei, para outra pessoa”.³¹ Portanto, quando o legislador ordinário normatizou a responsabilidade decorrente de cisão empresarial, a vontade do constituinte originário não foi respeitada.

CONCLUSÃO

Depois de analisar todos os temas propostos e nos lindes estreitos deste estudo, verificou-se que de forma diversa dos institutos da incorporação, fusão e transformação, inexistente no Código Tributário Nacional disciplina acerca da responsabilidade tributária decorrente da cisão empresarial.

³⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. Nota de atualização da obra do Ministro Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª ed. Rio de Janeiro, Forense, p. 729.

³¹ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6 ed. - São Paulo : Malheiros. p. 89.

Na mesma linha, verificou-se que o Superior Tribunal de Justiça qualifica a figura da cisão como uma espécie de sucessão empresarial, aplicando analogicamente o art. 132 do CTN a tal figura societária, responsabilizando as empresas cindendas pelos débitos tributários adquiridos até a data do ato societário.

Apesar de muitos juristas sustentarem que a lacuna do CTN não pode barrar o recebimento de créditos pelo Estado, especialmente pelas disposições constantes na Lei das Sociedades Anônimas e por supostamente tratar-se de sucessão empresarial, percebe-se que o tema ainda não foi devidamente analisado sob o prisma constitucional.

As obrigações tributárias são fixadas, exclusivamente, em Lei Complementar, por força do art. 146, inciso III, b, da CF, sendo que, se a Constituição Federal exige lei complementar para a fixação de qualquer tipo de obrigação tributária, tal situação alcança, da mesma forma, a responsabilidade em face de negócio jurídico de cisão de empresa.

Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que a responsabilidade tributária deve ser disposta somente em lei complementar, por se tratar de matéria compreendida como norma geral de direito tributário.

Assim, como o artigo 132 do CTN não impõe responsabilidade tributária de terceiros decorrente de cisão parcial, e inexistindo outra lei complementar regulando a responsabilidade decorrente de tal figura societária, torna-se inconstitucional qualquer dispositivo de lei ordinária - art. 5º do Decreto-Lei 1598/77 e art. 233 da Lei das S/A - que estabeleça casos de responsabilidade tributária além dos limites fixados pelo CTN.

Em outro plano, entender de forma diversa, gera ofensa ao princípio da legalidade por alargamento do disposto no art. 132 do CTN, bem como afronta ao Princípio da Hierarquia das Leis.

Assim, o art. 5º do Decreto-Lei 1.598/77 e o art. 233, *caput* e parágrafo único da Lei das Sociedades Anônimas, invadiram área reservada à lei complementar, vulnerando por consequência o art. 146, III, “b”, da Constituição Federal, motivo pelo qual padecem de inconstitucionalidade, e não podem ser aplicadas para configurar responsabilidade tributária decorrente de cisão, seja total ou parcial.

Por fim, insta esclarecer que a autora do presente artigo entende não ser justo que a sociedade cindenda receba o patrimônio da sociedade cindida e estes bens não venham a responder pelos débitos da empresa anterior. No entanto, em um Estado Democrático de Direito, a hierarquia

das normas e os ditames constitucionais devem ser respeitados sob pena de gerar insegurança jurídica. O que é necessário, e com urgência, é que o Poder Legislativo faça sua parte e edite lei complementar regulando a responsabilidade tributária decorrente da cisão, e assim, resolver de uma vez por todas este imbróglio jurídico.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

ANAN JUNIOR, Pedro. *Incorporação, cisão e fusão de sociedades: aspectos tributários*. In *Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza : questões pontuais do curso da APET*. São Paulo : MP, 2006.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6 ed. – São Paulo : Malheiros, 2009.

AVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n. 42, de 19.12.03*. – São Paulo : Saraiva, 2004.

BORGES, José Souto Maior. Hierarquia e sintaxe constitucional da lei complementar tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*. n. 150, São Paulo, mar. 2008.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, *Diário Oficial da República Federativa da União*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, *Diário Oficial da República Federativa da União*, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, *Diário Oficial da República Federativa da União*, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 783.414/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX. Brasília , DJ 02/04/2007, p. 240. LEXSTJ, vol. 213, p. 176.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.237.108, Segunda Turma, rel. Min. Castro Meira. 2011, p.1366.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 852.972/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJE 08/06/2010. LEXSTJ vol. 251 p. 104 - RDDT vol. 180, p. 194.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3642, Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultar-processoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2344742>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 2010 MC, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/09/1999, DJ 12-04-2002 PP 00051 EMENT VOL-02064-01 PP-0086.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 562.276, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2011 PUBLIC 10-02-2011 EMENT VOL-02461-02 PP-00419 RDDT n. 187, 2011, p. 186-193

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 864807 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 02/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-266 DIVULG 14-12-2016 PUBLIC 15-12-2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1208067, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 22/05/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-110 DIVULG 24/05/2019 PUBLIC 27/05/2019.

CALCINI, Fábio Pallaretti. Responsabilidade tributária. Cisão Parcial e o art. 132 do CTN. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. v. 17, n. 88, São Paulo: set./out. 2009.

CARRAZZA. Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 25 ed. Rev. atual. até Emenda Constitucional 57/2008. São Paulo : Malheiros, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônima. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis n. 9.457, de 5 de maio de 1997, e n. 10.303, de 31 de outubro de 2001*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Nota de atualização da obra do Ministro Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª ed. Rio de Janeiro, Forense.

LONGO, André Koller Di Francesco. ROSA, Keila Cristina da. A cisão empresarial como estratégia societária e planejamento tributário para maximização dos lucros. *Revista Tributária e de finanças Públicas*. Ano 19, v. 97, São Paulo. Revista dos Tribunais, mar.-abr./2011.

LOPES, Maria Tereza Martinez, et al. A responsabilidade tributária da pessoa jurídica alterada: Fusão – Incorporação e Transformação – art. 132 do CTN – Casos de Não-sucessão das multas. Créditos declarados – Ilegitimidade passiva. *Dialética*. São Paulo, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. Malheiros, 1997, *apud* PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Curso de direito tributário*. 30 ed. São Paulo. Malheiros, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. v. 1, 2 ed. – São Paulo : Atlas, 2009.

DIREITO CIVIL

A MEDIAÇÃO TRANSFORMATIVA COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO NO ÂMBITO FAMILIAR

CAMILA MAIARA DA SILVA LEITE¹
FABÍOLA ORLANDO²

Resumo: O presente artigo discorrerá acerca da mediação transformativa como instrumento de pacificação no âmbito familiar, por trazer a transformação e uma visão construtiva do conflito que possibilita a gestão com o fortalecimento das relações sociais. Em primeiro momento buscou-se comparar a lide sociológica e a lide processual para posteriormente tratar acerca da abordagem transformativa e a responsabilização conjunta. Após, tratou-se do tema propriamente dito, qual seja “A mediação transformativa como instrumento de pacificação no âmbito familiar”. Em suma bus-

¹ Advogada, Negociadora, Mediadora. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Ambra University. Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2014). Especialista em Direito Processual Civil (2016), Direito Civil e Empresarial (2019) pela Faculdade Damásio de Jesus. Foi membro da Comissão da Advocacia Jovem da OAB/GO (2014/2015) e da Comissão Especial de Mediação da OAB/DF (2018). Participou como membro da Câmara técnica da Cidadania do CODESE/DF no ano de 2017. Participa como membro da Câmara Técnica de Cultura de Paz e Não Judicialização do CODESE/DF (2017/2021). É Vice-Presidente da subcomissão de Mediação da OAB/DF (2019/2021). É Presidente da Comissão de Mediação da OAB/DF, Subseção de Águas Claras (2019/2021). Participou como membro do Conselho da Mulher Empresária do Distrito Federal (2018/2019). É embaixatriz da AMA Brasília. Coordenadora da BPW Jovem Brasília. Diretora Geral do Centro de Excelência em Negociação, Mediação e Arbitragem - CENMA; Diretora da Coordenação de Projetos e Presidente da Comissão de Mediação da Rede Internacional de Excelência Jurídica do Distrito Federal; Instrutora e Supervisora do Curso de Mediação Extrajudicial e Interdisciplinar da RIEX-DF (curso Teórico e Prático) e Palestrante. Atua também na elaboração e supervisão de projetos e acordos de cooperação técnica.

² Advogada, Negociadora, Mediadora; Formada pela Universidade de Brasília-UNB; Pós-Graduada em Direito Ambiental e Recursos Hídricos pela Universidade Cândido Mendes/RJ; Especializada em Direito de Família e Sucessões pela Universidade Cândido Mendes/RJ; Especialista em Violência Doméstica e Crianças abusadas pela Universidade de Connecticut - CT & International Women Center - EUA; Especializada em Arbitragem Internacional; Especializada em Negociação Internacional; Consultora em Violência Doméstica-Danbury-CT; Coordenadora Jurídica da BPW Brasília; Presidente da Rede Internacional de Excelência Jurídica do Distrito Federal - RIEX/DF; Presidente do Centro de Excelência em Negociação, Mediação e Arbitragem - CENMA; Diretora de Mediação do Centro Internacional de Arbitragem e Mediação; Membro da Associação E-Justicia- Latinoamérica; Membro da Escola Judicial da América Latina; Coordenadora de Captação do Hospital de Amor no Distrito Federal; Obteve a maior pontuação na análise das qualificações profissionais do Edital 04 (ENUD) - Mediação Ministério da Justiça e Cidadania.

cou-se demonstrar a importância da mediação transformativa no âmbito familiar em função de seu caráter transformador que reside na capacidade de empoderar os mediandos e torna-los capazes de perceber o conflito como uma oportunidade de crescimento moral e reconhecimento mútuo, que promoverá a consequente promoção da pacificação no âmbito familiar pela diferente forma de visão do conflito que proporciona o restabelecimento e o fortalecimento dos vínculos.

Palavras-chave: Resolução apropriada de conflitos. Mediação familiar. Mediação transformativa. Instrumento de Pacificação. Cultura da Paz.

Abstract: *This article will talk about transformative mediation as an instrument of pacification within the family, because it brings transformation and a constructive vision of conflict that enables management with the strengthening of social relations. In the first instance, the aim was to compare sociological and procedural issues in order to later deal with the transformative approach and joint responsibility. Then, the theme itself was dealt with, which is “Transformative mediation as an instrument of pacification in the family sphere”. In short, we sought to demonstrate the importance of transformative mediation in the family sphere because of its transformative character, which lies in the capacity to empower mediators and make them capable of perceiving the conflict as an opportunity for moral growth and mutual recognition, which will promote the consequent promotion of pacification in the family sphere through the different form of vision of the conflict that provides the re-establishment and strengthening of bonds.*

Keywords: *Appropriate conflict resolution. Family mediation. Transformative mediation. Instrument of Pacification. Culture of Peace.*

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 4º estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais por diversos princípios sendo um deles a “solução pacífica de conflitos” prevista no inciso VII.

A inserção dos métodos adequados de resolução de conflitos apresenta um novo conceito de jurisdição que recai sobre a pacificação social dan-

do novo sentido à garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º, XXXV, CF).

Nesse sentido, DINAMARCO (2010, p. 391-392) acredita ser uma tendência moderna o abandono pelo fetichismo da jurisdição que impede de conhecer e buscar o aperfeiçoamento de outro meio de tutela às pessoas envolvidas no conflito. A mediação, assim como os outros métodos adequados de resolução de conflitos, não busca dar efetividade ao direito material ou escopo jurídico que por décadas apontou-se como mola legitimadora do exercício da jurisdição pelo Estado, mas ao escopo pacificador em que se tem o verdadeiro fator de legitimidade da jurisdição no Estado moderno não importando se são ou não fiéis ao direito substancial, mas que sejam aptos a pacificar as pessoas e eliminar os seus conflitos trazendo-lhes justiça.

Contudo, demonstra-se a importância de um trabalho como esse que apresenta o modelo transformativo de mediação como um dos mais benéficos no âmbito familiar, uma vez que vai além da técnica universal do processo estatal que visa tão somente, na maioria dos casos, a resolução da lide processual.

Os procedimentos metodológicos utilizados partiram de pesquisa bibliográfica, análise da legislação vigente e artigos científicos acerca do tema, a fim de propiciar um melhor entendimento e abordagem.

Em um primeiro momento, buscou-se comparar a lide sociológica e a lide processual para compreendermos a diferença de ambas e a importância da lide sociológica para resolução efetiva do conflito.

Posteriormente adentramos na abordagem transformativa e a responsabilização conjunta como introdução ao tema propriamente dito.

Por fim, tratamos acerca da mediação transformativa como instrumento de pacificação no âmbito familiar. A opção pelo especial direcionamento da mediação ao modelo transformativo deriva da importância da mediação transformativa no âmbito familiar em função de seu caráter transformador que reside na capacidade de empoderar os mediandos e torná-los capazes de perceber o conflito como uma oportunidade de crescimento moral e reconhecimento mútuo, que promoverá a conseqüente promoção da pacificação no âmbito familiar pela diferente forma de visão do conflito que proporciona o restabelecimento e o fortalecimento dos vínculos.

2. A LIDE SOCIOLÓGICA COMPARADA A LIDE PROCESSUAL

Bobbio (1999) destaca que o conflito é uma das formas de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades e assim sendo, a sociedade histórica pode se definir de acordo com as formas de conflito e de cooperação entre os diversos atores que nela surgem independente da época. O que significa dizer que o conflito é inerente às relações pessoais e em tal contexto, a Família representa um espaço propício para o surgimento deles de forma ainda mais complexa e que por vezes deixam marcas definitivas nas partes envolvidas, sobretudo pelas relações familiares envolverem questões profundas e possuírem características singulares que as diferem de qualquer outro tipo de relação social.

Litígios familiares que envolvem divórcio, alimentos, regulamentação de visitas e guarda em alguns casos levam anos para serem “resolvidos”, com desgaste emocional e econômico irreparáveis quando o magistrado confere quem faz jus ao direito material, não sendo possível evidenciar os reais interesses que pesam sobre os processos e que tem como foco um “campo de batalha” com a finalidade de “ferir” a outra parte. Embora resolvida a questão jurídica, o problema não dito na exordial, torna inviável a comunicação e até mesmo convivência necessária entre as partes quando possuem um elo de ligação eterno, como um filho por exemplo, fazendo com que o problema jurídico recrudesça e traga prejuízos à criança e àquele que não terá a guarda unilateral ou não tiver a sua residência como lar de referência no caso da guarda compartilhada.

Não há dúvidas de que a lide sociológica e a lide processual possuem sintaxes diferentes, a começar pelo fato de que a primeira busca os interesses reais analisando questões subjetivas do conflito envolvendo interesses, necessidades e sentimentos, em contraposição às questões jurídicas da lide processual que são os direitos violados ou supostamente violados.

A lide processual ou método do processo judicial adota um sistema de ataque e defesa que se agrava pela necessidade de prova que transpassa questões íntimas e delicadas das famílias. A solução judicial é válida em situações de total inviabilidade de diálogo, contudo é limitada em comparação a outros sistemas de solução como a mediação (LEITE, 2008, p.108). Segundo Bacellar (2003, p. 223), na maioria das vezes, ao analisar apenas a lide processual, o judiciário não satisfaz os verdadeiros interesses dos

jurisdicionados, tratando de forma superficial e dirimindo controvérsias jurídicas sem resolver verdadeiramente as questões subjetivas.

Devemos observar o conflito entretanto como uma oportunidade para que possamos reconhecê-lo e iniciar um trabalho conjunto voltado à busca de um ponto mutuamente satisfatório, o que permite a externar-se as emoções e expor os seus reais interesses, explorando os aspectos psicológicos do conflito e buscando soluções que não seriam alcançadas por uma sentença imposta pelo Juiz sobretudo por prolatar sentença de forma técnica resolvendo apenas o que chamamos de lide processual que são os pedidos propriamente ditos na petição, mas que em sua totalidade não julga os interesses subjacentes, o que torna o conflito ainda mais complexo já que as partes não resolvem as suas pendências emocionais, mágoas e interesse real.

A tendência contemporânea demonstra uma mudança no perfil do judiciário que passa a ter um envolvimento crescente com a questão social, abdicando progressivamente de uma postura positivista normativista inacessível, transformando-se numa instituição central à democrática brasileira (ABREU, 2011, p. 39).

O envolvimento com a questão social demonstra um processo mais amplo que regula não somente o poder jurisdicional, mas também àqueles existentes em outras esferas e que estão presentes na sociedade, como a lide sociológica.

No mesmo sentido SALLES (2006, p. 143) aclara que:

As partes, ao resolverem consensualmente uma disputa pendente entre elas, podem chegar a uma solução melhor que aquela que seria adjudicada por um juiz ou árbitro. A esse propósito, cresce a consciência quanto aos predicados das soluções de consenso. Elas são menos disruptivas das relações entre as partes, podem ser alcançadas com maior imediatidade, são menos custosas para os interessados e para o sistema judicial, além de permitirem abranger a integralidade do conflito, isto é, o conjunto de controvérsias pendentes entre as partes – não apenas aquela levada a juízo. O reconhecimento do valor das soluções consensuais ocorre mesmo diante da constatação de que, em situações determinadas, elas podem produzir resultados indesejáveis.

Destaca-se dessa forma que a mera concepção de que um conflito pode ser “vencido” merece revisão, tendo em vista que o engajamento em procedimentos elaborados para determinar o vencedor da disputa não é a melhor opção, haja vista que as partes quando reciprocamente impu-

tam culpa e responsabilidade, polarizam suas relações e ao final se sentem perdedoras em razão do tempo, das custas e especialmente da perda do vínculo, segundo Emmanoel Campelo Pereira de Souza no Manual de Mediação Judicial (2016, p. 9).

Destarte, uma abordagem transformativa para a construção e responsabilização conjunta, quando observada a complexibilidade e peculiaridade das relações no âmbito familiar, são melhores exploradas na mediação por dar espaço a questões que vão além da lide processual, o empoderamento do procedimento e o incentivo ao diálogo dão espaço à lide sociológica possibilitando que sejam tratadas de forma efetiva particularidades e sentimentos que poderão aparecer, buscando-se não somente o acordo, mas precipuamente o restabelecimento das relações e resolução adequada do conflito.

3. ABORDAGEM TRANSFORMATIVA E RESPONSABILIZAÇÃO CONJUNTA

Ao final de um processo judicial no âmbito familiar, quando não levada em consideração a lide sociológica que o envolve, resolve-se simplesmente o conflito jurídico através da sentença, mas produz-se uma ruptura profunda e por vezes permanente, motivo pelo qual demonstra-se a importância da mediação e da abordagem transformativa que possibilita a responsabilização pela decisão gerada de forma conjunta, tendo em vista a figura de um terceiro imparcial, denominado mediador, que atua como facilitador do diálogo através das técnicas da mediação e principalmente da abordagem transformativa.

Quando falamos em responsabilidade conjunta nos referimos ao fato de que as partes assumirão a solução do conflito, mesmo que com o auxílio do mediador principalmente através de um diálogo saudável e uma comunicação eficaz. Silva (2016, p. 63) esclarece que os

resultados da Mediação dependerão da vontade, disponibilidade e condições pessoais das partes em mudarem e que o mediador deve ter a habilidade de despertar nas partes esse sentimento de mudança.

Lôbo (2011, p. 49-50) discorre:

As disputas entre cônjuges, pais e filhos e entre companheiros, que dizem respeito ao direito de família, saem do conflito que

degrada as relações familiares, assumindo as pessoas a responsabilidade pelas próprias decisões compartilhadas, que tendem a ser mais duradouras que as decisões judiciais, pois estas não encerram o conflito.

A Mediação transforma as relações sociais e nesse diapasão, ao discorrermos acerca da mediação transformativa infere-se a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade compreendendo que na mediação familiar busca-se a compreensão dos paradoxos que caracterizam os seres humanos, bem como a origem do sofrimento. O mediador deve entender a estrutura e a dinâmica do contexto familiar e os papéis reais e simbólicos que cada membro familiar ocupa (SILVA, 2016, p. 93).

O mútuo intercâmbio interdisciplinar de conhecimentos científicos entre as diversas áreas do conhecimento como o Direito, Psicologia, Serviço Social, Ciências Sociais, dentre outros, atendem às diversas necessidades das partes envolvidas no conflito principalmente em casos de família em que estão envolvidos sujeitos intimamente relacionados e com carga afetiva que os transpassa.

Assim sendo, atendem às necessidades das partes envolvidas as habilidades e sensibilidades próprias do mediador que não precisa ser necessariamente da área jurídica já que não se avalia debates jurídicos em um ambiente de mediação, e por tal motivo a interdisciplinaridade contribui positivamente se verificarmos que os mediados possuem sentimentos envolvidos que potencializam de forma positiva ou negativa o conflito e que pelo viés das diversas áreas é possível obter um resultado ainda mais satisfatório.

Contudo, o modelo transformativo desenvolvido por Robert Alan Baruch Bush e Joseph F. Folger busca a valorização do outro, mesmo que diante das suas diferenças posições no litígio, fundamenta-se no diálogo e no aspecto relacional e trabalha o empoderamento das partes que atuam com protagonismo pela solução de seus conflitos. Trata-se da transformação das relações, não tendo nenhuma pretensão de acordo (EGGER, 2008, p. 120), ou seja, os conflitos não desaparecem, mas se transformam, a mediação é voltada mais ao processo do que ao resultado.

A abordagem transformativa permite a compreensão de que é inevitável a falta do conflito, apesar disso é possível tomar suas próprias decisões e reconhecer a situação e a visão do outro e aprender a lidar com os conflitos. A capacidade de transformação do conflito e da conexão relacional são imprescindíveis na mediação transformativa e sua abordagem, pois a

dialogicidade, bem como a diferente forma de visão do conflito ocasionam o restabelecimento e o fortalecimento dos vínculos.

Nas palavras de Luiz Warat (2001, p. 83):

(...) estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entendê-lo a nós mesmos.

BUSH, FOLGER (2005, p. 13-14) entendem que o reconhecimento do problema do outro e o empoderamento das partes transformam a interação conflitual de uma perspectiva negativa e destrutiva para uma perspectiva positiva e construtiva acarretando na confiança das partes que passam a perceber o outro e na transformação individual e social das relações.

A trajetória histórica dos mediandos não apresenta apenas situações desgastantes, mas momentos felizes e sentimentos mútuos de fraternidade e até mesmo amor, por não saberem lidar com o conflito atual e que permeiam as relações humanas o diálogo se perde dando lugar às disputas com palavras agressivas e ao silêncio. A busca pela mediação transformativa objetiva a forma como as partes percebem e lidam com os seus conflitos e como passarão a lidar no futuro, assim sendo, auxilia as partes a decidirem por elas mesmas com base no empoderamento e reconhecimento do outro, sendo exclusivamente das partes a escolha por um acordo ou não, contribuindo para um diálogo construtivo entre elas e a consequente responsabilização, já que são responsáveis pelas escolhas que fazem.

Embora não haja um processo rigidamente estruturado na mediação transformativa, não significa que há ausência de forma no processo, isso porque o diálogo do mediador com os mediandos determina a forma pela qual as partes desejam a interação. É função do mediador nesse contexto a escuta ativa das partes, principalmente ao início da mediação, e o convite à reflexão sobre o processo de mediação, questões que serão abordadas, transição de um assunto para outro, tempo da sessão de mediação, e, por conseguinte a forma do processo se estabelecerá Warat (2001, p. 225).

No âmbito familiar é fundamental uma abordagem diferenciada, por isso, adota-se nesse artigo o modelo transformativo como método mais adequado, por tratar-se de vínculos afetivos duradouros, o que remete a

uma característica de trabalho voltada à dinâmica relacional, ou seja, na gestão e compreensão do conflito e no reestabelecimento do diálogo, tendo como consequência a construção do acordo e não sendo essa a prioridade.

4. A MEDIAÇÃO TRANSFORMATIVA COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO NO ÂMBITO FAMILIAR

A mediação transformativa promoverá uma desconstrução do conflito e influenciará no aspecto relacional principalmente na medida em que os mediandos sintam seus sentimentos validados, compreendam o outro e conjuntamente encontrem uma alternativa que seja satisfatória para ambos ou que possam “sair” da sessão mediação melhores do que “entraram”. O êxito da mediação está intimamente ligado ao fato de restabelecer a comunicação e o vínculo, e no caso do modelo transformativo, em transformar a forma de visualizar o conflito, na responsabilização conjunta de decisões e sobretudo para um processo ganha-ganha, em que percebemos o conflito sob uma ótica diferenciada gerando novos parâmetros relacionais e com isso promovendo a pacificação no âmbito familiar.

Ao compararmos a via processual e a mediação, verifica-se que a mediação tem por objetivo a composição e principalmente o restabelecimento do vínculo ou diálogo entre as partes, enquanto o processo judicial volta-se para a disputa do conflito acarretando ainda mais discórdia no desenrolar dos procedimentos.

O escopo da mediação familiar é facilitar a comunicação entre os membros da família, oportunizar melhores alternativas de resolução, evitar o rompimento familiar, romper o círculo vicioso de ataque e defesa, resolver as verdadeiras causas do litígio, realizar o esforço multidisciplinar para obter melhores resultados, dentre outros (FUENTE-VILLA, 2006).

Ressalta-se que a lide sociológica já estudada anteriormente, segundo Grinover (2008, p. 3-5) dificilmente é solucionada por meio da jurisdição estatal que por sua vez encerra apenas a lide processual, portanto, tem-se que o escopo da jurisdição, entendido como pacificação social, não é alcançado pelas decisões judiciais, uma vez que o litígio não é resolvido em sua totalidade já que as questões subjetivas não são necessariamente solucionadas e permanece o conflito entre as partes.

Segundo RANGEL (2014, p.19)

A visão da mediação transformadora sobre o conflito percebe-o como uma situação-problema comum ao convívio e que deve servir de oportunidade ao amadurecimento das relações. Contrariamente, o poder jurisdicional percebe no conflito a lide judicial a qual deve ser posta termo, visto que reflete algum distúrbio ou quebra da ordem social. A decisão autoritária põe fim à lide processual, permanecendo ou até mesmo piorando o conflito, pois na maioria dos casos a determinação judicial trabalha de forma binária com a ótica de vencedores e perdedores, não satisfazendo muitas vezes o resultado a nenhuma das partes.

Desta forma compreendemos a importância da mediação transformativa, que pode ser utilizada em qualquer situação em que a interação entre as partes seja importante e a qualidade da interação possa trazer resultados melhores, mesmo quando a relação não for continuada tendo em vista a influência na forma como as partes lidarão com os conflitos em situações futuras.

Nessa conjuntura compreende-se a Mediação Familiar como método adequado e pacífico na resolução de conflitos, principalmente quando utilizado o modelo transformativo que possibilita a compreensão do conflito como uma oportunidade para crescer, entender as relações, e a consequente promoção da pacificação no âmbito familiar por possibilitar um entendimento profundo da lide sociológica que os envolvem. A validação dos sentimentos, habilidades para reformular mensagens que parecem ofensivas, comunicação construtiva, acolhimento, demais técnicas da mediação e a abordagem transformativa permitem novas formas de cooperação, confiança, compreensão do conflito e do pensamento do outro, atitudes de tolerância e responsabilidade que contribuem para uma nova forma de administrar o conflito e a consequente pacificação no âmbito familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo judicial tem por objetivo a extinção da lide processual, ao contrário da mediação transformativa que busca a promoção do diálogo e a transformação na forma de lidar com o conflito, trazendo autonomia e responsabilidade aos mediandos que compreendem que possuem todos

os instrumentos para gestão e administração dos conflitos existentes sem a intervenção impositiva de um terceiro que decide a lide.

No âmbito familiar, assim como em outras áreas, o escopo de um processo judicial é o fim da lide processual, ocorre que os conflitos mais complexos ocorrem nesta área provocando a polarização e desarmonização das relações familiares e que desencadeia um conflito por diversas vezes muito maior e deixa marcas definitivas na vida daquelas pessoas. Por trás dos interesses descritos no processo, lide processual, há necessidades, sentimentos e interesses reais

e subjetivos que devem ter um tratamento adequado, para que não haja o fim do processo e a permanência do conflito fazendo com que as partes não considerem-se vencedoras.

Objetivando um processo ganha-ganha, verifica-se a mediação como meio autocompositivo adequado para resolução de conflitos familiares por visar o real interesse das partes, o não dito, a lide sociológica que não encontra espaço no modelo tradicional estatal que visa tão somente, na maioria dos casos, a resolução da lide processual. Nesse sentido o modelo transformador da mediação é relevante se pensarmos que não há a busca pelo acordo propriamente dito, mas que visa o empoderamento dos sujeitos para torná-los capazes de lidar com o conflito e perceber a visão do outro (reconhecimento mútuo).

Podemos considerar o modelo transformativo de mediação nesse sentido como um dos mais benéficos no âmbito familiar, pelas técnicas aplicadas e principalmente por sua finalidade, que propicia a pacificação pelo meio construtivo da administração dos conflitos, pela autonomia dos mediandos que se responsabilizam pela decisão conjunta e que sobretudo passam a compreender o outro promovendo o restabelecimento do diálogo, do vínculo e a forma de lidar com novos conflitos futuros.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco: Jossey Bass, 2005.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.).

Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Tutela Jurisdicional. Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6, ed. Vol. II, São Paulo: Malheiros, 2010.

EGGER, Ildemar. *Cultura da Paz e Mediação: uma experiência com adolescentes*. Fundação Boiteux, 2008.

FUENTEVILLA, Julián Güitrón. La Mediación y el Consejo de Familia. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; GALLARDO, Leonardo B. Pérez (Org.). *Nuevos perfiles del derecho de familia: Libro homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo*. Santa Fe: Rubinzal-culzoni, 2006.

GARCIA, Cláudia Moreira Hehr; RANGEL, Tauã Lima Verdan. A Mediação no Novo Código de Processo Civil Brasileiro: Críticas à Efetivação do Instituto de Composição de Litígios, a partir de uma análise construtiva das tradições Civil Law e Common Law. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; et all. (org.). *Mediação Judicial e Garantias Constitucionais*. Niterói: Editora do PPGSD.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A mediação nos processos de família ou meio de reduzir o litígio em favor do consenso. In: __. *Grandes Temas da Atualidade: V. 07-Mediação, Arbitragem e Conciliação*. São Paulo: Editora Forense, 2005.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – PDF.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. *Mediação e Direitos Humanos: O Empoderamento dos Indivíduos no Tratamento de Conflitos. Conteúdo Jurídico*, Brasília: 10 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46671&seo=1>>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

REIS, Adacir. *Mediação e impactos positivos para o judiciário*. In: ROCHA, - Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e Mediação: A Reforma da Legislação Brasileira*. São Paulo: Atlas, 2015.

RINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, A.C de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. *Processo: Procedimento dotado de normatividade*. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (orgs.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil. Passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Antônio Hélio. *Arbitragem, mediação e conciliação*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes Temas da Atualidade: v. 07- Mediação, Arbitragem e Conciliação*. São Paulo: Editora Forense, 2005.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família*. / Denise Maria Perissini da Silva. / 2ª edição. / Curitiba: Juruá, 2016.

DA INCONSTITUCIONALIDADE E DA IRRACIONALIDADE DA ROBOTIZAÇÃO ADVOCATÍCIA E JUDICIAL

IVAN CLÁUDIO PEREIRA BORGES¹

Resumo: As inovações e os avanços recentes da tecnologia da informação incitam o imaginário popular a presumir a substituição do ser humano pela inteligência artificial em espaços de criação e decisão, num avanço significativo para além da guarda e manipulação de dados. Antevê-se em alguns círculos profissionais, com menos necessidade de habilidade crítica que a da advocacia e da função judicial, que a tecnologia da inteligência artificial poderia substituir com maior desempenho profissões e funções ligadas à atividade judicial. Estes vaticínios encontram eco sobretudo entre os desiludidos com a reforma do Judiciário do início deste século e, mais recentemente, com a edição do novo Código de Processo Civil. Apesar de muitos avanços em reformas procedimentais, acredita-se até mesmo na extinção, para breve, de profissões ligadas à atividade jurídica como consequência inevitável do desenvolvimento tecnológico do controle eletrônico de dados. Uns acham que a morosidade do Judiciário se resolveria em pouco tempo. Outros acreditam que a função do advogado estaria comprometida pela avançada capacidade das novas plataformas de IA, porque a advocacia se resumiria a mera manipulação de fórmulas jurídicas. A questão neste artigo visa demonstrar inicialmente a impropriedade jurídica de tais expectativas por meio da tese da inconstitucionalidade material de um provável acolhimento de tais medidas, além de demonstrar a irracionalidade prática da vitória da tecnologia sobre a criatividade e a ponderação humanas. Inconstitucionalidade porque, como o fundamento do constitucionalismo é a limitação do poder estatal sobre a comunidade política em favor das liberdades no sentido de preservação da dignidade

¹ Membro do Instituto dos Advogados do Brasil – Secção Distrito Federal. Advogado. Doutor em Direito pelo Instituto de Pesquisas do UNICEUB. Mestre em Direito Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Teologia Filosófica pelo Mackenzie-SP. Professor de Direito Constitucional, Direito Civil e Filosofia do Direito – UNICEPLAC.

da pessoa humana, nenhuma máquina possui o atributo de valorar o que em certos contextos devem ser humanamente preservados. Irracionalidade porque a teoria dos sistemas, desde Berthalanfy até Luhmann, adverte para o fato de que toda racionalização sistêmica implica necessariamente em novas vertentes de complexidade de seus subsistemas, gerando problemas operacionais mais específicos, e exigindo aportes de recursos os mais variados para seu controle. Conclui-se, portanto, que a inteligência artificial contribuirá significativamente para o aperfeiçoamento das profissões jurídicas e não para sua extinção.

Palavras-Chaves: Advocacia – Inconstitucionalidade – Inteligência Artificial – Jurisdição – Sistema

INTRODUÇÃO

Os jornalistas Patrick MacGee e Guy Chazan, do Financial Times de San Francisco e Berlim, em artigo traduzido no jornal Valor Econômico, noticiaram que, segundo o economista Carsten Brzeski, os próximos vinte anos serão dominados por comércio eletrônico, internet das coisas e inteligência artificial.²

Segundo o artigo, os alemães que sempre foram protagonistas mundiais na indústria de máquinas, cujo modelo é baseado em engenharia, poderão ser ultrapassados nos próximos anos pelo da tecnologia digital. O que vem ocorrendo, na perspectiva da primeira ministra alemã, Angela Merkel, é que “as empresas de software estão se inserindo nas relações entre produtores e consumidores, tornando-se ‘intermediárias’ essenciais entre as empresas e seus clientes.”

O Jornal O Globo de segunda-feira, 03 de fevereiro de 2020, publicou mais uma daquelas alvíssaras enganosas sobre a questão aqui tratada, com o título Tecnologia x Burocracia. *JUDICIÁRIO AUTOMATIZADO. Uso de robôs já acelera análise de processos em tribunais e chega ao STF.*³ O que foi noticiado é que a tecnologia ótica digital somada à tecnologia de armaze-

² McGEE, Patrick, e CHAZAN, Guy. Alemanha perde o ‘trem da tecnologia’. Tradução de Rachel Warszawski e Sabino Ahumada. *Valor Econômico*. São Paulo, 04 fevereiro 2020. Especial, p. A12.

³ BRANCO, Leo. *Tecnologia x Burocracia*. Judiciário automatizado. Uso de robôs já acelera análise de processos nos tribunais e chega ao STF. Rio de Janeiro, 03 fevereiro 2020, País, p. 4.

namento e gerenciamento de dados alimentada no sistema computadorizado é capaz de “ler”, identificar, expressões semelhantes às existentes nos precedentes judiciais dos tribunais superiores e dar um resultado “duro”, isto é, de apenas conferência com parâmetros existentes na jurisprudência. Nada mais que uma falácia.

Uma das mais celebradas plataformas da inteligência artificial é a da IBM, denominada de “IBM Watson”.⁴ Apresentada pela companhia como meio de obter maior rapidez por meio da preparação e da exploração de dados, além de modelagem e treinamento, a plataforma tem como diferencial o aprendizado da máquina por meio da alimentação de dados, o que permite de forma autônoma elaborar soluções futuras para problemas semelhantes ou idênticos. Com isto, promete-se, dentre outros recursos, certa previsibilidade para situações análogas.

Esta plataforma vem sendo celebrada em grandes escritórios de advocacia e também pela equipe de controle e organização do Superior Tribunal de Justiça como forma daquele tribunal superior suprimir instâncias operacionais de forma mais eficiente. Na advocacia, vaticina-se a possibilidade real da Inteligência Artificial substituir o raciocínio estratégico dos advogados e até mesmo o de ponderação na decisão judicial.

A plataforma por ora é muito dispendiosa e pouquíssimos escritórios no Brasil adquiriram tal tecnologia, mesmo porque há um dispêndio adicional no treinamento de seus estagiários e sócios para operar os recursos avançados deste sistema. Os resultados obtidos nestes escritórios de ponta e em demonstrações feitas pela IBM aos tribunais criaram um clima que beira expectativas messiânicas de salvação para a solução de conflitos judiciais.

Mas é preciso adiantar que tal sistema não é capaz de inovar, de lidar com o imponderável, pois opera apenas com os dados que foram alimentados em sua memória eletrônica. Desta feita, não seria possível para esta plataforma de IA desenvolver uma tese inovadora, desbravando uma via jurídica para o direito pretendido. O Direito tornar-se-ia apenas um instrumento para alcançar o objetivo máximo da eficiência operacional, com a elevação da produtividade em detrimento da qualidade. Isso se resumiria a uma *funcionalização* do Direito, tese de Teoria Geral que mais adiante se explicará.

⁴ Explicações técnicas mais detalhadas podem ser acessadas no link: <https://www.ibm.com/cognitive/br-pt/outthink/>

Portanto, adotando-se a IA onde ficaria a criatividade retórica do advogado, onde estaria a ponderação judicial, principalmente perante os *hard cases*? Onde fica a perquirição e a suspeita filosófica que impulsiona a evolução da jurisprudência?

O leitor deve-se atentar que os articulistas da imprensa, como muitos outros arautos da supremacia tecnológica sobre os problemas judiciais, enxergam apenas a atividade judicial sob o ponto de vista mecânico, repetitivo, e irreflexivo. Para estes, as atividades judiciais são em sua maioria procedimentos de rotina inflexível, cujos elementos e dados seriam sempre os mesmos em qualquer situação, bastando apenas que alguém aperte um botão de gerenciamento eletrônico digital para que tudo se resolva em segundos.

Sabemos, por experiência, que a luta pelo direito e a solução jurídica para as mais diversas situações jurídicas não são assim imediatas. Cada caso é único, com as especificidades factuais que o envolvem, a merecer uma bem elaborada retórica do advogado, bem como uma ponderação judicial que se atente para o que destes fatos se mostra típico. Um robô não pondera, não observa o contexto legal e humano envolvidos. Apenas gerencia os dados que foram inseridos em sua memória eletrônica.

Estas expectativas, contudo, não observam, pelo menos, dois fatos. Um é o da inconstitucionalidade e outra é a da irracionalidade. Inconstitucionalidade porque o conteúdo material da Constituição é direcionado sobretudo para o ser humano e deve, por isso, ser interpretado e aplicado por seres humanos, no contexto da administração constitucional da Justiça. Irracional porque esta expectativa virtual e futurista pressupõe que os eventos do mundo jurídico se repetem, a exemplo dos eventos na biologia, na física, na matemática, na sociologia, entre outras áreas do saber. Na verdade, os eventos (fatos) jurídicos são *irrepetíveis*. Eis a razão pela qual as situações jurídicas encontram nas normas jurídicas e nos princípios de direito apenas hipóteses de enquadramento, geram teses jurídicas inovadoras, e decisões judiciais de vanguarda.

Proponho, assim, considerar que as profecias de substituição em um futuro próximo dos advogados e juizes pela Inteligência Artificial é uma falácia que não se sustém, pelo menos por estes dois motivos, para não dizer outros mais a serem desbravados, tratando-se apenas de provocação irresponsável da mídia, mas que vem arrastando incautos por causa do fervor do avanço tecnológico contemporâneo.

Vejamos, inicialmente, porque tais expectativas são inconstitucionais.

DA INCONSTITUCIONALIDADE – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA HUMANIDADE DO TRATAMENTO JURÍDICO

O constitucionalismo emergiu dos postulados liberais que inspiraram as Revoluções Norte-americana e Francesa do século XVIII e teve como grande objetivo estabelecer os limites para o exercício do poder estatal. O texto constitucional gerado nestes dois grandes movimentos políticos foi bem mais amplo que as chamadas Leis Fundamentais do século VI, tidas como normas de caráter geral e de limitação do poder monárquico, semelhantes às Cartas Políticas modernas, sobretudo por ter um caráter de norma superior às demais.⁵ O que sempre esteve em disputa nestes dois momentos foi o protagonismo da administração do poder, pela Igreja e pelos poderes pré-estatais, e o reconhecimento e as ações efetivas na direção dos direitos humanos individuais.

O texto das Cartas Políticas dos atuais Estados constitucionais tem como objetivo imediato, sem dúvida, a limitação do poder estatal contrário aos interesses e liberdades individuais, e como objetivo mediato a consideração da dignidade da pessoa humana como valor referência de todos os demais direitos. Isso implica dizer que o conteúdo substancial/material, a razão de existir, de uma Constituição é o ser humano, enquanto individual e em coletividade.

A interpretação e a aplicação das normas e princípios constitucionais têm a ver por isso mesmo com a vivência política do ser humano, com a evolução do indivíduo enquanto tal, e por isso mesmo o texto constitucional não possui formato rígido que o impeça de acompanhar o desenvolvimento da humanidade.

Aqui chegamos ao ponto inicial de nossa discussão sobre a questão da possibilidade de, em um futuro próximo, haver um avanço da tecnologia de informação e gestão de dados ao ponto de assumir funções próprias do ser humano por meio da inteligência artificial. Negamos, de pronto, desde já, que isso possa se realizar. E nosso primeiro argumento está justamen-

⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 323-327.

te no caráter humano do objetivo constitucionalista. A Constituição é um instrumento de humanização dos direitos individuais em meio aos direitos da maioria e dos detentores do poder estatal.

Trata-se, na verdade, de considerar a inconstitucionalidade *material*, no cerne de sua substância, a vida humana, suas características inconfundíveis, e o universo humano, a partir da individualização. Isto é, cada ser humano, homem ou mulher, é um universo.

Para que a administração da Justiça se processe é de suma importância que os operadores do direito sejam humanos e não robóticos. Foi-se o tempo, no alvorecer do século dezenove, em que se pretendeu algemar os juízes a uma interpretação simplesmente exegética, e porque não “robótica”. Os cultores da Escola da Exegese isolaram o *Code Civil* e também outros códigos do ambiente social no qual foram gerados e limitaram os juízes ao texto legal, por meio do método estritamente lógico-normativo.

Na Bélgica, o expoente teórico do exegetismo foi François Laurent (1810-1887), professor da Université de Gand, que em seu magistério ensinava que “o direito é uma ciência racional” e o juiz não poderia “desobedecer à letra da lei sob o pretexto de penetrar no seu espírito”.⁶ O excesso de cientificismo destes tempos não percebia o isolamento do Direito do seu contexto social.

Outras tentativas que se processaram no decorrer da história jurídica, como a *pandectística alemã*, até chegar ao normativismo lógico de Hans Kelsen, no início do século vinte, procuraram uma fórmula que pudesse manter o juiz sob as algemas das regras de interpretação. Louvaram a primeira fase do pensamento de Kelsen, como alguém que surgira para lhes socorrer na insanidade em que se meteram. Mas não perceberam que o mestre de Viena propusera dois pontos de observação do Direito: o estático e o dinâmico. Enaltecera sua ênfase no primeiro, esquecendo-se de que o jurista de Viena, porém Austro-Húngaro de nascença, falava tão somente da ciência jurídica e não do Direito em ação, na vida prática.

Kelsen imigrou-se para a América do Norte, fugido da perseguição nazista, e o direito que lá encontrou o fez reconsiderar a separação do Direito como estático e dinâmico. Não haveria possibilidade de desenvolvimento da Ciência Jurídica sem que esta servisse aos problemas concretos. A humanização da Ciência Jurídica era imperativa.

⁶ GILLISEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Tradução de A. M. Hespanha. 3ª edição. Lisboa-PT: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 517.

O Direito, portanto, é produto das aspirações deontológicas humanas, de seu senso de justiça, e o advogado é quem primeiro sai à luta pelo desejo de quem anseia ver seu direito satisfeito. O advogado por isso mesmo não pode se tornar robotizado. Sua atuação começa por ouvir atentamente as angústias humanas para depois interpretá-las e traduzi-las em pretensão jurídica. Desta feita, a atividade advocatícia é uma expressão da humanidade política, daquele que vive na *pólis*, que está em comunidade.

A HUMANIDADE DA ATIVIDADE ADVOCATÍCIA

Do alto de sua experiência advocatícia, colhida em muitos anos de trabalho profícuo e admirável, o Doutor Pedro Gordilho, membro de nosso Instituto, disse na edição passada da Revista⁷, que a missão do advogado é difícil, árdua e audaciosa, porque se destina a convencer juízes. “Nós, advogados, temos de gerar convicções no espírito dos julgadores”, afirmou. A atividade advocatícia, declara, é aquela que prepara seu argumento de forma a que o julgador não faça uso do legalismo, mas que mantenha sua ponderação judicial atenta à lei, por um lado, e à justiça viva e dinâmica que estimula o avanço da sociedade organizada.

Para que construa argumentos que convençam os julgadores os advogados devem ter, segundo ele, a habilidade e a capacitação profissional que “reúna conhecimento e formação técnica”. Habilidade tamanha que, na prática do equacionamento dos fatos, da lei, e da jurisprudência, demonstre a adequada correspondência à Justiça ou proponha novos itinerários para a jurisprudência. E conclui, o advogado é o primeiro juiz da causa.

Só por essas experientes constatações obtidas na árdua tarefa de defesa de seus clientes é possível concluir que o advogado não pode ser substituído por uma máquina. É único em sua individualidade e capaz de assumir um papel de “trincheira da resistência civil ou de pulmão das aspirações nacionais”. O advogado trabalha e luta pela sociedade, porque é um “canal receptor das grandes aspirações da nacionalidade”. E é também um ser gregário, que necessita de “relações com os demais seres humanos para viver e para sobreviver”.

⁷ GORDILHO, Pedro. O Exercício da Advocacia na era dos direitos. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Distrito Federal*, nº 04, 2019, p. 321-327.

Eis porque, nas atividades relacionais e não meramente de gerência e alimentação de dados ou de cálculos e projeções estatísticas agir, pensar, sentir como ser humano ainda é insubstituível por inteligências tecnológicas, ainda que impressionem pelos seus feitos.

Por essa humanidade profissional do advogado somos conduzidos a pensar na própria criatura humana.

Na Filosofia do pensamento ocidental encontramos duas grandes áreas de especulação a respeito do ser humano e da humanidade: a antropologia filosófica e a filosofia do espírito. Ambas têm no ser humano o objeto central de seus estudos. Mesmo nas demais culturas, como a hindu, a asiática, etc, ou em civilizações de mais de mil anos antes de Cristo o ser humano é objeto central das elucubrações sobre a vida e a relação da humanidade com tudo que o cerca.

As teorias sobre o ser humano no pensamento ocidental remontam aos gregos e passam pela noção cristã da criação que atinge toda a idade média, desde o século IV até os séculos dezesseis e dezessete. Toda a euforia com o cientificismo na modernidade filosófica, a crença na autonomia dos métodos, na exatidão impoluta do raciocínio matemático, entre outros caminhos do engenho humano desde o Iluminismo até hoje, não afastou o ser humano de sua criatividade e capacidade de ponderação.

Percebe-se que os observadores filosóficos e sociais não imaginam o ser humano abrindo mão de sua supervisão e envolvimento com os destinos do mundo. Os teóricos enxergam, sim, são as qualidades específicas do ser humano. É assim com Max Scheler e outros, que resumem a essência do homem no espírito – não no sentido religioso – mas na sua capacidade de transcender o mundo meramente objetivo; também com Ernst Cassirer, com sua perspectiva simbólica da realidade, de ter o ser humano como *animal symbolicum*; ou ainda com o sociólogo Durkheim, para quem o ser humano tem um papel social destacado; também com Ortega y Gasset, mirando na capacidade de escolha do ser humano, ou seja, sua humanidade é caracterizada pela sua habilidade de escolha constante; e porque não com Sartre e Jaspers, para os quais o ser humano é aquele que se manifesta ou deve se autenticar constantemente para marcar sua existência (existencialismo sartreano); Freud, por fim, mas sem exaurir os exemplos, para quem a definição do ser humano é a de um possuidor de certos caracteres naturais, especialmente psicobiológicos.

Em breves referências a alguns dos grandes gênios da humanidade, o ser humano não é máquina e nem pode ser substituída por esta, à vista

de uma simples razão: vida é algo que transcende as razões binárias e a administração de dados; há introspecção e capacidade relacional, atributos ligados ao ser da humanidade e impossível de transferir-se para uma inteligência artificial.

Há, por certo, ainda outra razão. O ser humano está envolto num universo prático. Ou seja, universo em que “teoria’ e a ‘realidade’ não podem abstrair-se mutuamente como entidades discretas.”⁸ Noutras palavras, o que nos envolve são práticas refletidas. Um universo de situações-problema com que temos de dar contas para nós mesmos. Desde que o ser humano a partir da modernidade se declarou “senhor da história”, sua pretensa plena autonomia o obriga a produzir soluções definitivas para os problemas humanos.

Como se não bastasse a inconstitucionalidade destes vaticínios do século vinte e um, mostram-nos estes um aspecto irracional.

DA IRRACIONALIDADE – A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NÃO É SÓ ADMINISTRAÇÃO DE DADOS

Quem distribui justiça é o Estado Constitucional, e este não pode delegar tamanha responsabilidade para uma plataforma de inteligência artificial por uma simples razão: tanto na luta pelo direito, patrocinado pelo advogado(a), como na ponderação judicial, o raciocínio jurídico não observa a simples coordenação de fatos (positivismo comtiano) *repetíveis*⁹, como já dissemos.

O Advogado levanta teses, constrói argumentos, trabalha uma retórica, na intenção de criar um espaço jurídico para agasalhar o que ele entende ser o direito do seu cliente. Por sua vez, o que se requer do magistrado é que pondere, que tenha argumentos que se submetam às justificativas

⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. A imagem do homem no universo prático. In: *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, volume 1º, p. 311-348.

⁹ Por “ciência positiva” entende-se aquela que observa a “*coordination de faits*”. COMTE, A. *Cours de Philosophie Positive*, Paris, 1949, p. 99. Haveria a impossibilidade, segundo Comte, de se atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas, como único objeto possível da investigação científica. FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1980, p. 31.

internas e externas.¹⁰ Ou seja, que considere internamente a consistência e a coerência de seu discurso, bem como sob a perspectiva externa a historicidade dos fatos e os parâmetros legais vigentes e os precedentes mais atualizados.

Como pensar, então, esta liberdade sofisticada do advogado ou o desenvolvimento de métodos alternativos de resolução de conflitos, a mediação, conciliação e arbitragem, dentro de um sistema fechado como é o eletrônico de dados e sua inteligência artificial? A máquina não pondera, não sopesa os elementos da discussão jurídica, apenas traça um roteiro matemático, algorítmico, de possibilidades dentre as alternativas existentes em sua memória.

Se, portanto, o Direito não segue o método das ciências sociais e exatas, senão o método próprio de análise, segue-se que os eventos jurídicos de que trata são *irrepetíveis*. A contrario *sensu* todo caso seria o mesmo e toda solução jurídica não passaria de uma réplica da anterior. A existência de moldura normativa prevendo hipóteses de situações jurídicas não mereceria interpretação, saltaria a ponderação para a mera aplicação.

Os eventos concretos no mundo jurídico possuem suas especificidades e, portanto, não se reproduzem da mesma forma. Não há previsibilidade absoluta de um caso concreto, senão de situações jurídicas que a pretensão (direito subjetivo) entenda seja agasalhada pelo direito objetivo, nas suas formas de norma, princípio e precedentes judiciais. O campo jurídico não se submete aos métodos das Ciências Sociais e Exatas, pois estas buscam interpretar eventos que somente se enquadram na relação causa-efeito porque seus fatos se repetem. As relações que se estabelecem no ambiente jurídico são entre *fatos jurídicos* e *consequência jurídica*, hipoteticamente delineada *na norma* como em *princípios* e *precedentes judiciais*.¹¹

Tomemos como exemplo a recém surgida pandemia provocada pelo *coronavírus*. O que buscam os cientistas da medicina, os infectologistas, sanitaristas e patologistas? Uma sequência de fatos repetíveis provocados pelo vírus, causas e efeitos, o infectado número Zero, ou seja, elementos

¹⁰ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹¹ A doutrina classifica, em geral, as normas jurídicas em princípios e regras. Princípio, assim como regra, é espécie do gênero 'norma'. A doutrina constitucional classifica, de forma praticamente unânime, as normas sob o seu chamado aspecto estrutural em princípios e regras.". FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção Judicial nos Contratos e aplicação dos Princípios Gerais e das Cláusulas Gerais*. O caso do *leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2009, p. 188-189.

que se repetem para que uma vacina seja elaborada com base nos fatores previsíveis. Isto não existe no campo jurídico! Pode-se fazer um estudo de Sociologia Jurídica ou de Psicologia Jurídica sobre determinados comportamentos frequentes ou de eventos públicos ou privados que requeiram uma lei para melhor juridicização dos casos. Mas os eventos, as situações jurídicas são únicas.

A *ponderação* judicial envolvida na interpretação e na aplicação do caso concreto mostra-se complexa, como nos adverte Humberto Ávila¹² ao tratar criticamente sobre a questão. A “ponderação não é método privativo de aplicação de princípios”, pois também “pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados”, ou seja, as normas ou regras jurídicas. As regras jurídicas, ainda que de conteúdo evidente, detêm complexidade no momento de sua aplicação ao caso concreto.

O exercício da *ponderação* tanto na aplicação dos princípios como das normas jurídicas invoca hipóteses semanticamente abertas. A imponderabilidade, como já se falou, não faz parte do critério binário dos sistemas cibernéticos ou das tecnologias da informação. A interpretação e aplicação das regras e princípios jurídicos levam mais em consideração a percepção humana do valor justiça do que a estrita observação das molduras normativas e dos precedentes judiciais. Nesse sentido, Ávila explica a complexidade do processo interpretativo:

Nesses casos o intérprete terá de examinar várias razões contra e a favor da incidência da regra, ou investigar um plexo de razões para decidir quais elementos constituem os conceitos jurídicos-políticos. Como os dispositivos hipoteticamente construídos são resultado de generalizações feitas pelo legislador, mesmo a mais precisa formulação é potencialmente imprecisa, na medida em que podem surgir situações inicialmente não previstas. Nessa hipótese, o aplicador deve analisar a finalidade da regra, e somente a partir de uma ponderação de todas as circunstâncias do caso pode decidir que elemento de fato tem prioridade para definir a finalidade normativa.¹³

¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 57.

¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 62.

As máquinas, por mais avançadas que sejam, não trabalham com imponderabilidades. Qualquer plataforma de dados trabalha com binários e previsibilidade de eventos já ocorridos e que estão registrados em sua memória eletrônica. Situações novas e imponderáveis não fazem parte do acervo de dados disponíveis para a máquina elaborar soluções viáveis.

Para melhor esclarecimento, tomemos a plataforma “Watson” da IBM. Os serviços prestados por ela se subdividem em Conversação, Conhecimento, Visão, Voz, Linguagem, e Empatia (*Conversation; WKS, NLU, Discovery; Visual Recognition; Speech to Text, Text to Speech; Language Translator, NLC; Personality Insights, Tone Analyzer.*).

Na tarefa “Conhecimento”, que envolve o WKS – *Watson Knowledge Studio*, o NLU – *Natural Language Understanding*, e o *Discovery*, o utilizador “treina” o modelo de IA para que faça tarefas com dados já existentes em seu sistema de dados. Em resumo, a IA “Watson” modela dados já existentes e outros que possam ser alimentados, mas não julga estes dados, não possui uma consciência crítica axiológica dos mesmos.

Por conseguinte, há uma racionalidade jurídica que a máquina não dá conta. Suas decisões podem ser matematicamente racionais, mas totalmente irracional por não dominar a valoração jurídica.

Lançar expectativas que estão além da capacidade da inteligência artificial é ser tragado pela irracionalidade das esperanças mecanicistas e imediatistas da contemporaneidade. A única via possível da IA no campo jurídico é a da exclusiva administração de dados. Importante, por exemplo, na administração da burocracia judiciária.

BUROCRACIA JUDICIÁRIA

Tome-se aqui o sentido correto da “burocracia” e não seu significado pejorativo. Com sua etimologia no idioma francês, a burocracia é uma sequência coordenada de procedimentos, destinada a alcançar fins pré-determinados. Na administração da Justiça a burocracia que sustenta a prestação jurisdicional atua em dois ambientes do serviço judiciário, ambos autônomos e inter-relacionados. Um é o administrativo, manuseado pelo quadro de servidores treinados, que auxiliam na preparação das atividades propriamente jurisdicionais. O outro é o judicial, ambiente este em que impeeram as formalidades jurídicas e as figuras do magistrado, do representante do Ministério Público, e do Advogado.

A burocracia do ambiente administrativo ocorre com a cadência da organização, do recebimento, da seleção, da classificação, do andamento, etc. A burocracia do primeiro sentido pode tornar-se a burocracia do segundo sentido se o itinerário e o ritmo empregado sucumbirem à desídia. Exemplo é a postergação de providências que poderiam ser tomadas de imediato para outro momento, atrasando a sequência burocrática. Na verdade, a burocracia, em seu sentido original, é inevitável. O que se pode impedir é a negligência ou a displicência com as providências sequenciais que precisam ser tomadas.

O projeto do processo judicial eletrônico – Pje – que vem sendo implementado há pelo menos quinze anos nos Judiciários do país produz, até mesmo entre os magistrados, o equívoco de expectativa utópica de solução milagrosa. Não se refere ao fato de que a nova racionalidade promovida pela tecnologia digital tenha seus avanços e seja eficiente até certo ponto. A crítica que se deve fazer é que a implementação de procedimentos eletrônicos apenas acelera a fase burocrática, mas não supera o livre arbítrio da vontade humana, suas escolhas e decisões.

Noutro sentido, há burocracia no ambiente judicial, isto é, especificamente aquela existente na atividade do juiz, do representante do Ministério Público e do Advogado. Todos se submetem a prazos e formalidades ditadas pela processualística legal vigente. É a burocracia processual. Mas todos também podem desta se valer para, por pura desídia ou má-fé, criar novas situações de complexidade e impasse processual.

Neste ambiente pouco também a tecnologia digital pode contribuir se não fazer os registros das manifestações, dos pareceres e das decisões. Não há como acelerar o raciocínio que, pelo lado do Advogado, desenvolve uma retórica única, a da defesa do seu cliente. Ou do representante do Ministério Público, que tentará despertar a simpatia do juiz pela sua tese em defesa da observância estrita da lei ou dos interesses da sociedade. E, por fim, do magistrado, cujo juízo de ponderação jamais pode ser substituído pelo aparelhamento da tecnologia digital, pelo simples fato de que não se submete somente à binários, certo e errado, legal ou ilegal.

Se a burocracia é inevitável nas organizações sistêmicas, o que se pode evitar é a tirania da burocracia sobre o bom-senso, que impede, em muitas circunstâncias, a agilidade de procedimentos e a solução de problemas. Nos dois ambientes, é imperioso que seus atores assumam o controle e dominem a burocracia. Dominá-la é tornar-se, antes de tudo, um ser humano, senhor daquela história e assumir como entidade que pensa, que

pode fazer escolhas, que não é tutelada pelas invenções humanas (burocracia), mas que cria sua existência a cada momento, com base nos valores e princípios da dignidade da pessoa humana.

No livro *A Vida do Espírito*, Hannah Arendt reforça a obrigação que o ser humano tem de pensar. Rememorando as conclusões que teve com um de seus trabalhos mais importantes e polêmicos, *O Julgamento de Eichman*, ela insistiu que a *irreflexão* era o motivo básico da “banalização do mal”. Eichman ordenara a morte de grande número de judeus simplesmente porque não esboçou qualquer resistência voluntarista à burocracia. Vendeu-se a ela por desejos de valorização pessoal, de significado e sentido de sua vida ao ser galgado a posições de liderança no esquema nazista. Disse ela, *in verbis*:

Aquilo com que defrontei, entretanto, era inteiramente diferente e, no entanto, inegavelmente factual. O que me deixou aturdida foi que a conspícua superficialidade do agente tornava impossível rastrear o mal incontestável de seus atos, em suas raízes ou em seus motivos, em níveis mais profundos. Os atos eram monstruosos, mas o agente – ao menos aquele que estava em julgamento – era bastante comum, banal, e não demoníaco ou monstruoso. Nele não se encontrava sinal de firmes convicções ideológicas ou de motivações especificamente más, e a única característica notória que se podia perceber tanto em seu comportamento anterior quanto durante o próprio julgamento e o sumário de culpa que o antecedeu era algo de inteiramente negativo: não era a estupidez, mas *irreflexão*.¹⁴

A irreflexão está à espreita de todo operador do direito. É esta que manipula a burocracia e a faz ser ditadora, desumana e irracional. Os instrumentos da eletrônica digital não são páreos para confrontar a irreflexão. Na verdade, podem contribuir para que os atos burocráticos do segundo sentido se potencializem.

OUTRAS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS – O FUNCIONALISMO JURÍDICO

Por ocasião do mestrado em Direito na Universidade de Coimbra, meus estudos de Teoria Geral do Direito, pelo magistério de Antonio Castanheira Neves, chamaram a atenção para sua proposta de categorização das novas tendên-

¹⁴ ARENDT, Hannah. *A Vida no Espírito*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 18.

cias pós-positivistas jurídicas sob moldes do que ele denominou de *funcionalismo jurídico*. Funcionalista no sentido de considerar o Direito apenas como *instrumento* de intencionalidades diversas do estritamente jurídico. Se, por exemplo, a intenção é buscar a eficiência econômica por meio da legislação ou por meio das decisões judiciais, como quer uma parte significativa da *Análise Econômica do Direito*, o valor estritamente jurídico do conteúdo normativo ou dos princípios de direito tornam-se irrelevantes.

Já em minhas pesquisas para o doutoramento, que resultou no livro “*O Funcionalismo Jurídico no Judiciário Brasileiro*. Esboço de uma teoria da funcionalização da razão prática judicial.”, tentei demonstrar como havia, e ainda há, um programa jurídico-funcionalista para a Justiça Brasileira. Na busca pela solução à morosidade da Justiça brasileira, por ocasião da proposta de reforma do Judiciário no início deste século, ministros, doutrinadores, professores de Direito, entre outros, como Ives Gandra Martins, por exemplo, tinham, como solução do problema da morosidade do Judiciário apenas as formas organizacionais, de armazenamento e gerenciamento de dados, e a simplificação operacional com modificações na legislação processual.¹⁵

Disso resultou numa prática obsessiva de controle procedimental por meio de relatórios continuados de juízes, desembargadores e ministros, além disto também se estender para o território do Ministério Público.

A consequência foi a adaptação dos juízes e dos tribunais em esquemas de julgamento rápido, de adoção de uma sistemática em que a suspeita pela diminuição da qualidade é alta. A começar pela contratação de estagiários em gabinetes que elaboram, inclusive, um texto prévio de voto, como é sabido, a tentação pela mecanização do ato de ponderação para ao final do mês produzir um relatório de desempenho é uma das expressões mais grotescas desta intencionalidade *funcionalista*.

É uma ilusão pensar que o problema da morosidade está localizado estritamente nos procedimentos de gestão. Mesmo assim, para os notáveis juristas consultados nas audiências da Comissão da Câmara e do Senado Federal da reforma do Judiciário a solução não passava de uma racionalização do sistema existente, amputando fases processuais, instâncias jurisdicionais, e ampliando o quadro de magistrados.

¹⁵ BORGES, Ivan Cláudio Pereira. *O Funcionalismo Jurídico no Judiciário Brasileiro*. Esboço de uma teoria da funcionalização da razão prática judicial. Beau Bassin: Omnium Scriptum. Novas Edições Acadêmicas, 2018, p. 133-134.

Após a reforma, o Conselho Nacional de Justiça recém criado entendeu esta mensagem e depositou no incremento da tecnologia da informação na adoção de métodos de controle gerencial, como o *Balanced Score Card*, que somente com um controle centralizado na produtividade seria possível tornar o Judiciário mais célere e acessível à população. O que hoje se vê na prática é a busca incessante de juízes e tribunais para atender os critérios de controle e o atingimento de metas, ou seja, idêntico objetivo de uma linha de montagem.

Tudo isto parecia que a implementação de soluções mecânicas, procedimentais, frente a um problema sistêmico muito maior traria o desafogo esperado. Não foi o que aconteceu. Já na gestão do ministro Ricardo Lewandowski como presidente do CNJ revelou-se a triste constatação de que a litigância não diminuíra e mesmo com o incremento dos julgamentos e das conciliações o resultado positivo fora píffio. Os Juizados Especiais, que não eram para ter processos físicos, hoje mantém processos já com volumes e muitos juízes se recusam a implementar os procedimentos de destruição dos acordos feitos em juízo.

A questão, portanto, não é somente de melhor gerenciamento e, tampouco, de substituição dos operadores de direito pela Inteligência Artificial. A questão é que, na base, o descumprimento das leis e a busca por alternativas para burlá-las é tamanha que a prestação jurisdicional não é uma alternativa, virou regra. Regras trabalhistas são continuamente descumpridas pelo empresariado, para não dizer do próprio setor público, com os desatinos perpetrados pelo INSS, gerando processos longos e dispendiosos para a União, Estados e Municípios, como é notório.

Ao optar por não resolver problemas crônicos relacionados ao desatendimento de direitos e garantias constitucionais, os cultores desta festejada “reforma”, desprezaram os experts da teoria sistêmica, pois estes se cansam de advertir que para cada nova solução meramente sistêmica abre-se um número maior de subsistemas derivados destes a exigir novos núcleos de apoio e mais apurada burocracia.

Veja, como exemplo, o núcleo de análise dos requisitos de pré-questionamento aos recursos do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o NUGEP ou Núcleo de Gerenciamento de Precedentes.¹⁶ Mais de cinquenta analistas preenchem, diariamente, cinquenta questionários ou muito mais,

¹⁶ Há ainda o NARER, competente para análise do saneamento, a admissibilidade dos recursos. Súmula 182 do STJ.

de avaliação dos recursos interpostos, levando apenas para assinatura do Presidente daquele tribunal. A avalanche de recursos não é detida por um número maior de analistas. Pelo contrário, os litigantes sabem que se o tribunal passou a dar conta dos recursos em quantidades maiores então é possível recorrer mais.

Com a inserção da Inteligência artificial não será diferente. A opção por soluções messiânicas e milagrosas sem atentar para os problemas reais e concretos levará a um quadro de estresse do sistema, para não se falar em supressão de direitos e garantias ante a análise meramente robótica dos argumentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente invocação da Inteligência Artificial nas atividades jurídicas é limitada à administração e gerenciamento de dados. Não há possibilidade jurídica, por que não constitucional, de se albergar na vida prática do advogado e do magistrado, a substituição, ainda que mínima, da competência e habilidades dos operadores do Direito. Há uma personalidade insubstituível nos processos retóricos do advogado e de ponderação judicial dos magistrados.

Além disto, esperar que a Inteligência Artificial dê conta da elaboração de peças jurídicas processuais e de vereditos é irracional na medida em que a *reflexão* é produto exclusivo da razão humana. Junte-se a isto o fato de que toda redução de um problema sistêmico gera inevitavelmente outros tantos que merecerão novos procedimentos de controle e gestão, ampliando o quadro de possibilidades de forma geométrica.

PRINCÍPIOS DA ÉTICA APLICADOS À MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

OSÉ MAURICIO DE LIMA¹

Não há nada de errado com a existência de conflitos; errado é deixar de resolvê-los de maneira satisfatória.

Mary Parker Follett

Resumo: Este artigo é uma reflexão sobre a conduta humana no campo da ética do mediador, tendo como foco a prática do profissional da área de mediação de conflitos. Traz como referências as regras de conduta profissional aplicáveis aos conciliadores e mediadores, contidas no ANEXO III da Resolução 125, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13, que estabelecem padrões para regular a prática da mediação e da conciliação, como métodos adequados de tratamento de conflitos. Pretende-se examinar os princípios éticos básicos que se aplicam aos mediadores; considerar como alguns desses princípios podem entrar em conflito; identificar dilemas éticos encontrados pelos mediadores; e propor um processo de raciocínio reflexivo para fazer escolhas éticas para os mediadores e operadores do Direito.

Palavras-chave: Ética e Mediação. Conflitos. Atividade do mediador. Comportamento ético. Métodos Adequados de Tratamento de Conflitos

¹ Mestre em Filosofia pela UnB - Universidade de Brasília, Especialista em Administração Judiciária pela FGV - Fundação Getúlio Vargas. Advogado (OABDF26613). Administrador (CRADF1220). Instrutor de Mediação credenciado pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Instrutor de Mediação e Conciliação no NUPEMEC - Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação (TJDFT). Mediador voluntário no CEJUSC - Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Brasília (TJDFT). Mediador Privado. Professor de Métodos Adequados de Tratamento de Conflitos no IDP - Instituto Brasiliense de Direito Público, Presidente do CEBRAMAR - Centro Brasil de Mediação e Arbitragem e Superintendente em Brasília do CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem.

Abstract: *This article is a reflection on human conduct in the field of the mediator's ethics, focusing on the practice of professionals in the area of conflict mediation. It brings as references the rules of professional conduct applicable to conciliators and mediators, contained in ANNEX III of Resolution 125, with the wording given by the Amendment nº 1, de 31.01.13, which establish standards to regulate the practice of mediation and conciliation, as appropriate methods of conflict handling. It is intended to examine the basic ethical principles that apply to mediators; consider how some of these principles may conflict; identify ethical dilemmas encountered by mediators; and to propose a reflective reasoning process to make ethical choices for law mediators and operators.*

Key-words: *Ethics and Mediation. Conflicts. Mediator activity. Ethical behavior. Appropriate Methods of Conflict Handling.*

1. INTRODUÇÃO

É certo que desde que o homem começou a conviver em grupos societários passou a criar normas de comportamento e convívio, cujos valores, apesar de sofrerem mutações adaptativas, por serem questionados e até mesmo banalizados, seus princípios basilares permanecem até hoje e sua grande maioria. Essa assertiva é tomada como premissa para o desenvolvimento das ideias aqui apresentadas.

Também é notório que nunca se falou tanto em ética quanto se fala hoje em dia. A palavra ética é usada em momentos relevantes da nossa vida. A ética orienta nossas escolhas de amizades, casamo-nos e divorciamo-nos baseados em apreciações éticas dos nossos pares, escolhemos ter ou não ter filhos justificados em valores éticos, trocamos de emprego motivados por condutas éticas do empregador ou colegas, por escolhas éticas elegemos e destituímos governantes, enfim, usamos a ética para tomarmos decisões tanto da vida pública como da vida privada.

A ética, portanto, está presente em todas dimensões da vida cotidiana, da ciência, da política e da biologia. Como afirmara Aristóteles, a ética é a “ciência dos negócios humanos”. Ou seja, é em toda interação, na dinâmica do convívio social, que se possibilita transparecer os valores éticos e morais humanos, assim como o desenvolvimento destes.

A outra premissa a ser considerada aqui, que se entrelaçará necessariamente com a primeira, é que, a partir do pensamento de Konrad Lorenz, zoólogo, etólogo e ornitólogo austríaco, agraciado com o Nobel de Fisiologia de 1973, por seus estudos sobre o comportamento animal em seu livro *A Agressão: uma história natural do mal*, o conflito faz parte da natureza humana e, como tal, o conflito é “natural” no ser humano. No entanto, no mundo humano, a astúcia da razão dá-lhe um caráter específico. O homem é conflituoso por natureza, mas é preciso ver que caminhos deve a própria humanidade trilhar no sentido de fazer a profilaxia, pelo menos nos efeitos nefastos dessa tendência dita “natural”. (LORENZ, 1973).

Pode-se afirmar, nas pegadas de Ortega y Gasset, que o homem é tudo o que ele tem mais aquilo que lhe falta”. Lorenz, neste contexto, anota que a função da moral “é restabelecer um equilíbrio aceitável entre os instintos do homem e as necessidades de uma ordem social evoluída pela cultura”.

2. GENEALOGIA DO CONFLITO EM SUAS BASES FILOSÓFICAS E PSICOLÓGICAS

Conhecer as causas originais do conflito pode nos ajudar a entender com mais segurança esse fenômeno. Não poderia ser outra forma de perscrutar o tema sem primeiramente qualificar e entender a natureza do conflito, ou seja, como o ser humano o percebe, as reações que provoca na sua psiquê e as ações que se desencadeiam para enfrentá-lo. Portanto, nessa empreitada, levaremos em consideração as fontes comuns do conflito.

Existem diferentes maneiras de se perceber, reagir e agir diante de um conflito. Ocorre que, quando se fala em conflito, o que vem imediatamente à nossa mente, na maioria das vezes, são ideias como diferenças, desacordos, brigas, guerra, etc.

Nesse sentido, o conflito geralmente é percebido sob uma perspectiva destrutiva entre grupos ou indivíduos, caracterizados por antagonismos e hostilidades. Esse estado de coisas é geralmente alimentado pela oposição de uma parte à outra (pessoa, grupo de pessoas, organizações de toda natureza ou mesmo países), em um jogo de vaidades, idiosincrasias, invejas, ciúmes, ambições e medos, na tentativa de alcançar um objetivo diferente do da outra parte. Isso porque os elementos envolvidos no conflito têm conjuntos variados de princípios e valores, permitindo assim que as disputas ocorram e se desenvolvam em uma espiral crescente em uma escalada

progressiva, resultante de um círculo vicioso de ação e reação. Quando esse processo é desencadeado, cada reação torna-se mais severa do que a ação que a precedeu, e novas questões ou pontos de disputa surgem. (BRASIL, 2016)

Esse modelo, denominado *espiral* ou *escalada do conflito*, sugere que, uma vez deflagrado o processo, o conflito tende a crescer, chegando a um ponto em que as causas que deram origem ao conflito vão gradativamente se tornando secundárias. A partir desse ponto as partes envolvidos estão mais preocupados em responder provocações, geralmente de ordem pessoal, do que propriamente resolver a questão de fundo ou original.

A boa notícia é que nem sempre os conflitos tem índole destrutiva. Esse foi o *insight* que teve Mary Parker Follett ao se debruçar sobre o tema em suas obras e conferências, cujas conclusões permanecem atualíssimas.

Formada em filosofia, direito, economia e administração pública e autora de três livros², abordando problemas administrativos focados nos seres humanos e nas suas ações, reações interações psicológicas, trouxe importantes contributos para a abordagem das relações humanas. Uma série de conferências denominada *As bases psicológicas da administração de negócios*, iniciadas em 1924, discutiu as diferentes formas de se resolver conflitos e de que modo tirar proveito de uma situação conflitante.

Desenvolveu o que ficou conhecido como *Princípio da Coordenação e Conflito*, em cujos estudos relacionou questões como criatividade, cooperação e administração de conflitos, cunhando as expressões *Resposta Circular* e *Conflito Construtivo*.

Sobre o primeiro tema - *Resposta Circular* - ela afirma que as relações entre as pessoas estão em constante modificação, que o simples contato entre duas pessoas que se relacionam já altera a forma como um vê ao outro. Assim, ela propõe que uma pessoa ao receber influência de outra, ao formular uma opinião já inclui essa nova percepção na sua fala e que essa nova percepção ao ser recebida pela outra pessoa irá alterar a forma como esta pensa, num ciclo contínuo e vicioso. Nota-se nessa ideia uma semelhança com formulação de Jean Paul Sartre³ de que o homem definirá

² *The New State: Group Organization the Solution of Popular Government; Creative Experience; e Freedom & Coordination.*

³ Jean-Paul Charles Aymard Sartre. Filósofo, escritor e crítico francês, conhecido como representante do existencialismo. Autor do clássico *Ser e o nada: Ensaio de ontologia fenomenológica* (1943)

a si mesmo e a toda humanidade tanto por meio de seus atos quanto em sua relação com o mundo e com os outros.

Sobre o *Conflito Construtivo*, Follett afirma que as divergências são extremamente importantes porque revelam uma diferença de opinião que cedo ou tarde se manifestará, de forma danosa ou não, propondo três soluções possíveis para o conflito: i) A primeira seria a dominação onde um dos lados, o mais forte provavelmente, predominará e terá suas exigências atendidas, enquanto o outro lado não terá nenhuma de suas exigências atendidas, e assim, o conflito será na verdade sufocado. ii) A segunda alternativa apontada por Follett diz que os dois lados cederão cada qual um pouco, e um meio-termo será adotado como solução. A esse método denominou conciliação, uma alternativa apontada por ela como nociva a ambos os lados já que nenhum tem suas reivindicações plenamente atendidas. iii) A solução ideal proposta por ela é a Integração, na qual a resposta ao dilema não está concretizada e deve, portanto, ser pensada, inovada, criada. A integração parte do pressuposto que o conflito existe porque demandas não são atendidas, e essas demandas não devem ser suprimidas, e sim supridas. (STOUT, 2017)

No entanto ela reconheceu que nem todas as disputas poderiam desse modo ser resolvidas e que embora seja a solução ideal, nem sempre é a real, e portanto muitas vezes a conciliação e até mesmo a dominação são as alternativas concretas.

No campo da política, observa-se nas últimas décadas que a teoria democrática foi influenciada por percepções que enfatizam os processos de produção do consenso e deslocam a centralidade do conflito político – como a filosofia de Habermas⁴ e Rawls⁵. A obra de Chantal

Mouffe⁶ denuncia esse movimento, destacando a irredutibilidade do conflito. Ela defende a ideia de Chantal Mouffe Cientista política pós-marxista belga. Desenvolve trabalhos na área da teoria política. Trabalha em várias universidades na Europa, América do Norte e América Latina.

⁴ Jürgen Habermas é um filósofo e sociólogo alemão que participa da tradição da teoria crítica e do pragmatismo, sendo membro da Escola de Frankfurt. Autor de *Teoria do agir comunicativo* - vol. 1: *Racionalidade da ação e racionalização social*- vol. 2: *Sobre a crítica da razão funcionalista*

⁵ John Rawls. Foi um professor de filosofia política na Universidade de Harvard. Autor de *Uma Teoria da Justiça*.

⁶ Chantal Mouffe Cientista política pós-marxista belga. Desenvolve trabalhos na área da teoria política. Trabalha em várias universidades na Europa, América do Norte e América Latina. Autora do livro *Sobre o político*

Autora do livro *Sobre o político* uma “democracia agonística”, em que se deve renunciar à naturalização das fronteiras da democracia e dos embates entre seus atores – os que eram tidos como inimigos, no interior de uma sociedade democrática, devem assumir o papel de adversários que compartilham um conjunto de valores e princípios ético-políticos, cuja interpretação está em disputa.

No entanto, Mouffe acaba por reproduzir, em outro nível, o dilema que propunha superar. Ou se postula a existência de mecanismos de produção de consenso sobre os limites legítimos da disputa agonística, solução que ela recusa, ou a disputa sobre esses limites toma a forma de um conflito “antagonístico”, entre inimigos, do qual ela também deseja escapar. Esse dilema é inerente a qualquer tentativa de domesticação do conflito político. Segundo Miroslav Milovic, Mouffe fala sobre os perigos de uma teoria que procura as soluções consensuais e assim marginaliza os verdadeiros conflitos, ou seja, alerta para o perigo das soluções consensuais que excluem a política, pois nesse caso tais consensos esconderiam o conflito. (MILOVIC, 2017).

No livro *The Resolution of Conflicts*, Morton Deutsch, o psicólogo social estadunidense, classificado pela *Review of General Psychology*, como o 63º psicólogo mais citado do século XX, um dos fundadores do campo de pesquisa em resolução de conflitos, afirmou que

“O conflito tem muitas funções positivas. Previne a estagnação, estimula interesses e curiosidade, é o meio através do qual problemas podem ser arejados e soluções atingidas, é a raiz das mudanças pessoais e sociais. (...) Uma sociedade flexível, beneficia-se do conflito”. (DEUTSCH, 1973)

Deutsch classifica os conflitos em *construtivos* e *destrutivos*. Nos primeiros, como foi visto acima, há uma tendência de o conflito aumentar ou acentuar-se quando deflagrado e prossegue sem as intervenções que interrompem o círculo vicioso mediante o tratamento adequado do conflito. Já vimos essa situação na *espiral* ou *escalada do conflito*. As partes, quando em processos destrutivos de resolução de disputas, terminam por enfraquecer a relação social preexistente e com um aumento da animosidade, resultado da forma ineficaz de trabalhar o conflito. Isso se estiverem numa relação processual.

Os processos construtivos, segundo Deutsch, seriam aqueles em que as partes concluiriam a relação processual com um fortalecimento da relação social que já havia antes da disputa. Isso ocorreria pelo aumento do conhe-

cimento entre elas e pela empatia desenvolvida na resolução do conflito.

Corroborando esse entendimento, a história registra muitas disputas que resultaram em grandes avanços para a humanidade. Tome-se por exemplo as turras protagonizadas por Isaac Newton e Gottfried Leibniz há mais de 300 anos. O objetivo da árdua briga, marcou o procedimento para resolver – ou pelo menos tentar – conflitos posteriores, consistente no descobrimento do cálculo infinitesimal. Não menos intensos foram as discussões decorrentes dos *insights* de Charles Darwin e Richard Owen que resultaram na *Teoria da Evolução*; outros exemplos se seguem como o dos britânicos e americanos que reuniram os seus mais prodigiosos cérebros para deter Hitler na descoberta da bomba atômica; a dramática corrida espacial desencadeada com o lançamento do *Sputnik* em 1957 e coroada 12 anos depois com os passos do americano Neil Armstrong na lua. Contemporaneamente travou-se uma disputa em torno das pesquisas que resultaram na descoberta do DNA e o segredo da vida, que uniu um par de jovens pesquisadores em Cambridge, mas resultou em uma fogueira de vaidades e na morte precoce de um brilhante cientista do *King's College*, em Londres. Também acompanhamos pela imprensa a disputa sobre o controle do ciberespaço entre duas empresas gigantes da informática, a Microsoft de Bill Gates e a Oracle de Larry Ellison. (WHITE, 2003).

Outro psicólogo estadunidense, Daniel Katz, produziu estudos clássicos sobre estereótipos e preconceitos raciais e mudança de atitude, e sua busca pelas conexões entre a psicologia individual e os sistemas sociais. Katz classificou as três principais fontes de conflito, que surgem devido a questões econômicas, conflitos de valores e o conflitos de poder. (KATZ, 1970).

O conflito econômico é causado por uma quantidade escassa de recursos. Os grupos ou indivíduos envolvidos entram em conflito para obter o máximo desses recursos, gerando comportamentos hostis entre os envolvidos.

O conflito de valor preocupa-se com as variadas preferências e ideologias que as pessoas têm como seus princípios. Os conflitos causados por esse fator são demonstrados em guerras em que partes antagônicas têm conjuntos de crenças que afirmam de maneira agressiva e muitas vezes violenta.

O conflito de poder ocorre quando as partes envolvidas pretendem maximizar a influência que ele tem no ambiente social. Tal situação pode acontecer entre indivíduos, grupos ou até nações. Em outros tipos de conflito, o poder também é evidente, pois envolve uma afirmação de influência sobre o outro.

Como visto, o conflito é inerente à condição humana. O choque de pensamentos e idéias fazem parte da experiência humana. É verdade que pode ser destrutivo se não for controlado. No entanto, não deve ser visto como algo que só pode causar resultados negativos. É uma maneira de apresentar realizações mais significativas que certamente podem ser úteis para as pessoas envolvidas. Esses resultados positivos podem ser alcançados mediante a implementação eficaz métodos adequados à resolução de conflitos. O conflito, com efeito, pode ser visto como uma oportunidade para aprender e entender nossas diferenças. Todos nós podemos viver harmoniosamente, apesar dos conflitos, desde que saibamos como gerenciar essas lutas com responsabilidade. Existem técnicas para isso desenvolvidas pela psicologia positiva e pela neurociência.

3. ÉTICA E SUA APLICAÇÃO NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Durante séculos, a tradição filosófica buscou definir a verdade no que tange o que poderia ser definido como condutas humanas corretas, a partir dos juízos reflexivos sobre o que é passível do entendimento do bem e do mal, do certo e do errado, podendo estar presente em um único ser ou em grupo.

No contexto histórico das culturas, tanto ocidentais como orientais, a abordagem mais defensável e de alguma forma mais satisfatória foi a combinação da religião, da moral e da lógica com o direito. Nossas sociedades foram fundadas no domínio da lei, cujos valores morais comuns aos assuntos de direito dela fazem parte de forma essencial. A organização hierárquica dos padrões de conduta introduz uma ordem de relacionamento entre as manifestações da atividade humana que são postas e definidas pela ética, os códigos de ética, a moral e a lei. (PERELMAN, 2002). Esses padrões de conduta são constantemente questionados e frequentemente confundidos pelo senso comum, parcial ou totalmente. Por isso, torna-se necessário um breve esclarecimento.

A moral, entendida como um conjunto de regras adquiridas através da cultura, da educação, da tradição e do cotidiano, e que orientam o comportamento humano dentro de uma sociedade, nos leva a fazer as escolhas sobre que é certo e bom para a vida em uma determinada sociedade. Reflete, portanto o seu significado etimológico original. Como se sabe os romanos traduziram o *ethos* grego, para o latim *mos* (ou no plural

mores), que quer dizer “costume”. Essa é a origem da palavra, cujo significado contemporâneo é de que representa uma consciência compartilhada com base em costumes, horários e lugares do mundo, estabelecendo princípios regulatórios para ação e conduta.

A ética, a seu turno, é uma disciplina reflexiva sobre a moral que procura avaliar o comportamento humano do ponto de vista de um sistema de valores. A ética, ao lado da política como conhecimentos práticos da Filosofia, é incorporada na realidade e define as etapas que podemos tomar para levar a uma ação justa. A ética tem uma dimensão intersubjetiva, referindo-se a valores que se mantêm em um lugar e tempo circunscrito no presente. É uma função do objeto, mas centrada no assunto, anexando-se a valores relativos e imanentes. Na lição de Julio Cabrera,

A ética se ocupa com os critérios de correção ou incorreção de ações humanas no que se refere especialmente a suas relações com outros humanos, entendendo-se correção não apenas num sentido técnico ou instrumental, mas como consideração pelos interesses de outros e disposição de agir em consequência, mesmo acarretando dificuldades. (CABRERA, 2014)

Diante dessas dificuldades apontadas por Cabrera, os códigos profissionais de ética são fixados em atividades humanas reguladas em uma dimensão deontológica, ou seja, conjunto de deveres profissionais estabelecidos em um código específico. Eles categorizam ações em regras e deveres, principalmente para aqueles que exercem determinadas profissões. Os fundamentos dos códigos de ética profissionais são assim encontrados em códigos de conduta para engenheiros, arquitetos, médicos, advogados, etc.

Mesmo os juízes, que são constitucionalmente independentes, são regidos por um conjunto de princípios éticos, que anunciam os deveres que os juízes têm para cumprirem bem sua missão de julgar. Uma vez fracassada a ética, a lei estabelece regras para o funcionamento da sociedade humana para garantir o bem-estar e a continuidade da sociedade. Permite, defende, sanciona e castiga. A lei transforma a moral em ação.

4. SOBRE MEDIAÇÃO

A mediação, por sua vez, como sabemos, é uma forma consensual de resolver desacordos, com base na negociação e auxiliado por um terceiro

neutro, o mediador. No Brasil, a mediação pode ser operada no âmbito judicial ou no âmbito extrajudicial. A mediação extrajudicial intervém fora do sistema formal de justiça. A mediação judicial é um meio consensual para resolver disputas que se baseiam na negociação e integradas no sistema judicial formal.

No Brasil, a mediação judicial, que deve ser conduzida por mediadores treinados, é voluntária, no sentido de que ninguém está obrigado a se submeter ao procedimento, podendo optar espontaneamente por aderir-la.

A mediação frequentemente dá origem a dilemas que envolvem ética, códigos de ética profissional e a lei. Dilemas éticos surgem no curso da mediação judicial, bem como na mediação extrajudicial. Como foi dito, os códigos de conduta profissional estabelecem princípios regulatórios destinados a orientar os mediadores nas suas intervenções.

Embora esses códigos estabeleçam os parâmetros gerais que devem orientar os mediadores, eles não podem prever todas as questões éticas e questões que surgem no decurso das atividades de mediação. Muitos livros e artigos de destaque foram escritos sobre mediação, mas muito pouco se escreveu sobre ética na mediação.

5. A ÉTICA APLICADA À MEDIAÇÃO

As regras éticas de conduta profissional aplicáveis aos conciliadores e mediadores no âmbito judicial, são definidas em termos gerais que explicam as melhores práticas e estabelecem meios para implementá-las. Elas estão contidas no ANEXO III da Resolução 125, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13, que estabelecem padrões para regular a mediação.

Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

Os códigos de conduta que regulam a mediação judicial e extrajudicial estão se tornando cada vez mais difundidos em sociedades que incentivam

o uso da mediação, sendo os princípios essenciais comuns às duas áreas esferas de atuação.

No Brasil, a mediação praticada no âmbito do Poder Judiciário se orienta pelo diretrizes da citada Resolução 125 do CNJ⁷, que define os princípios que devem orientar as atividades de conciliação e mediação.

No âmbito extrajudicial, ou na mediação privada, o CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem aprovou um Código de Ética a ser aplicado à conduta de todas as instituições de mediação e arbitragem a eles filiados.⁸

Os princípios convergentes mais significativos são: a autodeterminação, a imparcialidade, a independência e os conflitos de interesse, confidencialidade e qualidade do processo de mediação. Esses princípios abrangem a qualidade dos meios de intervenção e os atributos essenciais do terceiro neutro.

5.1 Autodeterminação

O princípio da autodeterminação impõe ao mediador o dever de garantir que as partes dêem consentimento livre e esclarecido ao longo do processo de mediação. Esse princípio traduz-se no dever do mediador de: i) abster-se de induzir as partes a aceitarem um acordo; ii) informar as partes de que têm o direito de aceitar ou rejeitar um acordo; e iii) respeitar a liberdade das partes na tomada de decisão, desde que seja de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

Na mediação extrajudicial, o mediador está empenhado em respeitar a autonomia das partes e não influenciar o seu consentimento. O mediador, como facilitador neutro, deve sempre levar as partes a refletirem opções de soluções. É importante lembrar que as partes frequentemente abandonam sua percepção objetiva do conflito. Para ter uma visão mais ampla, o mediador irá orientá-los para além do quadro estreito de seu desacordo e explorar avenidas que provavelmente constituirão opções válidas para encontrar uma solução.

⁷ <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>

⁸ <https://conima.org.br/institucional/codigo-de-etica-das-instituicoes/>

No entanto, a responsabilidade pela decisão deve ser totalmente das partes. A independência de intenção pressupõe a capacidade de expressar consentimento livre e esclarecido. O mediador observará atentamente todos os sinais de conflito, identificando eventuais inaptidões na capacidade de uma parte para fazer escolhas e dar o seu consentimento.

A presença de advogados não dispensa o mediador do dever de garantir que as partes que assinam o acordo possam expressar o consentimento informado e claro.

5.2 Imparcialidade do mediador

O princípio da imparcialidade significa que o mediador se comportará de forma neutra e justa em relação às partes ao longo do processo de mediação, abstendo-se de dar preferência indevida à posição de qualquer das partes ou dirigir o processo de forma a favorecer qualquer das partes.

No entanto, o mediador frequentemente precisa equilibrar a obrigação de imparcialidade contra o dever de proteger a integridade do processo de mediação. Esse dever especificamente inclui o tratamento justo das partes. O mediador deve proteger as partes de qualquer abuso de influência ou poder. É essencial identificar a dinâmica de dominação e controle desde o início da sessão, a fim de evitar ter que repetir a solução obtida pela mediação ou reforçar os problemas que inicialmente deram origem ao conflito. Cabe ao mediador assegurar que o processo seja justo e que as partes não se arrependam de tê-lo assinado. É quando se atinge o denominado “equilíbrio de Nash”.⁹

Entre os fatores que podem impedir a justiça do processo, há um equilíbrio de poder desigual que deixa uma parte sem poder de barganha real e diferenças culturais que precisam ser gerenciadas com cuidado e respeito, pois podem afetar o estilo de negociação e a expressão de intenção. As técnicas de negociação no modelo proposto pelo Projeto de Harvard consistem na definição da melhor alternativa à negociação de um acordo.

⁹ O Equilíbrio de Nash é o modelo matemático proposto John Nash (1928-2015), laureado com o Prêmio Nobel de Economia no ano de 1994, que considera um sistema estável de competição. Este sistema é definido conforme regras de ganhos e perdas resultantes das escolhas dos indivíduos participantes. Assim, qualquer um dos participantes desse meio não conseguirá escolher uma estratégia vencedora se os outros participantes mantiverem suas escolhas iniciais fixas.

Estes dois fatores nos trazem de volta à qualidade do consentimento livre e esclarecido. Cabe ao mediador garantir que o processo não esteja estruturado de forma a causar desvantagens irrazoáveis a qualquer uma das partes. Nessas circunstâncias, o mediador às vezes tem que corrigir o equilíbrio na sala de mediação sem comprometer sua própria neutralidade, realizando o chamado teste de realidade.¹⁰

5.3 Conflito de interesses e independência

Os princípios do conflito de interesses e da independência estabelecem que o mediador não pode intervir em uma mediação que envolva qualquer pessoa com quem tenha vínculos pessoais, profissionais ou econômicos, ou tenha tido tais laços no passado. O mediador não deve ter interesse pessoal no objeto da mediação ou do resultado. Da mesma forma, ele não deve ter um relacionamento com qualquer parte ou com quem se beneficiar do resultado de um acordo.

A independência não é somente uma obrigação um de cada mediador, pois é também o fundamento do próprio instituto da mediação, que se baseia na intervenção de um terceiro neutro e desinteressado. A independência dos mediadores modela tanto um estado de espírito que se traduz na imparcialidade objetiva do mediador e na independência ligada à proteção da instituição da mediação.

5.4 Confidencialidade

A eficácia da mediação baseia-se na confidencialidade das trocas espontâneas de emoções e idéias e no estabelecimento de uma comunicação sinérgica que permite que as negociações dêem frutos.

Como regra geral, exceto em circunstâncias extraordinárias, tudo o que é dito, escrito ou feito durante o processo de mediação vem sob o selo de confidencialidade e não pode ser invocado em processos judiciais. Mas o que é confidencial na mediação? O que é confidencial nos diálogos realizadas no âmbito de uma sessão de mediação são os intercâmbios que levaram a uma

¹⁰ Técnica que o mediador usa, buscando uma reflexão realista dos mediandos sobre as propostas apresentadas por meio de parâmetros objetivos.

solução, ou seja, elementos que são comunicados durante essa sessão e que não eram conhecidos de uma das partes antes da conferência.

Se alguma coisa for conhecida por ambas as partes antes da sessão, não terá adquirido caráter de confidencialidade. A necessidade de manter um equilíbrio justo entre as partes torna-se mais evidente durante as reuniões individuais (*caucus*)¹¹ que ocorrem durante as sessões de mediação.

Os círculos concêntricos de confidencialidade são criados dessa maneira. A informação confidencial é revelada durante as sessões privadas, frequentemente acompanhada de instruções específicas sobre como informar a outra parte.

A habilidade do mediador consiste em saber onde desenhar a linha fina entre uma prudência excessiva que imobiliza a negociação e a ousadia desproporcional que afeta a imparcialidade e cria uma violação da confiança. Durante uma sessão de mediação, o mediador precisa permitir que as partes – sob a proteção da confidencialidade das trocas – examinem o problema de todos os ângulos e definam as questões e interesses essenciais subjacentes a uma solução.

Em resumo, o mediador deve criar um ambiente seguro que permita que as partes se envolvam espontaneamente e sinceramente no processo de negociação sem alterar o equilíbrio de poder. A confidencialidade é o coração e a alma da mediação judicial e extrajudicial. Toda vez que uma violação é feita naquela fortificação, a confiança na instituição da mediação é abalada.

5.5 Qualidade do processo de mediação

A qualidade do processo de mediação baseia-se na competência do mediador, que deve ter treinamento adequado e possuir os conhecimentos e habilidades que o qualificam para presidir o processo de mediação. O mediador é, antes de mais nada, um especialista no processo de comunicação e negociação. O mediador geralmente não é obrigado a ser um especialista sobre o assunto que é objeto da disputa. Por exemplo, os disputas relativas à construção de uma obra de engenharia ou à responsabilidade médica, exceto em casos específicos, requerem conhecimento dos pontos finos da engenharia civil ou dos preceitos da ciência médica.

¹¹ Termo das tribos indignas norte-americanas que significa encontros individuais.

Instruído pelas partes que apresentam as informações na pré-mediação, o mediador pode facilmente realizar a mediação e garantir a qualidade do processo. No entanto, alguns campos do esforço humano exigem conhecimentos sobre o assunto da disputa. A mediação é estruturada de forma diferente da negociação simples. Aqui, a comunicação é triangular, com as partes abordando entre si, embora na fase inicial, o mediador serve de intermediário na comunicação. O mediador não é o beneficiário privilegiado da comunicação, mas sim um canal; as partes mantêm a discussão através do mediador porque são elas que possuem poder de decisão.

Dito isto, a qualidade do processo refletirá a habilidade do mediador em assegurar que a comunicação não apenas fluirá, mas também é marcada por intervenções periódicas destinadas a delimitar as diferenças de opinião e avançar no processo de negociação. Essa dinâmica se aplica mesmo quando as partes são hostis e não querem estar na mesma sala durante as negociações.

Neste tipo de situação, o papel do mediador requer habilidade e domínio, porque ele é o único que fecha o triângulo de comunicação ao decidir quando e como transmitir informações relevantes para uma das partes, a fim de maximizar as chances de resolver a disputa, sem comprometendo seu dever de preservar a confidencialidade.

5.6 Ética dos advogados no processo de mediação

É difícil separar a ética do mediador da ética dos advogados que representam as partes. A mediação também impõe obrigações éticas aos advogados que são distintas das obrigações que se aplicam no âmbito do processo contraditório. Ao contrário do sistema de justiça tradicional, a mediação destina-se a deixar as partes falarem; a comunicação é estabelecida entre as partes (o mediador sendo um facilitador e não um interlocutor), e não entre os advogados e o juiz.

Assim, o papel que o advogado é chamado a desempenhar na mediação judicial leva-o para além do quadro ético projetado para discursos judiciais e representação. Até certo ponto, o advogado precisa dar prioridade à busca de uma solução justa negociada defendendo vigorosamente a posição de seu cliente, já que o objetivo da mediação é chegar a uma transação justa para as partes, não uma vitória unilateral.

No contexto da ética da mediação judicial, os advogados precisam abandonar o paradigma adversarial para abordar o que poderia ser chamada de ética não-adversarial. Assim, um advogado que representa um cliente em mediação deve continuar a agir como advogado e está vinculado pela disposições do código de ética profissional. No entanto, as obrigações éticas do advogado correm em duas direções. Se por um lado o advogado tem um dever de lealdade ao cliente. Por outro lado, o advogado também deve servir à justiça e participar da administração de justiça, como previsto na Constituição.

Em um contexto de mediação, os advogados podem enfrentar uma certa tensão entre o dever de lealdade ao cliente, que se baseia em uma concepção contraditória ou competitiva da profissão e os interesses da justiça, que tendem ao contrário a promover uma concepção cooperativa ou interrogativa .

Finalmente, quando observamos a mediação judicial, é interessante notar que o papel do advogado como agente auxiliar da justiça, inclui outro dever - o dever de informar o cliente da existência de um serviço de mediação ou de aconselhar o cliente sobre se o serviço seria apropriado.

Incentivar o uso da mediação exigirá educação: os advogados e o público em geral precisam ser informados de que a mediação está disponível e que é apropriado para a maioria das disputas. Necessário se faz enfatizar a dimensão ética que ressalta a obrigação dos advogados de facilitar a administração da justiça e evitar comportamentos motivados por interesses pessoais.

A mediação é um meio flexível e baseado no contexto de resolver conflitos. O ambiente ético está intimamente ligado à natureza do disputado, às partes envolvidas e às circunstâncias do tempo e do lugar, bem como o mediador escolhido pelas partes ou escolhida pelo juiz, mas sempre com a aceitação das partes

6. CONCLUSÃO

A mediação ocupa um território cada vez mais vasto no campo das atividades humanas. Não deve ser, portanto, surpreendente, que a reflexão ética desempenhe agora um papel

predominante. A mediação, um meio privilegiado de resolução de conflitos, evolui ao mesmo ritmo que a sociedade e precisa continuar a se adaptar à sociedade.

Despiciendo será dizer que códigos de conduta profissional que são vinculativos para os mediadores não podem resolver a grande quantidade de dilemas éticos que surgem na sala de mediação. Mas não seria desejável codificar intervenções éticas em um modelo regulatório estreito e fechado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6a Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.

CABRERA, J. Sobre o raciocínio prático-moral. In Manual de Ética - questões de ética teórica e aplicada / João Carlos Brum Torres (org). - Petrópolis, RJ : vozes; Caxias do Sul, RS : Universidade de Caxias do Sul ; Rio de Janeiro : BNDES, 2014.

DEUTSCH, Morton. The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes. New Haven and London, 1973: Yale University Press.

LOREZ, Konrad. A AGRESSÃO : Uma história natural do mal. Santos, SP: Livraria Martins Fontes Editora.

MILOVIC, Miroslav. Política e metafísica / Miroslav Milovic – São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.

PERELMAN, C. Ética e direito. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

STOUT, Margaret. Processo interativo: o pensamento de Mary Parker Follet - da ontologia à administração / Margaret Stout, Jeannine M. Love; Maria Thereza Moss (tradutora). Curitiba: InterSaberes, 2017.

WHITE, Michael. Rivalidades produtivas: disputas e brigas que impulsionaram a ciência e tecnologia / Michel White; tradução de Aluizio Pestana da Costa. - Rio de Janeiro: Record, 2003.

A MEDIAÇÃO QUÂNTICA SISTÊMICA COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: AVANÇO PARA ADVOCACIA E O DIREITO

LARISSA ROMANA DOS SANTOS SOUSA¹

Resumo: o presente estudo visa demonstrar como a mediação com princípios e técnicas quânticas sistêmicas podem potencializar a resolução dos conflitos judiciais e extrajudiciais. Descreve-se esse procedimento de mediação como forma de resolução alternativa de conflitos, tendo em vista que a maneira tradicional judicial, por vezes, não soluciona o cerne do problema, e sim apenas impõe decisão coercitiva de maneira que não conforta e nem agrada as partes, alargando ainda mais os motivos do conflito. Sabe-se que o procedimento da mediação tradicional é muitas vezes satisfatório, porém se trabalhado com a visão dos princípios quânticos e sistêmicos, pode-se chegar a resultados extraordinários, uma vez que esse procedimento de mediação concede a oportunidade de as partes enxergarem que elas mesmas conseguem colocar fim ao conflito abrindo a consciência, em razão do procedimento possibilitar uma comunicação bem feita, assim como enxergar o conflito um pouco além do que se vê. A metodologia da mediação de conflito adota princípios e técnicas quânticas sendo capaz de transformar os problemas em soluções, levando o consentimento e o raciocínio, tendo como resultado o entendimento que cessa o conflito.

Palavras-chave: Mediação. Harmonia. Quântica. acordo. Ordem.

¹ Advogada, Especialista em Direito e Jurisdição, Direito Empresarial e Penal, Pós-Graduada em Direito Sistêmico, Fenomonologia e formação em constelação familiar.

Membro do Instituto dos Advogados do DF.

Membro da INOVARB – Arbitragem e Diversidade.

Membro do colégio de mediação.

1. ENTENDENDO O CONFLITO

O ser humano em seu âmago tende a conceder e receber de forma compassiva². No entanto, uma pergunta vem à tona: o que ocorre quando o ser humano se desliga dessa natureza compassiva, gerando o conflito? Assim como, o que permite determinadas pessoas conseguirem manter-se ligadas à natureza compassiva mesmo diante de situações penosas?

Diante disso, pode-se observar que a resposta a estas duas perguntas passa, entre outras questões, pela forma como são colocadas as palavras em cada situação. Os aspectos que afetam essa capacidade de manter a pessoa compassiva são ligados à linguagem e ao uso das palavras³. Assim, nas relações cotidianas, há a desconexão na maneira específica da comunicação, gerando o conflito.

Como afirma Marshall que a não violência não é uma estratégia que se possa utilizar hoje e descartar amanhã, nem é algo que nos torne dóceis ou facilmente influenciáveis. O que se trata, na verdade, é de imprimir atitudes positivas em lugar das atitudes negativas que nos dominam. O que fazemos, na maioria das vezes, é baseado em motivações egoísticas (que vantagem eu levo nisso?), e isso se mostra ainda mais em uma sociedade materialista, que caminha de forma individualista. Dessa forma, nenhum desses conceitos negativos constrói uma família, comunidade, sistema, grupo, sociedade ou nação homogênia⁴.

Identificar o conflito, numa visão rápida e humana, é saber olhar que as partes envolvidas não entendem o que para o outro seria um ato de amor, por exemplo, no contexto das diferenças gritantes entre as pessoas. Dessa forma, o dilema é como fazer dar certo uma relação entre duas pessoas ou grupo. Assim, nos princípios das 5 (cinco) leis do amor, descrito por Gary Chapman⁵, um dos segredos está em compreender as diferenças entre as linguagens que cada um adota quanto à doação e ao recebimento do amor, ou seja, qual a linguagem predominante de cada um, e assim, quando o outro passa despercebido, a comunicação é afetada, impedindo que se sintam amados, aceitos e valorizados, causando o conflito.

² ROSENBERG, Marshall B. Comunicação não-violenta – Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 4. ed. São Paulo: Agora, 2014, p. 19.

³ Ibid., p. 21.

⁴ Ibid., p.15.

⁵ CHAPMAN, Gary. AS cinco linguagens do amor. 3. ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2013.

Dessa forma, mesmo sem adentrar aos demais fatores relacionados aos surgimentos dos conflitos de forma minuciosa – que são de natureza filosófica, sociológica, antropológica e jurídica – podem-se citar vários meios de solução com intuito de manter a ordem social e a natureza compassiva, mesmo que diante de circunstâncias contrárias à vontade do ser humano.

2. ENTENDO A MEDIAÇÃO

Diante disso, a primeira forma de resolução de conflito é o meio judicial, no entanto, Conrado Paulino da Rosa dispõe que as decisões judiciais não apresentam a capacidade de solucionar os conflitos, no sentido de extirpá-los, elucidá-los ou esclarecê-los. Elas atuam de forma aparente no conflito de modo que a pacificação real entre as partes fica inviável, pois a origem do conflito fica oculta. Sendo isso, muitas vezes, gera-se prolongação do processo, com a interposição de diversos recursos, protelando o fim do litígio⁶.

Alternativamente foram surgindo outras formas para solucionar os conflitos aparentes, tendo como objetivo evitar a judicialização de casos, bem como resolver efetivamente a raiz do problema⁷. Classicamente, existem quatro formas de composição de conflitos: a autotutela; a autocomposição; a heterotutela; e a heterocomposição⁸.

Na interpretação de Rossana Martingo Cruz, autora Portuguesa, a classificação da autotutela define-se pelo fato de que nessa modalidade o titular do direito violado é também o titular da sanção. Essa modalidade é proibida pelo artigo 1º do Código de Processo Civil Português (CPC), contrapondo ao direito de resistência, descrito no artigo 21 da Constituição da República Portuguesa.

Quanto à heterotutela, ainda segundo Rossana Martingo Cruz, esta se define como uma tutela pública, ou seja, o titular do direito de sancionar não coincide com o titular do direito violado. A autora explana que a autocomposição se baseia no objetivo de que a resolução do conflito é inerente

⁶ DA ROSA, Conrado Paulino. Desatando nós e crianças laços: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 128-133.

⁷ GONÇALVES, Amanda. A Mediação como Meio de Resolução de Conflitos Familiares. Rio Grande do Sul: PUCRS, 2018. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/amanda_goncalves.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

⁸ CRUZ, Rossana Martingo. Mediação Familiar: Limites Materiais dos Acordos e o seu Controle Pelas Autoridades. Portugal: Coimbra, jan. 2011, p. 16.

à vontade das partes. E, por fim, a heterocomposição tem a figura de uma terceira pessoa que imporá a solução do litígio.

No Brasil, segundo Marcela Faraco⁹, entende-se a autotutela como a aplicação da força por uma das partes e a submissão da parte contrária. Tanto é que é proibida pelo Artigo 345¹⁰ do Código Penal Brasileiro “[...] Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.” O autor considera autocomposição quando as próprias partes chegam à decisão do conflito, pela qual pode ser dentro do processo ou fora dos autos, e, ainda, o conceito de heterocomposição no sentido da presença de uma terceira pessoa ter o poder de decisão sobre a questão das partes.

Assim, um dos métodos que vem ganhando força no Direito brasileiro para a resolução de conflitos, descrito no artigo 334 e seguintes do Código de Processo Civil e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é a mediação, que, conforme o CNJ,¹¹ tem o conceito de:

A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o conflito. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.

O maior objetivo da mediação é resgatar a comunicação encontrando as melhores soluções adequadas aos intervenientes, concedendo o direito de escolher e a responsabilidade pela escolha.

⁹ FARACO, Marcela. As formas alternativas de solução dos conflitos: A Arbitragem. Jus Brasil, [s. L.], 2015. Disponível em: <https://marcelafaraco.jusbrasil.com.br/artigos/151178374/as-formas-alternativas-de-solucao-dos-conflitos-a-arbitragem>. Acesso em: 28 set. 2017.

¹⁰ BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2017.

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Conciliação e Mediação: Portal da Conciliação. Brasília: CNJ, [20--]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>. Acesso em: 28 set. 2017.

Segundo Rossana Martingo,¹² a mediação ultrapassa a barreira do mero acordo entre as partes, pois deve ir ao encontro das necessidades, da pretensão e da satisfação do mediado. O fato de conceder capacidade às partes chegarem a sua própria conclusão estimula a autodeterminação das partes a buscarem interesses compatíveis para o prosseguimento do acordo.

A mediação trabalha no sentido de buscar o ponto do conflito e não apenas a ponta do *iceberg*¹³, ou seja, adentra os verdadeiros interesses, com intuito de promover a paz social, assim como reduzir a quantidade de processos nos tribunais, fazendo com que a justiça tradicional se debruce em outros acontecimentos não suscetíveis aos mecanismos da mediação¹⁴.

3. A QUÂNTICA SISTÊMICA APLICADA À MEDIAÇÃO

A física quântica relaciona-se a dados e informações que regem todo o universo em nível subatômico. Ela prova que os campos eletromagnéticos que criamos quando pensamos, desejamos, observamos ou colocamos intenção em alguma coisa constroem as formas-pensamento e a realidade a qual vivemos.

Tecnicamente, a física quântica explica-se pela existência dos átomos, já amplamente conhecidos pelos filósofos gregos, na antiguidade. Segundo eles, toda matéria era constituída por minúsculos fragmentos indestrutíveis. Desde 1909, o inglês Ernest Rutherford estabeleceu que os átomos têm em sua composição um núcleo ao seu redor no qual giram outras demais partículas, os elétrons.¹⁵

Esse movimento foi comparado aos movimentos dos planetas que giravam em torno do sol, sendo sol o representante do núcleo e os elétrons dos planetas. Os elétrons, por sua vez, seguem movimentos bem definidos, enquanto os elétrons não. Dessa forma, em estudos profundos, verificou-se que as órbitas dos elétrons são algo parecido às ondas sonoras, pas-

¹² CRUZ, Rossana Martingo. Mediação Familiar: Limites Materiais dos Acordos e o seu Controle Pelas Autoridades. Portugal: Coimbra, jan. 2011, p. 33.

¹³ VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação: Teoria e Prática. Brasil: Abril, 2003, p. 23.

¹⁴ CRUZ, Rossana Martingo. Mediação Familiar: Limites Materiais dos Acordos e o seu Controle Pelas Autoridades. Portugal: Coimbra, jan. 2011, p. 37.

¹⁵ SUPER INTERESSANTE. A revolução da Teoria Quântica. Super Interessante, [São Paulo], 31 out. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/a-revolucao-da-teoria-quantica/>. Acesso em: 28 set. 2017.

sando a se classificar então como ondas eletrônicas. Na visão de Broglie, elétrons em velocidade alta comportam-se como ondas curtas e, em baixa velocidade, como ondas longas. Assim, tudo que existe é energia.¹⁶

Roger Penrose, cientista, entende que existe um entrelaçamento entre a mente e a realidade. Segundo ele, os mecanismos mentais do raciocínio estão submetidos às flutuações quânticas, originando as situações.¹⁷

Assim, no momento em que o ser humano pede algo e acredita, e sabe que já o tem no invisível, o universo inteiro move-se para deixá-lo visível, portanto a frequência em que se vibra é a mesma que leva a conquistar os objetivos. E, na questão do conflito, da mesma forma acontece, quanto mais se fixa no problema e entra na onda, mais ele exalta. A mediação quântica sistêmica atuará no sentido de retornar as partes ao estado zero do conflito, abrindo a percepção, criando consciência e gerando novos pensamentos prospectivos na vibração da solução e harmonização das relações.

Os pensamentos são magnéticos e emitem uma frequência poderosa capaz de influenciar as pessoas e coisas em volta. As descobertas quânticas do século 20 estão sendo incluídas timidamente nas práticas de negócio, bem como do Direito, o que significa uma mudança de consciência e uma mudança de paradigma, que incluiria o autoconhecimento e fenômenos quânticos em aprendizagem prática de negócios, liderança, empreendedorismo e resolução alternativa de conflitos.

Estamos na era da Sociedade da Informação, assim sendo, nessa linha de raciocínio quem nos oferece um bom conceito sobre a também chamada sociedade do conhecimento, Roberto Senise Lisboa: “Sociedade da Informação”, também denominada “sociedade do conhecimento”, é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos. Não se limita a sociedade da informação, pois, ao computador ou a um direito informático, já que estende-se a qualquer meio de comunicação, presidencial ou não. Assim, por exemplo: a televisão a

¹⁶ Ibid., 2016.

¹⁷ Ibid., 2016.

cabo, por antena ou via satélite; o telebanking, o teleshopping e o teleworking; o rádio e o telefone.¹⁸

Na mesma linha, Pedro Gordilho¹⁹ também já se manifestou no sentido da força do pensamento que se manifesta nas palavras e que exalta a verdade:

É na força do pensamento que se manifesta a arte de argumentar, virtude intelectual prática por excelência, formando a ação imanente e aquela energia necessária para exaltarem a verdade. Assim, melhor se aperfeiçoará o raciocínio na compreensão do argumento acompanhando-se a prudente experiência dos mestres do pensamento. A sabedoria que emerge dessa dinâmica de idéias constitui útil e interessante exercício de emulação para uso e prática do direito.

Torna-se imperioso mencionar a visão quântica, na qual considera o modelo da ideia efetiva com eficiência e eficácia nas sólidas formações básicas do direito incidentes na singularidade e na visão de cada caso.²⁰

Nesse sentido, encontramos em Habermas a dicotomia entre facticidade e validade, o autor também discorre sobre direito e democracia. Há a brilhante posição de Dworkin que propôs uma reconstrução crítica-racional do sistema de direitos na busca pela decisão correta de cada caso.²¹

De outra banda, na concepção piagetiana, o desenvolvimento é um intercâmbio entre o mundo exterior e o indivíduo, ocorrendo de forma que as aquisições de um período sejam necessariamente integradas nos períodos posteriores. Sua teoria depende de 4 elementos:

1. Maturação do sistema nervoso central;
2. Experiências físicas e lógico-matemáticas;
3. Transmissão social;
4. Equilíbrio das estruturas cognitivas²².

¹⁸ LISBOA, Roberto Senise. Direito na Sociedade da Informação. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 847, ano 95, maio 2006, p. 85.

¹⁹ GORDILHO, Pedro Augusto de Freitas. Advocacia Militante. IADF, Brasília, 10 jan. 2020. Disponível em: <https://iadf.org.br/artigo/advocacia-militante>. Acesso em: 15 mar. 2020.

²⁰ SANTOS, Renan. Direito Quântico Aplicável à realidade: Mediação na sociedade do conhecimento e questões familiares. Gazeta Central, [s. L.], 2 mar. 2018. Disponível em: <https://gazetacentral.blogspot.com/2018/03/direito-quantico-aplicavel-realidade.html>. Acesso em: 15 mar. 2020.

²¹ PEREIRA, Marcio Adriani Tavares; GONÇALVES, Regina Célia Lemos. Mediação quântica nas questões familiares e Conciliação quântica in totum. Jus.com.br, [s. L.], mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64518/mediacao-quantica-nas-questoes-familiares-e-conciliacao-quantica-in-totum>. Acesso em: 15 mar. 2020.

²² Ibid. 2020.

Observamos que as lentes quânticas, ou seja, visão positiva energética, que podem ser utilizadas por advogados modernos, ajudam na solução de conflitos.

Nesse momento, invocamos a sapiência do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau:

Em função de interessante comparação entre o direito posto (leis) e pressuposto (princípios), mostrando-se, em síntese, a necessidade de se transcender o mero direito posto para encontrar na realidade social as raízes do Direito, vendo-o, portanto, num sistema sob influência de vários fatores, sejam políticos, jurídicos, econômicos ou culturais, todos encarados de forma dinâmica, os quais também devem, por certo, atender as demandas sociais igualmente dinâmicas.

Atualmente encontramos, também disposições quânticas no próprio Direito porque está relacionado com o “dever-ser”, com o ser de um sistema social de referência.²³ Segundo o mestre e advogado Dr. Márcio Adriani Tavares Pereira, a dinâmica do direito quântico é interativa e desperta a consciência entre direito e cultura por meio de uma visão ampla e sistêmica.²⁴

Baseado nisso, o objetivo da mediação quântica sistêmica é saber que todos estão interligados de certa forma, e fazer despertar reflexões nas partes, por meio de gatilhos mentais com as técnicas de indagações assertivas, de ilustração, baseadas no direito quântico, direito sistêmico, comunicação não violenta, capazes de gerar pensamentos contrários ao apego do conflito vivido.

Dessa forma, as próprias partes envolvidas, ao chegarem a melhor solução do seu conflito, adquirem um novo olhar, um novo pensamento sobre si, sobre a situação, sobre o outro e automaticamente muda o comportamento sobre suas condutas, havendo a harmonização e o entendimento, o que favorece a formação de uma nova realidade.

²³ FELIX, Juarez Rogério. Direito Quântico, medida da liberdade humana. Revista Consultor Jurídico, [s. L.], 3 de agosto de 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-ago-03/goffredo-direito-quantico-medida-liberdade-humana>. Acesso em: 15 mar. 2020.

²⁴ PEREIRA, Márcio Adriani Tavares. Abundância uma Prática da Justiça Quântica – o prenúncio. OAB Santana, São Paulo, [20--]. Disponível em: http://www.oabsantana.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=919&Itemid=96. Acesso em: 15 mar. 2020.

A partir desse momento, entra a nova vibração, comando encaminhado ao cérebro. Com a abertura da consciência criada a partir do entendimento, cria-se a realidade como consequência dos efeitos quânticos captados.

Nessa direção, o recente Código de Processo Civil brasileiro (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), preocupou-se em delimitar a atuação do mediador, no art. 165, §3º, da seguinte forma: “[...] 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 [...]”²⁵.

Diante disso, o papel do mediador quântico é dar um *plus* à mediação, fazer com que as partes elevem a sua consciência e, com aplicação de técnicas apropriadas, bem como técnicas de visualização agregadas às técnicas tradicionais, permitir que o conflito possa chegar a um acordo aprovado pelos advogados e pelas partes do litígio, gerando uma nova formatação familiar, grupo, filhos, sócios ou órgãos e instituições envolvidos.

3.1 Fases do Processo de Mediação

O procedimento de mediação é composto por etapas até que se chegue efetivamente ao objetivo maior de firmar o acordo. A primeira etapa é o momento inicial em que o mediador explica e esclarece às partes sobre a forma e como será o procedimento. Antes desse momento, é interessante que o mediador faça sozinho exercício de mentalização e respiração profunda, para que sua frequência cerebral fique equilibrada, para então estar preparado para atuar de forma calma e equilibrada diante da questão ali trazida.

Explicada essas preliminares e as partes tendo interesse em prosseguir, o mediador informa ou pode apresentar um termo que deverá ser assinado pelos participantes com a informação de confidencialidade, compromisso das partes deixarem de indicar o mediador como testemunha em processos judiciais referente ao tema da mediação, informação sobre a audição

²⁵ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

conjunta ou separada dos mediados, assim como da definição de pessoas que poderão estar presente na sessão da mediação, e ainda, é informado sobre os custos com o procedimentos, manutenção dos honorários advocatícios em caso de acordo, bem como o valor a ser pago ao mediador.

Segundo Rosa, a mediação apresenta 9 (nove) fases, quais sejam, “[...] a preparação, abertura, narrativas, levantamento de dados, reuniões privadas, criação de opções, teste da realidade, acordo e fechamento [...]”²⁶. A primeira fase, também podendo ser chamada de pré-mediação, envolve as características do espaço em que ocorrerá o procedimento, levando em consideração a escolha do local, a organização para que as partes se sintam envolvidas e à vontade, a confidencialidade e a privacidade das partes, bem como o posicionamento das partes evitando que se sintam colocadas em polos opostos.

A fase de abertura está ligada as primeiras informações em que o mediador orienta e colhe a concordância das partes em participarem do procedimento, uma vez aceita, passa-se para a fase de narrativas, essa fase é o momento oportunizado para que cada parte exponha os fatos sobre o litígio, opiniões e interesses, assim como é o momento em que o mediador esclarece dúvidas e identifica o cerne do conflito.

Havendo necessidade de reuniões privadas, elas têm o objetivo de buscar maiores detalhes não colocados no momento de explanação das partes, são facultativas e devem ser realizadas de maneira igualitárias entre as partes. É importante que o mediador se atente em apresentar as informações ditas, nessa sessão privada, para a outra parte, apenas se houver autorização.

Na sequência, passa-se para fase de criações de opções, momento pelo qual os mediados expõem suas ideias, o mediador ajuda a desenvolver as possíveis soluções.

O teste de realidade traduz-se no momento em que o mediador se dispõe a mostrar sobre o que está sendo acordado.

Na visão de Conrado Paulino²⁷ “O teste de realidade é o momento de os mediados refletirem a respeito do que está sendo acordado, e o mediador os incentivará a dialogarem sobre o que está sendo acordado, de forma que o acordo seja bom para todos [...]”.

²⁶ DA ROSA, Conrado Paulino. Desatando nós e crianças laços: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 184-191.

²⁷ DA ROSA, Conrado Paulino. Desatando nós e crianças laços: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 184-191.

Por fim, a última fase é o acordo e fechamento, nessa fase não apenas se obtém o acordo propriamente dito, mas o retorno da comunicação. No fechamento ocorre a assinatura do termo final que acompanha o acordo ou a informação de ausência de composição²⁸.

3.2 Técnicas

Uma das primeiras técnicas a serem desenvolvidas é a de *rapport* “[...] pela qual expressa a aceitação do mediador e a confiança no desempenho do seu trabalho pelos mediados [...]”²⁹. Está relacionado com a liberdade de comunicação das partes e com a qualidade do contato humano.

Essa primeira técnica é importante, pois em uma mesa que se coloca o conflito não se sabe, inicialmente, o estado de ânimo dos envolvidos, e, com isso, ao se trabalhar as questões, estas são levantadas, muitas vezes aumentadas, para depois serem abrandadas, razão pela qual a confiança no mediador é essencial para esse trabalho humano.

É importante lembrar que os mediados são pessoas. Todo procedimento de resolução dos conflitos é trabalhado diante de seres humanos. Eles têm emoções, valores profundamente arraigados, experiências diferentes, opiniões diferentes, imprevisibilidade, visões partidárias e religiosas, desvios cognitivos e delírios ilógicos.

Dessa forma, esse aspecto humano no momento da negociação pode ser útil ou desastroso, levando a um processo psicológico satisfatório, como também por outro lado, os envolvidos podem ficar raivosos, frustrados, ofendidos, deprimidos, amedrontados, podem ocorrer mal-entendidos, pois as pessoas veem o mundo a partir de seus próprios pontos de vista e com isso confundem suas percepções com a realidade.³⁰

Por esse motivo que o mediador deve ter a percepção e preparação além das simples técnicas formais, uma percepção global humana, física e energética, o que levará a adentrar numa visão macro orgânica e da neurociência, que trabalhará o campo das emoções com ações.

²⁸ Ibid., p. 184-191.

²⁹ Ibid., p. 56.

³⁰ URY, William; FISCHER, Roger. Como chegar ao sim. Como negociar acordos sem fazer concessões. 3. ed. Rio de Janeiro: Solomon Editores, 2014.

A percepção é a chave do sucesso da mediação quântica sistêmica, pois entender o raciocínio desenvolvido pela outra pessoa é o que levará o mediador a ajudar a resolver o problema, pois o raciocínio da outra parte é o próprio problema. Então, como fazer as partes entenderem o fluxo correto e cessar o conflito?

Mostrando as reflexões, as partes descobrem que o conflito não existe na realidade, mas apenas na cabeça delas, e a partir do que as pessoas tem na mente, faz com que se exalte, se coloca sentimento e isso se cria. Com isso, passar a compreender a verdadeira essência e a pensar na polaridade positiva, muda a visão, as partes entendem que não existe o conflito na realidade.

Quando se percebe o outro, é possível compreendê-lo e, então, pensar: “Por que está pensando dessa forma?”

O autor Bert Hellinger, no seu livro, “A fonte não precisa de perguntar pelo caminho”³¹, descreve o mecanismo de como o pensamento sem a percepção nos leva sempre ao mesmo.

O pensamento sem percepção gira sempre sobre o mesmo, sobre o conhecido. Somente através do pensamento não advém nenhuma compreensão. A compreensão se origina da percepção e, então, segue o pensamento. Por isso, a compreensão começa com a percepção e continua com o pensamento.

Isabel Oliveira apresenta uma série de técnicas de mediação, entre as quais a da “pergunta”. Segundo a autora, as perguntas permitem ao mediador obter informação e proporcionar informação mediante o esclarecimento do problema, fazendo que os envolvidos abandonem uma perspectiva unilateral do conflito.

E na mesma linha das perguntas, a forma de realizar tais perguntas utilizando-se da linguagem da comunicação não violenta causa grande impacto nesse trabalho, assim como as visualizações na visão sistêmica, as quais desenvolvem os gatilhos mentais, fazendo que as partes passem para o estágio da percepção.

³¹ HELLINGER, Bert. A fonte não precisa perguntar pelo caminho: Um livro de consulta. Tradução Eloisa Giancoli Tironi Tsuyuko Jinno Spelter. Revisão Wilma Costa Gonçalves Oliveira. Patos de Minas: Atman, 2005, CDD:616.8915, p. 33.

Percepção dos pensamentos, percepção do lugar que cada um estaria ocupando de forma equivocada e que gerou o conflito. Entendendo esse mecanismo, por meio das técnicas de provocação, retorna-se ao estado e lugar correto de cada uma das partes. Dessa maneira, passa-se automaticamente a desenvolver o caminho de atitude correto na vida de cada um, mesmo que a relação seja de continuidade ou de apenas acolhimento da situação que se viveu, entendimento, e prosseguimento sem continuidade na relação, contudo sem sentimentos negativos.

Outra técnica a ser agregada pelo mediador e colocada por Isabel Oliveira³² refere-se à “escuta ativa”, um tipo de esforço no sentido de captar as mensagens emitidas pelos envolvidos por meio dos comunicados verbais e não verbais, obtendo-se, com isso, o correto significado do que é dito.

Refere, ainda, à “gestão de emoções” como outra técnica útil ao mediador. Por essa via, o mediador busca eliminar a tristeza, o rancor e a adversidade por meio de reforços às emoções positivas, fazendo com que estas preponderem até onde possível na interlocução, o que leva à consecução de resultados mais favoráveis.

Há a técnica chamada de *brainstorming*³³, ou identificação/geração de opções. Por meio da técnica, formula-se opções que possam atender à solução do conflito, tendo como característica que as partes esqueçam os fatos que ocorreram no passado e busquem focar no presente para que o plantando hoje, possa colher e garantir um futuro melhor.

Como se observa, essas são apenas algumas das diversas técnicas que podem ser utilizadas no processo de mediação quântica sistêmica, pois esse procedimento contempla técnicas tradicionais agregadas com as técnicas da mecânica quântica e sistêmica, as quais agem pelas forças naturais que se relacionam a tudo na vida e que, de certa forma, não são levadas em consideração numa percepção de elevação da consciência humana.

Dessa forma, partindo do princípio do entendimento e de que todos fazem parte de um grande sistema interligado, o mediador é o instrumento apaziguador a despertar a percepção nos envolvidos, fazendo com que eles cessem o conflito.

³² OLIVEIRA, Isabel. Técnicas aplicadas em mediação familiar: a “caixa de ferramentas do mediador” e a fase de negociação. In: PORTUGAL, M. J. Centro de Estudos Judiciários. A tutela cível do superior interesse da criança: tomo II. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 259-265.

³³ Ibid., p. 68-70.

CONCLUSÃO

Com a possibilidade de utilização de outros meios de resolução de conflitos que não seja apenas submeter a questão problemática aos olhos do judiciário e, porventura, sofrer uma imposição que não resolverá o cerne da questão, observa-se que a mediação vem ganhando seu espaço e sendo indicada nas relações mais importantes da vida, dentre elas conflitos empresariais e familiares.

O Poder Judiciário com os métodos legais e tradicionais não oportunizam as partes a retornarem ao estado de “compasso” natural que cada ser humano traz em sua essência, ocasionando, pelo contrário, sentimentos de angústia, aumento da raiva, além de arrastar o problema por longo período e, ainda, ao final, uma das partes sairá insatisfeita com o resultado.

Dessa forma, com a implantação do procedimento da mediação, observa-se que os conflitos ficam tratados de maneira humanizada, capaz de atingir o ponto causal que gerou o conflito e, mais que isso, restabelece o uso da comunicação, do respeito e da aproximação das partes em novo processo, após a ruptura dolorosa enfrentada no conflito que se desencadeou.

As bases institucionais são importantes para a sociedade, tanto é que o próprio Estado tem o dever de protegê-las de maneira que se preserve a dignidade das pessoas envolvidas, tanto psíquica, física e emocional, a mediação encaixa-se nesse processo, pois tem como objetivo em suas fases procedimentais buscar a harmonização dos envolvidos.

Com a presença do mediador, terceiro imparcial, que contribui na condução do procedimento realizando, todas as fases, tais como: preparação, abertura, narrativas, levantamento de dados, reuniões privadas, criação de opções, perguntas reflexivas, visualizações sistêmicas, despertar de gatilhos mentais gerando percepções capazes de alterar pensamentos, teste da realidade, acordo e fechamento geram efeitos às partes de forma positiva, uma vez que, além do objetivo principal ser de obtenção do acordo, a aproximação das partes e o restabelecimento da comunicação, a percepção, a alteração de pensamentos e comportamentos, muitas vezes, são atingidos, como bem colocado pelo advogado Prudente³⁴:

³⁴ CANES, Michelle. Conciliação e mediação reduzem tempo de tramitação de processos na justiça. Agência Brasil, [Brasília], 23 out. 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-10/conciliacao-e-mediacao-ajudam-solucionar-conflitos>. Acesso em: 6 out. 2017.

Na conciliação e na mediação, conseguimos ir atrás dos interesses reais das partes e, muitas vezes, em muitos casos, conseguimos até soluções fora do que foi no processo, soluções muitas vezes surpreendentes. É muito interessante você conseguir ver que, ao final de uma sessão de mediação, mesmo com ou sem acordo, algumas vezes as partes, que chegaram brigadas, saem de lá conversando, estabelecendo uma comunicação.

Dessa forma, observa-se que a ruptura de relacionamentos causa o afastamento das partes e nutrição de sentimentos que geram conflito, nesse sentido, a mediação tem resultado na medida em que se restabelece a comunicação e, com isso, as próprias partes, voluntariamente, podem chegar a melhor solução da situação.

Esse procedimento faz com que seja esclarecido os interesses de cada parte. Usa-se da transparência para levar a melhor solução, capaz de harmonizar a relação e escolher atitudes capazes de refletir num futuro. Além dessas questões sentimentais e energéticas, o procedimento de mediação é prático, célere e econômico, uma vez que desafoga o judiciário e resolve o problema com maior rapidez e agilidade, tendo um custo menor.

Diante dos benefícios que a mediação traz aos envolvidos, a indicação para o procedimento é medida que se coloca, em razão dos seus benefícios, como celeridade, eficiência e harmonia para resolução nos conflitos, assim como retomar a ordem no sistema Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Conciliação e Mediação*: Portal da Conciliação. Brasília: CNJ, [20--]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. *Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

CANES, Michelle. *Conciliação e mediação reduzem tempo de tramitação de processos na justiça*. Agência Brasil, [Brasília], 23 out. 2016. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-10/conciliacao-e-mediacao-ajudam-solucionar-conflitos>. Acesso em: 6 out. 2017.

CHAPMAN, Gary. *AS cinco linguagens do amor*. 3. ed. São Paulo: Mundo Cristão.

CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação Familiar: Limites Materiais dos Acordos e o seu Controle Pelas Autoridades*. Portugal: Coimbra, jan. 2011.

DA ROSA, Conrado Paulino. *Desatando nós e crianças laços: os novos desafios da mediação familiar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

FARACO, Marcela. *As formas alternativas de solução dos conflitos: A Arbitragem*. *Jus Brasil*, [s. L.], 2015. Disponível em: <https://marcelafaraco.jusbrasil.com.br/artigos/151178374/as-formas-alternativas-de-solucao-dos-conflitos-a-arbitragem>. Acesso em: 28 set. 2017.

FELIX, Juarez Rogério. *Direito Quântico, medida da liberdade humana*. *Revista Consultor Jurídico*, [s. L.], 3 de agosto de 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-ago-03/goffredo-direito-quantico-medida-liberdade-humana>. Acesso em: 15 mar. 2020.

GONÇALVES, Amanda. *A Mediação como Meio de Resolução de Conflitos Familiares*. Rio Grande do Sul: PUCRS, 2018. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/amanda_goncalves.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

GORDILHO, Pedro Augusto de Freitas. *Advocacia Militante*. IADF, Brasília, 10 jan. 2020. Disponível em: <https://iadf.org.br/artigo/advocacia-militante>. Acesso em: 15 mar. 2020.

HELLINGER, Bert. *A fonte não precisa perguntar pelo caminho: Um livro de consulta*. Tradução Eloisa Giancoli Tironi Tsuyuko Jinno Spelter. Revisão Wilma Costa Gonçalves Oliveira. Patos de Minas: Atman, 2005. CDD:616.8915.

LISBOA, Roberto Senise. *Direito na Sociedade da Informação*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 847, ano 95, maio 2006.

OLIVEIRA, Isabel. *Técnicas aplicadas em mediação familiar: a “caixa de ferramentas do mediador” e a fase de negociação*. In: PORTUGAL, M. J. *Centro de Estudos Judiciários. A tutela cível do superior interesse da criança: tomo II*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2014.

PEREIRA, Márcio Adriani Tavares. *Abundância uma Prática da Justiça Quântica – o prenúncio*. OAB Santana, São Paulo, [20--]. Disponível em: http://www.oabsantana.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=919&Itemid=96. Acesso em: 15 mar. 2020.

PEREIRA, Marcio Adriani Tavares; GONÇALVES, Regina Célia Lemos. *Mediação quântica nas questões familiares e Conciliação quântica in totum*. *Jus.com.br*, [s. L.], mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64518/mediacao-quantica-nas-questoes-familiares-e-conciliacao-quantica-in-totum>. Acesso em: 15 mar. 2020.

ROSENBERG. Marshall B. *Comunicação não-violenta: Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. 4. ed. São Paulo: Agora, 2014.

SANTOS, Renan. Direito Quântico Aplicável à realidade: Mediação na sociedade do conhecimento e questões familiares. *Gazeta Central*, [s. L.], 2 mar. 2018. Disponível em: <https://gazetacentral.blogspot.com/2018/03/direito-quantico-aplicavel-realidade.html>. Acesso em: 15 mar. 2020.

SUPER INTERESSANTE. A revolução da Teoria Quântica. *Super Interessante*, [São Paulo], 31 out. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/a-revolucao-da-teoria-quantica/>. Acesso em: 28 set. 2017.

URY, William; FISCHER, Roger. *Como chegar ao sim: Como negociar acordos sem fazer concessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Solomon Editores, 2014.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: Teoria e Prática*. Brasil: Abril, 2003.

EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E O NEOCONSTITUCIONALISMO LÁTINO-AMERICANO

NELSON LUIZ PINTO¹

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar o fenômeno do chamado neoconstitucionalismo identificado nos países latino-americanos a partir da década de 80, com foco na análise da efetividade da prestação jurisdicional. Primeiro, apresentamos o surgimento e a evolução do neoconstitucionalismo na América Latina, notadamente a partir da década de 80, com o fim de regimes totalitários na região. Em seguida, há uma análise da garantia da efetividade da prestação jurisdicional, sob seus diversos prismas, em algumas das Constituições dos países latino-americanos. Por fim, destaca-se o modelo brasileiro da constitucionalização do princípio da efetividade.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo – América Latina – Direito Constitucional – Direito Internacional – Direitos Fundamentais – Direito Processual – Execução Provisória – Efetividade – Celeridade – Economia – Prestação Jurisdicional

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho, vamos analisar, de maneira geral, os aspectos que circundam o princípio constitucional da efetividade da prestação jurisdicional, notadamente sob as facetas da razoável duração do processo e da economia processual, traçando paralelos com os modelos constitucionais dos países latino-americanos, especialmente sob a ótica do neoconstitucionalismo surgido a partir da década de 80 na região.

¹ Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-SP e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

De fato, os efeitos do tempo no processo há muito preocupam a comunidade jurídica e se mostram não apenas um problema no direito pátrio, mas também são alvos de estudos e críticas no direito estrangeiro.

Destarte, é unânime o entendimento de que a prestação jurisdicional entregue tardiamente é injusta, ainda que solucione a lide de maneira adequada. Além de prestada tardiamente, há grave problema de efetividade das tutelas jurisdicionais concedidas pelo Estado-Juiz.

Neste contexto, no Brasil, o sistema legislativo vem se preocupando em solucionar a problemática da demora na entrega da prestação jurisdicional.

Primeiro, ao positivar a razoável duração do processo e a economia processual na Constituição Federal (“CF”), por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, que inseriu o inciso LXXVIII no rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Além disso, houve preocupação do legislador em transportar – e aprimorar – o referido princípio constitucional ao processo civil, notadamente com a inserção dos artigos 4º e 6º do novo Código de Processo Civil (“CPC/15”) no ordenamento infraconstitucional.

A Suprema Corte brasileira também se preocupa com a sensação de ineficácia da prestação jurisdicional, especialmente no âmbito do processo penal, de modo que vem, constantemente, discutindo a possibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória.

Diante deste contexto, é que se coloca a questão da efetividade da prestação jurisdicional, que merece ser analisada sob a ótica do direito constitucional latino-americano, para que se possa traçar alguns paralelos com o modelo brasileiro, buscando entender também o tema sob o pálio do neoconstitucionalismo do final do século XX e início do século XXI.

Após estas considerações introdutórias, passaremos então à uma análise da garantia da efetividade da prestação jurisdicional, sob seus diversos prismas, notadamente em algumas das Constituições dos países latino-americanos, destacando o paradigma brasileiro da constitucionalização do princípio da efetividade.

2. O NEOCONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA

Conforme aduzido no introito deste artigo, a partir de meados da década de 80, os países da América Latina passaram a experimentar um novo mo-

delo constitucional, impulsionado pela derrocada de regimes autoritários e violentos que assolaram a região durante as décadas anteriores.

Como bem destacam MARIA LÚCIA BARBOSA e JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA, o constitucionalismo latino-americano do final do século XX se assemelha muito ao constitucionalismo identificado na Europa após a Segunda Guerra Mundial, com a formatação de cartas constitucionais preocupadas em proteger liberdades individuais e direitos sociais:

O constitucionalismo latino-americano, que a partir do esgotamento dos regimes militares e autoritários dos anos 80, passa a identificar-se com o momento europeu do pós-guerra e em um processo de mimetismo, adota padrões teóricos bastante semelhantes àqueles experimentados pelo constitucionalismo europeu. As Constituições Latino Americanas surgidas a partir dos anos 80, fruto do processo de redemocratização na região, reproduzem, em grande medida, compromissos institucionais e respostas jurídicas forjadas a partir de problemas formatados pelo discurso jurídico europeu, reeditando na América Latina uma ideologia constitucional que apresenta dificuldades quanto à realização de suas promessas. As cartas constitucionais necessitavam proteger as liberdades individuais e os direitos sociais. Havia uma grande expectativa de redemocratização e era importante construir textos preocupados com a salvaguarda de direitos e que, ao menos simbolicamente, estivessem comprometidos com ideais democráticos. As linhas mestras desse constitucionalismo pós-ditatorial eram a estabilidade democrática e o fortalecimento dos direitos humanos. Esse é o exemplo da Constituição brasileira de 1988, que sofreu forte influência do constitucionalismo europeu do pós guerra, sobretudo dos textos Português, Espanhol, Italiano e Alemão.²

Neste contexto, surge na região a ideia de neoconstitucionalismo. A respeito do tema, MARCELO FIGUEIREDO, citando o Eminentíssimo Ministro da Suprema Corte brasileira, Luis Roberto Barroso, pontifica que há três marcantes características do movimento do neoconstitucionalismo: “o reconhecimento da força normativa da constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (o sincretismo constitucional).”:

² BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 2, 2017, p. 1113-1142.

Alguns autores, sobretudo latino-americanos, afirmam que estaria em andamento o que chamam de movimento do “neoconstitucionalismo” que traz profundas mudanças nas formas de organização do poder do Estado, na participação popular na tomada de decisões e na vigência dos direitos fundamentais, sobretudo sociais, em suma: na busca de um novo papel da sociedade no Estado e na maior integração de todas as camadas da população às decisões públicas.

O termo “neoconstitucionalismo” foi utilizado pela primeira vez pela autora italiana Suzanna Pozzolo, em 1993, durante uma conferência em Buenos Aires. Na oportunidade, a autora usou o termo, para “denominar um certo modo antijuspositivista de se aproximar o direito”.

Posteriormente, diversos autores vêm apresentando estudos para delinear os contornos do que seria esse movimento. Segundo Luis Roberto Barroso, um renomado constitucionalista brasileiro, haveriam três características fundamentais para marcar esse movimento, a saber: o reconhecimento da força normativa da constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (o sincretismo constitucional).

Segundo o autor, o marco filosófico do neoconstitucionalismo seria o chamado pós-positivismo. Ele afirma que com a superação do jusnaturalismo, aliada ao fracasso do positivismo, criou-se a necessidade de uma leitura que considerasse o direito positivo juntamente à concretização de valores.

O neoconstitucionalismo tenta fazer com que a interpretação e a aplicação das normas jurídicas sejam guiadas por uma teoria da justiça.

Não nos importa aqui discutir a validade, procedência ou consistência dessa teoria ou movimento constitucional. O que é certo, entretanto, é que, seja por força desse movimento, seja por força de alterações na realidade política e social de nossa região, alguns países vêm passando por alterações substantivas em suas constituições para um “novo modelo”.

Esse novo modelo é fruto de reivindicações sociais de parcelas historicamente excluídas do processo decisório nesses países, notadamente as populações indígenas.

Estamos falando especialmente do Equador (2008), da Bolívia (2009), sobretudo. Esses países alteraram suas constituições. E essas alterações vem sendo chamadas por alguns de “novo constitucionalismo”.³

Por óbvio, cada país teve sua própria experiência constitucional após a ruptura institucional anterior, invariavelmente caracterizada pelo cerceamento de direitos e garantias individuais.

De qualquer modo, um ponto de convergência entre as diversas Cartas Constitucionais advindas na região latino-americana foi a preocupação de “*refundar o modelo de Estado com respaldo na forte aplicação dos direitos humanos e na reformulação do sistema de justiça*”:

Mesmo assim, encontra-se uma variedade imensa de atribuições de sentido ao neoconstitucionalismo, que apesar de trabalhar com premissas comuns, desenvolve-se independentemente e de maneiras diversas em cada experiência constitucional. Desta forma, apesar de o constitucionalismo latino-americano possuir peculiaridades que lhe são próprias e (ainda) exclusivas, encontra-se também sob as bases do neoconstitucionalismo, a medida em que se propõe a refundar o modelo de Estado com respaldo na forte aplicação dos direitos humanos e na reformulação do sistema de justiça.⁴

Na mesma linha do quanto exposto acima, é possível verificar, de uma maneira geral nos países latino-americanos, uma preocupação constitucional com temas de grande relevância social, como meio ambiente, cultura, saúde, educação, alimentação, moradia, trabalho:

As presentes constituições da América Latina garantem a proteção do meio ambiente, cultura, saúde, educação, alimentação, moradia, trabalho, vestuário etc. Adicionalmente, algumas das Constituições novas ou reformadas incluíram garantias de equidade de gênero, incluíram mecanismos de democracia participa-

³ FIGUEIREDO, Marcelo. Tendências Atuais do Constitucionalismo Latino Americano: existe um “novo constitucionalismo” na região?. **Empório do Direito**, 2017. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/tendencias-atuais-do-constitucionalismo-latino-americano-existe-um-novo-constitucionalismo-na-regiao-por-marcelo-figueiredo>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

⁴ NASCIMENTO, Valéria Ribas do; MARTINS, Evilhane Jum; IRIGARAY, Micheli Capuano. O Constitucionalismo Latino Americano: desafios para uma maior aproximação brasileira através da Lei nº 13.123/2015. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez. p. 542-567.

tiva, criaram as instituições do referendo popular ou da consulta popular, introduziram o direito à revogação do mandato (recall), ou reconheceram o direito das ações afirmativas.⁵

Considerando a notória consolidação do modelo do neoconstitucionalismo latino-americano nas últimas três décadas, conclui-se, salvo algumas exceções, como destacado por MARCELO FIGUEIREDO, que há uma estabilização na região:

Por fim, podemos dizer que esses movimentos e reformas pretendem nos dizer algo. Parecem representar um esforço, não desprezível, de uma busca de uma criatividade para aperfeiçoar a democracia na América Latina.

É evidente que há muita retórica e simbolismo em todo esse processo. Parece claro também que há ainda muitos traços de populismo e autoritarismo na região.

Mas é certo, também, que de uma maneira geral, vivemos um momento de estabilidade constitucional, desde o final da década de 80 do século passado, com a maioria dos países da região exercitando uma democracia estável e sem golpes de Estado, com exceção da Venezuela, de Honduras e do populismo Argentino de momento. Busca-se, com erros e acertos, combater a desigualdade social, aprofundar o processo democrático e olhar para o futuro.⁶

A mencionada estabilização, de um modo geral, permitiu aos países latino-americanos o avanço e o aperfeiçoamento dos direitos e garantias fundamentais dispostos no texto constitucional.

Esse fenômeno foi visto em diversos países da região, com destaque para o Brasil, de onde se extraem diversas reformas na Constituição Federal ao longo das últimas décadas, com a finalidade de aprimorar os direitos e garantias individuais fundamentais – dentre as quais, destaca-se a inserção no texto do princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

⁵ GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. *Universitas JUS*, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016.

⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. Tendências Atuais do Constitucionalismo Latino Americano: existe um “novo constitucionalismo” na região?. *Empório do Direito*, 2017. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/tendencias-atuais-do-constitucionalismo-latino-americano-existe-um-novo-constitucionalismo-na-regiao-por-marcelo-figueiredo>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

Antes de adentrar especificamente no modelo brasileiro de garantia da efetividade da prestação jurisdicional, faremos análise de direito comparado, verificando como é tratada tal questão da efetividade em algumas constituições latino-americanas.

3. BREVE ANÁLISE DA QUESTÃO DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM ALGUMAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS

Na esteira do exposto anteriormente, o neoconstitucionalismo latino-americano se caracteriza pela defesa de direitos e garantias individuais fundamentais, além do destaque para o plano social, em defesa de minorias e de grupos marginalizados.

Contudo, é possível extrair dos diversos textos constitucionais analisados uma preocupação com a entrega da prestação jurisdicional justa, célere e efetiva, inclusive para fundamentar a garantia dos direitos individuais e sociais.

Neste contexto, na Constituição Argentina de 1994 se verifica, ao menos em dois pontos relevantes, a preocupação do legislador constituinte com a efetividade da prestação jurisdicional.

Em primeiro lugar, ao tratar da proteção aos consumidores (também no âmbito constitucional, como no modelo Brasileiro), o artigo 42 da Constituição Argentina destaca que a legislação ordinária deverá criar mecanismos e procedimentos para preservação e resolução de conflitos entre consumidores e fornecedores:

Artículo 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumi-

*dores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.*⁷

Mais adiante, no artigo 114, a Constituição Argentina dispõe que caberá ao Conselho da Magistratura a criação de regras e mecanismos para garantir a **eficaz prestação dos serviços de justiça**:

Artículo 114. El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley. Serán sus atribuciones: (...)

*6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.*⁸

No mesmo sentido, o inciso IX do artigo 116 da Constituição Boliviana de 1995 determina como condição essencial à administração da justiça a celeridade da prestação jurisdicional:

⁷ “Art. 42. Os consumidores e usuários de bens e serviços têm direito, na relação de consumo, à proteção de sua saúde, segurança e interesses econômicos; a informação adequada e verdadeira; liberdade de escolha e condições de tratamento equitativo e digno. As autoridades fornecerão a proteção desses direitos, a educação para o consumo, a defesa da concorrência contra todas as formas de distorção do mercado, o controle dos monopólios naturais e legais, a qualidade e a eficiência dos serviços públicos e estabelecimento de associações de consumidores e usuários. A legislação estabelecerá procedimentos eficazes para a prevenção e resolução de conflitos e os quadros regulamentares dos serviços públicos de competência nacional, prevendo a necessária participação das associações de consumidores e utilizadores e das províncias interessadas nos órgãos de controle.” (Constituição Argentina, tradução nossa)

⁸ “Artigo 114. O Conselho da Magistratura, regulado por lei especial sancionada pela maioria absoluta dos membros de cada Câmara, ficará encarregado da seleção dos magistrados e da administração do Poder Judiciário. O Conselho será periodicamente integrado a fim de equilibrar a representação dos órgãos políticos resultantes da eleição popular, os juizes de todas as instâncias e os advogados de registro federal. Também será integrado por outras pessoas da área acadêmica e científica, no número e forma indicados por lei. Suas atribuições serão: (...)”

6. Ditar os regulamentos relacionados com a organização judicial e todos aqueles que são necessários para garantir a independência dos juizes e a prestação eficaz dos serviços de justiça.” (Constituição Argentina, tradução nossa)

Artículo 116°.- I. El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores de Distrito, los tribunales y jueces de Instancia y demás tribunales y juzgados que establece la ley. La ley determina la organización y atribuciones de los tribunales y juzgados de la República. El Consejo de la Judicatura forma parte del Poder Judicial.

IX. La gratuidad, publicidad, celeridad y probidad en los juicios son condiciones esenciales de la administración de justicia. El Poder Judicial es responsable de proveer defensa legal gratuita a los indigentes, así como servicios de traducción cuando su lengua materna no sea el castellano.⁹

A Constituição Chilena de 1980, por sua vez, não trata especificamente do tema, relegando à legislação ordinária a regulamentação das regras de administração da justiça:

Artículo 77.- Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.¹⁰

Na mesma medida, a Constituição Paraguaia de 1992 também não explicita o tema. Mas dispõe sobre a questão da economia e concentração de atos a respeito do processo do trabalho (demonstrando, mais uma vez, preocupação com direito sociais):

⁹ “Artigo 116.- I. O poder judicial é exercido pelo Supremo Tribunal de Justiça da Nação, o Tribunal Constitucional, os Tribunais Superiores do Distrito, os tribunais e juizes do Tribunal e outros tribunais e tribunais estabelecidos por lei. A lei determina a organização e os poderes dos tribunais e tribunais da República. O Conselho da Judicatura faz parte do Judiciário.

IX. Gratuidade, publicidade, rapidez e probidade nos julgamentos são condições essenciais da administração da justiça. O Poder Judiciário é responsável por fornecer defesa legal gratuita aos indigentes, bem como serviços de tradução, quando sua língua materna não é o espanhol.” (Constituição Boliviana, tradução nossa)

¹⁰ “Artigo 77.- A lei constitucional orgânica determina a organização e os poderes dos tribunais necessários à pronta e plena administração da justiça em todo o território da República. A mesma lei indicará as qualificações que os juizes devem ter, respectivamente, e o número de anos que a profissão de advogado deveria ter sido exercida por pessoas nomeadas como ministros ou juizes.” (Constituição Chilena, tradução nossa)

Artículo 256 - DE LA FORMA DE LOS JUICIOS

Los juicios podrán ser orales y públicos, en la forma y en la medida que la ley determine.

Toda sentencia judicial debe estar fundada en esta Constitución y en la ley. La crítica a los fallos es libre.

El proceso laboral será total y estará basado en los principios de inmediatez, economía y concentración.¹¹

A Constituição Uruguai de 1997, também extremamente preocupada com os direitos sociais, notadamente aquele envolvendo relações laborais, trata da questão da efetividade da prestação jurisdicional ao se referir aos sindicatos, ao mencionar que a legislação que organizar os sindicatos deverá promover a criação de Tribunais de Conciliação e Arbitrais:

Artículo 57. La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica. Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje. Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.¹²

Por fim, dos textos analisados, chega-se ao contido na Constituição Venezuelana de 1999, onde há diversas disposições a respeito da efetividade da prestação jurisdicional, configurando-se, sem dúvidas, como a Carta Magna mais completa e detalhada a respeito do tema:

“Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

¹¹ “Artigo 256 - SOBRE A FORMA DE JULGAMENTOS

Os julgamentos podem ser verbais e públicos, da maneira e na medida determinada por lei.

Todas as decisões judiciais devem basear-se nesta Constituição e na lei. Crítica de falhas é gratuita.

O processo de trabalho será total e será baseado nos princípios de imediatismo, economia e concentração.” (Constituição Paraguai, tradução nossa)

¹² “Artigo 57. A lei promoverá a organização dos sindicatos, de acordo com as franquias e ditando regras para reconhecer o status legal.

Também promoverá a criação de tribunais de conciliação e arbitragem.

Declara-se que a greve é um direito sindical. Nesta base, o seu exercício e eficácia serão regulados.” (Constituição Uruguaia, tradução nossa)

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o repeticiones inútiles.

Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Artículo 283. La ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo en el ámbito nacional, estatal, municipal y especial. Su actividad se regirá por los principios de gratuidad, accesibilidad, celeridad, informalidad e impulso de oficio.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Cuarta. Dentro del primer año, contado a partir de su instalación, la Asamblea Nacional aprobará:

4. Una ley orgánica procesal del trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada, y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez en el proceso.”¹³

¹³ “Artigo 26. Toda pessoa tem direito de acesso aos órgãos de administração da justiça para fazer valer seus direitos e interesses, inclusive coletivos ou difusos, à efetiva proteção dos mesmos e obter prontamente a decisão correspondente.

O Estado garantirá uma justiça livre, acessível, imparcial, adequada, transparente, autônoma, independente, responsável, justa e expedita, sem atrasos indevidos, sem formalidades ou restituições inúteis.

Artigo 257. O processo constitui um instrumento fundamental para a realização da justiça. As leis processuais estabelecerão a simplificação, uniformidade e eficiência dos procedimentos e adotarão um procedimento breve, oral e público. A justiça não será sacrificada pela omissão de formalidades não essenciais.

Art. 283. A lei determinará o que se relaciona com a organização e funcionamento da Ouvidoria nos níveis nacional, estadual, municipal e especial. Sua atividade será regida pelos princípios de gratuidade, acessibilidade, rapidez, informalidade e impulso de cargo.

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Quarto: No primeiro ano, contado a partir da sua instalação, a Assembleia Nacional aprovará:

4. Uma lei trabalhista orgânica que garanta o funcionamento de uma jurisdição trabalhista autônoma e especializada, e a proteção do trabalhador nos termos previstos nesta Constituição e nas leis. A Lei Orgânica do Processo Trabalhista será orientada pelos princípios de gratuidade, rapidez, oralidade, imediatismo, prioridade da realidade dos fatos, equidade e reitor do juiz no processo.” (Constituição Venezuelana, tradução nossa)

Feitos os breves comentários sobre os modelos dos países vizinhos, passa-se a análise do modelo constitucional brasileiro a respeito da efetividade da prestação jurisdicional.

4. DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO MODELO BRASILEIRO

Conforme destacado nas razões introdutórias, há muito a questão da demora e ineficiência da prestação jurisdicional vem sendo discutida no Brasil.

Com relação à necessidade de real solução de mérito nos processos em prazo razoável, CANDIDO RANGEL DINAMARCO destaca que o “*decurso do tempo é muitas vezes o causador do perecimento de direitos ou de insuportáveis angústias pela espera de uma tutela jurisdicional, nascendo daí a imagem do tempo-inimigo, da qual se vale a doutrina há mais de meio século para ilustrar esses desgastes*”:

Um dos grandes desafios enfrentados pelos estudiosos e pelos operadores do processo tem sido ao longo de muitas décadas o da busca de meios capazes de neutralizar os efeitos perversos do tempo sobre os direitos, mediante a oferta de meios aptos a proporcionar a tempestividade da tutela jurisdicional – ou seja, a acelerar o curso dos processos em sua caminhada rumo à oferta dessa tutela. Essa preocupação é tanto maior e mais grave quando se sabe que as longas demoras dos processos vêm constituindo o pior dos males de toda a ordem processual, não só neste país mas também naqueles de legislação e organização judiciária mais aprimoradas. O decurso do tempo é muitas vezes o causador do perecimento de direitos ou de insuportáveis angústias pela espera de uma tutela jurisdicional, nascendo daí a imagem do tempo-inimigo, da qual se vale a doutrina há mais de meio século para ilustrar esses desgastes.¹⁴

Com efeito, a prática indevida de operadores do direito em procrastinar ao máximo o cumprimento das obrigações determinadas judicialmente, com a interposição de recursos muitas vezes incabíveis, aliada à inércia e muitas vezes até a omissão do Poder Judiciário, retira a tão necessária efetividade das decisões judiciais no cumprimento de decisões a respeito

¹⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016, págs. 55/56.

das quais ainda pendem recurso perante as Cortes superiores.

A esse respeito, oportuno o comentário de PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO:

É praticamente impossível apontar todas as causas que geram a morosidade judicial. Muitas são conhecidas, mas não existe vontade política ou mesmo cultura adequada de grande parte dos operadores do direito no sentido de corrigi-las. A omissão do Estado para fornecer os meios necessários à efetiva solução dos litígios, a utilização inadequada dos instrumentos processuais pelos protagonistas do processo, são alguns exemplos das razões da morosidade. (...).¹⁵

Neste contexto, em 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, que trouxe profundas mudanças no Poder Judiciário e, principalmente, no modelo de administração da justiça no Brasil, houve a inserção no texto constitucional de previsão expressa, dentre os direitos e garantias fundamentais, da necessidade de se entregar a prestação jurisdicional de maneira célere, eficaz e em tempo razoável.

A preocupação do legislador constituinte, inclusive, foi expressamente levantada na Exposição de Motivos nº 204, subscrita pelo Ministério da Justiça, que assim se manifestou:

Exposição de Motivos/MJ nº 204: Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto a questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático. Em face do gigantesco esforço expendido sobretudo nos últimos dez anos, produziram-se dezenas de documentos sobre a crise do Judiciário brasileiro, acompanhados de notáveis propostas visando ao seu aprimoramento. Os próprios Tribunais e as associações de magistrados têm estado à frente desse processo, com significativas proposições e com muitas iniciativas inovadoras, a demonstrar que não há óbices corporativistas a que mais avanços reais sejam conquistados. O Poder Legislativo não tem se eximido da tarefa de contribuir para um Judiciário melhor, como demonstram a recém-promulgada reforma constitucional (EC no

¹⁵ in Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, / Teresa Arruda Alvim (et al), coordenadores, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pág. 66.

45/2004) e várias modificações nas leis processuais. A reforma do sistema judicial tornou-se prioridade também para o Poder Executivo, que criou a Secretaria de Reforma do Judiciário no âmbito do Ministério da Justiça, a qual tem colaborado na sistematização de propostas e em mudanças administrativas. São essas as premissas que levam os três Poderes do Estado a se reunirem em sessão solene, a fim de subscreverem um Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano, consubstanciado nos seguintes compromissos fundamentais (...).

Assim, foi introduzido no texto constitucional, especificamente no artigo 5º, o inciso LXXVIII. Confira-se:

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:

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Ademais, antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, o E. Supremo Tribunal Federal já vinha se preocupando com a efetividade da prestação jurisdicional, como corolário de outras garantias constitucionais, como a do devido processo legal (art. 5º, inciso LV da CF):

‘HABEAS CORPUS’ - DECRETAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR - PRISÃO CAUTELAR QUE SE PROLONGA DE MODO IRRAZOÁVEL - INADMISSIBILIDADE - EXCESSO DE PRAZO IMPUTÁVEL AO PODER PÚBLICO - VIOLAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO “DUE PROCESS OF LAW” - DIREITO QUE ASSISTE AO RÉU DE SER JULGADO DENTRO DE PRAZO ADEQUADO E RAZOÁVEL - PEDIDO DEFERIDO. EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO CAUTELAR.

- A prisão cautelar - que tem função exclusivamente instrumental - não pode converter-se em forma antecipada de punição penal. A privação cautelar da liberdade - que constitui providência qualificada pela nota da excepcionalidade - somente se justifica em hipóteses estritas, não podendo efetivar-se, legitimamente, quando ausente qualquer dos fundamentos legais necessários à sua decretação pelo Poder Judiciário.

O JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS CONSTITUI PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

- O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do “due process of law”. O réu - especialmente aquele que se acha sujeito a medidas cautelares de privação da sua liberdade - tem o direito público subjetivo de ser julgado, pelo Poder Público, dentro de prazo razoável, sem demora excessiva nem dilações indevidas. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência.

- O excesso de prazo, quando exclusivamente imputável ao aparelho judiciário - não derivando, portanto, de qualquer fato procrastinatório causalmente atribuível ao réu - traduz situação anômala que compromete a efetividade do processo, pois, além de tornar evidente o desprezo estatal pela liberdade do cidadão, frustra um direito básico que assiste a qualquer pessoa: o direito à resolução do litígio, sem dilações indevidas e com todas as garantias reconhecidas pelo ordenamento constitucional (Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 83773, Relator Ministro Celso De Mello, julgado em 07/12/2004, DJ 06/11/2006).

Portanto, verifica-se que assim como outros países latino-americanos, houve preocupação do legislador constituinte brasileiro a respeito da necessidade de alçar a efetividade da prestação jurisdicional ao patamar de garantia fundamental constitucional do cidadão.

Inclusive, seguindo a determinação constitucional, o legislador ordinário promulgou o artigo 4º do CPC/15, que é expresso ao destacar o direito das partes em obter em prazo razoável a solução integral do processo, dando-se importante destaque para a parte satisfativa. Confira-se: “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

Com relação a este assunto, CASSIO SCARPINELLA BUENO conclui que “a expressa menção a ‘atividade satisfativa’ é digna de destaque para evidenciar que a atividade jurisdicional não se esgota com o reconhecimento (declaração) dos direitos, mas também com a sua concretização.”¹⁶

¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella, Novo código de Processo Civil anotado / Cassio Scarpinella Bueno - 2 ed. Ver., atual. E ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 51.

Diante do exposto, verifica-se que há convergência entre as diversas constituições dos países latino-americanos a respeito da efetividade da prestação jurisdicional e sua interpretação sob o ponto de vista do denominado neoconstitucionalismo do século XXI.

CONCLUSÃO

Em conclusão, o fenômeno do neoconstitucionalismo, surgido após a derrocada de regimes ditatoriais a partir da década de 80, foi visto em diversos países da região, com destaque para o Brasil, de onde se extraem diversas reformas na Constituição Federal ao longo das últimas décadas, com a finalidade de aprimorar os direitos e garantias individuais fundamentais – dentre as quais, destaca-se a inserção no texto do princípio da efetividade da prestação jurisdicional.

Com efeito, o neoconstitucionalismo latino-americano se caracteriza pela defesa de direitos e garantias individuais fundamentais, além do destaque para o plano social, em defesa de minorias e de grupos marginalizados.

Ademais, é possível extrair dos diversos textos constitucionais de países da região latino-americana, como, por exemplo, Argentina, Venezuela e Bolívia, uma preocupação com a entrega da prestação jurisdicional justa, célere e efetiva, inclusive para fundamentar a garantia dos direitos individuais e sociais.

Assim, pode-se dizer que há convergência entre as diversas constituições dos países latino-americanos a respeito da efetividade da prestação jurisdicional e sua interpretação sob o ponto de vista do denominado neoconstitucionalismo do século XXI.

De qualquer modo, tanto no Brasil, como nos demais países da região, há necessidade de uma mudança de cultura de todos os operadores do direito – e com reformas profundas no sistema jurisdicional nacional –, como aquelas que já vêm ocorrendo como, por exemplo, a maior valorização das Súmulas e da jurisprudência dominante, o aperfeiçoamento do sistema de julgamentos de questões repetitivas, dentre outras mais estruturais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 2, 2017, p. 1113-1142.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo código de Processo Civil anotado / Cassio Scarpinella Bueno – 2 ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, / Teresa Arruda Alvim (et al), coordenadores, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria geral do novo processo civil/ Cândido Rangel Dinamarco, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes – São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do novo processo civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. Tendências Atuais do Constitucionalismo Latino Americano: existe um “novo constitucionalismo” na região?. **Empório do Direito**, 2017. Disponível em: <<https://emporiოდodireito.com.br/leitura/tendencias-atuais-do-constitucionalismo-latino-americano-existe-um-novo-constitucionalismo-na-regiao-por-marcelo-figueiredo>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago; GUEDES, Jefferson. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. **Universitas JUS**, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, / Teresa Arruda Alvim (et al), coordenadores, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do; MARTINS, Evilhane Jum; IRIGARAY, Micheli Capuano. O Constitucionalismo Latino Americano: desafios para uma maior aproximação brasileira através da Lei nº 13.123/2015. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 15, Jul.-Dez. p. 542-567.

PINTO, NELSON LUIZ. Processo em Perspectiva, em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OS MEIOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS (MESC'S) COMO MEDIDA PARA OS CONFLITOS PÓS PANDEMIA

LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME
ALEXANDRE DE CASTRO BARROS PAVOLETTI

Resumo: as relações humanas, sociais e econômicas foram profundamente afetadas em razão da presença de um novo vírus no mundo atual. A forma considerada mais eficaz de contenção da enfermidade pelo vírus trazida acarreta em isolamento social e paralisação das fontes produtivas. Isso traz como repercussão direta a interrupção de circulação de riqueza e dificuldade latente em cumprimento dos negócios jurídicos alinhavados mundo afora. Com a ausência de inadimplemento, o que se teria? A possibilidade de seu desfazimento pela parte lesada? A existência dos chamados *caso fortuito* e *de força maior* (como forma de romper com a responsabilidade)? Ou, ainda, a possibilidade de rediscussão dos acordos? Entende-se que a manutenção dos contratos é a melhor solução e os meios extrajudiciais de soluções de controvérsias podem atuar como cão-guia em um cenário de cegueira profunda que se tem pela frente.

Palavras-chave: Covid-19 – inadimplemento contratual – manutenção dos acordos – meios extrajudiciais de solução de litígios

1. INTRODUÇÃO

As mulheres e homens das gerações que habitam o mundo hodierno ainda não tinham passado pelo que se passa no momento. É uma realidade triste, mas certamente factual. O intitulado novo coronavírus desafortunadamente alterou por completo a vida de toda a coletividade e a gravidade que uma enfermidade que se transformou em pandemia traz gerou como resposta das autoridades apenas o simples confinamento das pessoas em suas residências para frear o espalhamento do vírus e a contaminação de mais pessoas mundo afora.

Sucedem que o regime de quarentena al qual todos ficam submetidos mexe com todas as bases do sistema produtivo, acarretando a dificuldade de circulação de riqueza e a complexidade ainda maior de cumprimento das obrigações jurídicas por parte de todos. O que se enxerga é um cenário de descumprimento global de obrigações e as perguntas que ficam são: tais inadimplementos dão azo à resolução dos contratos em virtude da teoria da imprevisão? Seria razão para se alegar a ausência de responsabilidade por conta de caso fortuito ou força maior? Seria caso de se vislumbrar não o desfazimento, mas sim a revisão dos contratos. E ainda que se chegue à conclusão de que a alternativa pela revisão dos acordos seria o mais razoável, quem seria aquele que de fato revisaria os contratos em larga escala? O Poder Judiciário; os próprios envolvidos ou expedientes paralelos, dotados de eficiência e de presteza para tanto, como a conciliação e a mediação?

2. QUADRO ATUAL: O NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19) E A VIDA DAS PESSOAS

Desde o final do ano de 2019, paulatinamente o dia a dia das pessoas foi sendo alterado com a informação de um novo vírus que surgia no oriente do globo. Conforme o vírus ganhou a alcunha de novo coronavírus e as suas consequências se traduziram na intitulada doença Covid-19 ambos passaram a abreviar vidas e a alastrar os seus alcances para todos os lados.

Os primeiros impactos econômicos se mantiveram mais tímidos mas rapidamente a preocupação também cresceu, não demorando a alcançar a Europa, os Estados Unidos e, por óbvio, o Brasil.

Em território nacional o número oficial de pessoas contaminadas se apresentou sensivelmente inferior nos primeiros momentos, mas os efeitos da expansão do vírus podem ser igualmente danosos. Isso porque, ainda que o número de mortos em razão do vírus beire os 2% daqueles que são infectados, a concentração se eleva em relação às pessoas mais velhas e, mesmo que os mais jovens possivelmente não faleçam, isso não quer dizer que eles não necessitem de cuidados médicos e é aí que, principalmente, reside o problema. A reunião de pessoas em hospitais e em postos de atendimento implica no colapso do sistema de saúde de qualquer país, fazendo com que, por exemplo, pessoas que estejam acometidas por enfermidade diversa, que nada tenha a ver com o novo coronavírus,

eventualmente sejam privadas de atendimento médico por conta de um sistema de saúde absolutamente atolado e que não dá conta de receber mais pacientes.

Com a intensa propagação do vírus, restou uma saída em duas: a primeira seria a criação de um medicamento capaz de combater o vírus e de garantir o bem-estar das pessoas; e a segunda a criação de uma vacina que fosse capaz de fazer com que as pessoas ainda não contaminadas não contraissem o vírus. Só que a comunidade científica não conseguiu naturalmente ainda oferecer qualquer das hipóteses e que, ainda que de fato criasse alguma delas, demandaria certo período de testes; depois de aprovação de órgãos sanitários; de fabricação e de distribuição do item. Com isso, o caminho mais prudente e rápido para frear o vírus seria a sua contenção por meio do confinamento social. Ou seja, garantir que as pessoas circulem menos pelas ruas, de modo que haja menor interação entre eles, fazendo com que aquele que porte o vírus não o transmite para os demais.

A problemática se dá justamente com a consequência que o confinamento social acarreta para as relações humanas e, naturalmente, jurídicas. Isso porque o confinamento faz com que as pessoas deixem de se dirigir aos seus postos naturais de trabalho. Em resumo, a pessoa que é dona de um pequeno comércio se vê obrigada a dispensar o seu colaborador, na medida em que o trabalho por ele efetuado não pode ser realizado na forma *home office*. Sucede que o empresário se vê na condição de ter que honrar com os seus compromissos tanto em relação ao seu funcionário afastado, assim como com as suas demais obrigações para com fornecedores, Estado e para com credores em geral. Mas, voltando, é importante ter em mente que esse empresário dispensou a sua mão de obra e que, portanto, ele não produz ou não revende os bens. Ele não tem renda para conseguir adimplir as suas obrigações e não produz riqueza para o país. Esse cenário, em forma de cadeia, pode significar nada mais nada menos do que o colapso da frente econômica de uma nação do ponto de vista eminentemente econômico, bem como a quebra da função social do contrato no âmbito social e jurídico.

Do ponto de vista econômico, algumas medidas estatais estão sendo tomadas no sentido de postergar a quitação de dívidas e a necessidade de recolhimento de impostos, assim como a possibilidade de o empregador suspender o contrato de trabalho de seu funcionário. Mas, do ponto de vista jurídico mais estrito ao âmbito privado, o que se questiona é o impacto que a Covid-19 pode ter nas relações civis.

3. AS ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA LIDAR COM AS CONSEQUÊNCIAS CAUSADAS PELA COVID-19

Já que as pessoas terão muita dificuldade em cumprir os seus contratos, a crise poderia significar o desfazimento em cadeia dos contratos porque eles teriam se tornado excessivos? Ela poderia simplesmente fazer desaparecer o nexos causal entre o suposto inadimplemento de alguém e o dano vivido por outro alguém, consumando simplesmente uma causa de excludente de responsabilidade? Poderia gerar não o desfazimento do negócio, mas a sua revisão? Quem ou qual instrumento poderia contribuir para a melhor resolução essa gama de hipóteses?

3.1 Da resolução do contrato pela onerosidade excessiva

Todo o cenário narrado poderia se enquadrar em, ao menos, duas hipóteses já antecipadas e abrigadas pelo Código Civil Brasileiro. A primeira é a que diz respeito ao artigo 478 do diploma civil:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

O regramento permite que um contrato seja resolvido, com os efeitos da decisão que assim o declarou retroagindo à data da citação das partes. Para tanto, há que se ter quatro condicionantes cumuladas: (i) que se tratem de contratos de execução continuada ou diferidos; (ii) que as obrigações de uma das partes se torne excessivamente onerosa para ela; (iii) que isso ocasione extrema vantagem para a outra parte (parte beneficiada) e; (iv) que tudo isso se dê em razão de um fato imprevisível e extraordinário.

Ou seja, o Código Civil traz a hipótese de um contrato ser desfeito porque em razão de um acontecimento não previsto e extraordinário e que traga elevada desvantagem a uma das partes e forte benefício à outra, ao mesmo tempo, configurando a chamada *resolução por onerosidade excessiva* ou, dito de outra maneira, configurando a intitulada teoria da imprevisão.

Segundo Nelson Rosenvald, a rigor, pode-se dizer que

“a teoria contemporânea é alicerçada em quatro princípios: autonomia privada; boa-fé objetiva; função social do contrato; e justiça (ou equilíbrio contratual. A inserção no CC da resolução por onerosidade excessiva atende ao princípio justiça contratual, que impõe o equilíbrio das prestações nos contratos comutativos, a fim de que os benefícios de cada contratante sejam proporcionais aos seus sacrifícios (...). Acontecimentos novos, de variada natureza, revolucionam o programa contratual, impedindo as partes de tirar da operação as vantagens esperadas ou até transformando-a em fonte de prejuízos. Assim, ao disciplinar a onerosidade excessiva superveniente, o legislador procurou dar resposta ao problema da alteração das circunstâncias. Quer se explique a resolução do contrato por se considerar subentendida a cláusula *rebus sic stantibus*, quer pela teoria da imprevisão, ou da base do negócio, a verdade é que, no direito contemporâneo, a alteração radical das condições econômicas dentro das quais o contrato foi celebrado, têm sido considerada uma das causas que, com o concurso de outras circunstâncias, podem determinar a resolução”¹.

Acontece que essa teoria da imprevisão também dá de ombros para outro princípio, o da função social do contrato, que também é um expoente que perfaz a teoria contratual contemporânea.

Logo, a mera resolução por onerosidade excessiva caminha na contramão dos preceitos mais modernos consagrados pela jurisprudência e pela própria doutrina, na medida em que a resolução não dialoga com a lógica da manutenção dos negócios jurídicos e com a própria função social do contrato. Essa última tem em vista olhar os negócios realizados em cadeia, de tal sorte que a manutenção saudável dos acordos é justamente o que faz “a roda girar” e o que faz com que as relações econômicas e sociais ganhem vida.

Não à toa, o Enunciado nº 176 da III Jornada de Direito Civil foi claro ao dispor:

“Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

¹ PELUSO, Cezar (coord). Código Civil Comentado. 9ª edição. Barueri: Manole, 2015, p. 512.

Ou seja, claro foi o entendimento que deu conta da importância da conservação dos contratos como um princípio a ser estimulado. O simples desfazimento do negócio por vezes sequer resolve o problema das próprias partes ali envolvidas, e quando se pondera de forma global se percebe que a resolução de negócios pode gerar uma sucessão de tropeços em toda a cadeia econômica. Por óbvio, não é o que se deseja quando se olha para o problema de forma ampla.

3.2 Do caso fortuito ou de força maior como excludentes de responsabilidade civil

Existe uma máxima no direito das obrigações que faz crer que uma obrigação nasce para ser extinta. Uma obrigação extinta significa credor satisfeito e devedor livre. O fato é: a obrigação deve ser extinta pelo devedor na forma da lei ou na forma do contrato definido pelos contratantes. Entretanto, há situação em que se exclui a responsabilidade civil daquele que não cumpre com a sua parte em razão de evento sobre o qual ele não tem controle, como as hipóteses de caso fortuito e de força maior.

O caso fortuito e a força maior são trazidos no parágrafo único do artigo 393 do Código Civil pátrio:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

O caso fortuito ou de força maior rompem com o nexo causal entre o inadimplemento realizado por umas das partes e o dano suportado pela outra em um enlace jurídico. Trata-se de exclusão da responsabilidade civil.

Trazendo para o caso concreto, a jurisprudência que tratar do caso eventualmente até pode ir por esse caminho, mas será que de fato seria o mais razoável?

Ora, a questão não é o tecnicismo jurídico intrínseco ao tema: pode-se chegar à conclusão de que de fato se rompe o nexo casual entre o inadimplemento e o dano suportado. O fato é que isso não resolve a questão, de tal sorte que aquele que teria cometido o inadimplemento afirmaria que não o fez e aquele que suportou o inadimplemento defenderia que o que-

bra do contrato “sim, se deu”. Se for olhada a questão de forma global, os argumentos de cada um podem sustentar o seu próprio caso, mas não o sistema integrado como um todo.

Por isso, a ideia da revisão do contrato soa muito mais razoável, na medida em que se tem a possibilidade de se debruçar sobre cada uma das relações para se apurar a particularidade dela, de modo a tornar mais justo para todos os envolvidos.

3.3 O papel dos MESC's na revisão de contratos impactados pela Covid-19

Se se entende que o melhor caminho para a saída é o diálogo, a compreensão, a aproximação e, assim, os meios extrajudiciais de solução de controvérsias certamente se mostram os mais eficientes para tanto.

3.3.1 O que são MESC's?

Os meios extrajudiciais de solução de conflitos (MESC's) são em mecanismos que se propõem a dirimir e a resolver contendas sem a apreciação do Poder Judiciário. São sistemas autônomos que procuram, a partir de instrumentos, oferecer uma resposta aos agentes envolvidos em conflitos, sem lançar mão do expediente judicial.

3.3.2. Motivos do uso dos MESC's

Não é novidade que o ser humano necessite da interação e do convívio com outros indivíduos para a sua vivência saudável. A vida em sociedade pressupõe a solidariedade entre pessoas, mas, também, a concorrência pelos mesmos bens e eventualmente interesses. Natural que, a partir desse viés, existam por vezes os conflitos entre as pessoas.

O produto desses embates gerou a figura do Estado, quando o ser humano transferiu a essa figura o monopólio da solução de conflitos, abrindo mão de certas liberdades, mas supostamente ganhando a segurança de um ente capaz de prover a segurança jurídica e a paz social.

Acontece que o homem e o mundo são elementos em constante transformação. Se o Estado, antes, era o agente detentor exclusivo da distribuição de justiça, com as mudanças ao longo dos tempos foi sendo palatável

se perceber que seria possível ser presenciada uma forma privada de distribuição de justiça.

Sobretudo no último século foram nascendo paulatinamente outras dinâmicas que tinham como sentido a resolução de conflitos e a possibilidade de se alcançar aquilo que fosse considerado mais justo. Além-mar surgiu a renomada arbitragem. Mais adiante foram se solidificando outras vias como a mediação, a conciliação e a negociação.

Ao fim e ao cabo, os meios extrajudiciais de soluções de conflitos têm como sentido oferecer respostas para as lides vivenciadas por pessoas – físicas e jurídicas –, sem a utilização do Estado. E não porque não se quer “incomodar” o Estado, mas porque esses institutos são plenamente capazes de oferecer o tipo de suporte e resposta suficientes para determinar a melhor solução para o conflito.

3.4 Arbitragem

Desses mecanismos, a arbitragem é, provavelmente, o mais consagrado pelo mundo. Trata-se de em um meio heterocompositivo de solução de litígios em que as partes sob litígio escolhem um terceiro, imparcial e distante do conflito, para que este o resolva. A decisão deste terceiro tem força absolutamente comparável à decisão proferida por um juiz togado.

3.5 Mediação

A mediação vem a ser muito mais uma forma de auxílio da resolução de controvérsias. Pelo instituto, as partes se deparam com um terceiro, também imparcial e neutro ao conflito, que tem como finalidade sobretudo ajudar na melhor comunicação entre as partes. A rigor, a participação do terceiro não tem carga decisória. Isso é, diferentemente do que ocorre na arbitragem, em que o árbitro atua como um efetivo juiz de âmbito privado, determinado o desfecho da lide, impondo uma decisão com direitos e deveres para as partes, na mediação o mediador não define a questão. Como dito, ele auxilia as partes apresentando seus anseios, prioridades e interesses, ou seja, ajudando na comunicação delas.

Levando em conta a opinião de Rosemiro Pereira Leal²,

“a mediação constitui-se, historicamente, na manifestação da transigência entre particulares, para encontrarem solução de seus conflitos, sem a intervenção do Estado, pela indicação consensual de um ou vários intermediários que lhes pacifiquem os interesses”.

3.6 Conciliação

Já a conciliação, a priori, muito se assemelha à mediação, também sendo observado a participação do terceiro imparcial contribuindo para o melhor desfecho da lide.

O primeiro olhar para o conceito não oferece grande distância em relação aos demais institutos narrados. A grande diferença da conciliação para a arbitragem é que, assim como ocorre na mediação, o conciliador também não determina o final do imbróglio. E já as principais distinções entre a mediação e a própria conciliação é que na primeira há uma preocupação maior com o diálogo, a melhor comunicação e a reaproximação das partes; sendo que na conciliação o papel do conciliador é um pouco menos ativo e inclusivo, o que não quer dizer, naturalmente, que o conciliador não contribua para que as partes cheguem a um melhor desfecho.

3.7 Negociação

A negociação, entre todos os sistemas alternativos, é o único instituto que não contém em sua essencialidade o uso de um terceiro, distante das partes litigantes como ente colaborador da justiça e com a finalização da lide.

Na negociação os conflitantes “se encontram diretamente e, de acordo com as suas próprias estratégias e estilos, procuram resolver uma disputa ou planejar uma transação, mediante discussões que incluem argumentação e arazoamento”³.

² LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. Porto Alegre, Editora Síntese, 2001, p. 38

³ TAVARES, Fernando Horta. Mediação e conciliação. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 42.

O deslinde é muito dinâmico porque, como afirma José Maria Rossani Garcez, “sendo personalíssimo, preserva a autoria e a autenticidade dos negociadores na solução de seus próprios conflitos, não existindo nada mais adequado e duradouro do que uma solução autonegociada”⁴.

Em suma, o que se tem é que se trata de

*“um procedimento ágil em que as partes buscam chegar a um acordo que possa ser interessante a ambas, senso primordial a contribuição de cada dos litigantes, possivelmente com concessões até que se seja encaminhada uma composição”*⁵.

O que se percebe é que, como não existe a mediação de um terceiro no enlace, é necessário que haja o comprometimento das partes com o objetivo de finalizar a disputa.

4. DA UTILIZAÇÃO DOS MESC'S NA REVISÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS IMPACTADOS PELA COVID-19

O que foi possível de se verificar até o momento foi o impacto latente do novo coronavírus não apenas (como se não fosse suficiente) na vida das pessoas infectadas pela doença, mas sim as repercussões diretas e indiretas que a enfermidade causa na vida de absolutamente toda a sociedade ao redor do mundo. Naturalmente, como explicitado, os negócios jurídicos também são profundamente abalados e o conjunto de inadimplementos não apenas se avizinha como certamente já se verifica, trazendo grandes problemas também de ordem econômica a todos.

Conforme procurou se defender, o que a percepção que aqui se tem é a de que o melhor caminho não é o da exclusão da responsabilidade do suposto descumpridor de obrigações contratuais a partir do argumento do caso fortuito ou da força maior para fundamentar o eventual inadimplemento; tampouco se defende a teoria da imprevisão para embasar a onerosidade excessiva e a conseqüente resolução dos contratos. O que se defende, de fato, é a revisão dos contratos atingidos pela mesma onerosidade excessiva e pelo benefício de uma parte em detrimento dos malefí-

⁴ GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação, ADRS, Mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 5.

⁵ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme. Manual de Arbitragem e Mediação, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 49.

cios presenciados a outra naquela relação. Dito tudo isso, tudo bem, mas como se dariam essas revisões?

Note que o que a interpretação atual se dá em razão do Enunciado nº 176 da III Jornada de Direito Civil que, ao invés de, judicialmente, lançar mão do desfazimento do contrato atingido pela teoria da imprevisão, procura, por outro lado, visitar e rever aquele contrato a fim de legitimar o princípio da conservação dos contratos. Mas perceba que tudo isso – isso é, tanto a resolução do contrato quanto mesmo a revisão dos contratos, pelo regramento, se daria em sede judicial, o que talvez não signifique grande saída para os casos debate, na medida em que se poderia ter o atolamento do sistema judiciário que hoje mesmo já se encontra em estágio de penúria dado o elevado número de processos para serem analisados todos os dias. Esse motivo, por si só, já garantiria o uso dos meios extrajudiciais de soluções de controvérsias – tais quais, principalmente, a mediação e a conciliação – para dirimir os conflitos resultantes da Covid-19.

Mas não é só. O fato relevante é que os meios extrajudiciais se mostram instrumentos capazes de oferecer respostas mais céleres e eficazes para a problemática independentemente do quadro atual e do próximo em relação aos tribunais nacionais. Tanto a mediação quanto a conciliação são mecanismos autônomos e eficientes em suas atividades usuais e podem agir para resolver os litígios.

4.1 A arbitragem na resolução dos conflitos advindos dos impactos provocados pela Covid-19

A rigor, a arbitragem também se mostra um expediente deveras eficiente na resolução dos referidos conflitos. Deve ser lembrado que a arbitragem se trata de um expediente muito semelhante à jurisdição, com um terceiro, imparcial e autônomo, de fato intercedendo e decidindo o litígio.

A grande diferença em relação à distribuição de justiça orientada pelo Estado, é que a arbitragem consiste em um mecanismo privado e não estatal, de tal sorte que as partes que a ele se submetem selecionam esse terceiro, o árbitro, para definir o conflito. E se elas assim o fazem, naturalmente, elas levam em consideração elementos substanciais no que pertine aos entendimentos que aquele árbitro detém sobre a matéria a ser analisada. Elas levam em consideração os atributos técnicos do árbitro ao transferirem a ele a decisão do problema que as une. Por isso, elas confiam

no árbitro selecionado, materializando uma das principais vantagens da arbitragem que é o caráter técnico que ela emprega em sua atuação.

Além disso, a apreciação arbitral se dá em tempo claramente inferior a aquela feita pelo Poder Judiciário, seja pela sua maior informalidade, seja pela inexistência do duplo grau de jurisdição, que permite que as decisões sejam revistas.

Portanto, a arbitragem obviamente também pode ser um meio bastante válido no deslinde de diversos casos que sejam provenientes, direta ou indiretamente, das repercussões trazidas pelo novo coronavírus.

4.2 A negociação na resolução dos conflitos advindos dos impactos provocados pela Covid-19

Teria como *ativo* justamente o fato de não necessitar da intervenção de um terceiro. Por outro lado, a desvantagem poderia ser exatamente pelo mesmo motivo. Isso é, as próprias partes realizariam. Se a vantagem, portanto, seria o fato de se sentarem à mesa para discutir aqueles envolvidos no litígio, o que não demandaria a necessidade de envolver alguém alheio ao entrave, a problemática se dá porque se teria um cenário de provável pressão e de desconfiança, em que todos deverão estar ansiosos para poderem ter mais paz. Com isso, deixar que as próprias partes litigantes reanalisem os contratos talvez não pareça a melhor opção, sobretudo porque, possivelmente, várias delas não estarão rediscutindo um único contrato, mas diversos contratos com diversos outros contratantes.

4.3 A conciliação e a mediação na resolução dos conflitos advindos dos impactos provocados pela Covid-19

Mas, para finalizar com um alento, a conciliação e a mediação podem ser ainda mais ativas na resolução dos impasses em razão do novo coronavírus. Isso porque ambos se tratam de instrumentos ainda mais informais e menos solenes do que a própria arbitragem. Ambas, conciliação e mediação, também apresentam a figura do terceiro, imparcial e alheio ao conflito, mas com a diferença em relação à arbitragem que dá conta da ausência de tomada de decisão pelo referido terceiro. Ou seja, na mediação e na conciliação o terceiro tem o papel de aproximar as partes; de otimizar a

dinâmica da comunicação entre elas e de, eventualmente, realizar sugestões após ouvir cada das partes tanto em conjunto quanto em separado. É um trabalho mais relacionado ao entendimento das angústias de cada das quais do que de impor qualquer forma de decisão.

E talvez seja justamente o que o momento mais requer para todos, aliás. Certamente o mundo vivenciará um período de profunda crise e de dificuldade nas relações humanas. A imposição de decisões talvez não se mostre a mais adequada em nenhum grau, sendo mais interessante, provavelmente, abraçar a lógica da empatia que é justamente aquela apregoada tanto pelo conciliador que atua na conciliação quanto pelo mediador (e principalmente por ele) que atua na mediação.

Então, se a Covid-19 eventualmente trouxer a necessidade de revisão (e não de desfazimento dos contratos nem a exclusão de responsabilidade por parte daquele que o inadimpliu) o ideal é que tal revisão seja feita sob bases justas, equânimes e com parcimônia, notadamente a partir da utilização do terceiro, alheio e sem as emoções daquele conflito, mas sem as imposições que o Poder Judiciário e a própria arbitragem trazem. Isso é, o conciliador e o mediador deverão ter a preocupação de entender a conjuntura do momento em que se dará a revisão; deverão ter em mente o estágio de medo, de pressão e de desconforto dos envolvidos, havidos por um respiro após, provavelmente, alguns meses sob uma forte crise. Mal comparando, talvez seja um momento de agruras comparado a aquele visto apenas durante a Quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, quase um século atrás. Por isso, é essencial que haja um espírito empático do terceiro (conciliador ou mediador) para melhor conduzir as formas de revisão dos contratos inadimplidos pelas partes.

Certamente, a mediação e a conciliação – dadas as características inerentes aos instrumentos – mostram-se os melhores expedientes para um momento de profunda desconfiança e de crise que infelizmente a humanidade tende a presenciar nos próximos meses.

CONCLUSÃO

Certamente, esse é o período histórico recente de maior angústia e das maiores transformações que a sociedade presenciou. A Covid-19 está provocando grandes mudanças no dia a dia dos indivíduos e a necessidade de confinamento social já se apresentou. Por óbvio, a consequência direta da

prática é a paralisação das fontes de trabalho ao redor do mundo, provocando a queda na circulação de riqueza e a dificuldade de todos cumprirem com os seus contratos.

Saída para isso poderia ser o entendimento de que (i) não há responsabilização por parte daquele que descumpriu o acordo em razão da quebra do nexo de causalidade entre o inadimplemento e o dano; (ii) a resolução dos contratos por conta da teoria da imprevisão; ou (iii) a revisão dos contratos por conta da mesma teoria da imprevisão, sustentada na onerosidade excessiva.

A percepção é de que o melhor caminho seja pela revisão dos contratos, a fim de se preservar os negócios jurídicos existentes. E aí, os meios extrajudiciais de soluções de controvérsias podem funcionar como ótimos expoentes na condução dessas revisões, justamente pela maleabilidade e pela melhor forma como eles se adequam e se mostram empáticos aos casos em exame, funcionando como o melhor caminho para uma boa saída da crise que se vislumbra.

REFERÊNCIAS

GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação, ADRS, Mediação, conciliação e arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme. Manual de Arbitragem e Mediação, 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. Porto Alegre, Editora Síntese, 2001.

PELUSO, Cezar (coord). Código Civil Comentado. 9ª edição. Barueri: Manole, 2015.

TAVARES, Fernando Horta. Mediação e conciliação. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PENAL E PROCESSO PENAL

IMPACTOS CRIMINAIS DO PAGAMENTO E PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO

ANDREW FERNANDES FARIAS¹

A presente pesquisa, IMPACTOS CRIMINAIS DO PAGAMENTO E PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO, baseada em pesquisa documental e bibliográfica, tem por objetivo verificar as consequências criminais do pagamento e parcelamento do débito tributário. Atualmente, a matéria vem disciplinada pelas Leis nº 10.684/2003 e 12.382/2011. Segundo a Lei nº 10.684/2003, o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos extingue a punibilidade do crime. Contudo, questiona-se: o pagamento do tributo extinguirá a punibilidade do agente nos casos em que o pagamento ocorrer após a sentença penal condenatória, ou mesmo, após o trânsito em julgado do feito? A resposta é positiva, assim, mesmo que o agente pague o débito tributário, após o trânsito em julgado, sua punibilidade estará extinta, pois, como ensinam as clássicas regras de hermenêutica, onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir. Por seu turno, a Lei nº 12.382/2011 dispõe que o parcelamento do débito tributário realizado antes do recebimento da denúncia suspende a pretensão punitiva. Assim, indaga-se: nos casos em que o parcelamento do débito tributário ocorrer após a citação do réu, porém antes do segundo juízo de admissibilidade, a pretensão punitiva será suspensa? A resposta, também é positiva, uma vez que com a reforma processual penal implementada pela Lei nº 11.719/08, existe um juízo de admissibilidade da denúncia (recebimento ou rejeição da denúncia) após a apresentação da Resposta à Acusação.

Palavras-chave: Pagamento do débito tributário. Parcelamento do débito tributário. Extinção da punibilidade. Suspensão da pretensão punitiva.

¹ Especialista em Ciências Penais.

1. INTRODUÇÃO

Antes de adentrar na análise dos impactos criminais do pagamento e parcelamento do débito tributário, cumpre realizar um breve histórico legislativo da matéria, haja vista que esse processo causou dúvidas e controvérsias no que tange a interpretação e aplicação do direito ao caso concreto.

Como é cediço, ao longo dos anos foram editados vários atos normativos para disciplinar as consequências jurídicas criminais do pagamento e parcelamento do débito tributário (Lei nº 8.137/90, 8.383/91, 9.249/95, 9.964/2000, 10.684/2003, 12.382/2011).

Como consequência da intensa sucessão de leis no tempo, cada uma regulamentando a matéria à sua maneira, várias divergências surgiram quanto à hermenêutica e aplicação do direito ao caso concreto.

Por exemplo, a redação original da Lei nº 8.137/90 dispunha que o pagamento do débito tributário acarretaria a *extinção da punibilidade* se realizado antes do recebimento da denúncia². Entretanto, em 1991 a Lei nº 8.383³ revogou a referida norma. Por seu turno, em 1995 a Lei nº 9.249⁴ restabeleceu o conteúdo normativo fixando que o pagamento do débito tributário realizada antes do recebimento da denúncia acarretaria a extinção da punibilidade.

Em sequência, no ano 2000, a Lei nº 9.964⁵ manteve a regra anterior dispondo que o pagamento do débito tributário realizado antes do recebimento da denúncia teria condão de extinguir a punibilidade.

² Lei nº 8.137/90: Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. (Revogado pela Lei nº 8.383, de 30.12.1991).

³ Lei nº 8.383/1991: Art. 98. Revogam-se o art. 44 da Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, os §§ 1º e 2º do art. 11 da Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964, o art. 2º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, o art. 5º do Decreto-Lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, os arts. 13 e 14 da Lei nº 7.713, de 1988, os incisos III e IV e os §§ 1º e 2º do art. 7º e o art. 10 da Lei nº 8.023, de 1990, o inciso III e parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.134, de 27 de dezembro de 1990 e o art. 14 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

⁴ Lei nº 9.249/1995: Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

⁵ Lei nº 9.964/2000: § 3º 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, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.

Ademais, a Lei nº 9.964/2000, também trouxe regramento jurídico quanto ao *parcelamento* do débito tributário. O referido ato normativo, estabeleceu que o *parcelamento* do débito tributário realizado *antes do recebimento da denúncia* acarretaria a *suspensão da pretensão punitiva estatal*⁶.

Destarte, até esse momento a matéria era disciplinada da seguinte forma: a) *parcelamento* do débito tributário realizado *antes do recebimento* denúncia acarreta a *suspensão da pretensão punitiva*; b) *pagamento* do débito tributário realizado *antes do recebimento* da denúncia gera a *extinção da punibilidade*.

Contudo, em 2003 a Lei nº 10.684⁷ suprimiu o marco processual (*antes do recebimento da denúncia*), dispondo que o *pagamento* do débito tributário realizado em *qualquer momento extingue a punibilidade*, do mesmo modo, fixou que o *parcelamento* do débito tributário realizado a *qualquer momento suspende a pretensão punitiva estatal*.

Ocorre que, em 2011 a Lei 12.382⁸ voltou a disciplinar a matéria de modo diferente. Em relação ao *parcelamento* do débito tributário a lei reintroduziu o marco processual (*antes do recebimento da denúncia*). Assim, apenas

⁶ Lei nº 9.964/2000: Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

⁷ Lei nº 10.684/2003: Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 2º 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.

⁸ Lei nº 12.382/2011: Art. 6º O art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º a 5º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 6º :

“Art. 83.

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

suspende a pretensão punitiva estatal o parcelamento formalizado antes do recebimento da denúncia. Quanto ao pagamento do débito tributário, a Lei nº 12.382/2011, apenas disciplinou a questão do pagamento fruto de anterior parcelamento, não tratando das demais hipóteses de pagamento.

Desse modo, para a Lei nº 12.382/2011 o pagamento fruto de um anterior parcelamento acarreta a extinção da punibilidade. Por seu turno, as demais hipóteses de pagamento, seguem reguladas pela Lei nº 10.684/2003, ou seja, o pagamento realizado a qualquer momento extingue a punibilidade.

Diante desse cenário várias divergências doutrinárias e jurisprudências surgiram. Os impactos nas nuances técnicas eram deveras relevantes, constate-se: a) a depender da regra a ser aplicada ao caso concreto, o parcelamento do débito tributário conduziria à suspensão da pretensão punitiva ou não; b) a depender da regra a ser aplicada ao caso concreto, o pagamento do débito tributário conduziria à extinção da punibilidade ou não.

Ressalte-se que o direito penal e processual penal se comportam de forma diferente no âmbito da aplicação da lei no tempo, pelo menos para a doutrina majoritária⁹. Enquanto o direito penal é regido pelo princípio do *tempus regit actum* (aplicação da lei vigente no tempo do crime) e irretroatividade da lei penal mais gravosa¹⁰, o processo penal obedece ao princípio da aplicação imediata, considerando o momento em que o ato processual será praticado¹¹.

Dessa forma, surgiam intensos debates acerca da natureza jurídica das disposição das referidas leis (penal, processual penal ou híbrida). Constate-se o imbróglio: se o conteúdo da norma for classificado como de direito penal a norma benéfica poderia retroagir para alcançar crimes praticados antes da sua vigência. De outro lado, se o conteúdo da norma for classificado como de direito processual, mesmo que o crime tivesse sido praticado sob a vigência de outra lei, a nova lei poderia ser aplicada, pois o

⁹ Aqui não se ignora, as preclaras lições de eminentes juristas, no sentido de que mesmo em relação à norma processual penal deve ser aplicado o princípio da irretroatividade maléfica e retroatividade benéfica da lei processual penal. Tal raciocínio tem por fundamento o artigo 5º XL da Constituição Federal que determina que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, devendo-se entender por lei penal, tanto a de direito material como de direito processual. Sublinhe-se que inclusive este é o entendimento deste autor, contudo, tal controvérsia não é o foco do presente artigo, e seu tratamento neste momento poderia obnubilar a compreensão da questão central.

¹⁰ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, volume 1: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Página 168.

¹¹ Nicolitt, André Luiz. *Manual de processo penal*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Página 39.

processo penal obedece ao princípio da aplicação imediata, considerando o momento da prática do ato processual.

O certo é que na atualidade a matéria goza de certa estabilidade sendo disciplinada pelas Leis nº 10.684/2003 (pagamento integral do débito fora das hipóteses de parcelamento) e 12.382/2011 (parcelamento do débito tributário e pagamento fruto de anterior parcelamento).

Em suma, atualmente de acordo com as Leis nº 10.684/2003 e 12.382/2011 o pagamento do débito tributário realizado a qualquer momento extingue a punibilidade, e o parcelamento formulado até antes do recebimento da denúncia, suspende a pretensão punitiva estatal.

Diante do atual cenário jurídico normativo, indaga-se: (i) o pagamento realizado após a sentença condenatória, também teria o condão de extinguir a punibilidade? (ii) E o pagamento realizado após o trânsito em julgado do feito, também extinguiria a punibilidade? (iii) nos casos em que o réu realiza o parcelamento do débito tributário, após ter sido citado, tal parcelamento suspenderá a pretensão punitiva estatal?

2. IMPACTOS CRIMINAIS DO PAGAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO

Como exposto alhures, segundo as Leis nº 10.684/2003 e 12.382/2011, o pagamento do débito tributário realizado a qualquer momento conduz à extinção da punibilidade do agente.

Contudo, indaga-se: nos casos em que já se operou o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o pagamento do débito tributário teria aptidão para extinguir a punibilidade?

Quando da disciplina da matéria, a Lei nº 10.684/2003 não trouxe qualquer marco processual ou temporal para que o pagamento do débito tributário tivesse aptidão para extinguir a punibilidade¹².

Nessa toada, nos casos em que ainda não se tenha operado o trânsito em julgado do processo, mas tão somente tenha sido prolatada uma sentença penal condenatória, é incontroverso que o pagamento integral do tributo acarreta a extinção da punibilidade

¹² § 2º 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.

Porém, a questão se torna mais tormentosa nos casos em que o pagamento do débito tributário foi realizado após o trânsito em julgado do feito.

Parte da comunidade jurídica entende que operado o trânsito em julgado do processo, o pagamento do débito tributário não possui aptidão para extinguir a punibilidade do agente, uma vez que a pretensão do Estado passa a ser executória e não mais punitiva. Alguns operadores do direito, bem como tribunais superiores chegaram a adotar essa linha de raciocínio¹³.

Questiona-se: razão assiste à supracitada corrente?

O dispositivo legal é claro e inequívoco, no sentido de que, o pagamento integral do débito tributário extingue a punibilidade. Nessa senda, primeiramente cumpre verificar o que se entende por extinção da punibilidade.

Segundo a dogmática penal majoritária, para que um fato seja considerado criminoso é necessário que ele seja típico, ilícito e culpável¹⁴. Destarte, a punibilidade não integra o conceito analítico de crime. Malgrado, a punibilidade não integrar o conceito de crime, sua presença é imprescindível para que o Estado possa aplicar a sanção penal. Assim, a punibilidade pode ser conceituada como a possibilidade de o Estado aplicar a sanção penal.

Nesse toada, entende-se por *extinção da punibilidade*, a presença de determinados fatos ou atos que impedem a aplicação da sanção penal¹⁵, podendo ocorrer antes de iniciado o processo penal, ou mesmo após o seu trânsito em julgado. Como exemplos de causas extintivas da punibilidade traga-se à baila, a morte do agente, anistia, perdão judicial etc.

¹³ Com efeito, como é cediço, o parcelamento ou a *quitação integral do débito ocorrida após o trânsito em julgado da condenação não tem o condão de suspender ou extinguir a pretensão punitiva, uma vez que, diante do trânsito em julgado, a pretensão do Estado passa a ser a executória* (trecho de parecer do Ministério Público Federal no HC N° 362.478).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. EXTIÇÃO 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 (STJ, RHC 56.665/2015)

¹⁴ De grande importância é o magistério de Muñoz Conde, no sentido que, a punibilidade integra o conceito analítico de crime.

¹⁵ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, volume 1: parte geral*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Página 765.

Ressalte-se que nas hipóteses em que o réu venha a falecer no curso do processo, ou mesmo após o trânsito em julgado do feito, a consequência automática será a extinção da punibilidade. Do mesmo modo, a anistia pode ser concedida antes ou depois da sentença penal condenatória¹⁶, contando inclusive com previsão expressa na Lei de Execuções Penais¹⁷.

Assim, o fenômeno da extinção da punibilidade ocorre mesmo após o trânsito em julgado do processo. Não é porque já ocorreu o trânsito em julgado do processo, que resta impossibilitada a extinção da punibilidade do agente.

Nessa esteira de intelecção, e com a devida vênia, as digressões relativas à pretensão punitiva e executória em nada alteram a conclusão de que efetuado o pagamento do débito tributário resta extinta a punibilidade, pouco importando se a pretensão é punitiva ou executória.

Reitere-se, ainda, a regra de hermenêutica segundo a qual onde a lei não distinguiu não cabe ao intérprete distinguir. Se a lei não fixou o trânsito em julgado como marco processual para que o agente efetuando o pagamento do débito tributário, tivesse extinta a sua punibilidade, não pode o aplicador do direito criar esse marco artificialmente.

Foi um opção legítima do legislador, inserindo-se dentro de sua esfera de competência não fixar marco processual para que o pagamento do débito tributário tenha aptidão para extinguir a punibilidade, sendo uma clássica hipótese de silêncio eloquente (a ausência de referência ao marco processual foi uma escolha do legislador).

Desse modo, criar artificialmente um marco processual (trânsito em julgado) para que o pagamento do débito tributário possa ser apto a extinguir a punibilidade, não apenas configura um equívoco de exegese, como também se revela uma afronta a democracia e à separação dos Poderes.

Por fim, o princípio *favor rei*, de fundamental relevo em matéria penal e processual penal orienta como proceder nas hipóteses em que é possível extrair da lei duas interpretações antagônicas. Segundo o princípio do *favor rei*, ao se deparar com normas que trazem interpretações antagônicas, o operador do direito deve optar por aquela que melhor atenda ao *jus libertatis* do acusado¹⁸.

¹⁶ Greco, Rogério. Código Penal: comentado. 4ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

¹⁷ Lei de Execuções Penais: Art. 187. *Concedida a anistia, o Juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade.*

¹⁸ Rangel, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23ed. São Paulo: Atlas, 2015. Página 35.

Destarte, realizado um filtro de juridicidade, cotejando a controvérsia com a teoria do direito, dogmática penal e técnicas de hermenêutica jurídica, constata-se que o pagamento de débito tributário extingue a punibilidade, ainda que o agente tenha efetuado o pagamento após o trânsito em julgado do processo.

Inclusive, o colendo Superior Tribunal de Justiça¹⁹ e Supremo Tribunal Federal²⁰, vem decidindo nesse sentido, assentando que o pagamento do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade.

3. IMPACTOS CRIMINAIS DO PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO

No que se refere ao parcelamento do débito tributário, o artigo 83, §2º, da Lei nº 9.430/1996, com redação concedida pela Lei nº 12.382/2011, dispõe que o parcelamento formalizado até antes do recebimento da denúncia suspende a pretensão punitiva Estatal²¹.

Segundo entendimento majoritário antes de determinar a citação do réu deve o magistrado realizar o juízo de admissibilidade da denúncia,

¹⁹ “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” (STJ, HC nº 362.478, julgado em 14/09/2017).

²⁰ 1. Tratando-se de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, CP), o pagamento integral do débito tributário, ainda que após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03. Precedentes. 2. Na espécie, os documentos apresentados pelo recorrente ao juízo da execução criminal não permitem aferir, com a necessária segurança, se houve ou não quitação integral do débito. 3. Nesse diapasão, não há como, desde logo, se conceder o writ para extinguir sua punibilidade. 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 parcialmente provido. (RHC 128245, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016)

²¹ § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

verificando se recebe ou rejeita a vestibular acusatória. Em recebendo a denúncia, o juiz determina a citação do réu para constituir advogado e apresentar defesa no prazo de dez dias.

Elucide-se o procedimento: (i) primeiramente o Ministério Público oferece a denúncia; (ii) ato contínuo o juiz decide se recebe ou rejeita a denúncia; (iii) se o juiz receber a denúncia determina a citação do réu para apresentar Resposta à Acusação; (iv) apresentada a defesa o juiz verifica novamente se rejeita a denúncia, absolve sumariamente o réu, ou designa audiência de instrução e julgamento; (v) realização da audiência de instrução e julgamento²².

Ocorre que, o cidadão leigo muitas vezes apenas toma consciência do estágio e gravidade da situação quando é citado. Ao receber a comunicação processual o cidadão verifica que se tornou réu de um processo criminal, e é nesse momento que busca realizar o parcelamento do débito tributário, com o objetivo de suspender a pretensão punitiva estatal. Destaque-se que não raras vezes, a questão do débito tributário está sendo discutida em âmbito judicial na esfera cível.

Desse modo, indaga-se: nos casos em que após ter sido citado, o réu parcela o débito tributário, tal parcelamento suspenderá a pretensão punitiva estatal?

A Lei nº 11.719/2008, alterou com intensidade as normas relativas aos ritos estabelecidas no Código de Processo Penal, acarretando algumas controvérsias.

Uma dessas divergências, é em relação ao momento em que ocorre o recebimento da denúncia. A questão relativa ao momento do recebimento da denúncia, impacta diretamente na questão central, objeto da presente análise. A depender da posição que for adotada, o parcelamento do débito tributário, realizado após a citação, poderá suspender ou não a pretensão punitiva estatal.

²² Código de Processo Penal:

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

O artigo 396, do Código de Processo Penal aduz que oferecida a denúncia, se não a rejeitar o juiz *recebê-la-á* e determinará a *citação* do réu para apresentação de *Resposta à Acusação*. Nessa toada, extrai-se do artigo 396, que o juiz deve decidir se recebe ou rejeita a acusação, logo após a denúncia ser oferecida, ou seja, o recebimento da denúncia é o segundo ato, e a apresentação de *Resposta à Acusação* o terceiro ato.

Ocorre que, o artigo 399, do Código de Processo Penal, dispõe que *recebida* a denúncia, o juiz designará *audiência*, *intimando* o acusado. Dessa forma, segundo referido diploma legal, após o recebimento da denúncia ocorrerá a audiência, uma vez que a *Resposta à Acusação* foi apresentada, antes da decisão de recebimento ou rejeição da denúncia.

A controvérsia é famosa, e alguns autores vão denominar a expressão *recebê-la-á* constante do artigo 396, do Código de Processo Penal de “a mesóclise da discórdia”²³.

Diante da presente controvérsia três correntes se apresentaram.

A primeira corrente²⁴, a qual nos filiamos, leciona que o recebimento da denúncia ocorrerá, apenas após a apresentação de defesa pelo acusado. Destarte, o juiz apenas decidirá se recebe ou rejeita a denúncia, transformando o cidadão em réu, depois de ouvida a defesa.

Essa posição funda-se na lógica, no modelo de processo adotado pelo Brasil, bem como nos princípios fundamentais que iluminam o processo penal.

Assim, a *lógica* ensina que na dialética processual penal a defesa deve falar depois da acusação, seguindo o modelo A-D-A-D-A-D, em que “A” é acusação e “D”, defesa. Regra básica de lógica: o agente apenas poderá se defender se previamente existir uma acusação.

Outrossim, a controvérsia, relativa ao momento do recebimento da denúncia deve ser submetida a uma filtragem constitucional. Reitere-se pode o juiz receber a denúncia, e transformar o cidadão em réu, ouvindo apenas a acusação, e ignorando a defesa?

Assim, submeta-se a divergência ao escrutínio do *princípio do contraditório*. Consta na essência do princípio do contraditório a bilateralidade de audiência, ou seja, quem ouve uma parte igual deve a outra.

²³ Nesse sentido, Aury Lopes Júnior.

²⁴ Nicolitt, André Luiz. *Manual de processo penal*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Página 477.

Rangel, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23ed. São Paulo: Atlas, 2015. Página 548.

Desse modo, aliando o lógica ao princípio do contraditório, conclui-se que a dialética processual penal deve seguir o modelo A-D-J, ou A-D-A-D-J, em que “A” é acusação e “D”, defesa, e “J” juiz. Ressalve-se, as hipóteses em que a ruptura com o modelo está devidamente justificada pela urgência da medida ou prejuízo para o ato (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*, ou *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*).

Ainda, sob a égide da filtragem constitucional, o *princípio da ampla defesa* coloca uma pá de cal sobre a controvérsia, haja vista que, as partes devem ser tratadas com igualdade de tratamento e isonomia, contudo, se houver desequilíbrio e ruptura com a isonomia processual, esse desequilíbrio deve ocorrer em favor e benefício da defesa. Afinal, o princípio é da *ampla defesa* e não ampla acusação.

Destarte, como sustentar que à luz dos princípios do contraditório e ampla defesa, o juiz decidirá se o cidadão será transformado em réu, ouvindo apenas uma das partes, qual seja, a acusação?

Com a devida vênia é teratológico. Adotar essa posição é sustentar a inexistência, (ou pelo menos grave mutilação) do princípio do contraditório para a defesa (juiz decide questão relevante sem ouvir uma das partes), além dos princípios da ampla acusação (os pedidos da acusação serão decididos sem que a defesa seja ouvida) e da mínima defesa (na tomada de decisão sobre questões relevantes a defesa não precisa ser ouvida).

Por fim, para sepultar a celeuma, basta cotejar os dispositivos legais com o princípio do *favor rei*. Diante das disposições antagônicas entre os artigos 396 e 399, do Código de Processo Penal qual interpretação deve ser considerada: a que mais prejudica ou a que mais beneficia o réu?

Como é cediço, diante de interpretações antagônicas o operador do direito deve optar pela a que melhor atenda ao *jus libertatis* do acusado²⁵.

Destarte, em homenagem aos princípios do *favor rei*, contraditório e ampla defesa, entendemos que o recebimento da denúncia apenas deve ocorrer após a apresentação de defesa.

Uma segunda corrente²⁶, considerando apenas a redação do artigo 396 do Código de Processo Penal sustenta que após o oferecimento da denún-

²⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23ed. São Paulo: Atlas, 2015. Página 35.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Página 602. Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 9ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Página 680.

cia, o juiz decidirá se recebe ou rejeita a acusação, e apenas nesse momento ocorre o recebimento da denúncia.

Curioso observar que mesmo quando o juiz já recebeu a denúncia, determinando a citação do réu para apresentar a Resposta à Acusação, neste articulado a defesa poderá sustentar, por exemplo, que a denúncia deve ser rejeitada (inépcia, falta de justa causa etc). Desse modo, apresentada a Resposta à Acusação, o magistrado poderá acolher a tese defensiva e rejeitar a denúncia, ou não acolher o pleito da defesa e ter que ratificar o recebimento da denúncia.

Como sustentar que após a apresentação da defesa não ocorre um segundo recebimento (segundo juízo de admissibilidade da denúncia)?

Nessa esteira de intelecção, se manifesta uma terceira corrente²⁷ sustentando que o recebimento da denúncia é um ato complexo ocorrendo em dois momentos, quais sejam: (i) logo após ao oferecimento da denúncia (art. 396, CPP); (ii) após a apresentação da Resposta à Acusação (art. 399, CPP).

Dessa forma, oferecida a denúncia o juiz decide se a recebe ou rejeita. Se receber determina a citação do réu para apresentar defesa. Apresentada a Resposta à Acusação, o juiz mais uma vez decide se recebe a denúncia em caráter definitivo ou se a rejeita.

Destaque-se, que o colendo Superior Tribunal de Justiça, em vários julgados, vem acolhendo a tese segundo a qual o recebimento da denúncia é um ato complexo que ocorre em dois momentos, quais sejam, logo após o recebimento da denúncia (art. 396, CPP) e após a apresentação de Resposta à Acusação (art. 399, CPP)²⁸.

²⁷ FERNANDES, Antonio Scarance; LOPES, Mariângela. O recebimento da denúncia no novo procedimento, *Boletim IBCCRIM* n° 190, setembro de 2008. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3715-O-recebimento-da-denuncia-no-novo-procedimento.

²⁸ II - Com o advento da Lei n. 11.719/08, que modificou o Código de Processo Penal, *divisam-se dois momentos em que o magistrado manifestar-se-á acerca do cumprimento dos requisitos de admissibilidade da denúncia, quais sejam, os artigos 396 e 399, do Código de Processo Penal. III - Em um primeiro momento, na fase do art. 396, do CPP, é lícito ao magistrado, expondo, de forma sucinta, as razões do seu convencimento acerca dos indícios de autoria e prova da materialidade, receber a proemial acusatória sem ingressar no meritum causae da acusação. IV - Posteriormente, à luz de resposta à acusação que avenge preliminares, bem como teses conducentes à absolvição sumária, na forma dos arts. 396-A, caput, e 397, do CPP, deverá o juiz debruçar-se novamente sobre a denúncia, verificando a presença dos requisitos do art. 41, do CPP e a não incorrência em vícios do art. 395, do mesmo diploma legal, proferindo, desta feita, manifestação fundamentada, devendo se acautelar para não antecipar o julgamento da causa (HC n.º 358.115/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 2/2/2017, DJe 21/2/2017).*

1. Em um primeiro momento, na fase do art. 396, do CPP, o Juiz “demonstra, de forma sucinta, o preenchimento dos seus aspectos formais (art. 41, c/c o art. 395, I, do CPP) e identificada a presença tanto dos pressupostos de existência e validade da relação processual quanto das condições para o exercício da ação penal (art.

Esclarecidas as correntes, relativas ao momento processual do recebimento da denúncia, retornemos a questão central: nos casos em que o réu parcela o débito tributário, após ter sido citado, tal parcelamento suspenderá a pretensão punitiva estatal?

Em se adotando a corrente que sustenta que o recebimento da denúncia ocorre apenas uma única vez, logo após ao momento em que a exordial acusatória é oferecida (art. 396, CPP) a resposta é negativa.

Consoante, dispõe o artigo 83, da Lei nº 9.430/1996, com redação concedida pela Lei nº 12.382/2011, o parcelamento do débito tributário apenas suspenderá a pretensão punitiva estatal se realizado *até antes do recebimento da denúncia*.

Assim, haja vista que, segundo essa corrente, o recebimento da denúncia ocorre apenas uma única vez e logo após o oferecimento da denúncia, ou seja, antes da citação do réu, se o acusado parcelar o débito tributário após ter sido citado, o referido parcelamento não suspenderá a pretensão punitiva estatal, uma vez que realizado após o recebimento da denúncia.

Por seu turno, em se adotando a primeira ou terceira corrente, as quais em síntese defendem que o juiz deve decidir se recebe/ratifica a denúncia após a apresentação da Resposta à Acusação, a resposta poderá ser positiva.

Destarte, nos casos em que o parcelamento do débito tributário ocorrer depois da citação do réu, porém antes do recebimento definitivo, que é realizado após análise da Resposta à Acusação, tal parcelamento suspenderá a pretensão punitiva estatal, pois realizado antes do recebimento da denúncia.

Contudo, advirta-se que mesmo em se adotando a primeira ou terceira corrente, se o parcelamento do débito tributário ocorrer após o recebimento definitivo da denúncia não suspenderá a pretensão punitiva estatal, haja vista que, apenas o parcelamento formalizado até antes do recebimento da denúncia é que está apto a suspender a pretensão punitiva estatal.

395, II, do CPP)" (RCD no HC 474.949/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 21/11/2018).

2. Posteriormente, após o oferecimento da resposta à acusação, "deverá o juiz debruçar-se novamente sobre a denúncia, verificando a presença dos requisitos do art. 41, do CPP e a não incorrência em vícios do art. 395, do mesmo diploma legal, proferindo, desta feita, manifestação fundamentada, devendo se acautelar para não antecipar o julgamento da causa"... (AgRg no HC 538.774/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 13/03/2020)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Três grandes lições iluminaram o presente artigo, sendo seu alfa e ômega, quais sejam: (i) os ensinamentos de Ferrajoli²⁹, acerca da busca de racionalidade e coerência do sistema de justiça criminal, bem como, a necessidade de respeito à separação dos poderes; (ii) as admoestações de Streck³⁰, no sentido de que hermenêutica jurídica é coisa séria e não um ato de poder, existindo limites semânticos que devem ser obedecidos; (iii) a sensibilidade de Carnelutti³¹, lembrando que o indivíduo é o principal valor a ser protegido pela civilização.

Nessa senda, tendo por norte os preclaros ensinamentos dos insignes juristas, conclui-se que: (i) o pagamento do débito tributário realizado a qualquer momento, mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, extingue a punibilidade; (ii) o parcelamento do débito tributário, realizado após a citação, porém antes do recebimento definitivo da denúncia é apto a suspender a pretensão punitiva estatal.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

³¹ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*.

REFERÊNCIAS

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.**

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal.** 3ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, volume 1: parte geral.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8383.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9964.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12382.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.

FERNANDES, Antonio Scarance; LOPES, Mariângela. **O recebimento da denúncia no novo procedimento**, *Boletim IBCCRIM* n° 190, setembro de 2008. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3715-O-recebimento-da-denuncia-no-novo-procedimento.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 4ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ed. São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

JOÃO BATISTA TEIXEIRA

1. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

O processo de individualização da pena privativa de liberdade tem por objetivo possibilitar ao magistrado determinar que a pena se ajuste ao caso concreto, isto é, que se apresente necessária, bastante e suficiente à reprobção e à prevenção de delitos, com vistas à socialização do recluso. Deve a reprimenda mostrar-se ajustada às circunstâncias objetivas e subjetivas que envolveram a prática do crime, incluídas as de caráter pessoal do apenado e a contribuição do lesado, da vítima ou do ofendido, para o sucesso da empreitada criminoso.

O princípio da individualização da pena foi acolhido no Brasil, onde o inciso XLVI do art. 5º da CF decreta que: “a lei regulará a individualização da pena [...]”. Da forma como está redigida a disposição constitucional destacada, levando-se em conta a abrangência que a lei sugere seja alcançada pela individualização, nas alíneas de *a* a *e*, haver-se-á de concluir que a proposta constitucional comporta três momentos distintos: o do Poder Legislativo, em que o legislador adota a edição da norma penal em abstrato; o do Poder Judiciário, quando o juiz concretiza a pena valendo-se da cominação abstrata prevista para o crime cometido pelo agente posto em julgamento; e o do Poder Executivo, quando o apenado lhe é entregue para cumprimento da reprimenda. Como já alinhado oportunamente, o primeiro momento (legislativo) e terceiro momento (da execução da pena) não se inserem nos objetivos deste trabalho, restando considerar apenas a aplicação do castigo penal pelo Poder Judiciário. De igual sorte, haver-se-á de restringir a análise da questão somente à pena privativa de liberdade, pois a pena pecuniária, em suas diversas modalidades (cumulativas, alter-

nativas ou substitutivas), não afeta, de forma direta, a prisão do cidadão, tema central do estudo *sub exame*. As regras fundamentais que presidem a individualização da pena privativa de liberdade encontram-se nos artigos 59 e 68 do CP brasileiro.

A determinação do *quantum* a ser aplicado traveste-se numa das mais importantes tarefas que o sistema jurídico-penal confia ao juiz e, para essa missão, confere-lhe a discricionariedade que se atrela aos critérios limitadores (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e outros) e aos princípios, que, em conjunto, acabam por caracterizar um verdadeiro programa de política-criminal a determinar eleição de pena necessária e suficiente para reprová-lo e prevenir a ocorrência de novos delitos, isto é, pena justa¹.

1.1. Necessidade de se individualizar a pena

Nem sempre a individualização da pena se fez ou se faz necessária. Nos códigos em que a pena privativa da liberdade se apresenta fixa, isto é, em quantitativo certo e determinado, sem prever variáveis (pena mínima e máxima) não há que se falar em sua individualização. Não há que se falar, também, na individualização da pena quando a multa é a única prevista e fixada em valor certo e determinado, que não comporta variações.

No Direito Germânico antigo, ao tempo da lei das doze tábuas, como também na época *Questiones perpetuae*, não havia espaço para a fixação da qualidade e da quantidade de censura penal, posto que os castigos eram fixos². Continuaram fixas as penas ao longo da Idade Média, inclusive nas

¹ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. São Paulo (SP): 2 ed. Editora Saraiva, 2005. Parte Geral. p. 326. “Junto com a apreciação da prova e a aplicação do preceito jurídico-penal aos fatos provados, a individualização representa o ápice da atividade decisória, devendo o juiz, ao fazê-lo, livrar-se, tanto quanto possível, de preconceitos, simpatias e emoções e orientar sua decisão por critérios exclusivamente objetivos de valoração.”

² LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro (RJ): Briguet C. Editores, 1989, p. 442/445, “A história nos ensina que essa determinação estabelecida a princípio pela lei de um modo definitivo, absoluto, só no decurso do desenvolvimento foi abrindo espaço à graduação da pena pelo juiz. Assim, tanto a legislação das 12 taboas, como a do tempo da *Questiones perpetuae* não admitiam outra alternativa, que não a imposição ou a não imposição da pena inalteravelmente fixa pela lei; [...]. Na idade média alemã e até onde alcança o direito estatuído, também só se encontram cominações absolutas, mas supridas pelo ‘julgar segundo graça’. Em substância, outro tanto pode-se dizer da Carolina. A graduação judiciária da pena só tomou importância no direito comum posterior em razão de ir-se alargando mais e mais o campo das penas arbitrárias e de aparecerem novas penas em lugar das

Ordenações Carolina. Na legislação do período imperial dominava o sistema de penas relativamente determinadas. Foi no período imperial, com a ampliação da *extraordinária cognitio* (284 d.C. a 565 d.C), que ao juiz foi conferida a atribuição de graduar a reprimenda conforme as circunstâncias do caso concreto. Tudo começa a mudar definitivamente a partir da legislação do século XIX.

Assim foi também no Direito Romano, em que não havia penas alternativas nem variáveis, com multa prevista em valor certo, sem espaço para a individualização da pena³. Mister destacar, contudo, que Roma conheceu, de certo modo, a individualização da pena no processo público da plebe, em que o árbitro dispunha de poder exacerbado para impor a censura. De igual forma, ao tempo do Principado (27 a.C a 284 d.C.), o Tribunal dos Cônsules, do Senado e do Imperador tinham o poder de atenuar ou de agravar a pena como entendessem, daí os arbítrios. Surgem, na sequência, os juízes *extra ordinem*⁴, que procediam com ampla liberdade, tanto no rito processual quanto na aplicação da pena, podendo levar em conta as circunstâncias e a personalidade do agente.

Nos tempos das monarquias absolutas (284 d.C. a 565 d.C), a indeterminação das penas era a regra e aos juízes cabia, livremente, escolher as reprimendas a serem aplicadas. Isto se devia ao fato de o rei cumular as funções legislativa e judiciária, podendo delegar poderes aos seus ministros. O rei não era apenas legislador, mas também o juiz supremo⁵. Contra esse estado de arbitrariedades é que se insurgiram Montesquieu e Becca-

que tinham sido cominadas pela Carolina; [...]. Na legislação imperial o número e a importância das cominações *absolutas* são secundárias: encontram-se somente nos casos em que tem aplicação a pena de morte [...]. Também na legislação imperial domina o sistema da escala penal ou das cominações penais *relativamente determinadas*. [...]"

³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro. (RJ): 7 ed. Forense, 1985. A Nova Parte Geral. "No mais antigo direito romano não havia penas alternativas e a multa era imposta com referência a um valor ou a uma cifra. Assim sendo, não havia lugar para o exercício do poder de fixar a sanção." [...] "No processo público da plebe, no entanto, existe, sob certas formas, o poder arbitrário de fixar as penas. Sob o Principado, o tribunal dos cônsules, do Senado e do Imperador tinham poder de atenuar ou de agravar, como entendessem, a pena legal (*Mommsem*)."

⁴ O processo da *cognitio extra ordinem* que é responsável pelo surgimento dos juízes *extra ordinem*, no período pós-clássico de 284 d.C. a 565 d.C., que autorizava o julgador a afastar das regras da antiga *ordo* (*ordo judiciorum privatorum*) marca a transição do direito romano privado para o público.

⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 333. "Nos tempos da monarquia absoluta era frequente a indeterminação legal das penas, entregues ao *merum arbitrium* dos juízes. Escrevendo sobre o direito penal da monarquia absoluta na Espanha (séculos XVI a XVIII), Tomás y Valiente assinala que isso se explicava pela concepção cumulativa do poder do rei, e pela possível delegação do mesmo aos ministros."

ria, procurando afastar o abuso judicial, sustentando que o juiz, por não ser legislador, não deveria ter qualquer poder de modificar as sanções. Beccaria entendia que os juízes não deveriam sequer ter o direito de interpretar as leis⁶.

Ocorreu, desta forma, um movimento pendular na história. Passa-se de um extremo - o julgador podia tudo - a outro, em que o juiz nada podia nem mesmo interpretar a lei. O Código francês de 1791 estabeleceu penas fixas, restando ao juiz atividade puramente mecânica. A abertura para a humanização da pena, na França, originou-se com a lei de 09.09.1789, e se efetivou com o Estatuto Penal, de 1810, que previu circunstâncias agravantes e atenuantes para permitir a graduação da pena. Em verdade, o direito antigo também previa circunstâncias agravantes e atenuantes. O amplo poder do rei e o arbítrio judicial, que prevaleciam, tornavam inteiramente secundária a graduação da pena que se procurava aplicar.

1.2. Fundamentação

A obrigação de o julgador fundamentar a medida da pena é tema que mereceu tratamento constitucional, como se infere do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal brasileira⁷. O ordenamento jurídico-penal brasileiro outorga ao juiz o dever de aplicar o castigo penal, com o propósito de realizar os fins da pena, segundo apregoa o Estado de Direito em viabilizar a pena justa. Fala-se em arbítrio, contudo, o juiz exerce um poder discricionário, embora limitado, posto estar adstrito à aplicação de justa pena. O que separa o arbítrio da discricionariedade judicial é a obrigação de motivar a aplicação da pena⁸.

⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e da Pena*. São Paulo (SP): 2 ed. Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 32. “Quarta consequência. A autoridade de interpretar leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores.”

⁷ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro (RJ): 2 ed. Forense, 2004. Parte Geral, p. 512 “A CF estabelece que ‘todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (art. 93, IX)’”

⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 335. “Os tribunais têm anulado repetidamente decisões que não justificam adequadamente a pena imposta acima do mínimo (Fragoso, *Jur. Crim.*, nº 491). [...] Confere a lei ao juiz poder discricionário para que ele possa atender às exigências de adequação da pena que defluem dos valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Não há aqui poder arbitrário e o juiz não pode fixar a pena a seu capricho. A motivação é o diafragma que separa o poder discricionário do arbítrio (Bricola).”

A motivação da sentença é exigência de todas as legislações modernas. A motivação atua na **defesa do cidadão** contra a arbitrariedade do juiz. É, também, **garantia do Estado**, que direciona o processo individualizador da pena ao Poder Judiciário, mas se reserva a fiscalizar a exata e correta administração da justiça. Por fim, a fundamentação da pena materializa a **proteção do juiz** contra a suspeita de arbitrariedade, parcialidade e injustiça. O condenado tem o direito de saber por que está sendo punido e por que recebe determinada pena, daí a nulificação de sentenças não devidamente fundamentadas. Os tribunais anulam as sentenças que não justificam as penas impostas acima do mínimo legal. A pena fixada no mínimo legal também deve ser justificada, para que a acusação possa impugnar a decisão adequadamente.

1.3. Pressupostos à imposição da pena

A imposição da pena, segundo a teoria finalista da ação, bem como a estrutura que a mesma recebeu no CP brasileiro está condicionada à culpabilidade do autor do delito. É o que se percebe do parágrafo único do art. 18 do CP, quando disciplina que: “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Na fixação do castigo penal, a qualidade e a quantidade de reprimenda está delimitada e deve ser avaliada segundo o grau de censurabilidade da conduta que é a culpabilidade. A periculosidade constitui pressuposto para a imposição da medida de segurança e há de ser avaliada, no caso concreto, em face do sujeito autor do delito.

Para que se possa impor pena, necessário se faz a verificação da culpa, isto é, da culpabilidade. Em sua função de sinalizar a possibilidade de imposição da pena, a culpabilidade demanda que sejam analisados os requisitos da **imputabilidade**, da **potencial consciência da ilicitude** e da **exigibilidade de conduta diversa**. Presentes tais requisitos, a pena pode ser imposta.

Cumprido acrescentar que a culpabilidade, como acolhido pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro, para além de funcionar como pressuposto da pena, a possibilitar ou a impossibilitar a aplicação da censura, em várias disposições legais, assume a função de limitar a pena (medida da pena), de maneira a permitir seja a pena mais ou menos elevada ou gravosa, a exemplo do que consta do *caput* do art. 29 e do *caput* do art. 59, ambos do

CP brasileiro. A análise da culpabilidade, quando ela assume a função de limitação ou medida da pena, há de ser procedida segundo a extensão ou grau de culpa com que atuou ao agente.

1.4. Injunções para se individualizar a pena (art. 59 CP brasileiro)

Na forma do art. 59 do CP cruzeirense, 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: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, e; IV- a substituição da pena privativa de liberdade aplicada por outra espécie de pena, se cabível⁹.

Quando há diferentes espécies de penas previstas alternativamente no preceito secundário da norma para a figura violada, deve-se, inicialmente, fazer a escolha entre suas espécies (detenção ou multa – reclusão ou detenção) para atender ao inciso I do art. 59 do CP brasileiro. No particular, cumpre anotar que a disjuntiva “**ou**”, como empregada no CP brasileiro, indica que as sanções são previstas alternativamente, a exemplo do § 2º do artigo 155 do Código Penal. Esta primeira operação de escolha só tem lugar quando a norma penal fixa penas alternativas. Quando a pena é única ou é prevista cumulativamente, a operação é desnecessária. O critério previsto à escolha dentre as penas cominadas é o indicado no *caput* do art. 59 do CPB (necessidade e suficiência). Sendo caso de pena única, ou efetuada a escolha dentre as reprimendas cominadas alternativamente ao crime, como acima especificado, o juiz passa para a segunda operação¹⁰ – inciso

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo (SP): 6 ed. Revista atualizada, Editora Revista dos Tribunais, 2006. Parte Geral, v. 1, p. 709. “A fixação da pena-base, de conformidade com o art. 59 do CP, tem por objeto determinar quatro consequências necessárias ou eventuais: a) determinar qual ou quais são as penas aplicáveis, e se existe cominação alternativa; b) dentro dos limites previstos pela escala do respectivo delito, qual é a quantidade de pena que corresponde ao agente no caso concreto; c) quando se trata de pena privativa de liberdade, estabelecer qual deve ser o regime de seu cumprimento; d) quando se deve substituir a pena privativa de liberdade por outra pena, restritiva de direitos ou multa.”

¹⁰ Como destacado, o que chamamos de “operação”, Zaffaroni denomina de “consequências” da individualização da pena.

II do art. 59 do CP brasileiro – que consiste na fixação da quantidade da pena a ser imposta dentro dos raios legais. No caso da pena privativa da liberdade, os limites máximo e mínimo estarão fixados no preceito secundário do tipo penal infringido (constante da Parte Especial) que comporta três fases, como previsto pelo art. 68 do CPB, e que serão consideradas no momento próprio. Recaindo a escolha em pena de multa, os limites estão fixados pelo artigo 49 do CPB.

Atendidas as disposições dos incisos I e II do art. 59 do CPB, o juiz deverá proceder às operações a que se referem os incisos III e IV da mesma disposição legal e, na forma do art. 33 do Estatuto Repressivo Penal, fixar o regime inicial para o cumprimento da pena (inciso III do art. 59 do CPB) e, se cabível, a substituição do castigo privativo de liberdade pela censura restritiva de direitos (inciso IV do Caderno de Crimes), atentando para o fato de que o § 2º do art. 60 e o artigo 54, ambos do CP, foram revogados tacitamente pelo art. 44 do mesmo CP brasileiro. Caso caiba a substituição e haja a indicação da suficiência da substituição, a ela o juiz procederá, necessariamente.

Note-se que, na primeira e na segunda operação (incisos I e II do art. 59 do CPB), o juiz labora um juízo sobre o pretérito (juízo de culpabilidade) e, na fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa da liberdade (inciso III), bem como na substituição da pena (inciso IV), o juiz trabalha com um juízo futuro.

A pena, para ser validamente imposta, em atenção aos fundamentos e aos princípios que o Estado de Direito se propõe a garantir, na forma do *caput* do art. 59 do encimado Código, deve ser necessária e suficiente para retribuir e para prevenir a ocorrência de novos delitos.

1.5. Regras procedimentais individualizadoras da pena (art. 68 do CPB)

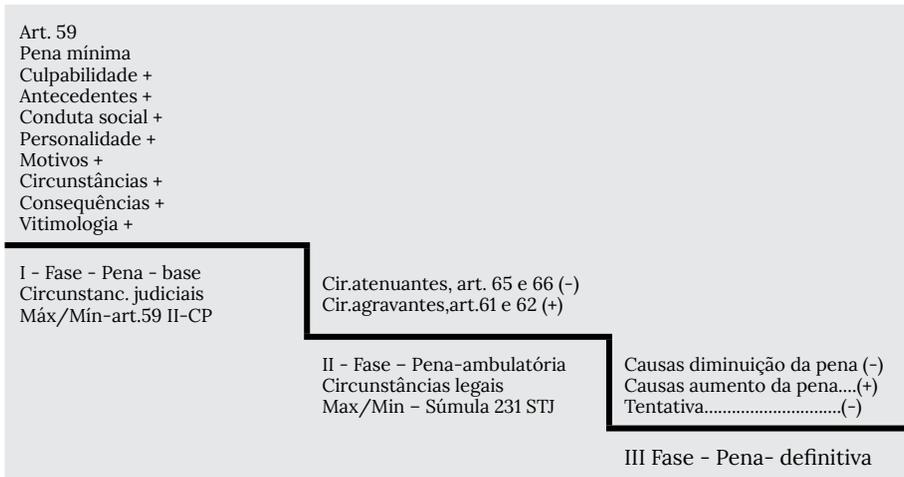
No Brasil, duas correntes sempre estiveram em evidência na defesa das fases a serem observadas na determinação da pena privativa de liberdade. Nelson Hungria sempre preconizou a aplicação da pena em três fases. Na primeira, considerava as circunstâncias judiciais (art. 59 do CPB); na segunda, as circunstâncias legais (artigos 65, 66, 61 e 62, também do Código Penal brasileiro) e, na terceira fase, as causas de diminuição e de aumento da pena, previstas na Parte Especial e na Parte Geral do Código. Roberto

Lyra, por seu turno, defendia a aplicação da pena somente em duas fases. Na primeira, segundo ele, haveria de se considerar as circunstâncias judiciais e as legais (artigos 59, 65, 66, 61 e 62 do mesmo CP brasileiro) e, na segunda, as causas de diminuição e de aumento da pena, previstas na Parte Especial e Geral do Código¹¹.

A opinião de Roberto Lyra era a mais aceita pela doutrina e pelo Poder Judiciário, já a defendida por Nelson Hungria melhor atendia aos interesses do apenado e era a mais festejada pelos advogados e pela Ordem dos Advogados do Brasil. Nos dias atuais, a discussão perdeu a razão de ser, pois o legislador brasileiro, no artigo 68 do CP, adotou a posição defendida por Nelson Hungria, ou seja, o sistema trifásico de individualização da pena privativa de liberdade. Assim, para a individualização da pena, inicialmente, o juiz fixa a **pena-base**, fazendo incidir sobre a pena mínima as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CPB. Na segunda fase, o julgador faz atuar sobre a pena base (primeira fase) as circunstâncias legais (artigos 65, 66, 61 e 62 do CPB) e, assim procedendo, terá por resultado a denominada **pena-ambulatoria**. Por fim, fazendo recair sobre a pena ambulatoria as causas de diminuição, de aumento da pena, bem como a tentativa, previstas na Parte Especial e na Parte Geral do Código, nesta ordem, chega à **pena-definitiva**.

¹¹ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. São Paulo (SP): 6 ed. Editora Revista dos Tribunais, 2006. Parte Geral, v. I, p. 635-636. “Dois são os sistemas propugnados para o cálculo da pena. Pelo *sistema bifásico*, de Roberto Lyra, são duas as etapas a serem obedecidas pelo juiz: a primeira consiste na fixação da pena base, através da observância das circunstâncias judiciais e das agravantes e atenuantes, concomitantemente; na segunda etapa, devem ser apreciadas as causas de aumento e de diminuição, gerais e especiais. De acordo com o *sistema trifásico*, de Nelson Hungria, são três os momentos percorridos no processo de fixação da pena: primeiramente, determina-se a pena-base, com lastro nas circunstâncias judiciais; após são consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por derradeiro, as causas de aumento e de diminuição, gerais e especiais.”

Pelo sistema trifásico, posição de Nelson Hungria, adotada pelo art. 68 do CPB, pode-se deduzir o esquema abaixo delineado:



Na primeira (inciso II do art. 59 do CPB) e na segunda fase (Súmula 231 do STJ), a pena não pode ser inferior ao mínimo legal, nem superior ao máximo fixado, e todas as circunstâncias deverão ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade da sentença. Observe-se, ainda, que o fato considerado para agravar a pena em razão de uma circunstância em uma fase, não pode ser levado em conta para agravar a pena em outra, na mesma ou nas fases seguintes.

Na primeira fase (**pena-base**), a impossibilidade de a pena ficar aquém do limite mínimo e além do máximo decorre da norma contida no inciso II do art. 59 do CPB, que normatiza a fixação da pena base dentro dos limites previstos no preceito secundário do tipo penal, descrito na Parte Especial do Código.

Quanto à segunda fase, operação nominada **pena-ambulatoria**, a impossibilidade de o castigo penal ficar aquém do mínimo legal (ficar além do máximo – ninguém defende a possibilidade) sempre foi muito discutida. Parte dominante da doutrina e da jurisprudência, inclusive do STJ e do STF, sustentava esta impossibilidade, tendo em vista os princípios do ordenamento jurídico-penal. De outro lado, contudo, capitaneados pelo saudoso Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, além de outros não menos conceituados juristas, defendiam a possibilidade de a pena, na segunda fase, ficar aquém do mínimo legal, sob o argumento de o artigo 65 do

CPB, expressar: “...São circunstâncias que sempre atenuam a pena”, e de que a lei não vedava tal possibilidade, sendo obrigação do juiz observar o princípio da proporcionalidade da pena em relação à culpa do agente, dentre outros argumentos.

Parece que a acirrada discussão perdeu forças e até seu significado, pois o STJ, onde se desenvolveu a tese questionada, acabou por editar a Súmula 231¹² que, literalmente, veda a possibilidade de a pena, na fase discutida (segunda fase – **pena ambulatoria**), ser fixada aquém do mínimo legal. Assim posta a questão, acredita-se que o advérbio “sempre” dos artigos 65 e 61 do CPB não indica obrigatoriedade. Tudo estaria a depender da pena fixada na fase anterior.

2. Primeira fase – pena-base (circunstâncias judiciais do art. 59 CPB)

O art. 59 do CP brasileiro relaciona as circunstâncias judiciais que cumpre ao juiz analisar para determinar a **pena-base**, assim denominada pelo artigo 68 do Caderno de Crimes cruzeirense. São chamadas de judiciais porque a lei não as define, deixando ao juiz identificá-las nos autos e mensurá-las na determinação da pena¹³. Constituem circunstâncias que têm a finalidade de limitar a discricionariedade do julgador.

A expressão **circunstância** deriva de *circum stare*, e significa que o fato ou dado considerado se encontra em volta, ao redor, em torno, ao lado, por fora, externamente ao crime. Assim, a circunstância judicial pode ser conceituada como todo fato ou dado que se encontra posicionado de forma externa, em redor do delito. São dados ou fatos objetivos ou subjetivos, relacionados com o agente, com o fato crime e com a vítima, que estão ao lado do crime, cuja ausência não exclui o tipo penal, pois não lhe são essenciais, embora, como já alinhado, interfiram na quantidade da pena para mais, se presentes, em se partindo do mínimo legal, como sugere a melhor técnica. As circunstâncias judiciais estão elencadas no *caput* do artigo 59 do CPB e são as seguintes: em relação ao agente: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade; em relação ao fato: os motivos, as circunstâncias e as consequências; e em relação à vítima: a vitimologia.

¹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2007.

¹³FERREIRA, Gilberto. Aplicação da Pena. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 5 tiragem, 2004, p. 70. “As circunstâncias judiciais são assim chamadas porque o seu reconhecimento depende do arbítrio do juiz, diferentemente das circunstâncias legais, que são obrigatórias. Na verdade, o reconhecimento das circunstâncias judiciais não é assim tão facultativo como se tem apregoadado na doutrina. Se elas existem, o juiz tem de reconhecê-las em obediência ao princípio constitucional da individualização.”

2.1. Culpabilidade

A reforma penal de 1984 adotou o sistema de penas denominado vicariante, abandonando o sistema do duplo binário. Pelo sistema adotado, a culpabilidade enseja a aplicação de pena enquanto a periculosidade autoriza a imposição da medida de segurança. Sendo o agente culpável, é a pena que há de ser imposta; entretanto, em face da periculosidade do autor do delito, cabível é a medida de segurança. Não mais é possível ao julgador aplicar a pena e a medida de segurança, cumulativa e concomitantemente, como acontecia antes da reforma penal de 1984, quando se adotava o sistema do duplo binário.

No particular, no que se refere à medida de segurança a ser imposta aos semi-imputáveis (parágrafo único do artigo 26 do CP), nos acordos do artigo 98 do CP brasileiro, cumpre destacar a possibilidade de a pena privativa de liberdade ser substituída pela medida de segurança, desde que o condenado necessite de especial tratamento curativo a exigir a sua internação ou tratamento ambulatorio. Lamentável a possibilidade da substituição discutida, posto que a pena tem por pressuposto a culpabilidade, e a medida de segurança a periculosidade. Culpabilidade e periculosidade têm natureza e finalidades específicas e resultam de pressupostos diversos que não se confundem. Ademais, pelo sistema do duplo binário, uma afasta a outra, ou o agente é culpável e vai receber pena, ou é inimputável e receberá medida de segurança.

A interpretação mais razoável sugere que, se o semi-imputável necessita de especial tratamento curativo, é caso de internação ou tratamento ambulatorio, conforme seja o crime por ele cometido punido com reclusão (internação) ou detenção (tratamento ambulatorio), isto *ex vi* do artigo 97 do CPB. Se, no entanto, não necessitar de especial tratamento curativo, é caso de impor a pena de prisão, reduzida de um a dois terços (*caput* do artigo 97 c/c o parágrafo único do art. 26 ambos do CP brasileiro).

A culpabilidade é caracterizada pela maior ou menor censurabilidade dos atos praticados pelo agente¹⁴.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo (SP): 15 ed. Editora Saraiva, 2010., Parte Geral 1, p. 700-701. "Na verdade, impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta."

Sem culpa não haverá pena, logo, a culpabilidade, na espécie do art. 59 do CPB, é a geografia da pena. Quanto maior a culpabilidade, maior a pena. Nesse diapasão, a culpabilidade é instrumento de garantia individual e limite ao poder do Estado de Direito para censurar o infrator.

Na mesma direção, como limite da pena, o *caput* do art. 29 do CP brasileiro reconhece que o agente responde pelo crime, na medida de sua culpabilidade. Por outra parte, o artigo 59 do mesmo diploma penal, disciplina, como fundamento para a busca da pena justa, os princípios da necessidade e da suficiência da reprimenda para se reprovar e prevenir o crime. Resta, pois, ao julgador conciliar a culpabilidade do agente com a necessidade e a suficiência da pena e, então, determinar a justa reprimenda.

A teoria psicológica normativa e a teoria psicológica normativa pura procuraram, cada uma a seu tempo e modo, explicar a culpabilidade. Mas a questão que se apresenta no momento é saber se a culpabilidade deve ser examinada como pressuposto de aplicação da pena ou como medida a propiciar o agravamento da reprimenda. Segundo a teoria finalista da ação, nos moldes brasileiros, acolhida pela teoria normativa pura, o crime é fato típico e antijurídico. A culpabilidade funciona como um sinalizador ou pressuposto da possibilidade de imposição da pena hospedando-se fora do conceito do crime. Ocorre que o artigo 59 do CPB também faz referência à culpabilidade apenas para propiciar a agravação da pena (função de medida). Conforme destacado, na fundamentação da sentença, quando o juiz analisa a materialidade, a autoria e a culpabilidade deverá analisar a culpa (culpabilidade), tendo em vista os seus elementos constitutivos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Quando, porém, da individualização da pena, em atenção ao artigo 59 do Caderno de Crimes brasileiro, deve o julgador voltar a analisar a culpabilidade, mas agora sob ângulo diverso, como medida ou limite da pena¹⁵.

Para a individualização da pena (culpabilidade como medida da pena), um bom parâmetro a ser utilizado é o de se recorrer ao artigo 42 do CPB,

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal. Portugal (PT): ed. Coimbra Editora, 2004, Tomo I, Questões Fundamentais e Doutrina Geral do Crime, p. 79. “Segundo aquele princípio ‘não há pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa’. A verdadeira função da culpa no sistema punitivo reside efectivamente, numa incondicional *proibição de excesso*; a culpa não é *fundamento* da pena, mas constitui o seu **pressuposto necessário** e o seu **limite inultrapassável**: o limite inultrapassável por quaisquer considerações ou exigências preventivas [...]”

de 1940, que falava da intensidade do dolo e do grau da culpa¹⁶. Estes acontecimentos fáticos servem para avaliar a quantidade de censura que o sujeito merece por seu comportamento delitivo. Note-se que todo delito carrega consigo certo quantitativo de reprovação, melhor dizendo, de culpabilidade ou de censura. Na análise da circunstância em debate deverá o julgador considerar se os atos praticados e que geram a censura extrapolam os limites do que seria necessário para se caracterizar o tipo penal, ou seja, para a configuração do crime. Desbordando a censura dos limites necessários à configuração do delito, a majoração está autorizada.

Assim não pensam o saudoso Min. Luiz Vicente Cernicchiaro e o Juiz de Direito Gilberto Ferreira, que aduzem a necessidade de se examinar a culpabilidade tendo em vista seus elementos constitutivos, tal como foi sugerido para averiguar a possibilidade de imposição da reprimenda.

O Desembargador Edson Alfredo Martins Smaniotto¹⁷ sugere que, em sendo o crime cometido nas circunstâncias dos sete pecados capitais (avareza, gula, inveja, ira, luxúria, orgulho e preguiça), autorizado está o agravativo da pena por conta da culpabilidade.

Particularmente, para além da sugestão do singular professor Smaniotto, sugere-se devam ser considerados, igualmente, a intensidade do dolo e o grau da culpa para decidir aumentar ou não a pena em razão da culpabilidade. A intensidade do dolo pode ser avaliada pela astúcia, determinação, persistência e eleição dos meios de execução, mormente no exagerado e desnecessário número de atos de execução nos crimes contra a vida (ex.: exímio atirador resolve executar seu desafeto, bem poderia fazê-lo com um disparo em local vital, mas prefere submeter a vítima a verdadeira suplício, além de decapitá-la e esquartejá-la, como fora feito com Tiradentes). No crime culposos, a avaliação da culpabilidade ou da censurabilidade se faz segundo a maior ou menor gravidade da violação do dever de cuidado objetivo, expresso na imprudência, na negligência e na imperícia.

¹⁶ QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, p. 336. “É certo que para tanto terá em conta, ainda, o dolo, que, não obstante hoje localizado na tipicidade, pode e deve ser considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e ilícita: quanto mais intenso o dolo, maior será a censura, quanto menor a sua intensidade, menor será a censura. Ela serve, portanto, como limite máximo de fixação da pena.”

¹⁷ Edson Alfredo Martins Smaniotto é desembargador do e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, e representa a mais lúcida opinião acerca da determinação da pena, para além de ser um dos mais respeitados estudiosos do direito penal da Capital da República, a quem rendemos as nossas mais justas, sinceras e merecidas homenagens pelas lições de sabedoria que sempre está a nos legar, tanto no aplicar o direito penal, quanto mestre inexecível na difícil arte de ensinar em matéria penal o que faz sempre de forma brilhante e encantadora.

2.2. Antecedentes

Antecedentes penais são identificados como fatos ligados à atividade criminal, que ocorreram na vida do acusado antes da prática do delito posto em julgamento¹⁸. Tais fatos tanto podem ser favoráveis como desfavoráveis ao acusado e, normalmente, constam do boletim de vida pregressa e dos registros penais (folha penal) do agente. São exemplos de antecedentes penais os inquéritos policiais, os processos penais em andamento, as condenações por crimes que não geram reincidência, absolvições por falta de provas, absolvições em face da prescrição abstrata, retroativa e intercorrente da pena e outros.

Servem tais acontecimentos da vida pregressa para saber se o crime em julgamento é episódio esporádico e isolado, ou se é conduta repetitiva ou até habitual na vida do sujeito. Desse modo, só os acontecimentos anteriores ao fato criminoso em julgamento, que tenham denotado maior reprovação da conduta praticada pelo agente, devem ser considerados.

Tendo em vista o princípio da presunção de inocência, esculpido no inciso LVII do art. 5º da CF brasileira de 1988¹⁹, a literatura tem se dividido entre os que entendem que apenas a sentença penal condenatória que não gere reincidência deve ser considerada como antecedentes e aqueles que preconizam que as condenações, inquéritos, processos, geram maus antecedentes.

A jurisprudência dos tribunais brasileiros, inclusive do TJDF, sempre esteve orientada no sentido de que condenações, inquéritos e processos em andamento geram antecedentes desfavoráveis ao apenado. Acredita-se assistir razão a esta corrente, pois o legislador foi categórico em diferenciar os antecedentes (art. 59 do CP) da reincidência (inciso I do art. 61 do CP). Certo é que, se o legislador, que foi preciso em relação à reincidência, considerasse, em atenção ao princípio constitucional da inocência presumida, apenas as sentenças condenatórias que não geram reincidência para caracterizar maus antecedentes, teria sido específico, da mesma

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. São Paulo (SP): 1 ed. Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 197. “Trata-se de tudo o que ocorreu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, sua vida pregressa em matéria criminal. [...]. Atualmente, no entanto, destacando-se a conduta social do contexto dos antecedentes, terminou sendo esvaziado este último requisito, merecendo circunscrever sua abrangência à folha de antecedentes.”

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: 27 ed. Saraiva, 2001. “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

forma como o foi em relação à reincidência e não teria utilizando o termo genérico antecedentes. Parte da doutrina sugere que esta inteligência não se compraz com o Estado de Direito²⁰, contudo, é o que vinha prevalecendo nos tribunais brasileiros.

Contudo, a recente Súmula 444 do egrégio Superior Tribunal de Justiça ostenta a seguinte redação: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Resta aguardar como a prática haverá de adequar o entendimento sumulado.

2.3. Conduta social

O homem é fruto de uma caminhada pela estrada da vida. Primeiro, passa pela estação filho, com todas as ansiedades e limitações impostas pelos pais. Depois vem a parada na escola, a lhe impor direitos e deveres. A namorada surge com passagem direta para o casamento. A família, núcleo primeiro e fundamental de qualquer sociedade, complementa-se com a vinda dos filhos, a gerar compromissos e a demandar maior empenho no trabalho. Assim é a vida, uma história de caminhada que se repete ciclicamente, apenas sendo substituídos os caminheiros ou personagens. Destarte, cumpre ao julgador conhecer a rota do agente que lhe é entregue para ser sentenciado, o que abrange a convivência, isto é, o comportamento do acusado em sua vida de relação com família, com os vizinhos, com o trabalho, com a escola, com a igreja e com o clube que frequenta, bem ainda, com os demais que o cercam, ou seja, seu relacionamento e adequação com o meio familiar e social em que vive²¹. Impende considerar a sua

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 701. “É respeitável o entendimento de que ‘inquéritos instaurados e processos criminais em andamento’, ‘absoluções por insuficiência de provas’, ‘prescrições abstratas, retroativas e intercorrentes’ não podem ser considerados como ‘maus antecedentes’ porque violaria a presunção de inocência.’ Sustentávamos tratar-se de equívoco, pois ao serem admitidos como antecedentes negativos não encerram novo juízo de censura, isto é, não implicam condenação, caso contrário, nos outros processos, nos quais tenha havido condenação, sua admissão como ‘maus antecedentes’ representaria uma nova condenação, o que é inadmissível. Por outro lado, a persistir esse entendimento mais liberal, sustentávamos, restaria como maus antecedentes somente as condenações criminais que não constituíssem reincidência. E, se esse fosse a intenção do ordenamento jurídico, em vez de referir-se ‘aos antecedentes’, ter-se-ia referido ‘às condenações anteriores irrecorribéis’. Por isso, embora tenha sido válido, à seu tempo, hoje, em um Estado Democrático de Direito, é insustentável aquele entendimento de Néelson Hungria, segundo o qual também devem ser apreciados como antecedentes penais os ‘processos paralisados por superveniente extinção da punibilidade antes de sentença final irrecorribel...”

²¹ QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, p. 338. “A conduta social, que praticamente se confunde com os antecedentes, diz respeito às relações do acusado com a família e sua adaptação ao trabalho, ao estilo de vida honesto

participação no meio que o cerca. É importante saber se o sentenciado é alguém adequado ao meio em que vive, se é participativo, comprometido com os interesses da sociedade, ou, ao revés, é pessoa insensível, que não tem a menor consideração com o próximo, vivendo à margem e alheio às exigências da sociedade.

Para conhecer e avaliar a conduta social deve o julgador ter em mãos o registro da caminhada de vida do agente o que normalmente se faz pelo boletim de vida progressa²², documento, contudo, que não tem recebido da autoridade policial a importância que lhe presta a individualização da pena, de modo a cumprir ao julgador complementar as necessárias informações ao interrogar o acusado e colher os depoimentos das testemunhas, mormente as arroladas pela defesa do incriminado²³. Não deve, nem pode o julgador portar-se como mero receptor de provas, cumprir-lhe buscar a verdade real não só para aclarar o crime, como também para dar cumprimento a mais importante tarefa que lhe foi confiada, qual seja eleger a pena justa para o cidadão que está a julgar.

2.4. Personalidade

Personalidade deriva do termo *persona*, que tem significado de máscara ou armadura, que os atores gregos utilizavam nos teatros para propagar a voz e dar significado aos papéis que representavam. Sugere-se que o ator que estava por trás da máscara acabava por ter seu trabalho conhecido pelo instrumento que utilizava e não pelos traços ou qualidades de sua pessoa físi-

ou desonesto. Para avaliá-la, porém, deverá o juiz contextualizar o cidadão e suas possibilidades reais de comportar-se na sociedade e interagir com o meio, sob pena de julgar não propriamente um homem, mas um estereótipo.”

²² Trata-se de documento obrigatório a ser elaborado pela autoridade policial, na forma do inciso IX do artigo 6º do CPP assim redigido: “averiguar a vida progressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter.”

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. Op. cit., p. 201. “O magistrado precisa conhecer a pessoa que está julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí porque a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas durante a instrução. [...]. Vencer os obstáculos naturais da cômoda posição de receptor da prova é o maior triunfo que o juiz criminal poderia obter, vasculhando não somente o fato imputado ao réu, mas também quem é a pessoa em julgamento, arrolando testemunhas de ofício, que possam narrar a sua vida progressa, fornecendo os dados indispensáveis ao fiel cumprimento do preceituado no art. 59 do CP”

ca²⁴. As qualidades ocultas pela máscara identificavam o ator. É o que se quer hoje com a personalidade, que identifique o agente como sendo, ou não, uma pessoa que tem no crime um traço marcante de sua personalidade.

A origem do termo personalidade sugere seja ela conceituada como o conjunto de qualidades morais do agente, adquiridas por herança genética e somadas ao longo da vida. A personalidade constitui elemento fixo e estável da espécie humana de tal sorte que, se retirada, resta comprometida a sua existência. Diz respeito à índole da pessoa, ao seu caráter, à sua maneira de ser, agir e sentir, ao seu “eu” individual, que existe dentro de cada pessoa, a diferenciá-la das demais.

Ao procurar avaliar a personalidade, quer se verificar se o crime é fato isolado ou se a tendência criminosa se insere como atributo da personalidade do agente, a apontá-lo como pessoa voltada ao mundo do crime. A idade é bom parâmetro para verificar se o acusado tem personalidade formada ou em formação, o que sugere sejam analisadas as passagens do apenado pela justiça menorista, que não podem ser consideradas para efeito de antecedentes. Com o estudo da personalidade, melhor estará o julgador habilitado a entender o porquê do crime e assim ajustar a reprimenda à pessoa do apenado, na busca da pena justa.

Pelo peso e dignidade da instituição que representa, deve o magistrado reunir as necessárias e indispensáveis condições culturais, morais e intelectuais para avaliar a circunstância. O que sugere a disposição legal é que o juiz analise a personalidade do agente, a boa ou má índole, seus modos ordinários de sentir, de agir, a sua maior ou menor tolerância, o seu maior ou menor grau de entendimento e a maior ou menor propensão ao cometimento de crimes, não de forma científica, mas com profundidade.

Não busca o legislador, ao enfocar o art. 59 do CP brasileiro, que o julgador seja um psicólogo, um profundo conhecedor das ciências comportamentais, mas um conhecedor do Direito, que trabalhe a personalidade nos limites de sua formação e conhecimento, com a prudência e o bom senso que se espera de um magistrado. Ao julgar, não estará ele avaliando a personalidade para o fim de lhe propiciar determinado tratamento curativo, mas buscando tornar justa a pena, como lhe exige o Estado de Direito²⁵, em benefício do ape-

²⁴ *Ibidem*, p. 205. “O termo *personalidade* deriva de *persona*, que significa máscara, referindo-se às máscaras utilizadas pelos atores nos dramas gregos, buscando dar significado aos papéis que representavam. Atualmente, continua refletindo os papéis que todos desempenhamos na vida em sociedade.”

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 213. “Não se exige que o magistrado seja um autêntico psicólogo para avaliar a personalidade, afinal, essa análise não tem a finalidade de conferir ao réu um tratamento

nado. Na medida em que, reconhecidamente, o réu cometeu o crime e há de ser apenado, a análise de sua personalidade não afronta sua intimidade nem seus direitos individuais, posto que a análise visa propiciar a pena justa e evitar pena desnecessária.

2.5. Motivos do crime

As causas relacionadas à prática do crime são objeto de estudo criminológico pelas ciências específicas, de complexas identificações e conceituações. A palavra motivo tem origem latina - *motivu* - que significa motor, mover, impulsionar. Assim, motivo do crime é a razão que move ou impulsiona o agente a cometer o delito. Em outras palavras, é a razão, o porquê, o móvel, o antecedente psicológico do ato volitivo. São as razões que levaram o agente a cometer o crime²⁶. Ninguém age pela mera vontade de agir, também não há delito sem que haja motivo que justifique a atuação do autor²⁷. Todo crime encarna um motivo, ainda que inconsciente, como é o caso do sadismo, egoísmo e outros.

Deve o juiz atentar para a maior ou menor influência destes motivos, a eles deferindo especial atenção e cuidado com a dupla valoração. A importância dos motivos determinantes do crime é de relevância tal, que guardadas certas peculiaridades do caso concreto, assumem, no Direito brasileiro, as mais variadas qualificações. Para além de atuar como circunstância judicial, capaz de permitir a elevação da pena (art. 59 CPB), os motivos também se transmudam para agravante (alínea *a* do inciso II do art. 61 do Caderno de Crimes brasileiro), mas por vezes, qualificam o crime (incisos II e V do § 2º do art. 121 do mesmo Código). Os motivos determinantes do crime também assumem o papel de atenuante (alínea *a* do inciso

qualquer, mas sim aplicar-lhe uma pena pelo crime reconhecidamente cometido. [...]. Invadir o âmago do réu, através da análise de sua personalidade, para conhecê-lo melhor, não como mero objeto da aplicação da pena, mas como sujeito de direito e deveres, enfim como pessoa humana torna a pena mais justa e sensata no seu quantum e no seu propósito.”

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 704. “Os motivos determinantes – Os motivos constituem a forma propulsora da vontade do criminoso. Não há crime gratuito ou sem motivo.”

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 222. “Conhecer o motivo determinante do delito pode fazer brotar, como consequência natural, a análise da personalidade do agente, tendo em vista que a ação ou omissão do ser humano toma forma a partir de inclinações afetivas ou sentimentais. Se se pode afirmar que ninguém age por agir, seguramente pode-se dizer que não há delito cometido sem que possua o autor um motivo, por vezes até inconsciente, mas invariavelmente presente.”

III do art. 65 do CPB) e de causa de diminuição da pena (§ 1º do art. 121 do CPB). Convém, pois, ao julgador, adotar o maior cuidado possível para não utilizar o mesmo fato para agravar a pena por mais de uma vez, sendo seu dever afastar o odioso *bis in idem*²⁸.

Parece certo que não existe crime sem motivo, contudo, nem sempre o motivo é declinado pelo delinquente pelas mais diversas razões. O motivo também se mostra relevante para agravar a pena no crime culposo. O excesso de velocidade, com a finalidade de “pega” ou “racha”, não pode ser equiparado ao mesmo abuso de velocidade por alguém que presta socorro.

Sugere lógico que os códigos devessem especificar os motivos capazes de autorizar a elevação da pena. Todavia, o sistema não foi adotado pelo ordenamento jurídico cruzeirense. O art. 59 do CP brasileiro deixou a análise dos motivos determinantes do crime ao prudente arbítrio do julgador. Na literatura alienígena, fracassaram as tentativas no sentido de elaborar um elenco de motivos determinantes relacionados ao agravamento da pena.

O dolo, a culpa e os motivos apresentam estreitas afinidades, mas não se confundem²⁹. O dolo é a vontade livre e consciente de realizar o tipo penal. A culpa é a vontade livre e consciente de se realizar comportamento arriscado que infringe o dever de cuidado objetivo, capaz de gerar resultado indesejado. Dolo e culpa são necessários para configurar o crime, apresentam-se no momento de sua prática e se dirigem ao tipo abstrato. Motivo, embora impulse o delito, pode existir sem o cometimento de crime, a exemplo da ganância (filho que mata o pai para haver a fortuna) bem pode o pai amealhá-lo sem que o crime seja cometido, e se apresenta antes da formação do dolo, dirigindo-se ao crime consumado³⁰. O motivo que se forma antes do dolo está no fato social, enquanto o dolo se apre-

²⁸ QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, p. 340. “Por certo que tais motivos não deverão ser considerados como circunstâncias judiciais quando já fizerem parte da definição do próprio tipo penal ou já constituírem circunstância atenuante, agravantes ou qualificadora, como por exemplo, o motivo fútil ou torpe.”

²⁹ TELES, Ney Mora. DP. São Paulo (SP): 2 ed. Editora Atlas S/A, 2006. Parte Geral, p. 367. “Trata-se, aqui, de fixar a pena-base; por isso, o exame dos motivos não se confundem com o exame do dolo ou da culpa, em sentido estrito, e tampouco de outros elementos subjetivos de alguns tipos, qualificadores ou privilegiadores (“motivo fútil”, por motivo de relevante valor moral ou social”), [...]”

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 221. “Outro aspecto a considerar, para demonstrar a diferença entre motivo e dolo (ou culpa) é que o motivo (ganância, por exemplo) pode ser satisfeito por outros meios, que não o crime, logo, sem dolo. O parente rico pode destinar ao ganancioso herdeiro o dinheiro que tanto almeja, sem que haja necessidade de haver homicídio, morrendo de causa natural. Por isso, a causa para agir não é a vontade de atingir o resultado típico (dolo).”

senta no juízo do agente. Os motivos e desígnios se confundem, posto que ambos se formam antes de o dolo ser concebido pelo agente.

2.6. Circunstâncias

Circunstâncias são dados ou fatos que cercam a prática da infração penal e que podem ser relevantes no caso concreto para elevar a pena, a exemplo do crime praticado em lugar ermo, os instrumentos utilizados, a ocasião, a duração, o relacionamento entre o réu e a vítima, a maior ou menor insensibilidade do agente³¹.

Os fatos a serem considerados para agravar a pena, a título de circunstâncias, aqui considerados de forma genérica, são aqueles que não receberam tratamento específico do legislador, intitulado-os como circunstâncias legais agravantes ou causas de aumento de pena. Constitui, portanto, a agravante judicial em comento, caso residual. Prevista de forma específica, a hipótese em destaque³², por ser genérica, não tem aplicação. Circunstâncias não são elementos do crime, apenas afetam a gravidade do delito para autorizar a elevação da pena base³³. Assim, face ao seu caráter residual, deve o julgador redobrar o cuidado com a dupla valoração, para não incidir em *bis in idem*.

2.7. Consequências

Todo crime gera consequências à vítima, ao lesado, ao ofendido e à sociedade, por óbvio. Refere-se às consequências naturais que integram o tipo penal sem as quais o crime não existe. Segundo a teoria finalista da ação, o fato típico é constituído da conduta humana dolosa ou culposa, do resultado, do nexu causal e da tipicidade. O resultado que integra o fato típico

³¹ FERREIRA, Gilberto. *Op. cit.*, p. 92. “Aqui importa, por exemplo, o lugar em que o crime ocorreu, a maneira com que foi executado e o tempo de sua duração. O relacionamento entre réu e vítima. A maior ou menor insensibilidade do agente, o seu arrependimento.”

³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 225. “Trata-se de elemento residual, ou seja, quando não prevista a circunstância como qualificadora/causa de aumento ou privilégio/causa de diminuição, pode o juiz considerá-la como circunstância judicial.”

³³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 338. “Entende-se por circunstâncias os elementos acidentais do delito, ou seja, aqueles que não são elementos constitutivos do tipo, afetando apenas a gravidade do crime (*quantitas delicti*).”

e que se insere no conceito de crime é consequência da conduta humana praticada e não consequência do crime³⁴.

As consequências que o magistrado haverá de considerar para agravar a pena na primeira fase da individualização são aquelas parcelas de dano que excedem os limites das consequências naturalmente reclamadas para a caracterização do delito³⁵. Pode-se dizer que as consequências do crime se fazem constituídas do excesso verificado entre a consequência natural e a real produzida pelo delito em julgamento, suportado pela vítima, pelo lesado, pelo ofendido ou pela coletividade. Assim, verificado o excesso em relação à consequência natural, reclamada para o aperfeiçoamento do crime, e a efetivamente produzida pelo delito, a agravativa está autorizada³⁶. Elas se referem à maior ou menor intensidade da lesão causada pela infração penal à vítima, ao lesado, à ofendida ou a terceiros. Deve-se analisar a possibilidade de se reparar ou, ao menos, reduzir as consequências decorrentes da prática do crime.

Questão crucial é saber se as consequências decorrentes do crime culposos exercem influência para agravar a pena. De um lado, militam os que defendem a possibilidade de a pena ser agravada ao argumento de que a lei não faz qualquer distinção, conforme Paulo Queiroz³⁷. De outra vertente, perfilham os que entendem ser impossível a agravação, como Celso Delmanto³⁸. Parece que a razão está com os que defendem

³⁴ TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 369/370. “O resultado, é óbvio, não é consequência do crime, mas da conduta, e, como tal, é parte integrante do crime, e não seu efeito.”

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 226. “O mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico, é a consequência a ser considerada para a fixação da pena. É lógico que num homicídio, por exemplo, a consequência natural é a morte de alguém e, em decorrência disso, uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. Diferentemente, um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma consequência não natural do delito.”

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 704. “Não se confundem com a consequência natural tipificadora do ilícito praticado. É um grande equívoco afirmar – no crime de homicídio, por exemplo – que as consequências foram graves porque a vítima morreu. Ora, a morte da vítima é resultado natural, sem o qual não haveria homicídio. Agora, podem ser consideradas graves as consequências, porque a vítima, arrimo de família, deixou ao desamparo quatro filhos menores, cuja mãe não possui qualificação profissional, por exemplo. Importa, é verdade, analisar a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou o maior ou menor alarma social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados, não necessariamente típicos, do crime.”

³⁷ QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, p. 340. “Ao contrário, porém, do que por vezes se afirma, tanto nos crimes dolosos quanto nos culposos tais consequências devem influir na dosagem da pena, mesmo porque a lei não faz, no particular, nenhuma distinção.”

³⁸ DELMANTO, Celso *et alli*. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro (RJ): 5ª ed. Renovar, 2000, p. 104. “**Consequências do crime:** São os efeitos da conduta do agente, o maior ou menor dano (ou risco de dano) para

a impossibilidade de as consequências agravarem o castigo penal no crime culposo, pois o resultado não é querido pelo agente. Por meio de oblíqua consequência, se o resultado natural do crime não é querido ou desejado, fere a racionalidade impor ao agente as consequências que o delito fez gerar para a vítima.

O dano para autorizar a elevação da pena base, em face das consequências produzidas pelo crime, pode ser moral ou material. A esse respeito, a ONU aprovou, em 1985, a Declaração dos Princípios de Justiça para as Vítimas de Abuso de Poder, que especifica os danos decorrentes de crimes: a) lesão física ou mental; b) sofrimento emocional; c) perda econômica, e; d) perda substancial dos direitos fundamentais. Trata-se, pois, de valioso subsídio para a análise das consequências do crime. Em face do expendido, considerada a gravidade e a extensão dos danos provocados pelo crime e experimentados pela vítima, lesado ou ofendido, ou mesmo pela sociedade, pode e deve o magistrado aumentar a pena-base, buscando sempre ajustar a reprimenda à pessoa do réu.

2.8. Comportamento da vítima - vitimologia

Em matéria penal, vítima é quem suporta as consequências e os danos do crime, é a pessoa que sempre sai perdedora na empreitada criminosa. De maneira geral, mormente na prática, a palavra vítima é empregada para identificar o sujeito passivo de qualquer ação delituosa. Sugere mais adequação utilizar a expressão **vítima** para identificar o sujeito passivo dos crimes contra a pessoa; **lesado**, no caso de sujeito passivo dos crimes contra o patrimônio; e **ofendido**, para o sujeito passivo dos crimes contra a honra e contra a dignidade sexual³⁹.

Por longo tempo, o Direito Penal se preocupou apenas com o crime e com o criminoso, desconsiderando, por completo, a vítima, que, como sujeito passivo do delito que participa efetiva e diretamente do desenvolvimento do *iter criminis*, tem valiosa contribuição a prestar, tanto no que se refere ao esclarecimento do fato delitivo quanto no esclarecimento da aplicação da pena. Nesse particular, o ordenamento jurídi-

a vítima ou para a própria coletividade. Tratando-se de delito culposo, as consequências não devem influir”.

³⁹ FERREIRA, Gilberto. *Op. cit.* p. 97. “Costuma-se chamar de *vítima* os sujeitos passivos dos crimes contra a pessoa; de *lesado*, os sujeitos passivos dos crimes contra o patrimônio e de *ofendido*, os sujeitos passivos dos crimes contra os costumes e a honra.”

co-penal cruzeirense dispensa especial atenção ao comportamento da vítima, tanto para configurar o delito quanto para justificar o acréscimo da pena, de que são exemplos os artigos: 20, § 3º; 23, II e 25; 59; 61, II; 65, III; 105; 107, V, e IX; 121, § 1º e 129, § 4º; 121, § 2º, III e IV; 121, § 4º e 129, § 7º e 122, parágrafo único.

O estudo da vítima, em matéria penal, compreende; a) a qualidade ou condição do sujeito passivo; b) a natureza do interesse juridicamente protegido; c) as várias formas de relação entre o sujeito ativo e o sujeito passivo da infração; d) o sujeito passivo e o elemento subjetivo do crime; e) a conduta do sujeito passivo para a prática da infração (resistência, consentimento, concorrência de culpa); f) sujeito passivo quanto às condições do crime, notadamente em relação às causas de justificação do ilícito: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal; de isenção de pena e circunstâncias, e; g) comportamento do sujeito passivo após a consumação do delito, no que se refere aos aspectos processuais (perdão, renúncia e retratação)⁴⁰.

Questão delicada é perceber se o comportamento da vítima destina-se unicamente a beneficiar o apenado ou se serve, também, para agravar a pena. Isto porque, de maneira geral, a doutrina recorre a exemplos que apontam apenas para esmaecer a culpabilidade do apenado, como o caso da moça que se oferece ao ato sexual. A questão, acredita-se, perpassa, necessariamente, pela classificação da vítima do delito.

No particular, a doutrina, tomando por base a postura do sujeito passivo, isto é, a sua maior ou menor contribuição para a ocorrência do delito, oferece a seguinte classificação: a) **vítima completamente inculpável** - vítima completamente inocente, ou vítima ideal (acontece a hipótese quando a pessoa atingida não oferece qualquer contribuição para que o delito ocorra - vítima de projétil perdido); b) **vítima parcialmente culpável** - a vítima oferece contribuição que, sozinha, não ensejaria a ocorrência do delito, e comporta três modalidades distintas, nas quais a vítima oferece maior ou menor contribuição conforme o caso: b1) **vítima por ignorância ou imprudência** - mulher que morre por nela permitir que se pratique o aborto -, b2) **vítima com escassa culpabilidade** - noiva que entrega suas economias ao noivo estelionatário - e, b3) **vítima voluntária** - enfermo incurável que pede sua morte e; c) **vítima completamente culpável**: subdi-

⁴⁰ O elenco adotado consta nestes mesmos termos e ordem declinados por Gilberto Ferreira na obra multicitada, página 97.

vide-se em: c1) **vítima provocadora** – que oferece contribuição exclusiva e decisiva que justifica a prática do crime, isentando o agente, como no caso da legítima defesa, em que o agressor tenta matar seu desafeto, mas é por ele eliminado, c2) **vítima que proporciona a concretização do delito** - oferece contribuição predominante para o sucesso da empreitada, como no caso em que o agente tenta enganar, mas acaba sendo enganado de modo a ocupar o lugar de vítima em estelionato, e; c3) **falsa vítima** - quando o fato atribuído não é verdadeiro, como no caso de falsa denúncia em que a moça acusa o namorado de estupro para chegar ao casamento⁴¹.

Parece certo que, ao fixar a pena, a modalidade que interessa para a sua elevação é a que diz respeito à **vítima completamente inculpável**, também denominada vítima completamente inocente ou vítima ideal, em que o sujeito passivo do delito em nada contribui para o aperfeiçoamento do delito. Inegável, portanto, a necessidade de se avaliar o comportamento da vítima para que se possa chegar à pena adequada, ao fato delituoso e ao agente. Assim, não deve ser igual à censura que recai em quem rouba as joias fulgurantes de uma senhora rica e a responsabilidade de quem subtraiu os donativos do Exército da Salvação. Outro aspecto importante é o comportamento sensual da jovem acostuada a “ficar”, que provoca os homens e o daquela mulher recatada, honesta, voltada ao lar e à família.

Convém advertir, para o perigo do exagero, sobre a tendência atual no sentido de recolher o estudo do comportamento da vítima para construir uma espécie de corresponsabilidade penal. Vítima é vítima, isto é, a parte perdedora na empreitada criminosa. Estudar seu comportamento com vista a deduzir sua responsabilidade ao lado da culpa do réu, pelo só fato de ter sido atingida pelos efeitos danosos do crime, constitui uma absurda inversão de valores que não se pode conceber⁴². As circunstâncias judiciais constituem critério norteador à fixação da pena-base, objetivando afastar o arbítrio do julgador, e a vítima não está em julgamento.

⁴¹ A autoria da classificação declinada é atribuída a Antonio Beristain e se encontra colacionada por Guilherme de Souza Nucci, em sua obra tantas vezes citada neste trabalho, na página 229. Gilberto Ferreira, em sua festejada obra, página 99, nos traz classificação que em muito se aproxima da que acolhemos em nosso texto.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 228. “No entanto, investigar o comportamento da vítima para buscar uma co-responsabilidade pode ter também alguns efeitos negativos que, no extremo, causariam uma absurda inversão de papéis. A ausência de questionamento acerca do comportamento da vítima pode representar, para o autor, a mesma sobrecarga que sua instauração pode ocasionar para a vítima.”

2.9. Valoração das circunstâncias judiciais

Em princípio, a pena máxima hipotética corresponde ao interesse de política-criminal, prende-se à ideia de maior retribuição do castigo penal e há de ser defendida pelo MP no interesse da sociedade. Em contrapartida, a pena mínima, indicada pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro, corresponde ao limite mínimo da garantia do direito do recluso que, em princípio, há de ser observado, posto que fixado pela lei. Na fixação da pena entre o mínimo e o máximo, partindo-se do seu mínimo, como sugere a racionalidade, a questão que se põe é saber o *quantum* de pena corresponde a cada circunstância desfavorável ao sentenciado.

Diante do disposto no artigo 59 do CP brasileiro, sendo todas as circunstâncias favoráveis ao acusado, a pena a ser imposta há de ser a mínima e, se todas forem desfavoráveis, a pena será a máxima. Qual será, então, a pena, na hipótese de somente uma ou algumas das circunstâncias judiciais serem desfavoráveis ao sentenciado? Quanto corresponde, em termos de quantitativo de pena, a cada uma das circunstâncias? Esses questionamentos merecem reflexão.

Dois critérios são conhecidos, no DP brasileiro, para se fixar o *quantum* a ser acrescido à pena mínima. O primeiro critério, que se ousa denominar de **puramente subjetivo**, bastante utilizado pelos magistrados brasileiros, preconiza que o acréscimo deve ser escolhido livremente pelo julgador, sem se prender a qualquer base legal, fática ou lógica. Neste critério, a escolha do quantitativo do aumento da pena está “na cabeça do juiz”, que não a explica, aliás, nem tem como explicar, em face do subjetivismo que adota. A escolha é livre e, portanto, sujeita à vontade e ao estado anímico do julgador no dia e momento da fixação da pena. Não se conhece parâmetro para aferir o acerto ou o desacerto da escolha da pena. O condenado, como também a sociedade, reclama a imposição de pena justa, enquanto o critério traduz inseguranças e incertezas, posto depender do estado emocional, psíquico e de tendências do juiz. Para ensejar a identificação de uma pena justa, o critério demanda do julgador não só cultura jurídica, mas um alto grau de formação e informação, especialmente, de substancial formação religiosa, bom senso e equilíbrio, nem sempre encontráveis nos magistrados cruzeirenses, apesar de humanos e naturais que são. Em outro giro, mas no mesmo sentido, o critério em comento só ensejaria a pena justa se a judicatura fosse composta, tão-somente, por juízes esmerados e altamente

qualificados, de aguçada consciência, pendor e comprometimento com a realização dos princípios da justiça e da pena justa.

O segundo critério sugerido denomina-se **objetivo com base empírica ou ilógica**. É utilizado pela esmagadora maioria de julgadores brasileiros, e propõe o emprego da fração $1/6$ para identificar o aumento de pena referente a cada uma das circunstâncias judiciais e legais desfavoráveis ao sentenciado. A base de cálculo em destaque ($1/6$) não tem previsão legal, como também não conta com apoio da lógica. Do ponto de vista da coerência e lógica, o critério para resistir a uma análise séria deve permitir que o castigo penal parta do mínimo legal e chegue ao máximo da pena cominada em abstrato. A fração discutida não permite que sejam atingidos tais limites e, assim, afronta as disposições do inciso II do art. 59 do Caderno de Crimes. Poder-se-ia escolher qualquer outra base de cálculo ($1/6$, $1/2$, $2/3$, $1/100$, $1/100$), mas os mesmos óbices se repetiriam. Parece certo que a base de cálculo escolhida, qualquer que fosse, seria válida, vez que inexistente disposição legal disciplinando a matéria. Lógico, contudo, que as bases utilizadas para identificar as causas de aumento de pena não deveriam servir para determinar o *quantum* do aumento, pois, se fosse esta a pretensão do legislador, teria ele transformado a circunstância judicial ou legal em causa de aumento da pena. Esta escolha, contudo, não tem amparo legal e está subordinada aos caprichos dos julgadores, propiciando a ocorrência de excessos quando o juiz é filiado ao movimento da lei e da ordem ou, ao revés, enseja excessiva benevolência, quando o julgador for defensor ou adepto do movimento denominado abolicionismo.

Propõe-se, aqui, um terceiro critério, em que a majoração a ser adotada para cada uma das circunstâncias desfavoráveis ao apenado, na pena-base (primeira fase) e na pena-ambulatoria (segunda fase), deva atender a uma proposta de critério **objetivo subjetivo com base lógica**, que os matemáticos poderiam considerar legal.

O critério **puramente subjetivo e objetivo subjetivo com base empírica e ilógica**, em nossa visão, não convencem, pelas razões já expostas.

A proposição é adotar um critério em que se tenha base de cálculo lógica e que traduza segurança para a fixação da parcela de pena a ser acrescida à pena mínima para se chegar à pena-base, sem afastar, entretanto, o subjetivismo que o legislador reservou ao julgador. A pretensão é pôr a sociedade e o apenado a salvo do comprometimento emocional, psíquico e tendencioso do julgador e, assim, permitir ao apenado, seu advogado e

à sociedade, melhor analisar, compreender e conferir a pena imposta para que se possa aferir sua justiça e necessidade.

Destarte, se todas as circunstâncias forem favoráveis ao acusado, a pena a ser imposta é a mínima prevista em abstrato. Caso, porém, todas elas sejam desfavoráveis, a pena será a máxima. Logo, para se encontrar o aumento de cada circunstância desfavorável ao apenado, dever-se-á estabelecer a diferença entre o máximo e o mínimo da pena *in abstrato*, multiplicar a diferença obtida por doze e dividir o resultado pela quantidade de circunstâncias judiciais, (máximo - mínimo X 12 : 8). Assim, parte-se do mínimo legal e se acrescenta o quantitativo de pena encontrado para cada circunstância judicial ou legal que militar em desfavor do apenado.

Inegável que o critério está apoiado em base lógica, pois permite que o castigo penal parta do mínimo legal e alcance o máximo da pena prevista, o que não ocorre com os critérios precedentes. A proposta sugere contar com amparo legal, pois o inciso II do art. 59 do CP brasileiro disciplina a obrigatoriedade de, na pena-base, a quantidade da reprimenda aplicável ficar “dentro dos limites previstos”. Parece lógico que, se o legislador disciplinou que a pena ficasse dentro dos limites previstos, fixou, também, o *quantum* do aumento. O montante do acréscimo é mera questão matemática.

Acredita-se ser vantajoso o critério, na medida em que constitui parâmetro confiável, seguro e lógico na fixação da pena, e se mostra coerente com a moderna política-criminal e o atual Estado de Direito cruzeirense.

Em síntese, acrescentando à pena mínima o *plus* determinado para cada uma das circunstâncias judiciais previstas pelo art. 59 do CP brasileiro, a soma constitui a pena-base, que servirá de base de cálculo para a segunda fase de aplicação da pena prevista pelo art. 68 do CPB.

O subjetivismo fica reservado à missão de adequar a pena à necessidade e suficiência do castigo penal.

3. SEGUNDA FASE – PENA-AMBULATÓRIA (CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS)

Circunstâncias legais são dados ou fatos de natureza objetiva ou subjetiva, que se encontram ao redor do crime, cuja existência não interfere na configuração do tipo, mas modificam a pena-base para menos ou para mais.

São denominadas de circunstâncias legais posto serem expressamente previstas pela lei.

Fixada a pena-base, sobre ela o julgador faz incidir as circunstâncias atenuantes e agravantes, nesta ordem, o que resulta na pena que, por falta de especificidade legal, sugere seja denominada de **pena-ambulatoria**.

Ao contrário das causas de diminuição e de aumento da pena, as circunstâncias legais não levam a pena acima do máximo nem abaixo do mínimo previsto. A questão sempre se apresentou como das mais controvertidas, e valiosas posições se formaram em um e outro sentido. Hodiernamente, entretanto, com a edição da Súmula 231, do STJ, a questão parece ter sido pacificada. Assim está redigida a Súmula posta em destaque:

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (destacou-se).

3.1. Circunstâncias atenuantes (arts. 65 e 66, do CPB)

Nos exórdios do art. 65, do CP brasileiro, são as atenuantes, circunstâncias de aplicação obrigatória, que sempre reduzem a pena, desde que esta não ultrapasse o limite mínimo previsto em lei, como determina a noticiada Súmula 231 do STJ. As circunstâncias legais atenuantes também não devem ser consideradas quando constituírem causa especial de diminuição ou privilégio do tipo penal, a exemplo do relevante valor social e moral que, não obstante seja previsto como atenuante (alínea *a* do inciso III do art. 65 CPB), constitui causa de diminuição da pena de homicídio (§ 1º do artigo 121 do CP brasileiro).

Passa-se, então, a considerar as circunstâncias atenuantes em espécie.

3.1.1. Idade do agente

Na forma do inciso I do art. 65, do CP brasileiro, ser o agente menor de vinte e um anos na data do fato, ou maior de setenta anos na data da sentença, são circunstâncias que autorizam a atenuação da pena. Deste modo, sendo o agente maior de 18 anos e menor de 21 anos de idade, na data do fato, aplicar a atenuante é consequência que se impõe.

A emancipação do agente, como também o casamento, não afastam a atenuante discutida, e a prova da idade se faz com a certidão de nascimento ou casamento, ou por qualquer documento hábil nos acordes da Súmula 74 do STJ⁴³, resolvendo-se as dúvidas em favor do acusado.

A idade do autor do ilícito penal, maior de setenta anos, há de ser considerada na data da publicação da sentença e, igualmente, atenua a pena, em face da natural debilitação decorrente da idade avançada. A senilidade, em regra, ocasiona o enfraquecimento das funções psíquico-somáticas que normalmente acompanham o ser humano, de modo a justificar a medida de caráter humanitário. Trata-se de realidade biológica que, em regra, torna confusa a compreensão dos fatos, debilitando a vontade e o caráter do agente. Daí o benefício que as legislações modernas deferem ao idoso.

Demais disso, a idade do condenado, para além de atenuar a pena, ainda exerce influência na contagem do prazo prescricional, reduzindo-o pela metade, como se infere do art. 115 do CPB.

Questão que reclama exame é saber se a redução da menoridade relativa, que no Código Civil de 1916 era de dezoito aos vinte e um anos de idade, e na atual legislação cível passou a ser de dezesseis aos dezoito anos (inciso I do art. 4º, do CCB, de 2003), e da maioridade civil, agora fixada em dezoito anos (art. 5º do CCB), influenciou na atenuante da menoridade disciplinada pelo inciso I do art. 65 do CP brasileiro. No particular, desde a edição do Código Criminal do Império brasileiro, de 1830, a menoridade relativa constitui circunstância atenuante da pena privativa da liberdade. A circunstância discutida tem suporte fático, em princípio de política-criminal, e se relaciona com a menor censurabilidade da conduta do agente que pratica crime nesse estágio. É o reconhecimento de que o homem se encontra na difícil fase de transição entre a adolescência e a maturidade. De outro lado, a redução da menoridade, adotada pelo novel Código Civil, não se fez em face das qualidades do cidadão, como no DP, mas em consideração à capacidade para a prática dos atos civis.

É possível haurir que a redução da maioridade civil (art. 5º) adotada pelo atual CCB, fazendo-a coincidir com a maioridade penal (art. 27 do CPB), não afetou a incidência da circunstância atenuante da menoridade, disciplinada pelo inciso I do art. 65 do CPB, que permanece com aplicação plena e obrigatória. Ademais, o CP brasileiro faz referência à idade, entre

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 74. Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil. Disponível: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 31 ago. 2007.

dezoito e vinte e um anos, ao passo que o CCB disciplina a capacidade para os atos da vida civil.

O art. 115 do CP brasileiro, disciplina que: “São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos de idade”. O benefício disciplinado pela disposição legal também continua vigendo após a edição do novo CCB, de 2003, pelas mesmas razões já espancadas⁴⁴.

3.1.2. Desconhecimento da Lei

Disciplina o art. 3º do DL 4.657, de 04.09.1942 (Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro) que: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.” Assim também é a disciplina contida no *caput* do art. 21 do CPB, ao decretar que: “O desconhecimento da lei é inescusável”. Destarte, em sede de Direito Penal, ninguém pode ser eximido, desculpado ou absolvido da responsabilidade penal, ao argumento de que não conhecia a lei.

A atenuante, a que se refere o inciso II do art. 65 do Código Penal brasileiro, pode ocorrer quando o desconhecimento recair sobre a vigência da lei. É que o vasto volume de leis vigentes pode acarretar erro sobre a vigência de determinado normativo a esmaecer a censura que deve recair sobre o agente⁴⁵.

Outra hipótese, que comporta a atenuante em espécie, acontece no caso de lei em desuso ou de rara aplicação, em que o seu conhecimento se esmaece dia-a-dia, a justificar a menor censura do agente que, efetivamente, comprove desconhecer a sua existência e aplicabilidade⁴⁶.

⁴⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Os Efeitos do Novo Código Civil no Sistema Penal*. Boletim IBC-CRIM, São Paulo (SP), ano 11, n.126, p. 12-14, maio 2003, p. 12. “Isso implica que a circunstância atenuante de ser o agente menor de 21 anos na data do fato não sofre qualquer modificação com o advento do novo Código Civil, assim como a redução do prazo de prescrição à metade, quando o autor era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos.”

⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 515. “Embora seja inescusável o desconhecimento da lei (art. 21, *caput*, CP), o erro de vigência (*ignorantia legis*) – sobretudo em razão do vasto número de diplomas legais existentes – conduz à atenuação da pena, por ser menor a magnitude da culpabilidade (art. 65, II).”

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, p. 270. “...mas é razoável supor que há normas em desuso ou de rara utilização, motivo pelo qual tornam-se mais distantes do dia-a-dia. Nesse caso, viabiliza-se invocar o *desconhecimento da lei*, como critério residual, para atenuação da pena.” Cuida-se de uma gradação estabelecida pela lei penal: do erro de proibição escusável, passando-se pelo inescusável até atingir o mero desconhecimento por vezes leviano da norma penal. Em matéria de culpabilidade, a primeira situação é capaz de elidi-la, pois retira a possibilidade de se fazer juízo de censura sobre o autor de fato considerado,

3.1.3. Motivo de relevante valor social ou moral

A expressão “relevante valor” sugere a ideia de importante, digno de consideração, que se destaca, que se apresenta proeminente, que se sobrepõe aos demais valores. É algo de fundamental importância para a vida em sociedade.

Valor social refere-se ao interesse não exclusivamente individual. Diz respeito ao interesse da coletividade, do público. Interessa à sociedade, à coletividade, ao Município, ao Estado, ao Distrito Federal, à Nação, a exemplo de alguém que expulsa invasores de prédio público para restabelecer serviço essencial. Apresenta-se ligado a valores sentimentais de proteção à coletividade.

Valor moral é o que diz respeito ao interesse exclusivamente pessoal. Tem sua existência ligada aos sentimentos e aos valores nobres e caros da pessoa, como a piedade, a honra, os valores familiares e outros.

Esta circunstância tem natureza residual e só deve ser aplicada se não constituir causa especial de diminuição da pena, como no caso do homicídio (§ 1º do artigo 121 do CPB) e da lesão corporal (§ 4º do art. 129 do Código Penal brasileiro). No particular, importa destacar que o privilégio do homicídio e da lesão corporal, reclama o elemento temporal “logo em seguida à injusta provocação da vítima”, o que não constitui pressuposto da atenuante em estudo⁴⁷.

A diferenciação também se faz pelo fato de o termo **impelir** conter forte carga emocional, exercendo influência direta e decisiva, impulsionando, premindo, dominando o agente a praticar o crime. Na atenuante *sub censura*, o suporte emocional é bem mais brando, dispensando a forte carga emocional determinante do cometimento do crime pelo autor.

no seu entender, ilícito; a segunda, ameniza a culpabilidade, pois demonstra que o autor não agiu, no momento do delito, com consciência de sua ilicitude, embora pudesse ter atingido tal consciência; a terceira atenua a culpabilidade, em menor grau, pois evidencia a situação do autor que, podendo ter a consciência do ilícito, desprezou o cuidado necessário para informar-se, embora a hipótese concreta demonstrasse a incidência de norma de rara utilização.”

⁴⁷ TELES, Ney Moura. Op. cit., p. 392. “Há diferença entre a causa de diminuição da pena – objeto da terceira etapa da aplicação da pena – e a atenuante do art. 65, II, a. Na primeira, é necessário que o agente tenha sido **impelido**, é dizer, impulsionado, premido, dominado, por um motivo de relevante valor social, ao passo que na atenuante basta que tenha praticado o fato inspirado por tal motivo.”

3.1.4. Arrependimento ou reparação do dano

O arrependimento do agente pode ocorrer durante a execução do crime, quando recebe o pseudônimo de arrependimento eficaz (art. 15 do CP), a excluir a tipicidade, ou depois do cometimento da infração penal (art. 16 do CP) sendo, então, denominado arrependimento posterior⁴⁸. O arrependimento posterior, além de constituir causa de diminuição da pena, como disciplinado pelo art. 16 do CP, pode também configurar a atenuante prevista pela alínea *b* do inciso III do art. 65 do Caderno de Crimes.

A reparação do dano antes do julgamento constitui forma das mais eficientes de pacificação social, na medida em que concilia e aplaca os ânimos acirrados pelo crime, mesmo que parcialmente. Ademais, o arrependimento denota personalidade não tanto comprometida com o mundo do crime, bem menos agressiva do que a sugerida pela prática delitiva, o que demonstra maior possibilidade de socialização do apenado. Daí a sua relevância em termos de política-criminal. Para a caracterização da atenuante, basta que o agente tenha procurado, pessoalmente, com eficiência e voluntariamente, logo após o cometimento do crime, mas antes do julgamento, evitar ou minorar as suas consequências⁴⁹.

A eficiência, no caso da atenuante, traduz-se no esforço e não no resultado⁵⁰.

Acredita-se, embora o entendimento não seja pacífico, que a atenuação se deva a uma questão de política-criminal, mormente relacionada à socialização do apenado. Se o apenado se esforça para minorar as consequências do crime ou reparar o dano antes da sentença, é porque des-

⁴⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro (RJ): 4 ed. Forense, 1958. Parte Geral, vol. I, tomo II. P. 92-93. “É o que se chama *tentativa abandonada*, de que cuida o art. 13: “O agente que, voluntariamente, desiste da consumação do crime ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”. Quando a contra-marcha ocorre ainda no curso do *iter criminis* (renúncia de prosseguir na atividade executiva), fala-se em *desistência voluntária* (*freiwillige Rücktritt, desistenza voluntária*); quando ocorre já depois de ultimada a atividade executiva, mas obstando o advento do resultado, fala-se em *arrependimento eficaz* (*tätige Reue, ravvedimento attuoso*)”.

⁴⁹ HUNGRIA, Nelson. *Op., cit.*, p. 95. “Nem sequer é exigido que a renúncia do propósito criminoso seja espontânea: basta que seja voluntária, isto é, que o agente não tenha sido coagido, moral ou materialmente, à interrupção do *iter criminis* ou ao impedimento do *effectus sceleris*.”

⁵⁰ DELMANTO, Celso. *Op. cit.*, p. 123. “**Arrependimento**: Basta que o agente tenha procurado, com eficiência e espontaneidade, logo após o crime, evitar ou minorar as suas consequências. A eficiência de que a lei fala deve referir-se ao esforço feito pelo agente para minorar as consequências e não ao resultado efetivo de sua tentativa. Ao contrário do arrependimento eficaz (CP. art. 15, 2ª parte), para a atenuante desse inciso III, *b*, não precisa haver eficácia em seu resultado.”

fruta de personalidade socializável a merecer o privilégio. De outro lado, a disposição legal empregou expressão “procurado” evitar ou minorar as consequências do crime. Quisesse o legislador exigir o resultado como pressuposto da atenuante, teria utilizado outra expressão, como reparado ou minorado as consequências do delito, por exemplo. Os termos empregados pela lei, “procurado” e “eficiência”, embora compatíveis, no mínimo, sugerem dúvida que há de ser resolvida a favor do apenado.

No arrependimento, disciplinado pelo art. 16 do CPB, o resultado, isto é, a efetiva reparação do dano ou a restituição da coisa, é pressuposto da causa de diminuição da pena. A reparação do dano para ensejar a atenuação da pena há de ocorrer antes do julgamento de primeiro grau, salvo no caso de absolvição, em que a reparação pode acontecer até o momento em que a causa é apreciada pelo tribunal.

3.1.5. Coação resistível, ordem superior e violenta emoção

A coação pode ser irresistível e resistível. A coação irresistível pode ser física (*vis absoluta*) ou moral (*vis compulsiva*). A coação irresistível física (*vis absoluta*) afasta a conduta humana, não há crime a ser punido (primeira parte do art. 22 CPB – só o autor da coação tem responsabilidade penal). Em verdade, no caso de coação física irresistível, não há ação, posto que a pessoa a ela submetida não tem opção alguma, é compelida à prática do ato sem nada poder fazer para evitar o resultado, trata-se de fato atípico. A coação irresistível moral (*vis compulsiva*) afasta a culpabilidade por inexistência de conduta diversa. No caso, o agente conserva a possibilidade de opção entre praticar ou não o ato exigido. Se decide pela prática para não correr o risco do mal prometido, não se podendo dele exigir outro comportamento, fica ele isento de pena. Assim, a coação irresistível não enseja atenuação da pena, que fica reservada para a coação resistível.

A coação resistível, por seu turno, também pode ser física ou moral.

Tanto uma como outra ensejam a atenuante discutida (alínea c do inciso III do art. 65 do CPB), quando se exerce sobre o agente uma pressão tal que se apresente bastante e suficiente para diminuir a capacidade de resistência, no que respeita à prática do delito⁵¹.

⁵¹ TELES, Ney Moura. Op. cit., p. 393. “Só poderá incidir a atenuante, se a coação, embora resistível, for suficientemente eficaz para exercer sobre o agente uma força que lhe diminua a capacidade de resistência.”

O cumprimento de ordem de autoridade superior, quando a ordem não se apresente manifestamente ilegal, afasta a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa (segunda parte do art. 22 do CPB) e quando, manifestamente ilegal, rende ensejo à atenuante em estudo.

A violenta emoção ou paixão, embora não exclua a imputabilidade penal, conforme disciplina o inciso I do art. 28 do CP brasileiro, é suficiente para atenuar a pena, se decorrente de injusta provocação da vítima. Acresce considerar que a atenuante da violenta emoção dispensa o elemento temporal “logo em seguida” à injusta provocação da vítima, indispensável para a configuração da causa de diminuição da pena prevista no § 1º do art. 121 e § 4º do art. 129 do CPB.

A atenuação da pena, nos casos postos em destaque, deve-se ao fato de o agente ter, em tais circunstâncias, a sua censurabilidade diminuída.

Nas mesmas hipóteses, quando a circunstância for recolhida como causa de diminuição da pena, por óbvio que a atenuante não pode prevalecer.

3.1.6. Confissão espontânea (integral e sem reservas)

Confissão, em matéria penal, consiste no fato de o acusado, de forma espontânea, natural e pessoal, admitir como verdadeira a acusação que lhe é atribuída de haver praticado o delito, perante a autoridade competente, em ato de vontade livre, solene e público, registrado em termo. Antes da reforma de 1984, exigia-se que a confissão versasse sobre crime cuja autoria fosse ignorada ou atribuída a outrem, entendimento que, hodiernamente, não prevalece.

Para justificar a atenuante da confissão espontânea, disciplinada pela alínea *d* do inciso III do art. 65 do CPB, basta a sinceridade do agente e que seja espontânea a confissão da autoria do delito que, tanto pode ocorrer na fase policial como em juízo. Restou pacificado, no Brasil, que a confissão tem valor para afirmar a autoria do delito, mesmo que retratada em juízo, desde que não elidida por quaisquer elementos de convicção ou indícios ponderáveis, mas, ao contrário, perfeitamente ajustáveis aos fatos apurados.

Inegável que, se a confissão é válida para sustentar a autoria do delito, também deve ser para atenuar a pena.

Convence a inteligência de que o benefício para o réu não decorre somente da utilidade da confissão para a determinação da autoria. Deve-se levar em consideração, também, a boa vontade do agente em admitir

como verdadeiros os fatos que contra ele pesam, quando podia negar sem maiores consequências. A contribuição da confissão que, somada à prova existente, confere maior confiabilidade à prova e à sólida certeza no julgamento, há de ser premiada. Ademais, a confissão revela um agente com largas possibilidades de ser recuperado e socializado, como pretende a pena que haverá de lhe ser imposta. É, ainda, obrigação do julgador buscar incentivar o comportamento do agente em cooperar com a realização da justiça⁵², ofertando-lhe o prêmio da atenuante. Por estas judiciosas razões é que a espontaneidade e a sinceridade de propósito da confissão do delito há de ser analisada, com rigor no que respeita à determinação da autoria do delito, mas com relativa parcimônia quanto ao reconhecimento da atenuante, diferentemente da forma de análise rigorosa proposta pela doutrina especializada.

3.1.7. Influência de multidão em tumulto

Aplica-se a redução da pena quando o agente agiu sob a influência de multidão em tumulto, desde que lícita a reunião e o agente não tenha provocado a situação tumultuária⁵³.

Os tumultos se formam sempre por razões que, para a massa reunida e os seus simpatizantes, se apresentam nobres e justificadoras da revolta popular que, a bem da verdade, não justificam os crimes cometidos. Eles são capazes de fazer gerar uma espécie de “alma coletiva”, um sentimento geral orientado na mesma direção⁵⁴. Mesmo o cidadão de bem, que, sozinho e no domínio de seus impulsos, jamais praticaria tais atos, influenciado pelo calor da reação coletiva e pelos prováveis “gritos de guerra”, acaba por experimentar alterações em seu estado psíquico, liberatório do automatismo e da impulsividade que o leva a aderir à consciência coletiva

⁵² TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 394. “Com a nova redação, dada pela Lei nº 7.209/84, é preciso que o agente confesse ser autor do fato, para incidir, obrigatoriamente, a atenuante, não importando tenha sido ele preso em flagrante, nem que haja provas robustas de autoria, muito menos que a confissão seja feita perante juiz.”

⁵³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 360. “A atenuante só se aplica se a reunião era lícita e se o agente não provocou o tumulto.”

⁵⁴ *Ibidem*, p. 359-360. “É conhecida a influência notável exercida pela multidão sobre o estado psíquico de seus participantes. As pessoas são capazes de fazer, em multidão, o que jamais fariam isoladamente. Cria-se na turba em tumulto uma espécie de alma coletiva, que termina por agir sobre os próprios organizadores e instigadores.”

que se manifesta, ou mesmo, a adotar a iniciativa de atos que isoladamente e em consciência pessoal reprova⁵⁵.

3.1.8. Atenuantes genéricas (art. 66 do CPB)

Assegura o art. 66 do Estatuto Repressivo Penal brasileiro que, em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei, pode o julgador atenuar a pena. Trata-se da denominada atenuante genérica, que outorga caráter enunciativo ao texto legal, na medida em que deixa em aberto a possibilidade de se reduzir a censurabilidade da conduta do agente por circunstâncias não especificadas⁵⁶, e que confere ao julgador amplo subjetivismo na apreciação. Uma novidade desse regramento é a autorização expressa ao juiz para considerar como atenuante, de forma genérica, uma circunstância decorrente de fato acontecido antes ou depois da prática do crime. Em ocorrendo após a prática do delito, configura uma espécie de “perdão” parcial, pois os fatos ocorridos *post delictum*, em regra, não poderiam influenciar na sua censurabilidade.

3.2. Circunstâncias agravantes (artigos 61 e 62 CPB)

As circunstâncias agravantes estão relacionadas nos artigos 61 e 62 da Lei Substantiva Penal brasileira, elenco que se apresenta de natureza taxativa. Não se pode agravar a pena, senão nas circunstâncias especificadas nas disposições postas em referência.

Quando presente, a circunstância agravante demanda análise obrigatória. Contudo, quando constituir elementar ou qualificadora do crime, impedido está o agravamento⁵⁷.

⁵⁵ FERREIRA, Gilberto. *Op. cit.*, p. 138. “A multidão avilta a moralidade individual, aumentando a impulsividade, reduzindo a inteligência e liberando os automatismos secundários. A alma da multidão é mesquinha, impulsiva, impressionável.”

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 715. “Este dispositivo, desconhecido no Código de 1940, outorga um caráter enunciativo às atenuantes, deixando aberto o seu catálogo para outras possibilidades, que podem fundar-se na menor culpabilidade, no menor conteúdo do injusto do fato, e, inclusive, em considerações político-criminais.”

⁵⁷ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 504. “As circunstâncias agravantes, quando presentes, devem ser obrigatoriamente apreciadas pelo magistrado na segunda fase de aplicação da pena, salvo se constituírem ou qualificarem o crime – o contrário implicaria manifesto *bis in idem*.”

À exceção da reincidência (inciso I do art. 61 do CP), que tem relevância também nos crimes culposos, as demais circunstâncias agravantes só incidem nos crimes dolosos⁵⁸.

O aumento de pena, proporcionado pelas agravantes em tela, embora não seja questão pacífica, não pode levar à determinação de pena superior ao máximo da escala penal prevista. Assim, o termo “sempre”, utilizado pelo art. 61 do CPB, não tem aplicação absoluta.

3.2.1. Reincidência

A palavra reincidência tem origem no latim *recidere*, que significa recair, repetir o ato, voltar a delinquir. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

De conformidade com o inciso I do art. 61 do CP, a reincidência é circunstância que agrava a pena.

Pode ser **genérica**, identificada quando o agente comete um crime e, sendo condenado, a sentença transita em julgado, volta a cometer novo crime previsto em tipo penal diferente do primeiro. A reincidência é **específica** quando o agente comete um crime e, após a sentença transitar em julgado, pratica novo crime idêntico ao primeiro. Há, ainda, **reincidência verdadeira ou real**, que exige, para a sua caracterização, o cumprimento da pena da anterior condenação; finalmente, a **reincidência ficta**, que se contenta com o trânsito em julgado da sentença anterior para sua configuração⁵⁹. O CP brasileiro adotou a reincidência ficta. Fala-se, ainda, em **multireincidência**, que ocorre quando o condenado sofreu mais de três condenações, com reconhecimento de reincidência.

⁵⁸ DOTTI, René Ariel. *Op. cit.*, p. 519. “Com exceção da reincidência, todas as demais circunstâncias agravantes somente serão reconhecidas se a conduta do agente for dolosa. Há precedentes no sentido de não se aplicar as agravantes quando for culposo o crime praticado contra criança e contra velho, como é freqüente nos crimes de trânsito...”

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 716. “Assim, fala-se em reincidência *genérica*, que se conceitua como o cometimento de um delito, depois de ter sido o agente condenado e submetido à pena por outro delito, enquanto se denomina de reincidência *específica* a que exige a prática de um novo crime igual, ou da mesma categoria, daquele pelo qual sofre anterior condenação. Também costuma-se falar em reincidência *ficta*, que consiste na prática de um delito depois de ter sido condenado por outro, e de reincidência *real*, que consiste no cometimento de um delito depois de ter sido condenado e ‘sofrido pena’, por um delito anterior.”

Em razão do conceito traçado pelo art. 63 do CP brasileiro, dois são os requisitos ou pressupostos necessários à caracterização da reincidência: a) existência de sentença penal condenatória com trânsito em julgado face à prática de crime; e, b) cometimento de novo crime, isto é, praticado após sentença condenatória de que não mais caiba recurso. Assim, o réu pode manter a primariedade, embora condenado por vários crimes, desde que nenhum deles tenha sido praticado depois da primeira condenação⁶⁰.

O art. 63 do Código Penal brasileiro fala em crime, não em infração penal. Destarte, contravenção, por não ser crime, não gera reincidência, a não ser quando o agente pratica a contravenção depois de ter sido condenado por crime anterior em sentença transitada em julgado, no Brasil ou no estrangeiro, ou por nova contravenção no Brasil (v. art. 7º do DL 3.688, de 03.10.1941 - LCP). Em resumo, só haverá reincidência quando à contravenção sobrevier ao crime. Condenado o agente, no Brasil ou no estrangeiro, a sentença estrangeira não precisa ser homologada para o reconhecimento da agravante.

A extinção da punibilidade ocorrida antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, afasta a reincidência. Ocorrida depois, o acusado é reincidente.

A anistia e a *abolitio criminis* apagam o crime e rescindem a condenação. Não há reincidência. No perdão judicial não há reincidência (art. 120 do CP). Se o réu é condenado à pena de multa, caso ela seja imposta pela prática de contravenção penal, não gera reincidência. Não obstante, se a multa é imposta em um crime, há reincidência. A reincidência é circunstância comunicável, pois se refere ao agente. A prova da reincidência se faz por meio de certidão da condenação anterior.

A reincidência gera os seguintes efeitos no Direito Penal brasileiro: a) agrava a pena (inciso I do art. 61 do CPB); b) constitui circunstância preponderante no concurso de agravantes (art. 67 do CPB); c) impede a suspensão condicional da pena (inciso I do art. 77 do CPB); d) aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção do livramento condicional (inciso II do art. 83 CPB); e) aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, *caput*, do CPB); f) interrompe a prescrição (inciso VI do art. 117 do CPB); g) impede algumas causas de diminuição da pena (§ 2º do art.

⁶⁰ QUEIROZ, Paulo. *Op. cit.*, p. 342. "A reincidência requer, por conseguinte, o concurso de dois requisitos: a) trânsito em julgado de sentença penal condenatória por crime anterior; b) cometimento de novo crime. Assim, pode ocorrer de o agente praticar diversos crimes sucessivamente e, não obstante, vir a ser considerado, em todos os processos contra si instaurados, não reincidente."

155, art. 170 e § 1º do 171, todos do CP brasileiro); h) impede a substituição da pena, se específica (§ 3º do art. 44 do CPB).

No que respeita à eficácia temporal, a questão restringe-se a saber se o tempo decorrido entre a data do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e a data do cometimento do novo crime há ou não de influir na reincidência.

Três sistemas militam acerca da eficácia temporal da condenação anterior: a) **sistema da perpetuidade**, em que não tem importância o lapso temporal decorrido entre o trânsito em julgado da condenação anterior e a nova condenação. Quanto maior o lapso temporal decorrido, mais sólida se apresenta a tendência criminosa incrustada na personalidade do apenado e maior deve ser a agravação; b) sistema da **temporiedade**, não há reincidência quando, entre o termo *a quo* (fixado pelo código) e a prática do novo delito, medeia lapso de tempo determinado por lei. No caso do Brasil, o código fixou como termo *a quo* a data do cumprimento ou extinção da pena e, em cinco anos, a data limite; e c) **sistema misto**, com forte inclinação para o sistema da perpetuidade, distingue-se dos demais por permitir agravação menos rigorosa da pena recidiva em proporção ao tempo decorrido. Quanto maior o tempo decorrido em relação à condenação anterior, menor será a agravação.

O CP brasileiro, de 1940, adotou o sistema da perpetuidade, mas a reforma de 1984 migrou para o sistema da temporiedade. De acordo com o art. 64 do Estatuto Penal cruzeirense, não prevalece a condenação anterior se entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer a revogação.

A contagem do prazo limite para a consideração da reincidência deve observar a data: a) do cumprimento da pena; b) de sua extinção por outra causa; e c) do início do período de provas na suspensão condicional da pena ou do livramento condicional, sem revogação.

Conforme disciplina o art. 64 do CPB, nem todos os crimes geram a reincidência. Os crimes militares podem ser **próprios**, propriamente militares, essencialmente militares, tipicamente militares ou, ainda, militares propriamente, definidos somente no CPM brasileiro (inciso I do art. 9º e inciso I do art. 10) e **impróprios**, imprpropriamente militares, acidentalmente militares ou, ainda, objetivamente militares, quando, além de definidos no CPM, são descritos também no CPB ou na legislação penal extravagan-

te. Só os crimes militares impróprios geram a reincidência. Os crimes políticos também podem ser **próprios**, os que ofendem a organização política do Estado, e **impróprios**, os que dizem respeito a um interesse político do cidadão, do administrado. Assim, para efeito de reincidência, não se consideram os crimes políticos e os crimes militares próprios. Os primeiros (crimes políticos), pela necessidade de tratá-los com maior liberdade, e os segundos, porque não têm a mesma natureza dos crimes comuns, estando sujeitos a regramento próprio.

Críticas severas são formuladas acerca de a reincidência propiciar o agravamento da pena, apoiado em crime no qual o réu já quitou sua dívida penal. De fato, quando o julgador agrava a pena, tendo por suporte fático uma condenação anterior transitada em julgado, outra coisa não está a fazer senão trazer para a nova condenação uma parcela da condenação anterior, o que parece mesmo, configurar o odioso *bis in idem*, para além de afrontar a coisa julgada. Significa para o condenado, “pagar novamente”, ou melhor, cumprir uma parte da pena que já havia cumprido em razão de anterior condenação. É ressuscitar a pena cumprida para que produza o efeito de agravar a nova condenação⁶¹.

Cumprir destacar que a reincidência nada mais é do que o resultado de péssimos antecedentes, o que coloca em dúvida o momento, ou seja, a fase em que deve ser considerada, se na primeira fase (pena-base) ou na segunda fase (pena-ambulatoria).

No particular, restou pacificado o entendimento de que os fatos que concretizam antecedentes desfavoráveis ao apenado, que não a reincidência, não de ser considerados na primeira fase (circunstância judicial); e os que caracterizam a reincidência, por força de expressa disposição legal (inciso I do art. 61 do CPB), não de influir na segunda fase, isto é, como circunstância legal agravante. Nunca é demais positivar que, ao aplicar a agravante da reincidência, cumpre ao julgador identificar, de forma precisa e incontestável, o fato que está considerando como determinante da agravação, para que se possa evitar a utilização do mesmo fato para agravar, a título de maus antecedentes e a título de

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p. 719. “Rejeitada, portanto, esta única tentativa teórica de fundamentar a agravação da pena pela reincidência, sem violar o *non bis in idem* e a consequente intangibilidade da coisa julgada, estabelece-se o corolário lógico de que a agravação pela reincidência não é compatível com os princípios de um direito penal de garantias, e a sua constitucionalidade é sumamente discutível.” Assim também pensam Paulo Queiroz (v. obra citada p. 344) e Guilherme de Souza Nucci p. 239.

reincidência, o que gera *bis in idem* e é expressamente vedado pela Súmula de número 241 do STJ⁶².

Nada impede, entretanto, na hipótese de o sentenciado ostentar várias condenações, umas possam ser utilizadas como maus antecedentes e outras como reincidência, desde que os fatos que autorizam uma e outra agravação sejam distintos e precisamente identificados na fundamentação da sentença.

3.2.2. Motivo fútil ou torpe

Motivo é o fator derradeiro que desencadeia a ação criminosa. Daí a sua importância para aferir a censurabilidade que deve recair sobre o agente. Fútil é o motivo notadamente desproporcional em relação ao crime praticado, e que, normalmente, não levaria alguém a praticá-lo. Motivo pequeno, sem importância, insignificante, sem valor, leviano, volúvel, que uma pessoa, com o mínimo de bom senso e educação não cometeria, que não é suficiente para explicar o crime cometido. Exemplo: matar um menino que recolhe laranjas caídas no solo. Assegura a alínea *a* do inciso II do art. 61 do Caderno de Crimes que o motivo fútil ou torpe exerce a função de agravar a pena.

Questão das mais discutidas e, ainda não pacificada, é saber se o ciúme e a embriaguez constituem motivo fútil. Opiniões militam de um e de outro lado, mas acredita-se que o ciúme, se não pode ser considerado um sentimento nobre como o amor e a paixão, parece certo que, desde os primórdios, constitui um sentimento que corrói o homem e lhe causa profundos abalos emocionais, não se mostrando, portanto, desprezível ou pequeno, o que afasta a qualificação de fútil. Em nada impressionam os argumentos que buscam, no ciúme, o atraso e o sentimento de posse ou propriedade para sustentar a sua futilidade. Sugere-se que o atraso do sentimento de propriedade de um ser humano sobre outro, não afeta o enorme poder doloroso, desgastante e até destrutivo do ciúme. Quando muito, pode influir no conceito de motivo fútil, justo ou injusto, não na sua presença. Assim, conclui-se que o ciúme não é motivo fútil.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula* 241. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Disponível: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 31 ago. 2007.

Relativamente ao estado etílico, parece que o melhor entendimento está em se reconhecer o motivo fútil quando o agente, em razão do estado de embriaguez incompleta, ainda é capaz de estabelecer um juízo de valor entre o motivo e a conduta. É de se afastar a agravante quando a total embriaguez não permitir ao ébrio a exata noção do que está a fazer.

A palavra torpe deriva de *turpe*, significando feio, disforme, horrendo, desagradável, vergonhoso, infame e ignóbil. Motivo torpe é o motivo repugnante, indigno, imoral, vil, abjeto, que choca, fere a sensibilidade, ofende a moralidade média e os princípios éticos dominantes. Ex.: homicídio cometido mediante paga ou qualquer outro meio de recompensa; traficante que mata o usuário só porque ele decidiu regenerar-se.

Nos crimes contra os costumes, a motivação lasciva não autoriza a agravante, pois a circunstância integra o próprio tipo. O ciúme não é motivo torpe por se constituir num antecedente psicológico que impulsiona o agente à prática do crime. A vingança, embora não possa ser considerada um agir ideal ou justo, no mais das vezes, não causa repulsa, existindo casos em que até mesmo recebe aplausos da sociedade. Assim, a agravante reclama especial atenção do aplicador da lei, para discernir em que caso deve e em que caso não deve agravar a pena.

Tanto o motivo fútil como o motivo torpe, quando recolhidos para qualificar o crime, não ensejam agravação na segunda fase de aplicação da pena.

3.2.3. Facilitar ou assegurar o sucesso de outro crime

A agravante prevista na alínea *b* do inciso II do artigo 61 do CPB, pressupõe a existência de dois crimes ligados por um nexo de meio e de fim. O crime-meio facilita ou assegura a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outro delito⁶³. Para facilitar o estupro da filha, o agente mata o pai da ofendida. A agravante não exige a consumação do crime-fim, basta o cometimento do crime-meio com a intenção específica de facilitar a

⁶³ NORONHA. Edgard Magalhães. Direito Penal. São Paulo (SP): 37 ed. Editora Saraiva, 2003. V. I p. 259. “Tem ela como fundamento a existência de dois crimes, presos por um nexo de meio e fim ou de causa e efeito. Ocorre o primeiro, v.g., se um indivíduo mata ou fere um outro, para estuprar-lhe a filha, agora sem defesa. Dá-se o segundo, ao reverso, quando, havendo violentado uma donzela e já se retirando do local, percebe que o ato foi presenciado por uma pessoa, e, então, a abate, com o fim de não poder ser provado o primeiro delito.”

prática de outro delito⁶⁴. Se ambos os crimes restam consumados, a hipótese é solucionável por meio do concurso material.

Agrava-se o crime-meio em face das circunstâncias especificadas porque o agente atua com torpeza ao querer facilitar ou assegurar a execução, impunidade, ou vantagem de outro crime. Os termos utilizados pela disposição legal, tais como facilitar, assegurar, ocultar, impunidade e vantagem, são de domínio comum e dispensam maiores esclarecimentos, a não ser quanto à vantagem que, normalmente, se refere aos aspectos econômicos, mas nada impede seja de outra natureza. No crime de homicídio, a circunstância exerce a função de qualificar o delito (inciso V do § 2º do art. 121 do CPB) não tendo lugar a agravante.

3.2.4. Traição, emboscada e dissimulação

O crime cometido à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificulta, ou torne impossível a defesa do ofendido, há de ser agravado, *ex vi* da norma corporificada na alínea c do inciso II do art. 61 do Estatuto Penal.

Traição é um vocábulo oriundo do latim *traditionis*, que significa ação de entregar. Do ponto de vista jurídico, comporta uma acepção objetiva ou material, quando o agente surpreende a vítima dormindo, atacando-a pelas costas, inesperadamente; e acepção subjetiva ou moral, quando atua com deslealdade⁶⁵ e quebra da confiança que lhe depositava a vítima.

A emboscada ocorre quando o agente aguarda oculto a sua vítima para surpreendê-la. O agente se esconde ou se oculta para atacar o inimigo de forma a evitar que ele possa se defender e, assim, melhor assegurar o sucesso da empreitada. Vulgarmente, emboscada é nominada de tocaia (esperar atrás do toco) ou cilada.

⁶⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Op. cit.*, p. 349. “A agravante é aplicável ainda que não venha a ocorrer o crime cuja execução, ocultação, impunidade ou vantagem o agente procurava facilitar ou assegurar. Basta o fim de agir.”

⁶⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 260. “A primeira é a traição. Atualmente lhe dão os juristas o conceito de ataque de inopino, brusco, inesperado, colhendo a vítima de surpresa. A nosso ver, entretanto, a noção dessa majorativa deveria ser dada antes pela quebra da *fidelidade*, da confiança que era depositada no agente. Deve ter ela conteúdo moral.” No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci, obra citada página 251.

A dissimulação materializa-se quando o agente encobre a intenção criminosa para surpreender a vítima. É o ato de ocultar a realidade com astúcia. É o disfarce, o fingimento, a enganação, o encobrimento da real vontade. O agente se disfarça para entrar na residência e roubar.

Além da traição, da emboscada e da dissimulação, a utilização de qualquer outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do sujeito passivo do delito, justifica a maior censura da pena, por conta da agravante discutida. A vítima há de ser obstada, atrapalhada ou dificultada em sua defesa. Os fatos que ensejam a agravante discutida foram recolhidos pelo inciso IV do § 2º do art. 121 do CPB, para qualificar o homicídio e, assim, em se tratando deste crime, a circunstância não pode ser tomada para agravar a pena na segunda fase de aplicação do castigo penal, face ao *bis in idem*.

3.2.5. Meios insidiosos, cruéis e perigosos

A pena cominada para o crime será agravada quando praticado o delito mediante o emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, do qual possa resultar perigo comum (alínea *d* do inciso II do art. 61 do CP).

Os fatos indicados pela disposição legal sugerem classificação em três grupos, segundo a natureza dos fatos recolhidos para agravar a pena. O primeiro grupo é constituído por fatos que configuram **meios insidiosos** (veneno); o segundo reúne fatos caracterizadores de **meios cruéis** (tortura e asfixia – esta última suprimida pela nova parte geral de nosso código por se entender que integra a expressão “outro meio insidioso ou cruel”), e o terceiro que agrupa os **meios de que podia resultar perigo comum** (fogo e explosivo).

Insidioso é o meio falso, enganador, capaz de iludir a vigilância ou cautela da vítima, dissimulado no que respeita a sua influência maléfica. Sem esperar, e por isso mesmo, a vítima é surpreendida sem possibilidade de defesa e experimenta o impacto da ação delituosa que se torna muito mais eficiente⁶⁶.

⁶⁶ TELES, Ney Moura. *Op. cit.*, p. 382/383. “Insídia é a perfídia, o uso de estratégia, para ludibriar a vítima que não se apercebe do mal que vai ocorrer, ou já está acontecendo, e, por isso, não esboça qualquer reação defensiva.”

A disposição legal em análise indica o veneno como o meio insidioso por excelência. Veneno é toda substância de natureza animal, mineral ou vegetal que, introduzida no organismo humano, destrói ou altera as funções vitais através das mais variadas ações, causando perigo ou dano à saúde. A dificuldade em conceituar o que seja veneno é grande⁶⁷, mas a apreciação da circunstância é facilmente solucionada com auxílio da prova técnica, que determina se é caso de envenenamento e sua causa. Relevante para propiciar o agravamento é que a substância tenha sido empregada de forma insidiosa, sub-reptícia, de modo a facilitar a execução do crime e a dificultar a possibilidade de defesa.

Cruel é o meio empregado para a execução do crime que ocasiona à vítima sofrimentos excessivos, exagerados, desnecessários. O meio cruel, além de aumentar o sofrimento da vítima, demonstra brutalidade exorbitante e ausência do mais singelo espírito de humanidade e piedade do agente para com seu semelhante, ao agir impiedosamente na execução do delito. O meio cruel indicado pela disposição legal é a tortura, já que a asfixia, que nosso antigo ordenamento indicava como meio cruel, foi eliminada por integrar a generalidade “outros meios insidiosos e cruéis”. Parte da doutrina inclui fogo como meio cruel, mas parece melhor adequá-lo ao grupo que acolhe os fatos configuradores do perigo comum. Tortura caracteriza-se pela imposição de sofrimentos excessivos, incomuns, suplicios ou tormentos físicos ou mentais, que levam a vítima a sofrer mais do que o necessário para o aperfeiçoamento do delito⁶⁸.

Não se pode deixar de considerar que a tortura constitui crime autônomo, agora disciplinado pela Lei 9.455, de 07.04.1997. Na hipótese de restar configurado o crime autônomo, evidentemente, não se poderá sequer pensar em agravar a pena em face da circunstância legal. Convém destacar que, ao utilizar as expressões “ou outro meio insidioso ou cruel”, a disposição legal, em comento, conferiu larga discricionariedade ao julgador para

⁶⁷ LYRA, Roberto. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro (RJ): 3 ed. Forense, 1958. V. II (da obra de Nelson Hungria), p. 301. “O conceito de veneno oscila extremamente, indo ‘do alívio proporcionado pela morfina farmacêutica, até o assassinio consumado pela morfina tóxica’. Passa-se, insensivelmente, do alimento ao veneno. Não há veneno, mas envenenamento.”

⁶⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *Op. cit.*, p. 261/262. “Por último, a alínea cita a *tortura*: é a inflição de um mal, tormento ou sofrimento etc., desnecessário e fora do comum. Estamos que pode ser física e moral, pois a lei fala ou *outro meio cruel*, e este participa de ambas as naturezas. Deve o agente ter o objetivo de produzir o sofrimento: antes de matar, v.g., vazar os olhos da vítima, arrancar-lhe a língua etc”

agravar a pena diante de qualquer dado ou fato que se apresente com tais características, o que denota tratar-se de elenco exemplificativo, o que consta da disposição em estudo.

O terceiro grupo agrega meios que, utilizados no cometimento do crime, são capazes de fazer resultar perigo comum. O meio questionado deve, além de colocar em risco a pessoa desejada, ter potencial para atingir um número indeterminado de pessoas. O fogo e o explosivo são os exemplos especificamente indicados pela disposição em análise. Fogo é resultado da combustão provocada pelos mais variados materiais combustíveis, a exemplo da madeira, carvão e demais materiais inflamáveis. Por sua capacidade de expansão e possibilidade de propagação indefinida, aos bens que estão próximo da combustão, colocando em risco ou em situação de perigo pessoas inocentes, melhor se adequa aos fatos que podem resultar perigo comum, mas também pode significar meio cruel, quando impõe à pessoa sofrimento desumano. Registre-se, por oportuno, que o crime de incêndio, resultado do fogo, se classifica como crime de perigo comum.

Explosivo é o instrumento que causa a explosão que, por seu turno, é o ato ou efeito de explodir, rebentar, estourar com violência, provocando deslocamento de ar, a causar danos imprevisíveis.

Quando os fatos em espécie (alínea *d* do inciso II do art. 61 do CP), acolhidos para agravar o crime, coincidem com os que foram elencados pelo inciso III do § 2º do art. 121 do CP, para qualificar o homicídio, afastado fica o agravamento discutido.

3.2.6. Ascendente, descendente, irmão ou cônjuge

Assegura a alínea *e* do inciso II do art. 61 do Estatuto Repressivo Penal que, o crime cometido contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, importa em agravar a pena. Ao lado das obrigações civis de mútua assistência entre os parentes, inegável que em nossa cultura floresce a existência de um dever moral de assistência entre tais entes queridos (os ascendentes, descendentes, irmãos e cônjuges). Esse dever moral, que consiste na autoajuda, auto-respeito e autoestima, faz-se impregnado de forma decisiva em nossas consciências e mentes. Ademais, a relação entre ascendente, descendente, irmão ou cônjuge deve-se fazer cercada de amor, carinho, solidariedade e extrema consideração e bem-querer.

Assim, quando um desses membros se descarta desse dever e comete um crime, justamente contra essas pessoas (pais, avós, bisavós, filhos, netos, bisnetos, irmão ou cônjuge), revela insensibilidade moral e profundo desrespeito em relação aos quais deveria nutrir o mais nobre dos sentimentos e os proteger contra tudo e contra todos. Por isso mesmo, a pena merece e deve ser acrescida. Em face das normas contidas no § 6º do art. 227 da Constituição Federal brasileira de 1988, e dos artigos 20 e 41 da Lei 8.069/90⁶⁹, o parentesco a ser considerado, em princípio, não é só o decorrente dos laços matrimoniais, como também aqueles disciplinados pelas disposições legais em comento.

No que respeita às relações familiares, sua equiparação e rompimento de laços, embora a doutrina se mostre dividida na defesa de posições diversas, umas mais e outras menos liberais, parece certo que em um Estado de Direito, que se propõe a efetivar a dignidade e a liberdade da pessoa humana, além de outros direitos individuais fundamentais não menos importantes, a orientação que se impõe é a de que se trata de uma agravante, que milita contra os valores defendidos pelo DP garantista e, assim sendo, a interpretação a ser adotada há de ser a mais cautelosa possível. Entretanto, a agravação se impõe em face do maior desvalor da ação em razão do afeto familiar, próprio da relação jurídica afetiva, a autorizar maior censura. Por isso é que a prova do casamento se faz com a certidão expedida pelo Oficial do Registro Civil e não pode ser suprida nem mesmo pela confissão do acusado. Na hipótese de casal separado, não incide a agravante, pois os deveres decorrentes do casamento se romperam e não mais existe o vínculo afetivo a justificar o agravamento. Em caso de pessoa que vive em companhia de outra, sem a proteção do casamento, não tem incidência a agravante, pois a lei fala em “cônjuges”, que são pessoas civilmente casadas. É possível que, em tais casos, incida a agravante da alínea *f*, em se tratando de relações domésticas.

3.2.7. Abuso de autoridade ou relações domésticas

Na forma da alínea *f* do inciso II do art. 61 do CP, deve ser agravada a pena

⁶⁹ As disposições legais citadas, tanto constitucionais quanto as infraconstitucionais, conferem aos filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

do crime cometido com abuso de autoridade ou prevalecendo-se o agente de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. A disposição em destaque considera situações fáticas pessoais para configurar a agravante, e a primeira citada é o abuso de autoridade. Autoridade citada na norma em estudo diz respeito às relações privadas de que resulta dependência da vítima em relação ao agente, a exemplo do patrão e empregado, tutor e tutelado, curador e curatelado⁷⁰.

Relações domésticas compreendem as que decorrem do relacionamento entre os membros que compõem a família, criadagem e amigos. Naturalmente, tais relacionamentos esmaecem a vigilância a facilitar a ocorrência do delito. Coabitação se caracteriza pela vida em comum sob o mesmo teto, enquanto relação de hospitalidade acontece quando a vítima é recebida como visita, para um almoço, jantar, passar final de semana. A relação de hospitalidade para configurar a agravante, não exige relação de intimidade ou permanência, basta a mera cortesia.

Destarte, as pessoas que exercem autoridade sobre outra, as que convivem sob o mesmo teto e as que recebem visitas, têm o dever de se relacionar de forma urbana, amistosa, fraterna e assistencial. Em decorrência desse dever é que nasce uma expectativa de confiança mútua, de molde a relaxar a vigilância e o instinto de defesa. Quando uma dessas pessoas age de forma diversa, aproveitando-se da espontânea confiança e do relaxamento da capacidade de vigilância defensiva para surpreender a outra e assim cometer o delito, atua de forma a receber maior censura a justificar o recrudescimento da pena.

3.2.8. Abuso de poder ou violação de dever

Crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão, enseja a agravante disciplinada na alínea g do inciso II do art. 61 do Estatuto Repressivo Penal.

O termo abuso de poder, recolhido pela disposição legal, refere-se aos excessos praticados por autoridades ou servidores públicos no exercício

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 255. “Nesse contexto pune-se com maior rigor a afronta aos princípios de apoio e assistência que deve haver nessas situações, bem como a inegável quebra da confiança. O abuso de autoridade mencionado é o abuso no campo do direito privado, vale dizer, nas relações de autoridade que se criam entre tutor-tutelado, guardião-pupilo, curador-curatelado etc..”

ou em razão do cargo ou atividade profissional que exercem. Por serem servidores públicos, tais pessoas têm o dever de zelar pela administração e dar bons exemplos.

Os crimes praticados pelos funcionários contra a Administração Pública (artigos 312 a 326 do CP brasileiro) e equiparados (art. 327 do CP) não ensejam a aplicação da agravante, pois a circunstância constitui elementar destes crimes. A agravante somente tem lugar nos casos em que o funcionário, valendo-se de seu cargo, de policial, por exemplo, prende o agente e dele subtrai seus pertences. Igualmente, na hipótese de o fato constituir crime autônomo, a exemplo dos que são disciplinados pela Lei de nº 4.898/65, não incidirá a agravante.

Cargo público é o lugar criado por lei na organização do serviço, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e vencimentos correspondentes, para ser provido e exercido por um titular na forma estabelecida em lei, normalmente por meio de concurso público⁷¹. Ofício é a atividade desenvolvida por habilidade manual, como a de carpinteiro, de ourives, de marceneiro e de pintor. Ministério tem a ver com as atividades religiosas, assim reconhecidas pelo Estado, a exemplo do padre católico que delata o crime ouvido em confissão. Profissão é a atividade especializada, geralmente de natureza intelectual, a exemplo de engenheiro, médico e advogado.

O agravamento se impõe porque o exercício do cargo, ofício, ministério ou profissão, facilita a prática do delito em face da confiança que a vítima deposita no agente, o que faz surgir a maior censura aos atos praticados.

3.2.9. Contra criança, maior de sessenta anos, enfermo ou grávida

O castigo penal do crime que tem por sujeito passivo criança, pessoa maior de sessenta anos, enfermo ou mulher grávida, de conformidade com a alínea *h* do inciso II do art. 61 do CPB deve, segundo prudente arbítrio do julgador, ser acrescido, posto que ditas circunstâncias denotam maior fragilidade e debilidade das pessoas atingidas pela prática criminosa. O *Codex*

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo (SP): 20 ed. Malheiros Editores Ltda., 1990. p. 360. "Cargo é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por titular, na forma estabelecida em lei."

em tela não definiu quem deve ser considerado criança, enfermo e mulher grávida. A Lei de nº 8.069/90, contudo, assegura que criança é quem não tem idade superior a doze anos. Os tribunais brasileiros entendem que, por criança, deve-se acolher a pessoa que se ache na primeira infância, isto é, entre os sete e oito anos de idade. Embora outros critérios existam a definir o que seja criança, parece mais adequado aquele adotado pela nossa lei minorista. Quando a circunstância “ser criança” for elementar do tipo penal, não se pode impor a agravante.

A Lei de nº 10.741, de 01.10.2003, corrigiu flagrante impropriedade, substituindo o termo biológico “velho” pela expressão cronológica “maior de 60 (sessenta anos)”. Para além de corrigir a incúria apontada, a clareza da nova redação dispensa a conceituação antes exigida.

Por enfermo, deve ser entendida a pessoa que se acha doente física ou mentalmente, isto é, portadora de deficiência ou perturbação séria como a cegueira, a paraplegia, que a impeça de exercer as funções normais de um cidadão. A determinação da doença para fins de elevação da pena deve ser analisada com muita cautela. Embora a lei não vede a interpretação analógica, é certo que a circunstância milita para agravar a pena e restringir a liberdade, a impor ao julgador o dever de adequar a pena ao limite do justo e aos fins do Estado Democrático de direito.

A gravidez também provoca na mulher uma especial sensibilidade que a torna menos afeita à sua defesa, de molde a propiciar a majoração da pena. De certo que a gravidez no período inicial, nos primeiros dias, não enseja a agravante, sendo necessário estágio mais avançado, que debilite a mulher grávida e a torne presa mais fácil na senda do crime.

A maior censura, no caso, apresenta-se em face da tenra idade, da senilidade, da enfermidade e da gravidez, que constituem situações em que as pessoas têm, naturalmente, reduzida a sua capacidade de defesa e, por isso mesmo, devem ser tratadas com maior cuidado, carinho, respeito e paciência. Os crimes cometidos contra as pessoas indicadas denotam maior insensibilidade moral e até covardia do agente, que deve ser punido de forma mais severa⁷².

A agravante reclama, nas hipóteses, para sua aplicação, a existência de

⁷² NORONHA, E. Magalhães. *Op. cit.*, 263. “A majorativa da letra *h* funda-se em maior periculosidade, em princípio, do agente, assentada em sua covardia e perversidade. A criança merece-nos proteção; o velho, respeito; o enfermo, amparo e paciência; e a mulher grávida, cuidados especiais com a sua saúde e a própria saúde do nascituro.”

nexo entre o crime e a situação de maior fragilidade ou debilidade do sujeito passivo do delito.

3.2.10. Ofendido sob proteção da autoridade

Considerando que todos estamos sob a proteção da autoridade, a disposição (alínea *i* do inciso II do art. 61 do CP) ao falar em “imediata proteção”, sinaliza que a pessoa deva estar sob a custódia da autoridade, isto é, presa ou detida⁷³. O agravamento se impõe porque o preso ou detido, por acreditar na proteção da autoridade estatal, não adota maiores cautelas ou se prepara para a defesa. De igual sorte, a elevação da pena se impõe pelo fato da maior ousadia da autoridade. Com efeito, em estando a vítima sob a proteção da autoridade do Estado, o normal, e que se espera, é que o agente respeite o preso e se detenha na prática do delito. Quando o agente, apesar da custódia exercida, segue em frente e atinge o custodiado, revela ousadia que justifica a maior censura do ato praticado, a ensejar o recrudescimento da pena, como acontece nos casos de linchamento.

3.2.11. Calamidade ou desgraça particular

Crime cometido em ocasião de incêndio, naufrágio e inundação, espécie do gênero calamidade pública, ou desgraça particular do ofendido, é passível de agravamento, como determina a linha *j* do inciso II do art. 65 do CP.

A disposição legal em estudo refere-se a incêndio, a naufrágio e a inundação que se inserem no conceito de calamidade pública. Em seguida, a norma destaca qualquer calamidade, como a seca, o terremoto, a epidemia e outros fatos de comiseração social. Prosseguindo com termos genéricos, a lei contempla, por último, a desgraça particular do ofendido, a exemplo de doença grave em membro da família, acidente ou outro infortúnio que vitime a família em sua quase totalidade. O agente se aproxima da vítima a pretexto de ajudar e aproveita para subtrair seus pertences.

⁷³ DELMANTO, Celso. *Op. cit.*, p. 114. “É o caso, por exemplo, da agressão praticada contra vítima que se encontra custodiada por alguma autoridade. Como todos os cidadãos acham-se, genericamente, sob proteção das autoridades públicas, é indispensável, para aplicação da agravante, que a vítima se encontre sob a imediata e direta proteção da autoridade.”

Os fatos considerados causam uma verdadeira convulsão social. As pessoas atingidas restam fragilizadas em face do evento e, no mais das vezes, abandonam tudo para fugir da desgraça, para cuidar de sua sobrevivência ou para prestar socorro aos necessitados. É que o clima de flagelo gerado pela calamidade ou desgraça particular, naturalmente, leva o homem fraterno e solidário a afrouxar a vigilância e a abandonar o instinto defensivo, para se dedicar a si mesmo na busca de socorro, ou para prestar auxílio ao próximo. Em casos tais, o que se espera das pessoas é a solidariedade, a fraternidade e a ajuda mútua. Quando o indivíduo se aproveita desses eventos para cometer o crime, revela enorme insensibilidade moral e torna sua conduta mais censurável, a merecer maior reprovação.

A maior culpabilidade se deve ao fato de a situação de calamidade tornar mais fácil o cometimento do delito e mais difícil a ação de segurança do cidadão por parte das autoridades públicas⁷⁴.

3.2.12. Estado de embriaguez preordenada

A pena do crime cometido em estado de embriaguez preordenada deve ser agravada por força de disciplina contida na alínea *l* do inciso II do art. 61 do CP.

Pode-se conceituar a embriaguez como sendo a intoxicação aguda e momentânea, provocada pela ingestão de álcool ou qualquer outra substância análoga que, no organismo humano, reduz a capacidade de entendimento, percepção e ação do indivíduo. A embriaguez pode ser diagnosticada por comportamentos externos do agente, por meio de: a) observação (perturbações no equilíbrio, hálito e confusão mental); b) exames clínicos: b.1) análise da aparência (sonolência, faces congestionadas, olhos vermelhos, soluços e vômitos); b.2) análise da atitude (ruidosa, exaltada, arrogante, loquaz, deprimida); b.3) orientação (sabe onde se encontra e que horas são); b.4) memória (lembra-se dos últimos atos praticados); b.5) outros exames como: faculdade de descrição, prova de cálculo, elocução, marcha, coordenação motora, escrita e pulso.

De fundamental importância temos o exame clínico da dosagem etílica que se ocupa com o teor de álcool encontrado no organismo do agente.

⁷⁴ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 525. “Quando o crime é praticado nesses tempos de insegurança, a reprovabilidade é mais acentuada porquanto o agente se aproveita da dificuldade geral em favor da facilidade pessoal.”

Normalmente, são utilizados o sangue, o líquido cefalorraquiano, a urina, a saliva e o ar expirado. Tendo em vista a habilidade para dirigir, a Associação Médica Americana e o Conselho de Segurança Nacional dos Estados Unidos fizeram publicar as seguintes conclusões: a) não há embriaguez quando a concentração de álcool no sangue ocorrer na proporção de 0 a 0,5 por ml; b) a embriaguez é possível se a concentração for de 0,5 a 1,5 por ml e; c) a embriaguez existe quando a concentração for de 1,5 ou superior a este percentual.

A embriaguez comporta as fases sub-aguda, aguda e super-aguda. Na primeira, o indivíduo fica bem falante, animado, bem disposto e superficialmente feliz. Na segunda, a coordenação motora e psíquica alternam-se, ocorre a perda do equilíbrio físico e moral. Anda com dificuldade, fica valente, provocador, irritante, voz pastosa. Na terceira fase, o indivíduo beira o coma, cai ou senta-se, não consegue levantar-se e começa um sono profundo.

O álcool é considerado um flagelo mundial e atinge não só a saúde física e mental do ébrio, mas também os que lhe são próximos, como esposa e filhos. Segundo o CP brasileiro, a embriaguez pode ser: a) voluntária (inciso II do art. 28 do CPB); b) acidental (§§ 1º e 2º do art. 28 do CP); c) patológica (*caput* do art. 26 do CP) e; d) preordenada (alínea *l* do inciso II do art. 61 do CPB).

A embriaguez voluntária ocorre quando o agente bebe propositadamente para ficar embriagado. Pode ser culposa quando o ébrio, por descuido, falta de atenção ou imprudência, exagera na dose e se embebeda. Em certos casos, a embriaguez deixa o agente sem a menor possibilidade de entender o caráter criminoso do fato, o que afastaria a possibilidade de se impor pena, na forma do *caput* do art. 26 do CP. Ocorre, no entanto, que, por uma questão de política criminal, o legislador resolveu ignorar essa realidade e defender que: a) o agente, no momento do crime, apesar da embriaguez, retinha um mínimo de discernimento, de imputabilidade, que o colocava em condições de autodeterminação, sendo responsável pelo ato praticado e; b) o agente, embora incapaz de se autodeterminar, no momento do crime, tinha plenas condições de entendimento antes de se embriagar, de modo que, em se embriagando, assumiu conscientemente o resultado que veio a ser produzido, sendo, portanto, responsável. É a conhecida **Teoria da Actio Libera in Causa**. Assim, a embriaguez voluntária ou culposa não exclui a responsabilidade penal, na forma do inciso II do art. 28 do CPB.

Estado etílico acidental decorre de caso fortuito ou força maior. O agente não tinha vontade de se embriagar, a embriaguez não era desejada

nas circunstâncias em que aconteceu, tampouco o ébrio contribuiu com imprudência. A embriaguez questionada, se completa, na forma do § 1º do art. 28 do Caderno de Crimes, e isenta o agente de pena.

Por outro lado, se a embriaguez não é completa, na forma do § 2º do art. 28 do CP, a pena será reduzida de um a dois terços.

Ebriedade patológica. A embriaguez em espécie ocorre com os denominados “alcoólatras”. Para esses indivíduos, pequenas doses podem desencadear acessos de fúria, violência e ataques convulsivos. É caso de doença a merecer tratamento e isenta o agente de pena na forma do art. 26, *caput*, do CP.

A embriaguez preordenada é a espécie que interessa mais diretamente ao nosso estudo, posto determinar a elevação da pena. No caso, o agente se embriaga para obter mais coragem, determinação e insensibilidade moral, a fim de praticar o crime pretendido e idealizado anteriormente. O agente é livre no início para tomar as deliberações e providências necessárias para a prática do crime, mas quando o pratica, encontra-se mais animado pelo relaxamento dos freios, movido por estar desinibido e até eufórico em face da ação etílica.

A maior censura justifica-se pela notória periculosidade do sujeito que não tendo coragem estando sóbrio, vai buscar no álcool as forças que lhe faltavam para praticar o crime.

3.2.13. Agravante no concurso de pessoas

Ainda em termos de agravamento da pena, há de se destacar que o art. 62 do CP Brasileiro determina que seja agravada a pena daquele que: a) promove, organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; b) coage ou induz outrem à execução material do crime; c) instiga ou determina a cometer o crime, alguém sujeito a sua autoridade ou não punível em virtude de condição ou qualidade pessoal e; d) executa o crime ou dele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

O agravamento da pena em tais circunstâncias é decorrente da maior censurabilidade que as condutas insensíveis sugerem na exata expressão dos termos utilizados⁷⁵.

⁷⁵ DELMANTO, Celso. *Op. cit.*, p. 117. “Este art. 62 arrola circunstâncias agravantes específicas da co-delinqüência. Trata-se do mesmo princípio que faz punir as diversas pessoas que participam do delito, na

A primeira hipótese diz respeito ao autor intelectual ou dirigente da empreitada criminosa. O autor intelectual normalmente tem o poder nato de convencimento e exerce uma certa sorte de liderança para o mal e, utilizando suas qualidades pessoais, é capaz de determinar, a outros, a prática do delito. Por ser o “cabeça”, o líder, portanto, mais perigoso do que o executor, merece maior censura o seu comportamento.

A segunda hipótese a agravar a pena condiz com a atividade de quem coage ou induz alguém a pratica do delito. Coagir é forçar, constranger, impor a prática de determinado ato, enquanto induzir, significa persuadir, influenciar, ajudar alguém a fazer algo. A postura de quem coage, como a de quem induz alguém a prática do delito, mostra-se mais censurável do que a do executor dos atos delitivos, daí a incidência da agravativa em estudo.

Instigar ou determinar o cometimento do crime é mais uma das hipóteses legais a permitir a elevação da pena. Instigar tem o significado de fomentar, acirrar, incitar, recrudescer a ideia já existente. Poder-se-ia dizer: “dar a maior força”. Determinar é impor a execução do delito, quer por domínio do autor determinante sobre o determinado, quer em face da impossibilidade de o executor entender o que lhe é imposto, o que configura a autoria mediata a sugerir maior severidade da pena ao autor mediato.

O pagamento ou promessa de recompensa importa maior censura e justifica seja agravada a pena, pois o executor participa do delito (criminoso mercenário ou de aluguel) apenas e tão-somente para receber pagamento ou recompensa pelos serviços executados.

As agravantes especificadas nos artigos 61 e 62 do CP que, de regra, são aplicáveis aos crimes dolosos, salvo a reincidência, não esgotam o elenco das agravantes, que podem, ainda, estar previstas na legislação esparsa, a exemplo do art. 76 da Lei de nº 8.078, de 11.09.1990 (CDC) e do art. 15 da Lei de nº 9.605, de 12.02.1998 (crimes contra o meio ambiente).

medida de sua culpabilidade (CP. Art. 29), Neste art. 62 manda agravar a pena do partícipe, cuja conduta no crime é mais acentuada ou expressiva.”

3.3. Valoração das Circunstâncias Legais

As disposições legais que tratam das atenuantes e das agravantes, na segunda fase de individualização da reprimenda, não fixa o *quantum* da redução para as atenuantes, nem o montante da elevação ou aumento para as agravantes, deixando a difícil tarefa ao prudente arbítrio do julgador.

Como já explicitado oportunamente, o valor ou base de cálculo a ser adotada para atender as circunstâncias judiciais, como também as circunstâncias legais, por falta de previsão legal, há de ser lógico e deverá atentar para as finalidades do Estado Democrático de Direito e para os fins da pena, em especial, para que se apresente necessária e suficiente. É dizer: pena justa.

Firme nestas balizas já traçadas, estará o julgador apto a eleger critério que se mostre adequado ao caso concreto em julgamento. No particular, quando da análise da elevação da pena por conta das circunstâncias judiciais, elegeu-se critério objetivo subjetivo que, na segunda fase, não pode ser reeditado na mesma dimensão, posto que, nesta, o cálculo da pena comporta fatores que reduzem e que agravam o castigo, a inviabilizar o raciocínio então desenvolvido. Na mesma linha de pensamento, é certo que o julgador está livre para eleger base de cálculo (atenuar e agravar) nesta segunda fase. Não se deve, contudo, modificar o critério eleito para a primeira fase, por importar em surpresa para quem procede à análise da pena imposta. Ademais, se o critério eleito se mostrou adequado à primeira fase e se serve tanto para atenuar como para agravar, críticas não merece, o que sugere a sua manutenção também para o cálculo da pena-ambulatoria, conclusão que decorre da razão e do bom senso.

Eleito critério seguro, em muito perde significado o art. 67 do CP, que trata da preponderância de uma circunstância sobre outra, devendo a disposição legal ser reservada para os casos de adequação da pena aos limites da pena ideal ou justa.

4. TERCEIRA FASE – PENA-DEFINITIVA (CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E DE AUMENTO DA PENA E A TENTATIVA)

Previstas na parte geral e especial do Código Penal brasileiro, as causas de diminuição e de aumento da pena são fatores de redução ou acréscimo da reprimenda penal, assinalados em quantitativo certo e fixo (§ 7º do art.

129 do CPB, que manda seja a pena aumentada em um terço) ou dentro de certos limites fixos (artigo 16 que autoriza a redução da pena de um a dois terços, e o § 2º do art. 157 do CPB, que determina seja a pena acrescida de um terço até metade)⁷⁶.

As causas de diminuição da pena são também denominadas de minorantes, e as causas de aumento de majorantes, e incidem em forma de cascata, isto é, uma sobre as outras. Há clara distinção entre as causas de aumento da pena e as qualificadoras do delito. Nas causas de aumento da pena, o acréscimo vem indicado expressamente pela lei, em quantitativos fixos ou variáveis (normalmente em frações: 1/3, 1/2, 2/3), enquanto nas qualificadoras, há previsão de um novo mínimo e um novo máximo de pena, diversa do tipo fundamental. No exemplo “furto qualificado”, a pena prevista é de dois a oito anos (§ 4º do art. 155 CPB), diferente do furto simples, punido com pena de um a quatro anos (*caput*, do art. 155 do CP). O tipo penal do crime qualificado constitui um tipo novo dentro do tipo fundamental, isto é, um tipo derivado do fundamental. Em incidindo a circunstância qualificadora do crime, o novo mínimo do tipo derivado é utilizado para o cálculo da pena-base, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais.

A graduação da redução ou do aumento dentro dos limites previstos (ex.: um terço até metade – § 2º do art. 157 do CP) deve levar em conta as circunstâncias da própria causa de diminuição ou de aumento da pena, não as circunstâncias judiciais, salvo no concurso de crimes (artigos 70 e 71 do CP), em que se considera o número de infrações praticadas. Com quantidades ou limites variáveis, a fixação há de ser justificada por sólida fundamentação.

Ao contrário das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) e legais (atenuantes, artigos 65 e 66, e agravantes, artigos 61 e 62, todos do CP), as causas de diminuição e de aumento da pena permitem seja fixado o castigo penal abaixo do mínimo e acima do máximo legal.

Na incidência de mais de uma causa de diminuição ou de aumento da pena, previstas na parte especial do código, a exemplo do roubo praticado mediante emprego de arma e concurso de pessoas (incisos I e II do § 2º art.

⁷⁶ LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. São Paulo (SP): Editora Atlas S/A, 1998, p. 381. “As causas gerais de aumento ou de diminuição distinguem-se das agravantes e das atenuantes, porque a quantidade de redução ou de aumento da pena está prevista expressamente na lei, que autoriza o juiz a aumentar ou diminuir, por exemplo, em um sexto, um terço, metade ou até dois terços da sanção aplicada.”

157 do CP), o julgador, na forma do parágrafo único do art. 68 do CP, deve limitar-se a uma só diminuição ou a um só aumento, prevalecendo a causa que mais diminua ou mais aumente a pena.

Crimes com dupla qualificação. De início, como já destacado, na hipótese ocorre a edição de um novo mínimo e um novo máximo, devendo o cálculo da pena partir do novo mínimo, isto é, mais elevado do que o que consta do tipo fundamental. A determinação da pena, quando o crime foi cometido mediante duas ou mais qualificadoras, comporta soluções diversas e ao julgador caberá eleger uma dentre as possíveis soluções. A primeira solução está em utilizar uma das circunstâncias como qualificadora (primeira fase, partindo do mínimo qualificado) e a outra ou as outras, como agravantes, se assim for previsto. Outra solução propõe seja uma das circunstâncias usada para qualificar o crime, e a outra ou outras, utilizada como agravante genérica. A terceira solução, que beneficia o apenado, é eleger uma das circunstâncias para qualificar, abandonando-se as demais.

Em resumo, partindo do mínimo legal, e sobre ele fazendo incidir as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, chega-se à pena-base. Sobre o quanto da pena-base faz-se o cômputo das atenuantes (para diminuir a pena) e das agravantes (para aumentar a pena) para chegar-se à pena-ambulatoria. Sobre o *quantum* da pena-ambulatoria, o aplicador da pena fará incidir, primeiro as causas de diminuição, depois as causas de aumento da pena e, por último, a tentativa, nesta ordem, para que não se chegue a pena negativa (inferior a zero). Com efeito, o art. 68 do Caderno de Crimes, após estabelecer quais circunstâncias devem ser consideradas na primeira fase (pena-base) e na segunda fase (pena-ambulatoria), disciplina que, por último, o julgador haverá de considerar as causas de diminuição e de aumento da pena, resultando, então, na pena definitiva.

A disposição legal em comento nada prevê acerca da tentativa. O parágrafo único do art. 14 do CP assegura que: “...pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”. Seria lógico imaginar apreciá-la no início da terceira fase, juntamente com as causas de diminuição da pena, as primeiras a serem consideradas na terceira fase em atenção à disciplina do art. 68 do Caderno de Crimes.

Assim tem entendido, inadvertidamente, boa parte de nossos julgadores. Não se pode, entretanto, deixar de ressaltar que a mesma disposição legal, em comento, anota que: “...pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado...”. Acredita-se, portanto, que, em face da natureza jurídica extensiva da disposição legal em espécie, o julgador ha-

verá primeiro de calcular a pena do crime consumado, (ou seja, fazendo incidir sobre a pena-ambulatoria as causas de diminuição e de aumento da pena), para, finalmente, proceder à redução de um a dois terços.

Tentativa é a produção parcial de um crime. Parcial porque o agente, após iniciar a execução dos atos que integram a conduta proibida pelo tipo penal, é impossibilitado de prosseguir no *iter criminis*.

O sujeito que iniciou a execução dos atos necessários à consumação do delito é impedido, por circunstância alheia à sua vontade, de prosseguir na prática dos atos que está a desenvolver. O agente quer prosseguir na execução dos atos delitivos, mas não pode, diferentemente do que ocorre na desistência voluntária, em que o agente pode mas, não quer prosseguir na execução e, assim, como que utilizando uma ponte de ouro ou da salvação, volta à legalidade⁷⁷, o que não ocorre na tentativa. Como se percebe, na tentativa, o crime restou inacabado e, por isso mesmo, há de receber a pena do crime consumado, mas reduzida na forma do parágrafo único do art. 14 do CP. O critério decisivo para orientar a escolha de um a dois terços, e que conta com a opinião da mais consagrada doutrina nacional e alienígena, é o que considera o número de atos executivos do crime praticados pelo agente.

Sabidamente, só os crimes plurissubsistentes⁷⁸ admitem a tentativa. Tais crimes demandam vários atos de execução para sua consumação. Assim, quanto mais o agente caminha no *iter criminis*, aproximando-se da consumação do delito, menor será a redução e, ao contrário, quando é impedido de prosseguir na execução do delito ainda no começo, logo que praticado o primeiro ato de execução, no início do *iter criminis*, longe da consumação, maior será o abatimento.

Como já destacado, a pena na terceira fase (pena-definitiva) tanto pode ser fixada abaixo do mínimo quanto acima do máximo previsto.

O princípio da individualização da pena envolve árdua e complexa tarefa, mas que se bem trabalhada por julgador comprometido com os ideais

⁷⁷ ROXIN, Claus. *Estudo de direito penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro (RJ) 1 ed Renovar, 2006, p. 75. “Quando, p. ex., eu diferencio o dolo da culpa através do critério da “decisão em favor da possível lesão ao bem jurídico”, ou caracterizo, junto a vários autores, a desistência da tentativa que isenta de pena como uma “volta à legalidade, trata-se sempre de diretrizes normativas político-criminalmente fundadas, ...”

⁷⁸ HUNGRIA, Nelson. *Op. cit.*, p. 48-49. “Nos crimes unissubsistentes, o processo executivo consiste num só ato (*unico actu perficiuntur*), coincidindo este, temporariamente, com a consumação, de modo que não admitem tentativa (ex.: a injúria verbal); nos plurissubsistentes, ao contrário, há um *iter*, desdobrando-se a execução em etapas ou atos sucessivos.”

do Estado Democrático de Direito, decidido a realizar os fins da pena com observância do espírito humanístico que deve orientar todo o trabalho, é capaz de ensejar determinação de pena justa, que é o objetivo perseguido pelo nosso ordenamento jurídico-penal e objeto da presente incursão científica.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo (SP): 2 ed. Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo (SP): 15 ed. Editora Saraiva, 2010. Parte Geral 1.

_____. *Falência da Pena de Prisão Causas e Alternativas*. São Paulo (SP): 3 ed. Editora Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça. Ed. Arquivo Nacional, 1974.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 231*. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 31 ago. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 74*. Para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil. Disponível: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 31 ago. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 241*. A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. Disponível: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 31 ago. 2007.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro (RJ): 5 ed. Renovar, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Portugal (PT): ed Coimbra Editora, 2004, Tomo I, Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime.

_____. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra (PT): ed. Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito Penal Português*. Coimbra (PT): ed. Coimbra Editora, 2005, Parte Geral II As consequências Jurídicas do Crime, Reimpressão.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro (RJ): 2 ed. Forense, 2004, Parte Geral.

_____. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da Pena*. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 5 tiragem, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro (RJ): 7 ed. Forense, 1985. A Nova Parte Geral.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Os efeitos do novo Código Civil no Sistema Penal*. Boletim IBCCRIM, São Paulo (SP), ano 11, n.126, p. 12/14, maio 2003.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro (RJ): 4 ed. Forense, 1958. Parte Geral, v. I, tomo I.

_____. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro (RJ): 4 ed. Forense, 1958. Parte Geral, v. I, tomo II.

LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. São Paulo (SP): Editora Atlas S/A, 1998.

LIMA, Arnaldo Siqueira de. *O Direito à Imagem: Proteção Jurídica e Limites de Violação*. Brasília (DF); 2 ed. Editora Universa, 2005.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro (RJ): F. Briguiet C. Editores, 1899.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro (RJ): 3 ed Forense, 1958. V v. II (da obra de Nelson Hungria).

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo (SP): 20 ed. Malheiros Editores Ltda., 1990.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo (SP): 37 ed. Editora Saraiva, 2003. V. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo (SP): 6 ed. Editora Revista dos Tribunais, 2010. Parte Geral, v. I.

_____. *Individualização da Pena*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo (SP): 6 ed.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. São Paulo (SP): 2 ed. Editora Saraiva, 2005. Parte Geral.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Traduzido por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa (PT): 3 ed. Vega, 2004.

_____. *A Proteção do Bem Jurídico como Função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre (RS): Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. *Estudo de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro (RJ): Renovar, 2006.

_____. *Que comportamento pode o Estado proibir sob ameaça de Pena? Sobre a legitimação das proibições penais*. Revista Jurídica: Porto Alegre (RS), ano 52, nº 317, p. 69/81, mar. 2004.

_____. *Sobre a Fundamentação Político-criminal do Sistema Jurídico-penal*. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo (SP), ano 9, n. 35, p.13/27, jul./set. 2001.

TELES, Ney Moura. *DP*. São Paulo (SP): 2 ed. Editora Atlas S/A, 2006. Parte Geral.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo (SP): 6 ed. revista e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, 2006. Parte Geral, v. 1.

_____. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo (SP): 6 ed. revista e atualizada, Editora Revista dos Tribunais, 2006. Parte Geral, v. 1.

_____. *Em Busca das Penas Perdidas*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

LEVANDO O DIREITO PENAL A SÉRIO: REFLEXÕES A RESPEITO DA (IM)POSSIBILIDADE DA EXECUÇÃO DA PENA EM SEGUNDA INSTÂNCIA À LUZ DA FUNDAMENTAÇÃO E DISCRICIONARIEDADES JUDICIAIS NO ÂMBITO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE¹

Resumo: O presente trabalho teve por escopo, analisando a discricionariedade judicial e a autonomia do direito, a motivação como direito fundamental, os conceitos processuais de sentença e decisão para fins de processo constitucional e o julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF, analisar se a Corte Constitucional Brasileira decidiu com fundamentos juridicamente idôneos a questão relativa à impossibilidade de execução provisória da pena em segunda instância, tendo se chegado à conclusão positiva a partir dos principais argumentos contrários a esse posicionamento.

Palavras-chaves: Direito Penal. Constituição Federal. Execução provisória da pena. Supremo Tribunal Federal. Processo Constitucional.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, longe de esgotar o tema, tem por escopo, analisar o fenômeno da discricionariedade judicial e a autonomia do direito, a motivação como direito fundamental, os conceitos processuais de sentença e decisão para fins de processo constitucional e o julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF, elementos esses que possibilitarão responder se a Corte Constitucional Brasileira, ao impossibilitar a execução da pena a partir do encerramento da jurisdição da segunda instância, decidiu com fundamentos juridicamente idôneos.

¹ Doutorando e Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor de Direito Penal do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB. Vice-presidente da Comissão de acompanhamento da reforma criminal da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do Distrito Federal – OAB-DF. Advogado. Email: victor.quintiere@ceub.edu.br

1. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E A AUTONOMIA DO DIREITO

A respeito do tema, uma primeira questão importante sobre a discricionariedade judicial e a autonomia do direito diz respeito ao sentido do primeiro termo, ou seja, discricionariedade judicial deve ser compreendida como a formação de um juízo na esfera jurídica com base em argumentos, premissas ou, até mesmo, valores não jurídicos.

Seria isso possível? Além disso, seria esse o melhor caminho?

Em que pese a possibilidade, em tese, de formação de um juízo na esfera jurídica com base em argumentos não jurídicos, oportuno destacar que a forma inerente ao julgamento judicial deve ter por lastro parâmetros do ordenamento jurídico, ou seja, uma ideia de previsibilidade no caminhar do intérprete.

Nesse sentido, a autonomia do direito, para que seja alcançada, deve estar relacionada à argumentação articulada com base na racionalidade jurídica. É ela (a racionalidade jurídica) o instrumental que garante efetivação da segurança jurídica, instituto importante na atual democracia brasileira.

Sobre o tema, Georges Abboud (2018, item 1.13.8), *in verbis*:

nos termos deste princípio (autonomia do direito), a decisão deve se pautar por argumentos de princípio (direito), e não de política, moral ou economia. Vale dizer, a decisão adequada deve se assentar em solo jurídico, e não veicular as questões que acabam por fragilizar o caráter de garantia sustentado pelo direito.

O objetivo a ser perseguido pelo intérprete, portanto, é o de evitar a discricionariedade optativa, ou seja, discricionariedade na qual casos difíceis, calcados na “dificuldade/complexidade em tese”, são julgados com inserção, a todo o momento e sem um critério definido, de juízos políticos, maculando a racionalidade jurídica.

A discricionariedade optativa, de acordo com Abboud (2014, capítulo 3), gera uma espécie de recepção à brasileira da teoria de Hart conjugada com a de Robert Alexy, conjugação essa que pode gerar graves reflexos sistêmicos.

Outro ponto importante para a reflexão, levando-se em conta a discricionariedade, é a sua (impossibilidade de) relação com a Democracia. Para Lênio Streck (2012, p. 48), a discricionariedade por si mesma é incompatível, ou seja, não é viável que “uma Constituição estabelecesse, por exem-

plos, “princípios” que autorizassem o juiz a buscar, em outros espaços ou fora dele, as fontes para complementar a lei”.

Observe o leitor que a decisão judicial, para que seja compatível com a democracia, deve estar baseada nos parâmetros e amarras próprios da democracia constitucional, ou seja, na “Constituição, lei, precedentes, doutrina, jurisprudência, etc” (ABBOUD, 2016, p.59).

Não se pode admitir, portanto, questões jurídicas sendo analisadas e julgadas fora do parâmetro democrático, ou seja, fora dos termos da Constituição, lei, precedentes, doutrina, jurisprudência, por exemplo.

Os limites da discricionariedade e a própria crítica à sua existência no âmbito administrativo permitem, a partir de Abboud (2018, item 1.13.5), reflexões importantes, por exemplo, quanto ao mérito do ato administrativo e a (im) possibilidade do controle de constitucionalidade, senão vejamos:

Assim, se no Estado Constitucional a lei deve ser controlada em todos seus aspectos quando contrária à legalidade (CF + leis) qual a racionalidade em ainda se admitir que o mérito do ato administrativo está blindado a qualquer exame de legalidade/constitucionalidade? É exatamente nesse contexto em que se insere a obra, pois, se, atualmente, é possível o controle material de constitucionalidade da lei, com maior razão o ato administrativo não pode ficar imune ao que determina o bloco da legalidade. No Estado Constitucional, não há poder que possa ficar imune ao controle jurisdicional, ou seja, não encontra sustentação jurídica a afirmação de que o mérito do ato administrativo está desde sempre imune ao controle jurisdicional, isso porque tal assertiva reprecina a forma de agir do gubernaculum em que um poder pode agir extra legem sem precisar prestar conta de seus atos.

Em interessante caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, trecho do voto do Des. Alexandre Freitas Câmara é esclarecedor no sentido de inexistir discricionariedade para implementação de medidas de satisfação no processo executivo, tornando possível concluir que aquela deve ser afastada, inclusive, em situações concretas aparentemente permissivas de tal conduta, senão vejamos:

Direito processual civil. Execução. ‘Penhora on-line’. Decisão que a indeferiu sob o fundamento de que sua realização seria uma faculdade do juiz. Inexistência de faculdades do juiz no processo, bem como de discricionariedade judicial. Poder-dever do juiz de realizar a apreensão eletrônica de dinheiro sempre que haja meios para tanto. Garantia constitucionalmente assegurada ao

exequente de que receberá tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. Inexistência de um ‘direito constitucionalmente assegurado de não adimplir’ em favor do devedor. Recurso provido para determinar ao juízo de primeiro grau que proceda à apreensão eletrônica de dinheiro do executado. (TJRJ, Ag 0001610 - 18.2011.8.19.0000, j. 30.03.2011, v.u., rel. Des. Alexandre Freitas Câmara).

Para a compreensão total do tema, importante tecer (ainda que breves) comentários a respeito da modulação dos efeitos em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Aqui, a decisão que analisa a constitucionalidade da lei ou do próprio ato administrativo e modula os respectivos efeitos, seja por parte do Supremo Tribunal Federal, seja por órgãos jurisdicionais, não comporta a atribuição de aspecto discricionário, sob pena de violação, não apenas do sistema no qual está calcada a própria modulação como, e principalmente, a diversos princípios, senão vejamos:

Portanto, não coadunamos com a atribuição de nenhum aspecto discricionário à modulação de efeitos pelo Supremo, ou pelos demais órgãos jurisdicionais, seja examinando a constitucionalidade da lei ou do próprio ato administrativo, uma vez que essa decisão precisará sempre estar fundamentada em regra ou no princípio da segurança jurídica, confiança legítima ou da boa-fé objetiva – bem como deverá evidenciar quais os direitos fundamentais que a aplicação da modulação de efeitos prestigiará. Vale dizer, é vedado ao Judiciário realizar a modulação de efeitos com base em argumentos vagos e imprecisos ou com o intuito de privilegiar o Poder Público. (ABBOUD, 2014, item 3.4.5).

Há uma própria construção dentro da esfera do Direito Administrativo no sentido de autorizar o controle da Administração Pública, com o fito de preservar os direitos fundamentais e os princípios constitucionais.

Nesse aspecto, analisar a motivação como direito fundamental ganha relevância para a total reflexão a respeito do tema.

2. MOTIVAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

De acordo com o dicionário Michaelis – *online* motivar significa: “dar motivos; causar”. Motivar significa que o juiz deve explicar as razões de sua decisão; ou seja, o percurso elaborado para se chegar a determinada conclusão.

Abboud (2014, *online*) demonstra que a Revolução Francesa trouxe em seu bojo a obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais. No Brasil, a atual Constituição e também a anterior incorporaram a exigência que as decisões necessitassem de motivação.

A motivação das decisões judiciais é tratada como garantia fundamental do Estado democrático de direito e o juiz deve apontar quais motivos o levaram a julgar daquela maneira para que a parte, analisando o conteúdo da decisão, resolva se pretende recorrer ou impugnar a referida a decisão.

Conforme já advertiu Gustavo Tepedino (*online*):

O reconhecimento do papel criativo dos magistrados (...) não importa em decisionismo, ou voluntarismo judiciário. A própria noção de segurança jurídica há de ser reconstruída a partir do compromisso axiológico estabelecido pela Constituição da República, com a elaboração de dogmática sólida, capaz de enfrentar a complexidade dos novos fenômenos sociais e de suas mudanças. Nessa esteira, torna-se imperioso fortalecer e difundir a teoria da argumentação, associada à interpretação unitária do ordenamento, não já à valoração individual de cada juiz, a fim de legitimar o discurso jurídico e a decisão judicial.

A Constituição de 1988, em seu art. 93, IX, estabelece que as decisões precisam ser fundamentadas, senão vejamos:

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. (BRASIL, 1988, *online*).

O artigo 93 preleciona que a atividade jurisdicional, salvo os casos previstos em lei, é realizada publicamente. Esta publicidade é uma importante garantia que o juiz não agirá arbitrariamente, tomando decisões baseadas em ideologias, interesses pessoais etc., pois, além das partes e terceiros litigantes, a população pode fiscalizar suas decisões.

Ainda segundo Abboud (2009, p. 68), as sentenças constitucionais devem conter uma completa fundamentação; “um déficit de fundamentação é na realidade um déficit de legitimação da atividade da corte”. Dessa maneira, “a motivação é constitucionalmente obrigatória porque é nela que o balanceamento e a evolução histórica da interpretação constitucional pode ser compreendida.”

Por fim, as decisões judiciais precisam ser motivadas. Essa exigência alcança todo o sistema jurídico e caso a mesma não seja seguida, estaremos diante de nulidade, ou seja, no modelo atual toda decisão deve estar motivada, fundamentada, ainda que de forma incipiente.

O modo pelo qual as decisões judiciais estão sendo motivadas (como) é o ponto nevrálgico da questão.

3. CONCEITO PROCESSUAL DE DECISÃO E SENTENÇA

Inicialmente, importante destacar que a sentença, dentro do processo constitucional contemporâneo deve ser visualizada como ato concretizador, ou seja, deve ser superado o conceito clássico de sentença como ato representativo de mero silogismo.

Nesse sentido, a interpretação, parte integrante do fenômeno jurídico, deve ser compreendida como uma experiência, muitas vezes complexa, ao invés de um conhecimento meramente conceitual.

A compreensão textual passa, portanto, pela mediação entre passado e presente, sendo possível concluir, preliminarmente, que há, para o intérprete, a influência da historicidade no processo interpretativo.

Diante do reconhecimento da historicidade como aspecto inerente a compreensão textual, cada caso, portanto, é único e irrepetível. Nesse aspecto, José Lamego ao citar Gadamer destaca que “cada época tem de entender um texto transmitido de uma maneira peculiar, pois o texto forma parte do todo da tradição, na qual cada época tem um interesse pautado na coisa e onde também ela procura compreender a si mesma”. (LARGO, 1992, p.110).

Nesse sentido, para o referido autor, Gadamer destacaria que “em toda leitura tem lugar uma aplicação, e aquele que lê um texto se encontra, também ele, dentro do sentido que percebe. Ele mesmo pertence ao texto que entende”. (LARGO, 1998, p.503).

Esclarecidos os principais pontos a respeito da interpretação, os principais equívocos cometidos pelo pensamento fechado a um acesso hermenêutico, de acordo com Abboud, seriam *in verbis*:

1. confusão entre texto e norma.
2. interpretação como ato revelador de vontade “ora do legislador ora da própria lei” (p.22).

3. sentença judicial como processo interpretativo meramente silogístico em que “por simples subsunção o suporte fático é normatizado, dando origem assim à decisão judicial”.

Em especial sobre a confusão entre texto e norma, à luz de Friedrich Müller² e a teoria estruturante da norma, importante consignar que a prescrição juspositiva diz respeito, tão somente, ao ponto de partida na estruturação do objetivo a ser perseguido pelo Operador do direito (norma), ou seja, para a elaboração do programa de norma.

Nesse aspecto, deve existir correlação entre a norma produzida a partir da realidade, não consistindo o texto da norma na própria norma jurídica, e sim como um dado de entrada mais importante ao lado do caso a ser analisado no processo de sua concretização e através de critérios jurídicos.

Passando para análise do conceito de sentença no direito processual, mais especificamente direcionado ao estudo do processo constitucional, o conceito processual de sentença é o mesmo do direito processual civil.

Tanto antes como após o advento do novo Código de Processo Civil (lei 11232 de 2005), é possível concluir que a teleologia é o critério norteador do ato, devendo ser considerada sentença o “pronunciamento do juiz que contém uma das matérias do CPC 267 ou 269 e que ao mesmo tempo extingue o processo ou a fase de conhecimento no primeiro grau de jurisdição” (ABBOUD, 2009).

Já o conceito processual de decisão, a partir do que foi visto acima, consiste no pronunciamento do juiz que, ainda que contenha as matérias do CPC destinadas ao exame de mérito, não extinguem o processo ou a fase de conhecimento no primeiro grau de jurisdição.

Além disso, deve englobar o conceito processual de decisão o pronunciamento do juiz a respeito de questões cautelares e incidentais ao longo da marcha processual.

Parte da doutrina³, entretanto, compreende que sentença deve ser vista, tão somente, a partir de seu conteúdo, independentemente da teleologia em tese, ou seja, da finalidade em si do provimento jurisdicional.

² Friedrich MÜLLER. O novo paradigma do direito, p. 119.

³ V. Teresa Arruda ALVIM WAMBIER. O conteúdo das decisões judiciais como fator determinante para sua classificação e para a indicação dos recursos cabíveis, in: Revista de Processo, n. 162, pp. 273/296 especialmente p. 283. Jorge de Oliveira VARGAS. O novo conceito de sentença e o recurso daquela que não extingue o processo: apelação ou agravo de instrumento?, in: Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier (orgs.). Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis, v. 11., São Paulo: RT, 2007.

O Código de Processo Civil Brasileiro, ao contrário do ZPO (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ALEMÃO), não estabelece a classificação “dos atos recorríveis em sentença definitiva, parcial e incidental, e sim em sentença sempre definitiva e decisões interlocutórias independentemente de seu conteúdo, mas que não encerram processo, ainda que julguem extinta por exemplo determinada ação” (ABBOUD, 2009, p. 61).

Para Edgar Corzo e María Mercedes Serra Rad, baseado o primeiro doutrinador no art. 86.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol, sentença é a resolução processual “mediante a qual se resolve o mérito da controvérsia objeto da questão de constitucionalidade”. (ABBOUD, 2009, p. 61).

Sentença constitucional deve ser entendida, portanto, como provimento que, além de examinar o mérito acerca da (in) constitucionalidade, extingue o processo iniciado pela ADIn, ADC, ou ADPF, cabendo efeito vinculante apenas a esse provimento que extingue o processo.

Daqui surge o interesse (e respectiva correlação) com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, após 5 (cinco) sessões de julgamento, das ações diretas de constitucionalidade n. 43 e 44 e 54, cuja análise será verificada no tópico seguinte.

Voltando ao eixo da presente reflexão, considerar que sentença se resume ao seu conteúdo, desconsiderando a sua teleologia, gera percalço em relação ao processo constitucional, uma vez que, com base no art. 102, parágrafo segundo da CF, “apenas as sentenças definitivas de mérito poderão ter efeito vinculante” (ABBOUD, 2009, p.62).

Portanto, apenas pronunciamentos que encerram o processo poderão ter efeito vinculante. Conferir efeito vinculante a provimentos cautelares ou incidentais violaria o teor literal do art. 102, parágrafo segundo, da CF. (ABBOUD, 2009, p.62).

4. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA APÓS A SEGUNDA INSTÂNCIA: STF E O JULGAMENTO DAS ADCS 43, 44 E 54

Por 6 votos a 5, o Supremo Tribunal Federal, nos autos das ADCs 43 e 44 decidiu que o cumprimento da pena somente poderá ter início com o esgotamento de todos os recursos, devendo ser considerada, portanto, vedada e execução provisória da pena.

Vale ressaltar, dado o caráter informativo (e, por que não dizer, pedagógico do presente texto), que o acórdão proferido pelo STF não impossi-

bilitou que réus sejam presos antes do trânsito em julgado, ou seja, antes do esgotamento de todos os recursos, no entanto, para que isso ocorra, é necessário que seja proferida uma decisão judicial individualmente fundamentada, na qual o magistrado demonstre concretamente que estão presentes os requisitos para a prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP.

Nesse aspecto, continua sendo possível que o acusado possa ficar preso cautelarmente antes do trânsito em julgado, e não como execução provisória da pena.

A historicidade do direito e, em especial, dos provimentos jurisdicionais relativos ao tema analisado, pode ser dividida em quatro períodos, senão vejamos.

Compreendido até fevereiro de 2009, o STF, no aqui denominado primeiro período, compreendia que era possível a execução provisória da pena⁴.

Em 05.02.2009, o STF, no segundo período, ao julgar processo da relatoria do Ministro Eros Grau (HC 84.078⁵), alterou a posição originária e estabeleceu que a não era possível a execução provisória da pena, tendo perdurado até fevereiro de 2016.

No dia 17.02.2016, o STF, no terceiro período, ao julgar o HC 126.292⁶, relatado pelo Ministro Teori Zavascki, retornou para a sua primeira posição, ou seja, a execução provisória da pena não ofenderia a Constituição Federal de 1988.

No 4º período, relativo ao julgamento das ADCs 43, 44 e 54, relatadas pelo Ministro Marco Aurélio, o STF modificou novamente a jurisprudência concluindo que não é possível a execução da pena em segunda instância, estabelecendo que, como regra, o cumprimento da pena apenas pode ter início com o esgotamento de todos os recursos.

Quanto ao instrumento processual utilizado para o exame da matéria, a Ação Declaratória de Constitucionalidade mostra-se como meio adequado, gerando uma breve vantagem comparativa entre o último e mais recente período analisado em comparação aos demais períodos, com exceção do primeiro período jurisprudencial.

⁴ BRASIL STF. Plenário. HC 68726, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 28/06/1991.

⁵ BRASIL. STF. HC 84078 MG. Relator: Ministro EROS GRAU. Data de julgamento: 05.02.2009. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJE-035 DIVULG 25.02.2010. PUBLIC-26-02-2010.

⁶ BRASIL STF. Plenário. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

No primeiro período jurisprudencial, a Emenda Constitucional nº 03/93 ainda não havia sido promulgada, não sendo exigível, portanto, que o STF simplesmente criasse mecanismo processual não previsto expressamente em lei.

Nesse instante, cabe a análise da fundamentação e respectiva discricionariedade relativa aos principais argumentos dos defensores da possibilidade de execução de prisão após a confirmação da condenação em segunda instância.

CONCLUSÕES

Para que o Direito Penal, ao menos nesse caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal, possa ser levado a sério no sentido de que haja coerência e lógica jurídica no discurso proferido pela Corte Constitucional, a análise dos argumentos contrários à conclusão obtida pelo STF ao julgar as ADCs 43, 44 e 54 mostra-se indispensável.

Inicialmente, no tocante à conclusão de que o início da execução da pena condenatória após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau não ofenderia o princípio constitucional da presunção da inocência, é cabível a seguinte reflexão: o que estava em jogo não é a exclusão (ou não) do princípio da presunção de inocência e sim os limites interpretativos que poderiam ser dados ao instituto jurídico do trânsito em julgado.

Até mesmo porque, em tese, a alteração temporal a respeito do juízo de culpa, por proposta de emenda à constituição, não extinguiria o núcleo da cláusula pétrea da presunção de inocência.

Outro argumento existente é o de que o recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeito suspensivo (art. 637 do CPP). Por não possuírem referido efeito, mesmo a parte tendo interposto algum desses recursos, a decisão recorrida continuaria produzindo efeitos. Logo, seria possível a execução provisória da decisão recorrida enquanto se aguarda o julgamento do recurso.

Com o devido respeito aos defensores desse argumento, não se está em jogo a dinâmica de efeito suspensivo dos chamados recurso extraordinários a partir de uma tônica mais assemelhada, por exemplo, ao direito processual civil.

Aqui, no Direito Penal, existe disposição constitucional expressa condicionando a formação da culpa propriamente dita a partir do trâ-

sito em julgado, condição *sine qua non* para o início do cumprimento da pena.

Nesse aspecto, em relação a outra premissa por vezes utilizadas, não deve-se presumir a inocência do réu tão somente até o término da jurisdição da segunda instância.

Ou seja, não exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque excepcionalmente os recursos cabíveis da decisão de segundo grau ao STJ ou STF, mesmo não se prestando a discutir fatos e provas, e sim matéria de direito podem gerar reflexos importantíssimos quanto a absolvição do acusado, alterações quantitativamente e, principalmente, qualitativas no regime de cumprimento de pena.

Não há dúvidas, quanto a mais um argumento utilizado por aqueles que entendem que a execução provisória da pena após a segunda instância, de que é possível o estabelecimento de determinados limites ao princípio da presunção de não culpabilidade. Entretanto, tais limites devem ser regularmente debatidos pelo Poder Legislativo através de emendas à Constituição Federal de 1988 sob pena de violação ao princípio da independência e harmonia entre, no caso, os Poderes Legislativo e Judiciário.

Assim, caso (e tão somente) aprovada pelo Poder Legislativo, a presunção da inocência não impediria que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado.

Nesse sentido, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária vulnera o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, bem como o conceito técnico de trânsito em julgado, não devendo ser confundida execução provisória da pena com prisões cautelares.

Sobre o argumento da “efetividade da jurisdição penal”, essa apenas se tornará possível com 1) o aprimoramento administrativo que permita a diminuição dos fluxos de processos nos cartórios judiciais de todo o país, 2) o aprimoramento da legislação a respeito da prescrição e outras causas extintivas da punibilidade por exemplo, 3) o aprimoramento legislativo relativo aos institutos despenalizadores, o que ensejará mais condições para a eficiente prestação jurisdicional relativa a crimes realmente graves, e não com a cosmética redução de direitos e garantias previstas na Constituição Federal de 1988.

Tanto a sociedade brasileira como aqueles que respondem por processos penais clamam por instrumentos mais céleres e eficientes para a finalização dos litígios, não podendo ser sufragadas garantias constitucionais com base em premissas, desacompanhadas de textos legais, no sentido

de que “Em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando referendo da Suprema Corte”.

Diante de tais reflexões, além de concluir que nenhum dos aludidos argumentos consegue afastar a constitucionalidade do art. 283 do CPCP, compreender que o Supremo Tribunal Federal equivocou-se no julgamento das ADCs 43, 44 e 54 seria o mesmo que confundir texto e norma e interpretar dispositivos de lei com base na vontade momentânea do legislador e da própria lei, algo perigoso para a manutenção da Democracia na qual (concordemos ou não) vivemos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Sentença interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante**: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional. 2009. 309f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

_____. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.Z.

_____. **Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line**. REPRO, v. 251, p. 59, 2016.

_____. **Processo Constitucional Brasileiro**, 2.^a ed., SP: RT, 2018, item Capítulo 1, 1.13.8.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do. 1988**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. TJRJ, Ag 0001610 - 18.2011.8.19.0000, j. 30.03.2011, v.u., rel. Des. Alexandre Freitas Câmara.

BRASIL STF. Plenário. HC 68726, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 28/06/1991.

BRASIL. STF. HC 84078 MG. Relator: Ministro EROS GRAU. Data de julgamento: 05.02.2009. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJE-035 DIVULG 25.02.2010. PUBLIC-26-02-2010.

BRASIL STF. Plenário. HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **La hermenêutica jurídica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones Universidad de Valladolid, 1992, p. 110.

STRECK, Lenio Luis, **O que é isto – decido conforme minha consciência**, 2.^a, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 48).

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. 3.ed., Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Itinerário para um imprescindível debate metodológico. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 35, jul-set. 2008. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2012/09/RTDC.Editorial.v.035.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2019.

PARADIGMAS CRIMINOLÓGICOS E TECNOLOGIA NO BRASIL: OS IMPACTOS DO DATAVEILLANCE NO DEBATE ENTRE CRIMINOLOGIA E RACISMO

VÍCTOR MINERVINO QUINTIERE¹

CRIMINOLOGICAL PARADIGMS AND TECHNOLOGY IN BRAZIL: THE IMPACTS OF DATAVEILLANCE ON THE DISCUSSION BETWEEN CRIMINOLOGY AND RACISM

Resumo: o presente estudo pretendeu, a partir da utilização da metodologia atinente à criminologia crítica, a realidade vivenciada no Brasil e, utilizando o que aqui se convencionou chamar de *dataveillance* racial, aferir até que ponto o seu surgimento, como instrumento tecnológico, mostra-se viável para o aprimoramento do estudo da criminologia crítica associada aos negros e negras no Brasil, mais especificamente, como instrumento apto a ensejar a redução do “genocídio virtual” do referido grupo, chegando-se a conclusão de que, a partir do aprimoramento legal e implementação de políticas públicas, o *dataveillance* racial servirá como instrumento apto a evitar a perpetuação do “genocídio virtual” de negros e negras no Brasil, seja em caráter preventivo, seja em caráter repressivo como medida cautelar diversa à prisão.

Palavras-chave: criminologia crítica. racismo. *dataveillance* racial.

¹ Doutorando em Direito. Mestre em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor visitante na Università degli studi Roma TRE - Italia. Professor de Direito Penal do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Vice presidente da Comissão de Acompanhamento da reforma criminal da seccional da Ordem dos Advogados do Brasil - DF. Membro efetivo do Instituto dos Advogados do Distrito Federal - IADF. Presidente da Comissão da Advocacia Jovem da Associação Nacional dos Advogados Criminais do Distrito Federal - ANACRIM-DF. Vice-Presidente da Comissão Acadêmica da Associação Nacional dos Advogados Criminais do Distrito Federal - ANACRIM-DF. Advogado sócio no escritório Bruno Espiñeira e Quintiere Advogados.

Abstract: *The present study intended, from the use of the methodology related to critical criminology, the reality lived in Brazil and, using what is conventionally called racial dataveillance, to assess the extent to which its emergence, as a technological instrument, proves to be viable. for the improvement of the study of black and black critical criminology in Brazil, more specifically, as an instrument able to reduce the “virtual genocide” of that group, reaching the conclusion that, from the legal improvement (appendix the present work) and the implementation of public policies, racial data surveillance will serve as an instrument capable of preventing the perpetuation of the “virtual genocide” of blacks in Brazil, whether preventive or repressive as a different precautionary measure against imprisonment.*

Keywords: *critical criminology. racism. racial dataveillance.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo, longe de esgotar o tema, pretende, a partir da utilização da metodologia atinente à criminologia crítica, a realidade vivenciada no Brasil e, utilizando o que aqui se convencionou chamar de *dataveillance* racial, aferir até que ponto, e aqui surge o paradigma foco de exame, o advento do *dataveillance* racial, como instrumento tecnológico, mostra-se viável para o aprimoramento do estudo da criminologia crítica associada aos negros e negras no Brasil, mais especificamente, como instrumento apto a ensejar a redução do “genocídio virtual” do referido grupo.

1. CONTEXTUALIZANDO O PROBLEMA

O Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH recomendou que “os Estados devem adotar as medidas judiciais, legislativas, administrativas e de outra índole requeridas para corrigir a excessiva aplicação da prisão preventiva, garantindo que essa medida seja de caráter excepcional e se encontre limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, evitando assim seu uso arbitrário, desnecessário e desproporcional. Esses princípios deverão guiar sempre a atuação das autoridades judiciais, com independência ao modelo de sistema penal adotado pelo Estado” (2019).

O excessivo uso das prisões preventivas acima traz, apropriando-se do termo utilizado por Al Gore, uma verdade inconveniente contra negros e negras no Brasil, conforme estudos do INFOPEN, o qual concluiu que 61,7% dos presos são pretos ou pardos, chamou a atenção para o presente artigo (INFOPEN, 2018).

A criminologia crítica, assim como outros ramos da ciência, possui diversos paradigmas a serem explorados pelos que nela se debruçam. O presente artigo trabalhará as relações entre poder, racismo e direito no centro do debate da criminologia crítica brasileira.

2. PODER, RACISMO E DIREITO NO CENTRO DO DEBATE DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA BRASILEIRA

O impulso necessário para analisar a problemática envolvendo o racismo, poder e direito surgiu a partir da leitura do texto de Felipe da Silva Freitas (FREITAS, 2016).

Em seu texto, o autor teve por objetivo realizar uma análise sobre o punitivismo no Brasil, refletindo sobre racismo, produção do conhecimento criminológico e funcionamento do campo jurídico nacional.

Para isso, foi realizada, ao longo do texto, discussões objetivando responder como o pensamento criminológico vem se articulando com a agenda genocida contra o povo negro no Brasil.

Tal perspectiva é possível de obtenção a partir da análise dos discursos contemporâneos da criminologia crítica acerca da seletividade do sistema penal, com ênfase nas chamadas pelo autor de “principais rupturas e permanências” entre os discursos criminológicos críticos e as práticas políticas no campo jurídico penal.

A respeito do contexto histórico da criminologia no Brasil, a estruturação do campo criminológico no país, a partir de 1970, é caracterizada pela criação, articulação e o fortalecimento de grupos de pesquisa em criminologia em universidades, bem como com “o ingresso de criminólogos e criminológicas críticos como professores de cursos de graduação e pós-graduação (Sobretudo na área de direito)” (FREITAS, 2016, p. 489).

Tomando por base o trecho do livro “Racismo e sexismo na cultura brasileira”, de Lélia González (1983), a primeira reflexão que surge para o leitor é a seguinte: será que, das pessoas que ingressaram nos quadros das universidades ao longo da chamada estruturação do campo criminológico

no país, como criminólogos críticos, quantas efetivamente seriam capazes de exercer, com a “independência militante” necessária os tais discursos insurgentes e ensejadores de rupturas?

Questionamento possível a partir da leitura do texto, em especial, quando o autor realiza a análise dos textos representativos do pensamento negro que, por muito tempo, não encontrou “espaço nem na faixa da direita, nem na faixa da esquerda” (FREITAS, 2016, p. 492).

É justamente a partir desse cenário, caracterizado pelo aumento da produção científica em todo o país, que o autor propõe a produção, crítica e a proposição de criminologias “críticas e insurgentes” (FREITAS, 2016, p. 489).

A proposta de produção crítica pretende, aqui, ampliar as áreas passíveis de debates envolvendo o racismo, não desconsiderando (pelo contrário, devendo ser ressaltada, a importância como primeiros passos históricos), as discussões propostas por Sueli Carneiro, Jurema Werneck, Luiza Bairros, Vilma Reis e Edson Cardoso (CARNEIRO, 2005; WERNECK, 2003; CARDOSO, 2015; REIS, 2005; BAIRROS, 2016).

Diante de tal desafio, o autor pretendeu alcançar o seu resultado dividindo o estudo em três partes, a saber:

A primeira enfatiza a análise das formas de ocultação da temática racial vigente no debate criminológico nacional; a segunda, sublinha as divergências, rupturas e insurgências verificadas na trajetória do pensamento criminológico brasileiro, e, por fim, uma sessão referente ao levantamento de hipóteses explicativas para o “silêncio criminológico” quanto ao genocídio com ênfase nas teorias sobre branquitude e hierarquias epistemológicas (2016, p. 490).

A respeito da primeira parte, ganha destaque a evolução existente na criminologia ao longo dos anos no Brasil. No início, a criminologia brasileira foi organizada a partir de um “criticismo”, do problema da seletividade do sistema penal e da necessidade de uma política criminal alternativa.

Sobre o tema, Martins (2014, p. 120) assim se posiciona:

Verifica-se que Baratta se consolida como um grande símbolo do pensamento crítico-criminológico de vertente europeia e sua obra alcança significativamente o Brasil e a América Latina. Na América Latina, o processo de ingresso do paradigma da reação social e da criminologia crítica constituiu um fenômeno de emancipação metodológica de alguns setores, visto que diante da tradução desse paradigma se fomentou o reconhecimento dos sujeitos latino-americanos como pesquisadores com os seus próprios olhares no

tocante às pesquisas criminológicas e políticas criminais. Assim, através da perspectiva de se apropriar de teorias estrangeiras e levá-las às raízes locais em seu tempo, espaço e método, inaugura-se na América Latina a percepção de uma tradução da criminologia.

Nesse período, portanto, é possível visualizar o enfoque na denúncia materialista da injustiça social, fenômeno intimamente ligado com a estrutura econômica. O enfoque de referidas denúncias, importante consignar, seria, de acordo com o autor, marxista.

Em síntese, a criminologia estava ocupada tão somente com os efeitos do racismo e não com a análise do fenômeno como parte (não) integrante da estrutura e da própria lógica de funcionamento do sistema penal. A partir dessa escolha de enfoque, temas como o genocídio foram rechaçados e substituídos pela busca por caminhos “menos radicais” de aproximação da temática racial.

O racismo, portanto, estava tão somente sendo tratado de forma periférica e insuficiente para compreensão do fenômeno, suas causas, efeitos e conseqüências, portanto, como um todo.

É possível visualizar que essa característica da criminologia brasileira gerou diversos problemas, em especial, quanto a permeabilidade do pensamento criminológico crítico, senão vejamos:

Assim como em outros campos do conhecimento, o saber criminológico (crítico) brasileiro manteve-se pouco permeável às contribuições do pensamento negro, do pensamento feminista ou de outros grupos sociais subalternizados e seguiu trabalhando com a ideia de classe como macro categoria explicativa dos fenômenos no âmbito da justiça criminal, dos processos de criminalização e das dinâmicas de seleção do sistema punitivo (FREITAS, 2016, p. 492).

No decorrer do texto e as reflexões a ele inerentes, realizando o diálogo necessário com a obra de Ana Flauzina (2014), verifica-se que a criminologia que não se preocupe com as relações raciais não estaria apta na missão de compreender o sistema penal.

Nesse aspecto, o autor destaca que o racismo seria o “eixo estruturador” (p.493) das desigualdades. Nesse ponto, creio que o racismo, em verdade, é uma das dimensões, devendo ser destacadas outras como, por exemplo, a condição econômica, índices de violência, acesso à educação e aspectos culturais.

Sobre os aspectos culturais, por exemplo, em um país como o Brasil, de dimensões continentais, é importante que a criminologia analise, para além dos aspectos relativos à raça, questões econômicas e culturais afetas, por exemplo, às regiões do país.

A partir da relação da criminologia e a “manutenção dos privilégios da branquitude”, o autor destaca ponto crucial para a evolução da criminologia qual seja: “O que está em jogo é que a crítica brasileira não chegou às últimas consequências” (p. 494).

Neste ponto, o Autor traz um paralelo importante em relação à pergunta feita linhas acima, *in verbis*:

Trata-se de considerar como as posições (raciais, de classe e de gênero) dos(as) pesquisadores(as) têm influenciado para que a categoria raça ou gênero sigam ausentes das escolhas teóricas e metodológicas da criminologia crítica. É diante do risco de que a denúncia do racismo importe em perda dos próprios privilégios que os críticos param de avançar.

Aqui existe uma reflexão importante a respeito da criminologia crítica brasileira no sentido de que o risco dos efeitos das denúncias em relação às perdas dos próprios privilégios acaba freando o trabalho crítico.

Sobre a problemática envolvendo a não concepção do negro como pessoa humana, o autor aponta como uma das soluções para o referido enfrentamento a “presença negra em espaços de formulação política e teórica” (FREITAS, 2016, p. 496).

Em síntese (e portanto), além de ouvir os negros e negras, é necessário possibilitar a construção das narrativas por essas vozes, sob pena de o Brasil refletir, na prática (e infelizmente) o trecho do livro de González (1983) descrito no início do artigo, no qual os negros seriam bem vindos na casa dos brancos, tão somente e enquanto, não se prestassem a usar dos espaços de discurso e manifestar-se criticamente.

O tratamento adequado às questões raciais no Brasil é o ponto que merece destaque para reflexões, feitas a seguir, a partir do advento de novas tecnologias, em especial o *dataveillance* na arena criminológica crítica, bem como os reflexos que tal ferramenta poderá gerar em relação às reformas neoliberais pelas quais o Brasil vem passando nos últimos anos.

3. CRIMINOLOGIA CRÍTICA A PARTIR DAS NOVAS TECNOLOGIAS: DATAVEILLANCE RACIAL

O capítulo que ora se inicia foi baseado nas reflexões publicadas, em forma de artigo, na Revista da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (QUINTIERE, 2019).

A Lei Geral de Proteção de Dados foi responsável pela proteção de dados pessoais, bem como pela alteração da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

A proteção de dados tem relevo não apenas com a edição da referida norma, como também em outros Países. Na Europa, foi editado o *General Data Protection Regulation* (GDPR), o qual passou a ser obrigatório em 25 de maio de 2018 e aplicável na União Europeia (UE)². Em solo norte-americano, foi editado o *California Consumer Privacy Act of 2018* (CCPA), aprovado em 28 de junho de 2018 (AB 375)³.

Sobre o tema, é possível verificar que “a LGPD se inspira, em primeiro lugar, no conceito que ficou conhecido como o modelo europeu de proteção de dados, amparado na Convenção do Conselho da Europa 108 de 1981, na Diretiva 46/95/CE e no Regulamento Geral de Proteção de Dados (Regulamento 2016/679)” (DONEDA, SCHERTEL, 1980).

O contexto no qual o projeto de lei sobre a proteção de dados foi aprovado pelo Poder Legislativo brasileiro foi decisivo para a respectiva tramitação célere. Como se não bastasse a aglutinação de outras propostas que há muito tempo vinham tramitando paralelamente sobre o tema (cuja atualidade é discutível), escândalos mundialmente famosos envolvendo a segurança de dados como o ocorrido na mídia social *Facebook*⁴ também trouxeram visibilidade para o assunto.

De acordo com Danilo Doneda, é possível “identificar cinco eixos principais da Lei Geral de Proteção de Dados em torno dos quais a proteção do titular de dados se articula: i) unidade e generalidade da aplicação da Lei;

² Comissão Européia. Proteção de dados. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_pt>. Acesso em: 26. out. 2019.

³ Californians for Consumer Privacy (ed.). Disponível em: <<https://www.caprivacy.org/>>. Acesso em: 26.out. 2019.

⁴ Em resumo, o Facebook exibiu milhões de contas à empresa de dados Cambridge Analytic, um escândalo que só foi confirmado por recentes notícias, trazendo a informação de que gigantes da tecnologia compartilhavam ainda mais dados confidenciais. BURT, Andrew. Privacy and cybersecurity Are Converging. Here's Why That Matters for People and for Companies. Disponível em Harvard Business School: <<https://hbr.org/2019/01/privacy-and-cybersecurity-are-converging-heres-why-that-matters-for-people-and-for-companies>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

ii) legitimação para o tratamento de dados (hipóteses autorizativas); iii) princípios e direitos do titular; iv) obrigações dos agentes de tratamento de dados; v) responsabilização dos agentes” (DONEDA, SCHERTEL, 1980).

É possível visualizar, a partir desse rol, inicialmente, que a Lei Geral de Proteção de Dados seria aplicável à jurisdição penal no que diz respeito a unidade e generalidade de sua aplicação, ou seja, a Lei Geral de Proteção de Dados possui características de uma Lei Geral⁵.

Essa aplicabilidade potencial, entretanto, não é concretizada quando da análise do art. 4 que expressamente dispõe não ser aplicável o diploma normativo em análise nas atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Um dos grandes problemas da norma começa quando, além do art. 4, o intérprete passa a analisar o art. 33, III, que dispõe que a transferência internacional de dados pessoais somente é permitida quando a transferência for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional.

Ou seja, ao mesmo tempo que a lei não é aplicável no âmbito das investigações criminais nacionais, discorre sobre eventual cooperação internacional entre autoridades alienígenas com a brasileira.

Após o estudo de uma das palavras-chave do presente estudo (proteção de dados), será possível responder se, ao dispor sobre a matéria dessa forma, teria a Lei Geral de Proteção de Dados agido corretamente ou foi perdida uma importante oportunidade de regulamentação do tema.

No estudo da vigilância propriamente dita, palavra intimamente ligada à proteção de dados e ao fenômeno da *dataveillance*, as análises de Jeremy Bentham (1843) e Michel Foucault (1999) serviram de modelo inicial.

O *surveillance* e sua relação com a sociedade, em especial, diante de sua utilização como instrumento de controle biopolítico tem ganhado ênfase quando o assunto é sistema penal e as tecnologias dispostas nas práticas de segurança.

⁵ Sobre o tema, Doneda: “O primeiro eixo diz respeito ao âmbito de aplicação material da Lei, caracterizado pela generalidade e unidade: a Lei concentra-se na proteção dos dados do cidadão, independentemente de quem realiza o seu tratamento, aplicando-se, assim, tanto aos setores privado e público, sem distinção da modalidade de tratamento de dados (art. 3o). O seu âmbito de aplicação abrange também o tratamento de dados realizado na Internet, seja por sua concepção de Lei geral, seja por disposição expressa de seu art. 1o. Essas são características fundamentais em uma Lei geral, que permitem a segurança do cidadão quanto aos seus direitos independentemente da modalidade de tratamento de dados e quem o realize, bem como proporciona isonomia entre os diversos entes que tratam dados, o que facilita o seu fluxo e utilização legítimos”.

A partir dessa constatação, Augusto Jobim do Amaral e Felipe da Veiga Dias concluem que “o modelo de controle atual baseado em “riscos e algoritmos emprega o *surveillance* (e suas “novas” tecnologias) em uma atuação securitária seletiva, adotando o discurso “científico/tecnológico” como escusa para manutenção discriminatória de uma biopolítica da atuação penal voltada para morte de sujeitos e grupos sociais específicos” (JOBIM, VEIGA, 2019, p.1).

Em que pese a importância dessa constatação, o foco do presente estudo será, especificamente, a utilização (ainda que potencial) de metadados na manutenção discriminatória a servir de lastro para atuações penais que, se mal utilizadas, podem causar a morte de sujeitos e grupos sociais específicos.

O surgimento de novas tecnologias e as conseqüências quanto ao armazenamento e ao processamento de dados serviu de mola propulsora para o aumento exponencial de estudos tanto sobre metadados⁶ como sobre a *surveillance*⁷.

Dentro do estudo sobre vigilância, o modelo da *surveillance assemblages*, proposto por Richard Ericson e Kevin Haggerty (2000), dá ênfase aos fluxos discretos de dados, ou seja, “ao aspecto do *surveillance* que se convencionou chamar de *dataveillance*” (NETO, MORAIS e BEZERRA, 2017).

O seguinte experimento do *Center for Internet and Society*, realizado no âmbito da Escola de Direito da Universidade de *Stanford*, auxilia na visualização do que seria uma pesquisa envolvendo *dataveillance* (MAYER, MUTCHER, 2014):

Usuários que desejassem participar e que possuísem *smartphones* com a plataforma *Android* instalaram, voluntariamente, um aplicativo em seus celulares. O programa envia para os pesquisadores as seguintes informações: número de destino da chamada, duração da ligação e data e hora em que ela foi feita. Os números de destino eram comparados com bases de dados públicas de telefones; assim, e m vez de, simplesmente, terem um

⁶ Sobre o tema, Neto, Moraes e Bezerra exemplificam o que seria um metadado: “De modo simplificado, é possível utilizar a metáfora de uma carta ordinária. Assim, enquanto os dados seriam o conteúdo da correspondência, os metadados seriam informações sobre aquela carta: o tipo do papel utilizado, o tamanho do envelope, os dados do remetente e destinatário, a data e o local de postagem, os traços de DNA e impressões digitais encontrados na carta, o tipo e a cor da tinta utilizada para escrever a carta, o tamanho e o peso da correspondência, o número de letras e palavras, os traços de substâncias impregnadas no papel, as informações sobre quaisquer outras correspondências similares no sistema postal, nome do carteiro que fez a entrega etc”. (NETO, MORAIS e BEZERRA, 2017).

⁷ Vigilância, ao traduzirmos literalmente o termo.

número, os pesquisadores poderiam ter o nome do destinatário da chamada telefônica.

A jurisprudência brasileira, representada pelos Tribunais Superiores, tem se debruçado sobre o acesso a dados e uso da tecnologia como instrumento de efetivação da tutela jurisdicional penal⁸.

No que tange à proteção (e produção) dos dados, passando pela *cyber* segurança e à privacidade, Andrew Burt menciona, conforme tradução literal feita abaixo, além da convergência que está diariamente ocorrendo entre referidas palavras-chave, o seguinte:

E era um mundo em que a privacidade e a segurança eram, em grande parte, funções separadas, em que a privacidade ficava em segundo plano em relação às preocupações mais tangíveis sobre a segurança. Hoje, no entanto, o maior risco à nossa privacidade e à nossa segurança tornou-se a ameaça de inferências não intencionais, a partir do poder de técnicas de aprendizado cada vez mais generalizadas. Uma vez que se adotam dados, qualquer atividade em pequena escala pode ser uma ameaça, trazendo novos perigos à sua privacidade e à sua segurança.

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição Federal, de 1988, passando pelos principais diplomas normativos infraconstitucionais (Código Penal, Código de Processo Penal e lei nº 9.296, de 1998), é possível concluir que referida norma é a que mais se aproxima do tema, ao abordar interceptação de comunicações telefônicas.

As informações coletadas neste capítulo tornam possível conceituar o *dataveillance* como mecanismo de coleta de metadados destinada a qualquer fim, tornando possível, a partir dessa coleta, a respectiva vigilância.

O aqui batizado *dataveillance* racial diz respeito a coleta de metadados destinada a apuração sobre raça ou relativas a determinados grupos e que possa, dentro de uma perspectiva tanto preventiva (evitar crimes em potencial) como repressiva (servindo, a título propositivo, como medida cautelar de monitoramento diversa da prisão), servir como mecanismo de proteção aos grupos sociais.

⁸ Na seara do direito penal, no Informativo nº 583, o STJ definiu que “sem prévia autorização judicial, são nulas as provas obtidas pela polícia por meio da extração de dados e de conversas registradas no aplicativo *whatsapp* presentes no celular do suposto autor de fato delituoso, ainda que o aparelho celular tenha sido apreendido no momento da prisão em flagrante. BRASIL. STJ. 6ª Turma. RHC 51.531-RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/4/2016 (Informativo nº 583 do STJ). Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/02/acesso-as-conversas-do-whatsapp-pela.html>>. Acesso em: 26. out. 2019.

Evidentemente, se não existir equilíbrio quanto a disseminação do conhecimento relativo aos metadados, invariavelmente, grupos historicamente prejudicados como os dos negros e negras, continuarão em grave desvantagem.

Por outro lado, com o implemento de políticas públicas destinadas a profusão do conhecimento relativo ao mundo digital e a forma de utilização dos metadados, a apuração de focos de criminalidade possa ocorrer com mais eficiência, principalmente, quanto ao aspecto preventivo da criminalidade.

Além disso, sob o ponto de vista carcerário, cujas falhas estruturais ganharam destaque na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347, em virtude da isonomia digital, focar em aspectos que permitam aos negros e negras independência digital, possibilitará ao Estado, ao invés de manter a estrutura carcerária convencional, adotar o *dataveillance* como mecanismo específico de monitoramento do fluxo de metadados ou, em outra linguagem, dos “dados discretos” desses indivíduos, possibilitando, no mínimo, um desafogamento das penitenciárias de todo o país.

Explicado o conceito de *dataveillance*, sua aplicabilidade na seara penal e sua importância para o desenvolvimento da criminologia crítica brasileira, oportuno responder aos questionamentos feitos no início do presente trabalho, em especial, aqueles afetos a (im) possibilidade da utilização do método de *dataveillance* racial como instrumento de pesquisa para aprimorar a proteção aos negros e negras no estudo da criminologia crítica brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme descrito no início desse estudo, a criminologia crítica, assim como outros ramos da ciência, possui diversos paradigmas a serem explorados pelos que nela se debruçam.

O presente estudo pretendeu, a partir da utilização da metodologia atinente à criminologia crítica, a realidade vivenciada no Brasil e, utilizando o que aqui se convencionou chamar de *dataveillance* racial, aferir até que ponto o advento do *dataveillance* racial, como instrumento tecnológico, mostra-se viável para o aprimoramento do estudo da criminologia crítica associada aos negros e negras no Brasil, mais es-

pecificamente, como instrumento apto a ensejar a redução do “genocídio virtual” do referido grupo.

John Braithwaite, ao abordar práticas tradicionais e locais de justiça, identificou sinais que permitem a construção da paz e da democracia.

De acordo com o referido autor, “os criminólogos precisam fazer parte de um debate sobre o caminho para a democracia que começa na periferia de uma sociedade, e não no centro” (BRAITHWAITE, 2013, p. 209).

Daqui nasce a importância do estudo aprofundado sobre o *dataveillance* racial, em especial, para possibilitar que, por analogia, a criminologia seja debatida a partir da periferia de uma sociedade e suas características, e não do centro.

Dúvidas não restam de que o “neoliberalismo foi promovido na América do Sul durante os anos 1970, 1980 e 1990, em diferentes épocas e contextos e por diferentes reformas econômicas e sociais do governo” (CARRINGTON, HOGG, SOZZO, 2016, p. 1953).

As reformas neoliberais ocorreram sob governos ditatoriais e democráticos, que seguiram a liderança de agências internacionais como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional. Simultaneamente às reformas neoliberais, tanto sob a rubrica de governos ditatoriais como democráticos, tendo ambos os governos seguido a liderança de agências internacionais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, é possível verificar que também houve uma virada punitiva, “medida pelas taxas de encarceramento (um indicador imperfeito, mas o único disponível), como ocorrido na Colômbia e no Brasil” (CARRINGTON, HOGG, SOZZO, 2016, p. 1953).

Ao abordar a nova criminologia latino americana (natureza, conteúdo, objeto e métodos) visando o desenvolvimento da disciplina no próximo milênio, Lola Aniyar Castro chama a atenção para o fenômeno da unipolaridade

Para a autora, a unipolaridade é hoje uma nova forma de domínio internacional uma vez que as guerras são caracterizadas por um distanciamento vertical, ou seja, há vítimas apenas de um lado, o mais fraco, aquele ainda (e infelizmente) ocupado por negros e negras no Brasil.

Diante da unipolaridade e perspectivas para o futuro, Lola Aniyar Castro destaca que a globalização, em que pese benefícios nas mais diversas áreas, gerará dominadores em campos simbólicos ou cibernéticos.

Aqui nasce a preocupação com o que, se mal utilizado, poderá dar ensejo a utilização do *dataveillance* racial justamente como mecanismo de

dominação de raças, algo peculiarmente complexo no Brasil se formos aprofundar a composição da população atual e as mais diversas miscigenações ocorridas ao longo dos séculos.

A partir dessa mudança de paradigma e respectivas formas de dominação, preocupações concretas devem existir com a utilização do *data-veillance racial* como símbolo de um “Direito Penal do terror”, expressão cunhada por Lola Aniyar Castro e caracterizado por “sanções informais para conter uma crescente população menos favorecida, sem emprego e sem recursos básicos de subsistência concedidos pelo Estado”, muito menos o mínimo acesso e/ou conhecimento a respeito das confluências e implicações do uso de metadados.

Concordando com Lola Aniyar Castro, duas verdades de Lewis Carroll permanecerão imutáveis no cenário criminal dominado pelo advento de novas tecnologias:

1) Que, para saber quanto são dois e dois, primeiro você deve saber quem está no comando, e

2) Que devemos evitar o que a rainha disse a Alice (no País das Maravilhas):

- “Sinto falta do seu mundo, no qual você precisa correr muito para chegar a outro lugar. Na minha, no entanto, é preciso correr muito para sempre ficar no mesmo lugar!

Como diz Lola Aniyar de Castro nas aulas de criminologia, “Que isso não aconteça conosco!”, em especial, diante das peculiaridades e complexidades vivenciadas no Brasil.

Para isso, a criminologia, como nunca antes visto, terá que, além de promover críticas teóricas a respeito dos fenômenos, agir e propor (ou, por que não, se precaver de) leis e/ou políticas públicas para evitar um verdadeiro “genocídio virtual” das populações negras no Brasil, providência que deverá ocorrer por parte do Poder Legislativo Brasileiro.

REFERÊNCIAS

BAIROS, Luiza. O enfrentamento ao racismo foi inserido no planejamento governamental. SANTOS, Katia R. da Costa; SOUZA, Edileuza P. SEPIR **Promovendo a igualdade racial: para um Brasil sem racismo**. SEPIR: Brasília, 2016, p. 82 – 88.

BENTHAM, Jeremy. The Works of Jeremy Bentham. Edinburgh: William Tait, 1843. v.4.

BURT, Andrew. Privacy and cybersecurity Are Converging. Here's Why That Matters for People and for Companies. Disponível em Harvard Business School: <<https://hbr.org/2019/01/privacy-and-cybersecurity-are-converging-heres-why-that-matters-for-people-and-for-companies>>. Acesso em: 26.out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.709 - Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. STJ. 6ª Turma. RHC 51.531-RO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 19/4/2016 (Informativo nº 583 do STJ). Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/02/acesso-as-conversas-do-whatsapp-pela.html>>. Acesso em: 26. out. 2019.

Braithwaite, J. (2013), 'Truth, reconciliation and peacebuilding', in R. King, V. MacGill & Roger Wescombe (eds.) **Peace in Action: Practices, perspectives and policies that make a difference**. King MacGill Wescombe Publications.

CARDOSO, Edson. **Depoimento à Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados para apurar a violência contra jovens negros e pobres**. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. Notas Taquigráficas: CPI da Violência contra jovens negros e pobres. Reunião

Ordinária n. 0539/15, 12 de maio de 2015.

CARNEIRO, Suely. **A construção do outro como não-ser como fundamento do ser**. São Paulo: Universidade de São Paulo, tese de doutorado, 2005.

CASTRO, Lola Aniyar de. El triunfo de Lewis Carrol.

DONEDA, Danilo; SCHERTEL, Laura Mendes. **Um perfil da nova Lei Geral de Proteção de Dados brasileira**. In: BELLI, Luca; DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo. Ed. RT. 1980.

ERICSON, Richard; HAGGERTY, Kevin. **The surveillant assemblage**. British Journal of Sociology, London, v. 51, n. 4, p. 605-622, dez. 2000.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **As fronteiras raciais do genocídio**. Direito Unb, janeiro- junho de 2014, vol.1, n.1.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. 262 p.

FREITAS, Felipe da Silva. **.Corpo negro caído no chão: sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FREITAS, Felipe da Silva. **Novas perguntas para a criminologia brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda**. Cadernos do CEAS, Salvador, n. 238, p. 488-499, 2016.

GONZALEZ, Lélia. **Racismo e sexismo na cultura brasileira**. São Paulo, ANPOCS, Ciências Sociais Hoje, 2. ANPOCS, 1983, p. 223-244.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS. **Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão**. Disponível em:<<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 26.10.2019

JOBIM, Augusto do Amaral. VEIGA, Felipe Dias. Surveillance e as “novas” tecnologias de controle biopolítico. Revista Meritas. Porto Alegre. E-ISSN: 1984-6746

MARTINS, Fernanda. **A sustentação de um discurso criminológico na Revista de Direito penal e criminologia (1973 – 1983)**. Revista Direito e Práxis, vol. 5, n. 9, 2014, pp. 118--149.

MAYER, J.; MUTCHER, P. MetaPhone: **The Sensitivity of Telephone Metadata**. *Web Policy*, [S.l.], 12 mar. 2014.

NETO, Elias Jacob de Menezes; MORAIS, José Luis Bolzan de; BEZERRA, Tiago José de Souza Lima. **O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos**. Rev.Bras.Polít.Públicas, Brasília, v.7, nº 3, 2017, p.184-198.

QUINTIERE, Victor Minervino. **Questões controversas envolvendo a tutela jurisdicional penal e as novas tecnologias a luz da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira: dataveillance**. In: Revista ESMAT. v. 11, n.17 (2019). Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/290/246. Acesso em: 26.out.2019.

REIS, Vilma. **Atuaciados pelo Estado. As políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações 1991-2001**. Dissertação de mestrado: UFBA, 2005.

WERNECK, Jurema. **A era da inocência já acabou, já foi tarde**. In: Ashoka-Empreendedores Sociais; Takano. (Org.). **Racismos Contemporâneos**. 1ed. Rio de Janeiro: Takano Editora, 2003, v. , p. 39-48.

DIREITO DO TRABALHO

A REMUNERAÇÃO VARIÁVEL NO TERCEIRO SETOR: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA E LEGAL DE PROTEÇÃO NA RELAÇÃO DE TRABALHO

VALÉRIO PEDROSO GONÇALVES¹

Resumo: a instituição da remuneração variável a empregados tem sido largamente debatida nas organizações do setor público e do mercado privado, como fator conducente a oportunidades de melhoria, dentro de pressuposto motivacional de recompensa pelo desempenho individual. Em contrapasso ao que se verifica nos demais setores da economia, no âmbito das organizações da sociedade civil (entidades integrantes do Terceiro Setor), a implementação de modelos de remuneração variável a empregados tem sido tratada de forma refratária. Para negar a implementação dessa sistemática, justifica-se que essas entidades não podem distribuir resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e devem aplicar seu patrimônio integralmente na consecução do seu respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva. O presente artigo procura investigar se, de fato, o cipoal normativo aplicável às organizações da sociedade civil realmente proíbe a implementação de sistemas de remuneração variável a seus empregados e, não havendo vedação normativa, procura-se apresentar sugestão de estruturação de um modelo adequado de incentivo à busca de melhores resultados corporativos e institucionais, para, assim, garantir eficácia ao direito social da justa remuneração pelo desempenho individual por competência.

Palavras-chave: Terceiro Setor. Remuneração variável.

¹ Doutorando em Finanças pelo Swiss Management Center Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduado em Direito Tributário pelo ICAT/UnidF. Bacharel em Direito pelo UniCEUB. Foi servidor do Ministério Público da União, exercendo funções relacionadas à atividade-fim nas Promotorias de Justiça de Defesa da Ordem Tributária e nas Promotorias de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social (2000-2014).

1. INTRODUÇÃO

A ordem sociopolítica, até pouco tempo, era marcada apenas pelo dualismo entre o público e o privado. De um lado, a Administração Pública (o Estado); de outro, a iniciativa particular (o mercado).² Norberto Bobbio, ao tratar dessa dicotomia entre o público e o privado, anota que essas duas esferas são “conjuntamente exaustivas, no sentido de que um ente compreendido na primeira [*esfera pública*] não pode ser contemporaneamente compreendido na segunda [*esfera privada*]”³.

Cada um desses setores (público e privado) mantinha – como ainda mantém – características próprias e marcantes que possibilitavam a razoável distinção de suas respectivas áreas de atuação.

A separação – quase absoluta – entre o público e o privado fundou-se na ideologia liberal de igualdades formais, caracterizada pela abstenção de atuação estatal no mercado, propiciando, no modelo do Estado liberal, “rígida separação entre Estado e sociedade”⁴.

A partir do avanço da sociedade e da emersão de novos direitos e garantias fundamentais, a dicotomia entre o público e o privado restou fragilizada. A separação absoluta entre esses interesses sofreu abalo com as inúmeras mudanças sociais, culminando no surgimento do Estado Capitalista Intervencionista. Com a abertura das fronteiras de atuação, o Estado “foi aos poucos se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-lo completamente na experiência extrema do Estado total”⁵.

² PAES, José Eduardo Sabo. Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 7. ed. São Paulo: Forense, 2010, p. 121.

³ BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, pp. 13-14.

⁴ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstituindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 23-116.

⁵ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-62.

A propalada divisão entre o público e o privado, de acordo com John Kenneth Galbraith, passou, então, a não fazer sentido, pois “Uma grande parte, vital e cada vez maior do que é chamado de setor público está, para todos os efeitos práticos, no setor privado”⁶.

Entremeio a esses dois setores clássicos, sobreveio a personificação de recursos humanos e materiais destinados ao impulso de iniciativas tendentes ao desenvolvimento social. Essas organizações, as quais não são públicas e nem privadas, passaram a ser denominadas Terceiro Setor⁷, que, apesar de integrado por entidades e organizações privadas (sem fins lucrativos), dedicam-se à consecução de objetivos sociais ou públicos.

O Terceiro Setor decorre, portanto, da conjugação entre as finalidades do Primeiro Setor e a metodologia do Segundo Setor, sendo composto por organizações de natureza privada (embora não objetivem auferir lucros), que visam à promoção do benefício social coletivo (embora não sejam integrantes do Estado).

As organizações integrantes do Terceiro Setor assumem basicamente a forma jurídica de fundações e associações no direito brasileiro.

As fundações são conceituadas uma universalidade de patrimônio destinada a uma finalidade social.⁸ No direito civil, os fins das fundações encontram correspondência no artigo 62 do Código Civil⁹, segundo o qual esses entes fundacionais destinam-se ao seguinte: assistência social; cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; a educação; saúde; segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, moder-

⁶ GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 53-54.

⁷ A denominação Terceiro Setor é criticada por parte da doutrina, por suscitar hipótese de confusão entre essa denominação e a noção de setor terciário da economia (tomando por base o setor de prestação de serviços, em relação aos setores primários e secundários representados pela agricultura e pela indústria). Em estudo sobre a disseminação do non profit sector americano, Simone de Castro Tavares Coelho explica, no entanto, que essa denominação (Terceiro Setor) “põe em evidência o papel econômico que esse conjunto de organizações assume, particularmente, na economia americana”, justificando que a presente o emprego de tal expressão possibilita que a distinção dessas organizações “das entidades privadas inseridas no mercado por não objetivarem o lucro e por responderem, em alguma medida, às necessidades coletivas”, sendo, portanto, a denominação mais apropriada (Cf. COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. São Paulo: SENAC, São Paulo, 2000, p. 59).

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, v. 1, p. 146.

⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

nização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; e atividades religiosas.

As associações, também reguladas no Código Civil, encontram a seguinte definição (artigo 53): “união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”¹⁰.

De uma forma mais coesa, no Marco Legal do Terceiro Setor, instituído com o advento da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014¹¹, as entidades do Terceiro Setor, indistintamente fundações e associações, passaram a ser denominadas como organização da sociedade civil, conceituada como entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva, nos termos do artigo 2º, inciso I, da referida Lei.

A proibição de distribuição indevida de patrimônio, receitas ou excedentes das organizações é ponto importante a ser observado inclusive para a obtenção de titulações e qualificações do Poder Público. Por exemplo, a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999¹², que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações da sociedade civil de interesse público, assim considera a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventu-

¹⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

¹¹ BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

¹² BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

ais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social. Com isso, a qualificação como OSCIP (sigla conveniada às organizações da sociedade civil de interesse público) depende da observância à mencionada regra, de proibição de distribuição de patrimônio, rendas ou excedentes a dirigentes, sócios ou empregados. Esse é apenas um exemplo que ratifica a proibição normativa mais ampla de distribuição de parcelas de patrimônio, renda ou excedentes das organizações da sociedade civil em favor de dirigentes, empregados, sócios etc.

O Marco Legal do Terceiro Setor, nesse aspecto, não trata, de forma isolada, da vedação à distribuição livre de patrimônio, rendas ou excedentes a dirigentes, sócios ou empregados. As organizações da sociedade civil, terminologia incorporada no sistema jurídico brasileiro, independente de sua forma jurídica, não podem distribuir, inclusive entre seus empregados, resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades.

Entretanto, a legislação em vigor nada trata do pagamento de remuneração variável a empregados, como fator de justa remuneração ao trabalho, e a proibição de distribuir resultados, sobras e excedentes tem surgido como tema de intenso debate, pela ausência de uma disciplina específica.

Com isso, de um lado, invoca-se a vedação normativa de as organizações da sociedade civil distribuírem parcela de seu patrimônio a qualquer título e inclusive entre seus empregados, para argumentar a proibição reflexa de se instituir a remuneração variável; de outro, surge a necessidade de garantir o direito social dos empregados à justa remuneração, pelo valor do trabalho.

O presente artigo pretende investigar a possibilidade da instituição de remuneração variável a empregados de organizações da sociedade civil frente à vedação de distribuição resultados, sobras e excedentes operacionais, de quaisquer espécies, compatibilizando o sistema da justa remuneração com a regra proibitiva mencionada.

2. A INFASTABILIDADE DO DIREITO DO EMPREGADO DO TERCEIRO SETOR À PERCEPÇÃO DA REMUNERAÇÃO VARIÁVEL COMO PROTEÇÃO JURÍDICA E SOCIOLOGICA EM TORNO DA RELAÇÃO DE TRABALHO

A remuneração variável é definida como uma “recompensa” atrelada à medição do desempenho profissional, sendo convencionalmente denominada *pay for performance*, remuneração flexível, ou, ainda, remuneração estratégica.¹³ A remuneração variável, então, é um conjunto de instrumentos de recompensa (variável) que complementa o salário fixo do trabalhador, muito praticada em situações como comissões sobre vendas, prêmios por produção e outras formas similares de bonificação.

No sistema jurídico brasileiro, a remuneração variável aparece, de forma mais genérica, na disposição do artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal¹⁴, que estabelece como direito social do trabalhador a “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”.

Em sentido mais técnico, a remuneração variável encontra previsão normativa no artigo 457 da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT¹⁵, segundo o qual esse instrumento corresponde, na remuneração do empregado, a toda a demais contraprestação do serviço e as gorjetas que receber, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, para todos os efeitos legais. As parcelas pagas a título de remuneração variável não estão vinculadas às regras rígidas das normas trabalhistas, especialmente às disposições do artigo 459 da CLT¹⁶, admitindo prazos mais dilatados, quando preenchidas as condições necessárias à sua plena implementação.

Nas normas e convenções internacionais, não se encontra uma disposição específica sobre o pagamento da remuneração variável. O único registro do qual se tem notícia é a disposição constante do artigo 11 da Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, firmada em Bogotá

¹³ FERREIRA, Eliésio Luiz. A remuneração variável como instrumento de gestão no Tribunal de Contas da União – TCU, Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

¹⁴ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

¹⁵ 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>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

¹⁶ 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>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

no ano de 1948¹⁷, que contempla o direito dos trabalhadores de participar dos lucros das empresas mediante bases de equidade, conforme montante especificado em lei.

Vários estudos estrangeiros tratam estabelecem uma correlação entre a remuneração dos gestores e o desempenho organizacional conforme amplamente documentados. Nos Estados Unidos, K. J. Murphy, por exemplo, desde a década de 80, já indicava essa prática de vinculação da melhor remuneração de executivos como a forma mais assertiva de gestão de pessoas, a traduzir fator de sucesso organizacional no mundo contemporâneo.¹⁸ Procurando, igualmente, avançar na pesquisa da gestão executiva eficiente com base na melhor remuneração profissional em prol do alcance de melhorias corporativas, G. Brunello e B. Parigi concluíram, após largo estudo, que, realmente, a defesa da propriedade (de qualquer espécie de ativo) em prol de resultados está mais presente quando o corpo diretivo olha, de forma mais sensível, para os critérios de remuneração de seus executivos.¹⁹

Na opinião da doutrinadora Maria Zélia Souza e dos demais autores de seu compêndio sobre aspectos da gestão moderna, a função principal da remuneração variável é “vincular remuneração ao desempenho, criando mecanismos de incentivo para o alcance de objetivos e superação de desafios que se colocam periodicamente para as empresas, equipes e indivíduos”²⁰.

Os valores pagos sob o título de remuneração variável são assim denominados porque estão relacionados com os resultados à respectiva organização, tendo como critérios a avaliação de desempenho de sua estrutura orgânica, indivíduos, equipes e unidades de negócio.

À vista dessas considerações, a remuneração variável não constitui vantagem paga a empregados de forma discricionária ou aleatória, mas é um sistema resultante do atingimento de critérios objetivos, por meio dos quais é possível aferir um comportamento individual em prol da persecu-

¹⁷ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES - OAS. Documentos Básicos em Matéria de Direitos Humanos no Sistema Interamericano. Disponível em: < <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/intro.pdf> >. Acesso em: 31 mar. 2020.

¹⁸ MURPHY, K. J. Executive compensation. In.: Handbook of Labor Economics, 3rd part, 1999, p. 2485-2563.

¹⁹ BRUNELLO, G. et al.. Executive compensation and firm performance in Italy. In.: International Journal of Industrial Organization, 1999, p. 133-161.

²⁰ SOUZA, Maria Zélia de Almeida et al. Cargos, carreiras e remuneração. reimpressão. Série gestão de pessoas. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 95.

ção de melhorias à corporação, advindas do trabalho.

Atualmente, a remuneração variável ocupa cada vez mais espaço nas organizações em geral e a sua aplicação representa uma tendência cada vez maior. Segundo levantamento da PwC Brasil, 80% das empresas selecionadas para uma pesquisa sobre o tema utilizam alguma forma de remuneração variável.²¹

Isso decorre de que, nos sistemas mais modernos de gestão administrativa, a remuneração de empregados deixa de ser enquadrada como uma simples despesa com pessoal e tende a ser repensada como um investimento, consistente em fator de aperfeiçoamento que impulsiona os processos de trabalho e aumenta a competitividade, traduzindo melhores resultados à organização.²²

É sob esse viés que a instituição de (adequado) sistema de remuneração variável se torna um importante instrumento de gestão estratégica, criando mecanismos que possibilitem a conjugação da justa remuneração com os objetivos da organização, permitindo alcançar ou melhorar o resultado e o desempenho corporativo.

Como mencionado, as organizações da sociedade civil são proibidas de distribuir excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, inclusive a seus empregados, devendo aplicar os recursos e o seu patrimônio integralmente na consecução de suas finalidades primárias. A eventual transgressão a essa regra traduz consequências de elevada nocividade à respectiva organização do Terceiro Setor, especialmente na seara tributária, com a formação, muitas vezes, de elevado passivo.

Caracterizada a distribuição indevida, a qualquer título, de rendas ou excedentes, no campo tributário, por exemplo, a instituição perde a imunidade ou a isenção por ofensa ao artigo 14, inciso I, do Código Tributário Nacional²³.

²¹ FERREIRA, Eliésio Luiz. A remuneração variável como instrumento de gestão no Tribunal de Contas da União – TCU, Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

²² WOOD, Thomaz Junior; PICARELLI, Vicente Filho. Remuneração estratégica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

²³ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

Esse assunto – suspensão da imunidade ou da isenção tributária – está disciplinado na Seção I, do Capítulo IV, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996²⁴, que trata especificamente do procedimento aplicável na Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB em virtude de falta de observância de requisitos legais. Como consequência, no caso de infração legal, a autoridade administrativa-tributária deve efetuar o lançamento dos tributos decorrentes, incluindo na apuração do valor do crédito tributário todos os consectários legais, a partir do afastamento da imunidade ou da isenção tributária. Essa é apenas uma das consequências que podem advir da infração à lei imperativa, no caso de inobservância à vedação de distribuição de patrimônio, renda ou excedentes, inclusive a empregados.

De fato, o afastamento da imunidade e da isenção tributária implica na constituição do crédito tributário decorrente, no âmbito federal, da incidência do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, da contribuição para os Programas de Integração Social – PIS, da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, da contribuição previdenciária patronal – INSS (cota parte do empregador); nos âmbitos estadual e municipal, do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS sobre operações tributáveis; do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores – IPVA, do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU e do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações tributáveis. Sobre o valor principal do tributo, incidem todos os acréscimos, como juros de mora, correção monetária e multa, assumindo o total do crédito apurado, muitas vezes, um valor elevado. É também comum os administradores da organização serem responsabilizados pessoalmente, de forma solidária ou subsidiária, pelo valor do crédito tributário constituído, na forma como disciplina o artigo 135 do Código Tributário Nacional.²⁵ Por isso, as organizações da sociedade civil são resistentes à implementação de um sistema de remuneração variável em favor de seus empregados.

²⁴ BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

²⁵ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

Em termos práticos, configurada violação à lei imperativa, como procedimento preliminar, a autoridade administrativa-tributária deve instaurar processo fiscal para, em primeiro passo, suspender a imunidade ou a isenção tributária e, posteriormente, efetuar o lançamento, consistente em atividade vinculada destinada à constituição do crédito tributário por meio da verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinação da matéria tributável, apuração do montante do tributo devido, na forma do que prevê o artigo 142 do Código Tributário Nacional.²⁶

A reação negativa à implementação da remuneração variável a empregados das organizações da sociedade civil, sob a justificativa de vedação à distribuição de patrimônio, renda ou excedentes, a qualquer título, decorre, porém, de aparente desconhecimento da legislação em vigor, retraindo, com isso, o esperado avanço de direitos sociais e sonogando valor do trabalho com justa remuneração. É possível compatibilizar o pagamento de remuneração variável a empregados de organizações da sociedade civil e a vedação à distribuição indevida de parcelas de patrimônio da entidade, permitindo, assim, manter uma conformidade com a ordem jurídica na implementação dessa nova prática, de elevado valor social.

A remuneração variável não representa um sistema de bonificação benemerente e gratuito e, para isso, deve estar atrelado a resultados. Assim, atendem-se aos requisitos legais impostos às organizações da sociedade civil. Da mesma forma como nas organizações em geral, nas entidades do Terceiro Setor, o pagamento de remuneração variável (que é uma possibilidade de incentivo na busca de melhores resultados) pressupõe a implementação de um sistema estruturado que permite monitorar e gerir de forma eficaz o desempenho individual, por equipe ou centro de atividade.

Para possibilitar, com maior segurança, a implementação de um sistema de remuneração variável a empregados, o primeiro apontamento a ser observado é a recomendação da existência de previsão estatutária para essa modalidade de incentivo ou retribuição. Com isso, às organizações da sociedade civil que optem por esse modelo de justa remuneração pelo esforço de seus empregados, sugere-se acrescentar, nos respectivos estatutos, cláusula prevendo o estabelecimento da remuneração variável, desde

²⁶ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

que atingidos critérios prévios que traduzam, objetivamente, indicadores de qualidade, índices de produtividade, metas e objetivos a serem alcançados, consolidados em programa que deverá ser previamente aprovado pelos órgãos estruturantes da entidade.

Não há uma orientação legislativa para a inserção da cláusula permissiva à remuneração variável nos atos constitutivos das organizações do Terceiro Setor. Aliás, esse tema sequer é tratado em termos normativos. A sugestão de realização dessa indicação decorre de paralelismo à previsão estatutária de remuneração de dirigentes que atuem na gestão executiva, o que veio a se tornar uma possibilidade quando do início da vigência da Lei nº 13.151, de 28 de julho de 2015. A citada norma, que possibilitou a remuneração de dirigentes, até então vedada expressamente no ordenamento jurídico, alterou o sistema tributário nacional, para afastar o risco de perda da imunidade ou da isenção tributária, sob a premissa da profissionalização da gestão. Essa mesma premissa, de profissionalização e efetivação de justa remuneração no âmbito das organizações da sociedade civil, é que orienta a remuneração variável em favor de seus empregados e, assim, toda a disciplina utilizada para a remuneração de dirigentes pode – e deve, para uma maior segurança jurídica – ser aplicável no novo sistema sugerido para concretude de reconhecimento ao valor social do trabalho. Por isso, é recomendável expressar a possibilidade de remuneração variável sob critérios objetivos no estatuto das organizações da sociedade civil, até mesmo para garantir a necessária transparência da gestão.

Assim, o permissivo à remuneração variável nas organizações da sociedade civil pode (e deve) constar de regra estatutária, com uma previsão mais abrangente de vinculação da justa remuneração ao atingimento de critérios objetivos previamente definidos, com indicadores de qualidade, índices de produtividade, metas e objetivos a serem alcançados, como reflexo de um sistema estruturado de definições estratégicas.

Vê-se, cada vez com mais segurança, que a remuneração variável não constitui ato gracioso da organização da sociedade civil em benefício de seus empregados, mas, quando efetivada, decorre do alcance a critérios objetivos previamente definidos, que traduzem uma melhoria institucional, a ser retribuída pela justa remuneração.

Para a definição de critérios objetivos, de forma a afastar eventuais questionamentos na implementação do sistema de remuneração variável, é primordial construir e aprovar instrumentos auxiliares da gestão executiva, que permitam a definição de mecanismos sistêmicos, a partir da evidencia-

ção de processos metodológicos para contextualizar e definir elementos primários em torno do funcionamento e da organização da entidade.

Assim, é esperado que todo o contexto organizacional esteja traduzido nesses normativos internos, os quais devem definir, minimamente, a missão, a visão e os valores institucionais, assim como apresentar as ações, as metas e os objetivos, de forma clara para viabilizar às unidades internas, aos órgãos de controle externo e até mesmo à sociedade civil o posterior acompanhamento da execução das atividades propostas, considerando, como mencionado, os critérios bem definidos.

Na linha estruturante de documentos internos, consideram-se o planejamento estratégico, o plano anual de atividades e o plano de cargos e salários, os quais devem ser previamente aprovados pelos órgãos internos da organização para permitir obter regras claras de funcionamento e duração da entidade a longo, médio e curto prazo.

O planejamento estratégico pressupõe metodologia em um regime temporal mais longo, geralmente quinquenal. O plano anual de atividades é instrumento auxiliar de gestão com definição temporal mais imediata, de um ano ou mesmo ciclos menores, que permitam alcançar um sistema estruturado de avaliação institucional. Para uma gestão efetiva do atingimento dos resultados organizacionais, esses documentos devem conter critérios possíveis de aferição de metas e extração de indicadores de qualidade e índices de produtividade, considerando o prévio estabelecimento de objetivos a serem alcançados, resultados esperados e outras variáveis em termos de pontos a serem atingidos e definições estratégicas.

Além da construção desses instrumentos auxiliares de gestão (apropriados para a definição de objetivos, metas e indicadores estratégicos) é também imprescindível, no contexto da remuneração variável, a implementação de um plano de cargos e salários que estabeleça a realização de avaliação de desempenho por competência.²⁷

Portanto, a implementação da sistemática para a instituição de um modelo mais adequado de remuneração variável, com base em uma análise de desempenho, perpassa pela necessidade de contextualização do papel efetivo da organização da sociedade civil, com a construção de pressupostos mínimos de seu valor social.

²⁷ Livia Barbosa ensina que o desempenho e a sua avaliação são importantes instrumentos gerenciais, dentro do que denomina, em sua obra, de meritocracia (BARBOSA, Livia. Igualdade e meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999).

Na implementação da remuneração variável a empregados, outras questões também merecem ampla discussão. É necessário definir as condições de elegibilidade da premiação por desempenho e também os critérios do fundo ou montante a ser distribuído;²⁸ estabelecer limites da remuneração variável garantindo que essa parcela não seja excessiva ou reduza o nível de serviço;²⁹ e respeitar padrões éticos, atrelando a estruturação e a implementação da remuneração variável a objetivos de produtividade, definindo claramente os critérios sob os quais as pessoas serão avaliadas e relacionando as realizações individuais a aspectos de performance estabelecidos.

Apenas para estimular a reflexão, cumpre destacar que a doutrina especializada recomenda não restringir a destinação da vantagem da remuneração variável a um grupo específico de empregados. Ao contrário, Jeffy Haber defende incluir os profissionais da equipe administrativa no sistema de remuneração variável, de forma a não gerar um sentimento de segregação interna.³⁰ Ressalva-se, todavia, que, inclusive à equipe administrativa, devem permanecer critérios objetivos para o atingimento do direito à remuneração variável, já que, se o pagamento recair sob critérios aleatórios, haverá a desconfiguração da essência do instituto, caracterizada pela justa remuneração decorrente do melhor desempenho.

Destarte, a remuneração variável a empregados é um aspecto evolutivo da gestão de pessoas nas organizações da sociedade civil e possível de implantação. Como dito, esse mesmo avanço decorrente da necessidade de profissionalização no Terceiro Setor já foi superado para dirigentes (ou na acepção legislativa, aqueles que atuam na gestão executiva), quando, com a edição da Lei nº 13.151, de 28 de julho de 2015³¹, possibilitou-se estabelecer remuneração, respeitados como limites máximos os valores

²⁸ ROCCO, James E. Making incentive plan work for nonprofits. *Nonprofit World*. Madison, v. 9, n. 4, start page 13, jul-ago/91.

²⁹ HABER, Jeffry A. Bonus: not a dirty world. *Nonprofit World*. Madison, v. 13, n. 2, start page 49, mar-apr/95.

³⁰ HABER, Jeffry A. Bonus: not a dirty world. *Nonprofit World*. Madison, v. 13, n. 2, start page 49, mar-apr/95.

³¹ BRASIL. Lei nº 13.151, de 28 de julho de 2015. Altera os arts. 62, 66 e 67 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, o art. 12 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, o art. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e o art. 29 da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, para dispor sobre a finalidade das fundações, o prazo para manifestação do Ministério Público sobre suas alterações estatutárias e a remuneração dos seus dirigentes; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação, devendo seu valor ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado em ata, com comunicação ao Ministério Público. Antes, a remuneração de dirigentes podia caracterizar distribuição indevida de patrimônio, renda e excedentes das organizações, o que já restou superado. Esses mesmos pressupostos em torno da profissionalização da gestão devem ser utilizados na interpretação do cipoal normativo aplicável ao segmento, para reconhecer possível a instituição de um sistema de remuneração variável a empregados de organizações da sociedade civil.

Embora ainda tímida na doutrina especializada por representar uma inovação na defesa do direito social de empregados de organizações da sociedade civil, a posição defendida neste artigo já foi encampada por José Antônio Monteiro Hipólito, em tese extraída do banco de dados da Universidade de São Paulo – USP, conforme evidencia o trecho reproduzido a seguir:

Os argumentos, motivos e justificativas em favor da adoção de planos de incentivo do Terceiro Setor são muito bons e, em sua maioria, seguem o mesmo discurso presente nas organizações de Mercado. Dentre eles apresentam-se como mais relevantes a capacidade destes sistemas em direcionar a organização para resultados e, assim, torna-la mais eficiente, o estímulo à performance individual; a expectativa de aumento na colaboração entre os empregados; a promoção de um claro entendimento de contribuição individual para performance como um todo; flexibilidade que proporcionam ao plano de compensação, permitindo a gestão mais prudente que não compromete o futuro da organização; e, principalmente, a possibilidade de incrementar a capacidade destas organizações de competirem por mão de obra especializada.³²

A comentada tese não contempla uma análise jurídica e sociológica em torno da remuneração variável, objetivo deste artigo. Porém, a sua menção visa corroborar que, no contexto da administração e da gestão de pessoas, a remuneração variável a empregados de organizações da sociedade civil não constitui mera bonificação ou distribuição benemerente de excedentes operacionais, mas caracteriza-se como uma importante ferramenta de gestão de pessoas, que procura garantir o direito social de trabalhadores no que se refere à obtenção de uma justa remuneração.

³² HIPÓLITO, José Antônio Monteiro. Recompensa em organizações que atuem no Terceiro Setor: análise de seus pressupostos orientadores. Banco de Teses da USP, 2004.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A implementação de sistemas de remuneração variável tem sido amplamente discutida como uma possibilidade nas organizações dos setores públicos e do mercado privado, pelo reconhecimento da correlação em estabelecer uma justa remuneração a empregados e os benefícios corporativos advindos das oportunidades de melhoria para o crescimento orgânico, a partir da aferição do desempenho individual sob critérios objetivos.

Em contrapasso a esse avanço já vivenciado nos demais setores da economia, no Terceiro Setor, porém, a remuneração variável a empregados tem enfrentado resistência.

O principal – e talvez único fundamento para a negativa do direito social à justa remuneração pelo desempenho por competência – é de que essas entidades do Terceiro Setor, independente de sua forma jurídica, não podem, por vedação normativa, distribuir, inclusive entre seus empregados, resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, devendo aplicar integralmente sua receita e patrimônio, integralmente, nas suas respectivas finalidades.

Não restam dúvidas de que a remuneração variável pelo estímulo a empregados é uma importante proposta de incentivo ao atingimento de melhor desempenho e fator de melhoria, inclusive nas organizações da sociedade civil.

No Terceiro Setor, esse direito social, que inclusive vai em benefício da própria organização empregadora, não pode ser sonogado.

A remuneração variável a empregados, a partir de um sistema harmônico bem construído, não caracteriza distribuição (ilícita) de resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do patrimônio institucional.

Ao revés, a implementação de um adequado sistema de remuneração variável em favor de empregados de organizações da sociedade civil constitui dever à concretude do direito social consistente na concessão de uma justa remuneração pela força de trabalho, mediante o estabelecimento de critérios objetivos variáveis.

Essa garantia ao trabalhador em torno da justa remuneração a partir de uma avaliação de desempenho não pode ser sonogada pela interpretação errônea da legislação aplicável ao Terceiro Setor, no que se refere à

proibição de distribuição de parcela de patrimônio, renda e excedentes, a qualquer título.

A instituição da remuneração variável aos empregados das organizações da sociedade civil, de forma adequada, não representa, sob nenhum aspecto, violação aos aspectos determinantes de legalidade, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, desde que haja uma definição clara dos limites e das condições para que esses pagamentos ocorram dentro de uma regularidade. Por isso, não se pode sonegar a garantia de relevante direito social do trabalhador, ao falacioso argumento da proibição de implementação da remuneração variável nas organizações da sociedade civil.

Além do evidente retrocesso em termos sociais pela mera negação de implementação desse inovador sistema, a remuneração variável é reconhecida como um instrumento importante de gestão administrativa, que pode traduzir em oportunidades de melhoria, como fator motivacional dentro dos preceitos de recompensa pelo desempenho individual.

Desse modo, com a conjugação interpretativa dos pressupostos legislativos que guarnecem o Terceiro Setor, espera-se uma evolução de pensamento para reconhecer o valor social do trabalho e, proteger a relação de trabalho em toda sua amplitude, garantindo a empregados, sempre que possível, a concretude do direito à justa remuneração, com a implementação de um adequado sistema de remuneração variável, conforme permite a legislação em vigor e recomendam os métodos mais modernos de administração e gestão corporativa, dando concretude aos direitos sociais conquistados na sociedade moderna.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Livia. Igualdade e meritocracia: a ética do desempenho nas sociedades modernas. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.151, de 28 de julho de 2015. Altera os arts. 62, 66 e 67 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, o art. 12 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997, o art. 1º da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, e o art. 29 da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009, para dispor sobre a finalidade das fundações, o prazo para manifestação do Ministério Público sobre suas alterações estatutárias e a remuneração dos seus dirigentes; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRUNELLO, G. et al.. Executive compensation and firm performance in Italy. In.: International Journal of Industrial Organization, 1999.

COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. São Paulo: SENAC, São Paulo, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERREIRA, Eliésio Luiz. A remuneração variável como instrumento de gestão no Tribunal de Contas da União – TCU, Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

GALBRAITH, John Kenneth. A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

HABER, Jeffrey A. Bonus: not a dirty world. Nonprofit World. Madison, v. 13, n. 2, start page 49, mar-apr/95.

HIPÓLITO, José Antônio Monteiro. Recompensa em organizações que atuem no Terceiro Setor: análise de seus pressupostos orientadores. Banco de Teses da USP, 2004.

MURPHY, K. J. Executive compensation. In.: Handbook of Labor Economics, 3rd part, 1999.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES – OAS. Documentos Básicos em Matéria de Direitos Humanos no Sistema Interamericano. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/intro.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

PAES, José Eduardo Sabo. Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 7. ed. São Paulo: Forense, 2010.

ROCCO, James E. Making incentive plan work for nonprofits. Nonprofit World. Madison, v. 9, n. 4, start page 13, jul-ago/91.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In.: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SOUZA, Maria Zélia de Almeida et al. Cargos, carreiras e remuneração. reimpressão. Série gestão de pessoas. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

WOOD, Thomaz Junior; PICARELLI, Vicente Filho. Remuneração estratégica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIREITO EMPRESARIAL

COMPLIANCE E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: GESTÃO DE RISCOS E SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

JAQUELINE DI DOMENICO¹

Resumo: O artigo objetiva uma reflexão sobre a **gestão de riscos e segurança da informação de uma organização** bem como sobre a **importância da atenção redobrada do departamento de Compliance**, tendo em vista os novos modelos de negócios oriundos de um **cenário de crise** a exemplo das medidas adotadas após a declaração, pela Organização Mundial de Saúde (OMS), da pandemia da COVID-19, destacando a fundamental adaptação às inovações tecnológicas e legislativas, sobretudo à Lei Geral de Proteção de Dados – Lei 13.709/2018 (LGPD).

Palavras-chave: *Compliance*. Conformidade. COVID-19. Gestão de Riscos. Lei de Proteção de Dados. Segurança da Informação.

INTRODUÇÃO

Desde a declaração pela OMS, em março de 2020, da situação de pandemia, as organizações, objetivando minimizar os efeitos da quarentena e do isolamento social, diligenciaram rapidamente para a preservação de suas atividades. É sabido, no entanto, que ambientes de crise - onde são exigidas mudanças abruptas e a realização de atividades muitas vezes sem a definição de processos de trabalho claros - são mais propícios a fraudes, requerendo da frente de *Compliance* ação mais atenta à gestão de riscos e à conformidade das mudanças negociais e das operações com a lei, estandartes e diretivas empresariais.

¹ Advogada, Presidente do escritório Domenico Advogados Associados, especialista em Direito Público e Eleitoral, atuante principalmente nas áreas de direito tributário, empresarial e agronegócio. Membro Efetiva dos Instituto dos Advogados dos Distrito Federal – IADF.

Em complemento, outro ponto que merece ser observado é a migração de muitas organizações para plataformas virtuais mediante o uso de novas tecnologias² por empresas que, impedidas de manter as atividades laborais de forma presencial, se viram obrigadas a utilizar ferramentas digitais que até então pouco utilizavam ou eram desconhecidas.

Diante desse novo panorama, questiona-se: a segurança da informação está mantida quanto aos dados que trafegam por redes domésticas? Os dados que trafegam sem um especial cuidado estão mais vulneráveis? Qual a responsabilidade da empresa no caso de vazamento de informações decorrentes dessas redes sensíveis?

Dentro desse contexto, serão analisados pontos cruciais que merecem especial atenção e atuação da área de *Compliance*, tendo em vista as transformações geradas pela mudança dos modelos de negócios, especialmente para o *home office*, e a gestão de riscos inerentes ao ambiente digital, destacando desafios a serem enfrentados e soluções que podem ser implementadas sob a ótica dos preceitos da Lei Geral de Proteção de Dados, de forma a minimizar os riscos oriundos desse momento disruptivo.

2. COMPLIANCE E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: GESTÃO DE RISCOS E SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO

A pandemia do coronavírus (Covid-19) terá impactos significativos e ainda não completamente dimensionados sobre a sociedade. Trata-se de um acontecimento ímpar na história, dado que, no passado, epidemias parecidas se desenvolveram em um cenário de ínfima integração entre países e pessoas, divisão do trabalho e densidade populacional, se comparadas a atualidade³.

Durante o atual período, houve um crescimento do uso da tecnologia por muitas empresas que precisaram implementar o *home office*, de forma inesperada, ou até mesmo oferecer serviços mediante *delivery*, passando a utilizar aplicativos e sites como ferramentas, inclusive, para o cadastramento de clientes.

² É necessário esclarecer que a nova tecnologia é aquela utilizada em substituição a procedimentos anteriormente adotados na empresa. Assim, ferramentas de videoconferência, até então não utilizadas, e que passaram a substituir reuniões presenciais, podem ser exemplificadas como novas tecnologias em uso pelas organizações.

³ IPEA. Ciência e Tecnologia frente à pandemia. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/cts/pt/central-de-conteudo/artigos/artigos/182-corona>>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

É certo que, para muitas dessas empresas, essas foram as saídas encontradas para que as operações não fossem totalmente interrompidas e, ampliando para o cenário mundial, entende-se que há atividades que são essencialmente fundamentais e necessitam de continuidade ainda que em períodos como esse, necessitando de constante e ágil adaptabilidade para manutenção do funcionamento.

Observa-se ainda que, muitas dessas organizações, após análise do crescimento da produtividade subsequente à adoção do *home office* - também chamado de teletrabalho -, às plataformas tecnológicas digitais e a evidente redução de custos de suas atividades passarão a adotar esse regime de forma definitiva, ainda que de modo híbrido, após cessada a obrigatoriedade das medidas oriundas da pandemia.

Destaca-se que as empresas que dispunham de equipamentos eletrônicos portáteis como celulares institucionais e *laptops* forneceram essas ferramentas para que seus colaboradores pudessem dar continuidade ao labor em suas residências com o mínimo de segurança, no entanto, tais empresas não correspondem à maior parte das organizações no mercado brasileiro.

Além disso, no ambiente doméstico, ainda que utilizados equipamentos institucionais com programas de segurança de dados instalados para evitar a invasão por terceiros, são utilizadas redes privadas de internet sem muitas barreiras para eventuais interferências no processo de recebimento e envio de informações, mitigando os efeitos de segurança proporcionado por aqueles equipamentos.

Para exemplificar, imagine um bancário trabalhando de casa. Se em dado momento utilizar o seu celular pessoal para entrar em contato com um cliente, a gravação não ficará armazenada (procedimento automatizado quando realizado no ambiente organizacional), ou poderá acessar informações privadas de clientes da instituição financeira na presença de membros da família, de forma a corromper o sigilo até então resguardado, podendo até autorizar transações por meio de uma rede de internet doméstica, que não conta com a proteção ideal da rede corporativa.

Observa-se que a gestão de riscos é fundamental para garantir o funcionamento de toda a estrutura tecnológica da empresa, englobando a segurança da informação, e minimizar as possibilidades de erros, ataques cibernéticos e fraudes, já que a vulnerabilidade e riscos que podem comprometer as informações da empresa são cada vez maiores.

Nesse sentido, a implementação da LGPD como marco regulatório infraconstitucional da política de proteção de dados pessoais e privacidade é de suma importância, vez que seu objetivo é criar uma cultura de respeito e proteção à privacidade dos dados, matéria até então não disciplinada de maneira completa e específica no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 O fundamento Constitucional da proteção de dados pessoais – Garantia à Privacidade

Importante consignar que dispor sobre a proteção de dados pessoais é dispor sobre a garantia constitucional da privacidade. Tal reflexão incrementa a responsabilidade das organizações públicas e privadas no manejo de seus bancos de dados, físicos e virtuais.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o direito à privacidade engloba a proteção à vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas, sendo consectário do postulado da dignidade da pessoa humana. Assim, como na Europa, o direito à privacidade no Brasil comporta interpretação ampla⁴.

Nos dizeres do Constitucionalista Dirley da Cunha Junior,

“Diferentemente das Constituições anteriores, a Magna Carta de 1988 tratou de proteger a privacidade, declarando, no art. 5º, X, que 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 violação⁵.”

Dessa forma, tem-se que a proteção de dados pessoais se insere no conceito constitucional de proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, visto que tais dados – a exemplo de nome, sobrenome e CPF – possibilitam o acesso de terceiros às diversas esferas da intimidade de seu titular, a saber: família, origens e inclusive situação econômica.

⁴ TAVARES, Leticia Antunes; Alvarez, Bruna Acosta. Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil. TJSP – Obras Jurídicas, 2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%204.pdf?d=636680444556135606>. Acesso em 25 de mai de 2020.

⁵ JUNIOR, 2018, p. 626

Proteger os dados pessoais do cidadão consiste na manutenção de suas escolhas em sigilo e a prevenção ao acesso indesejado de terceiros em sua esfera familiar e pessoal. É, conseqüentemente, proteger também sua honra objetiva, posto que não se divulgam ou se presumem conceitos a respeito sem o seu consentimento. Nesse sentido,

[...] “Tem-se que a privacidade consiste na faculdade que cada indivíduo tem de obstar a intromissão de estranhos na sua vida particular e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações e eventuais divulgações, protegendo-se a manifestação existencial do indivíduo⁶”

No entanto, apesar da expressa proteção constitucional à privacidade, a Carta Maior não previu, expressamente, a proteção aos dados pessoais, seja pelo momento de sua promulgação ou pela imprevisão do constituinte acerca do atual cenário tecnológico. Esse entendimento restou consignado inclusive na ocasião do julgamento do RE 418416 pelo Supremo Tribunal Federal em 2006, em que se decidiu 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’, ainda quando armazenados em computador⁷”.

Afastada a proteção expressa aos dados pessoais pela Corte Suprema, o tema ficou por anos sendo disciplinado por diplomas legislativos esparsos⁸, de maneira parcial, sem contar com um marco legislativo específico até o advento da LGPD em 2018.

Ante as inovações tecnológicas e a constante migração dos bancos de dados das plataformas físicas para as digitais, a LGPD surgiu, oportunamente, como um marco infraconstitucional no Brasil destinado a regular de maneira ampla a matéria, trazendo como um de seus fundamentos o respeito à privacidade, em total consonância com o texto constitucional⁹.

⁶ JUNIOR, 2018, p. 626

⁷ RE 418416, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2006, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-06 PP-01233

⁸ Tratavam sobre proteção de dados antes do advento da LGPD a Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor e a Lei 12.965/2014 - Marco Civil da Internet.

⁹ LGPD - Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade:[...]

Portanto, a proteção de dados pessoais pelas organizações vai além de ser mais um instrumento à efetivação do *Compliance*, tornando-se medida de expressa determinação constitucional.

2.2 Gestão de Riscos e Segurança da Informação no âmbito da Proteção de Dados Pessoais

Toda organização com cadastramento de clientes está sujeita à LGPD, e a adequação das atividades organizacionais, a fim de reforçar a segurança é medida impositiva da referida norma.

Como brevemente introduzido anteriormente, a LGPD protege os direitos fundamentais de liberdade e privacidade, além de potencializar o princípio da segurança jurídica mediante a padronização de normas e práticas que promovem a proteção, de forma igualitária, dentro do país e no mundo, dos dados pessoais de todo cidadão que esteja em território nacional.

Na Europa, a *General Data Protection Regulation* (GDPR) – inspiração para a lei brasileira – vigora desde 25 de maio de 2018, fazendo com que entidades e empresas na União Europeia tivessem de se adaptar as suas exigências¹⁰.

Um ponto da LGPD que merece especial atenção do departamento de *Compliance* é o artigo 50, o qual prevê que os responsáveis pela gestão da base de dados pessoais terão que redigir normas de governança, adotar medidas preventivas de segurança, replicar boas práticas e certificações existentes no mercado.¹¹ As organizações terão de iniciar uma jornada rumo à conformidade, de acordo com o estudo realizado pela KPMG:

¹⁰ CASTRO, L. F. M. Proteção de dados pessoais – panorama internacional e brasileiro. Revista CEJ, v. 6, n. 19, p. 40-45, 23 dez. 2002.

¹¹ LGPD - Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

(...) I - implementar programa de governança em privacidade que, no mínimo:

a) demonstre o comprometimento do controlador em adotar processos e políticas internas que assegurem o cumprimento, de forma abrangente, de normas e boas práticas relativas à proteção de dados pessoais;

b) seja aplicável a todo o conjunto de dados pessoais que estejam sob seu controle, independentemente do modo como se realizou sua coleta;

[...] “Conforme as empresas avançam, elas tendem a se concentrar mais na prevenção e detecção e menos na resposta, o que lhes permite passar a ver a área de *Compliance* como um investimento e obter economias significativas. As empresas mais avançadas também migram para uma maior centralização e integração do programa. Para a maioria das empresas, a jornada rumo à conformidade será uma evolução e alinhamento contínuos entre os requisitos e expectativas regulatórias e o perfil de risco, cultura, objetivos estratégicos e financeiros e modelos de negócios e operacionais da empresa¹². [...]”

As empresas terão que elaborar ainda, de acordo com a LGPD, planos de contingência, bem como realizar auditorias e resolver incidentes com agilidade. Na esfera prática, na hipótese de vazamento de dados, por exemplo, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e os indivíduos afetados devem ser imediatamente avisados. Em complemento, a lei esclarece que:

Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo pelo qual é realizado;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado¹³.

Assim, as organizações públicas e privadas terão de implementar programas de integridade para garantir a conformidade, promover melhores resultados e assegurar a sua sustentabilidade. Caso contrário, estariam expostas a riscos que vão desde a aplicação de multas à sanção reputacional que pode ser fatal para suas operações¹⁴.

As falhas de segurança podem gerar multas de até 2% do faturamento anual da organização no Brasil – e no limite de R\$ 50 milhões por infra-

¹² KPMG, Pesquisa Maturidade do Compliance no Brasil. 2ª Ed, p.3

¹³ BRASIL, 2018.

¹⁴ Tavares de Souza Barreto -- Brasília: Enap, 2019. 240 p.

ção¹⁵. A norma prevê, inclusive, a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão da Presidência da República, com autonomia técnica e decisória¹⁶. Inere-se o poder fiscalizatório do Estado sobre o tema¹⁷.

A autoridade nacional fixará níveis de penalidade segundo a gravidade da falha, garantindo procedimento que assegure o contraditório, e enviará alertas e orientações antes de aplicar sanções às organizações.

É imprescindível que as empresas reinventem seus fluxos de trabalho e contemplem processos que garantam suas operações e se adequem às especificações da LGPD. Nas atividades que envolvem maior índice de erros ou fraudes é fundamental manter o *Due Diligence*¹⁸ de maneira a minimizar os riscos e evitar prejuízos. Ressaltando, sempre, a responsabilidade das organizações na preservação da intimidade daqueles que lhes confiaram seus dados pessoais.

No que se refere à gestão de riscos na administração da segurança da informação, o principal desafio é proteger um dos ativos mais valiosos da organização – a informação – assim como a reputação e a marca da empresa. Para tanto, é necessário garantir a efetividade do programa de *Compliance*, de modo que o cumprimento de regulamentações e a promoção de ações corretivas e preventivas sejam eficazes.

A introdução de inovações tecnológicas já foi equiparada a um “choque exógeno”, que atuaria sobre as empresas, provavelmente provocando reestruturações abrangentes. Tal introdução também pode ser encarada como o momento de se promover na empresa mudanças fundamentais para o desenvolvimento e melhoria na qualidade de vida dos colaboradores.

Implementados os fluxos de trabalho adequados, outras ações importantes a serem adotadas pelo departamento de *Compliance* dentro da organização são a conscientização e treinamento constantes da alta li-

¹⁵ LGPD – Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

¹⁶ BRASIL, LGPD. Arts. 55-A e 55-B.

¹⁷ BRASIL, LGPD. Arts. 52, 53, 54.

¹⁸ Segundo cartilha da Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE), o *due diligence* – processo de avaliação de riscos prévio, é essencial para qualquer companhia, seja uma grande corporação ou pequenas e médias empresas.

derança e dos colaboradores, a assinatura, por parte destes, de termos de confidencialidade e responsabilidade de uso das informações e equipamentos, e assegurar que os canais de denúncias estejam funcionando corretamente.

Conforme delineado alhures, a quarentena e o distanciamento social mudaram as relações interpessoais e comerciais, acelerando a transformação digital no mundo dos negócios. Tribunais, escolas, escritórios, supermercados, academias, igrejas, bancos, artistas, entre muitos outros, têm inovado seu modo de acesso e relacionamento com os clientes.

Essa transformação também acarretou mudança no comportamento dos clientes, que ficaram mais expostos ao mundo digital como uma forma de manter suas relações profissionais, bem como pessoais.

Os impactos, extensão e desafios decorrentes ainda não podem ser dimensionados de forma integral, mas **é sabido** que serão profundos e que muitos se tornarão definitivos, e, as organizações que conseguirem definir um planejamento estratégico que alinhe todo o ecossistema com as condições vigentes, serão empresas vencedoras que utilizaram da mudança para inovar, minimizar os danos e ocupar espaço no novo mundo pós pandêmico.

O *Compliance* se tornou hoje ainda mais vital para as organizações, vez que as oportunidades de mercado, os modelos de negócio e a forma de trabalho foram alterados significativamente.

Diante disso, vê-se a fragilidade do tráfego de dados na rede doméstica não dotada de qualquer mecanismo inibidor de eventuais ataques aos dados pessoais, haja vista as inúmeras exigências de preservação feitas pela LGPD às organizações públicas e privadas.

A atenção do departamento de *Compliance* e sua integração ágil e eficaz com todos os demais setores da empresa, inclusive com a cadeia produtiva e de fornecedores, é de suprema importância para resguardá-la de fraudes e ilícitos, e potencializar a segurança e resultados negociais.

Por fim, reitera-se que no processo de transformação que trouxe impactos sobre as organizações, recomenda-se que a alta liderança da empresa se envolva e reforce com seus colaboradores e fornecedores os princípios éticos e a cultura organizacional íntegra a ser buscada em todas as atividades.

Todos os colaboradores devem estar atentos e respeitar as normas em vigor de maneira a manter a legalidade das atividades desenvolvidas, pre-

venindo problemas, garantindo a proteção à privacidade dos titulares dos dados pessoais contidos no banco de dados e ampliando a agilidade nas soluções.

CONCLUSÃO

Diante do cenário que se instaurou de maneira inesperada, as empresas se viram diante do desafio de adaptar seus modelos de negócio, alterando a forma de gestão e angariar a adesão rápida dos colaboradores. Nesse sentido, a tecnologia tem sido, de um lado uma força indispensável no quesito continuidade das atividades; de outro lado, um centro de observação no tocante à segurança e proteção de dados pessoais.

Através da tecnologia foi/é possível manter ativas as atividades da empresa, e, em certas ocasiões, potencializar as relações negociais, ampliando a dimensão das capacidades humanas.

Como visível tendência, o *Home Office* parece possuir propostas promissoras de permanência no âmbito das organizações que já vinham gradativamente adotando o que a legislação trabalhista nominou de teletrabalho e que teve a utilização popularizada pela pandemia.

Acredita-se que as empresas podem e devem aderir aos novos modelos de negócio e inovações tecnológicas como uma forma de manutenção e até potencialização de suas atividades. No entanto, é de fundamental importância que se mantenham atentas ao fato de que, com a implementação das mudanças legislativas, em especial aquelas contidas na LGPD, emergem grandes responsabilidades e necessidade de adequação dos fluxos de trabalhos, de maneira a atender a legislação e proteger as operações da empresa.

Para que o Programa de *Compliance* seja efetivo, antes de inserir novas tecnologias, as organizações devem obedecer, primordialmente, às normas de conformidade e à legislação regulamentadora, como é o caso da Lei Geral de Proteção de Dados, que ao ser implementada, transformará o modo como as empresas privadas e públicas tratam a privacidade e a segurança das informações de usuários e clientes. Ressaltando, sempre, que o direito à privacidade garantido como fundamento da LGPD decorre diretamente da Constituição Federal, acirrando ainda mais a responsabilidade por sua proteção.

REFERÊNCIAS

Agência Brasil. **Lei Geral de Proteção de Dados é adiada para maio de 2021**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/lei-geral-de-protecao-de-dados-e-adiada-para-maio-de-2021>> Acesso em: 26 de maio de 2020.

BLOK, M. **Compliance e governança corporativa**. Atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei nº 12.846/2013) e o Decreto-Lei nº 8.421/2015. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL, STF. **RE 418416**, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2006, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-06 PP-01233.

CASTRO, L. F. M. Proteção de dados pessoais - panorama internacional e brasileiro. **Revista CEJ**, v. 6, n. 19, p. 40-45, 23 dez. 2002.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. (Coord.) **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GIOVANINI, W. **Compliance: a excelência na prática**. 1. ed. São Paulo: 2014.

GONÇALVES, J. E. L. **Os impactos das novas tecnologias nas empresas prestadoras de serviços**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rae/v34n1/a08v34n1.pdf>> Acesso em: 23 de maio de 2020.

IPEA. **Ciência e Tecnologia frente à pandemia**. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/cts/pt/central-de-conteudo/artigos/artigos/182-corona>>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

KPMG, **Pesquisa Maturidade do Compliance no Brasil**. 2ª Edição.

MANZI, V. A. **Compliance no Brasil**. Consolidação e Perspectivas. 1. ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2008.

OCDE. **Good practice guidance on internal controls, ethics, and compliance**. 2010. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2020.

SERPRO. **A proteção de dados em tempos de isolamento social**. Disponível em: < <https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2020/protecao-dados-pessoais-isolamento-social-lgpd-covid>>. Acesso em: 26 de maio de 2020.

SERPRO. **Blockchain x Compliance: facilidades e limitações impostas pela LGPD**. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/noticias/2020/compliance-blockchain-lgpd-dados-pessoais-empresas>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

TAVARES, Letícia Antunes; Alvarez, Bruna Acosta. **Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil**. TJSP – Obras Jurídicas, 2015. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%204.pdf?d=636680444556135606>. Acesso em 25 de mai de 2020.

VIEIRA, James Batista; BARRETO, Rodrigo Tavares de Souza. **Governança, gestão de riscos e integridade**. Brasília: Enap, 2019. 240 p.

PANDEMIA DO COVID-19 & A CRISE ECONÔMICA MUNDIAL NECESSIDADE DE SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES PRIVADAS EM TEMPOS DE CRISE

LUIZ ANTONIO GUERRA¹

LUIZ FELIPE GUERRA²

1. INTRODUÇÃO

O tema do presente artigo – *Pandemia do Covid-19 & A Crise Econômica Mundial – Necessidade de Segurança Jurídica nas Relações Privadas em Tempos de Crise* – é um dos mais importantes e também empolgantes no atual cenário mundial, em todas as nações.

Neste momento, estamos diante da maior crise econômica mundial, a maior crise de todos os tempos, a maior crise que o mundo até aqui conheceu e o homem experimentou.³ A maior crise econômica tem nome: Crise Covid-19.

¹ GUERRA, Luiz (Antonio). Advogado estabelecido em Brasília/DF. CEO do Guerra Advogados. CEO do Guerra Business Consulting. Professor de Direito Econômico e Empresarial. Doutor e Mestre em Direito. Autor de livros e artigos jurídicos no Direito Empresarial e Econômico. Ex-Presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto Interamericano de Derecho Concursal. Membro da Inter American Academy of International and Comparative Law. Membro de variados Institutos Culturais Nacionais e Internacionais.

² GUERRA, Luiz Felipe. Advogado estabelecido em Brasília/DF. COO do Guerra Advogados. COO do Guerra Business Consulting. LMM em Direito Empresarial. Mestrando em Finanças Corporativas pela Universidade Sorbonne/Paris 1. Especialista em Fusões e Aquisições (M&A), Análise Financeira Empresarial e Valuation de Empresas pelo IBMEC, INSPER e Fundação Dom Cabral. Autor de livros e artigos jurídicos-econômicos-financeiros. Membro do Instituto dos Advogados do Distrito Federal.

³ Afirmam os economistas e analistas de mercado que a crise econômica mundial decorrente da crise sanitária do Coronavírus é a maior crise econômica até então conhecida pelo homem diante das suas características, sem igual na história da humanidade. Os efeitos decorrentes dessa crise ainda não são conhecidos e os prejuízos ainda não foram contabilizados pelas principais economias mundiais. Contudo, sabe-se que o estrago econômico-financeiro é de grande proporção, nada comparado com as crises de 1929 (Quebra da Bolsa de New York), de 1973 (Petróleo) e 2008 (Hipotecária do Sistema Bancário Norte-Americano e Europeu).

A crise econômica Covid-19 é sem igual. Não há paralelo de comparação.

A crise econômica Covid-19 é maior do que as crises advindas com as duas grandes Guerras mundiais ou mesmo a crise da febre espanhola, no início do século passado.

Os dados econômicos até aqui coletados indicam a gravidade da crise econômica de 2020 mundo afora. Economistas nacionais e internacionais apontam os efeitos econômicos negativos que advirão da pandemia, apontando-os como mais desastrosos do que os experimentados na crise de 1929 (Quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque) e na crise de 2008 (Crise Hipotecária e Financeira Mundial).

Interessante que, quando falamos de crise econômica ou de crise financeira vem, de forma natural, à nossa mente, o pensamento sobre erros cometidos ou falhas detectadas ou, ainda, a ocorrência de atos de incompetência, corrupção ou de fraude na gestão de governos ou de empresas, como explicam Luiz Guerra e Esteban Carbonell O'Brien ao tratarem da crise financeira e das ferramentas como solução para geri-las:⁴

“És hecho que la crisis financeira resulta directamente de errores practicados por empresas en la conducción de los negocios privados. La crisis ha levantado velos y tapices y, de esa manera ha sido posible notar que parte de los errores estaban y están vinculados a actos de incompetência, de corrupción y de fraude, razón por qué la crisis ha enflaquecido economías, há derribado y expuesto empresarios y empresas a los escándalos *financieros que se han diseminado por todo el mundo. Que los empresarios administren las empresas con celo y ética, com el cuidado de que todo hombre probo debe administrar los negocios como se fueran suyos.*”

Atualmente, não é o caso da crise econômica Covid-19.

A crise econômica global de 2020 é absolutamente diferente. Não há erros ou falhas ou atos de incompetência, de corrupção ou de fraude. A crise mundial de 2020 é fruto exclusivo da pandemia do Covid-19 e, como já dito, sem paralelo na história da humanidade.

Em verdade, embora se esperasse que a qualquer momento poderia surgir um novo vírus, um vírus letal, com grande poder de fácil contágio, é certo que ninguém, nenhum país, nenhuma economia, estava preparado para o enfrentamento da crise do Covid-19.

⁴ GUERRA, Luiz (Antonio); O'BRIEN, Esteban Carbonell. **Herramientas de Gestión de Crisis**. Guerra Editora, 2013, pág. 14.

A crise econômica que estamos vivenciando é a crise causada por outra crise. Em realidade, estamos diante da crise da crise, isto é, a crise sanitária mundial do coronavírus causou a crise econômica global.

No Brasil, dada às suas particularidades, temos a seguinte situação: a crise, da crise, da crise. Ou seja, a crise do Covid-19 gerou a crise econômica, que, por sua vez, gerou a crise política, esta a partir da postura do presidente da República denominando a pandemia de “gripezinha” e da decisão do Supremo Tribunal Federal ao garantir autonomia aos governadores e prefeitos no trato da pandemia em seus respectivos territórios.

O famoso e transcontinental *virus chinês*,⁵ com a doença do Covid-19, gerou *lockout*⁶ na economia, com efeitos econômicos devastadores, paralisando praticamente a economia em quase todos os 195 países do mundo.

O Covid-19 atingiu todos os Continentes, como fora reconhecido pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

A crise sanitária do Covid-19 gerou crise econômica estrutural global.⁷

A crise do Covid-19 é crise estrutural sem precedentes na história da humanidade. A crise sanitária, que gerou crise econômica, em consequência, também desencadeou grave crise financeira (ausência de liquidez no mercado), alcançando, assim, micros, pequenas, médias e grande empresas nacionais e multinacionais.

O mundo foi atingido em cheio e com a pandemia é certo que haverá muita morte e a economia fará água por boa temporada.

É fato que a pandemia do Covid-19 fez grande estrago na economia a partir da sua desaceleração em decorrência da prática de *lockout* e também do *lockdown*⁸.

⁵ O vírus denominado coronavírus também chamado por alguns jornalistas, blogueiros e influenciadores digitais de “vírus chinês”, porquanto supostamente teria sido ele criado pelos chineses. O coronavírus surgiu na China em novembro de 2019. O vírus transfronteiriço e transcontinental chegou na Europa e atingiu, primeiramente, a Itália e a Espanha, com elevado número de infectados e mortes. Posteriormente, o vírus espalhou-se por todo o mundo, em todos os continentes. Especula-se que o coronavírus fora criado em laboratório como meio de derrubar as principais economias mundiais, especialmente a economia norte-americana, a mais afetada pelo vírus, e, assim, antecipar o crescimento econômico da China, de modo a conquistar no início da próxima década o pódio da primeira e principal economia do mundo, ultrapassando os Estados Unidos.

⁶ *Lockout* é expressão inglesa própria do Direito do Trabalho, especificamente quanto à paralisação das atividades por parte dos empregadores, dos empresários, com o não pagamento de salários aos empregados, o que é vedado, no Brasil, pelo art. 722, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por recomendação da Organização Internacional do Trabalho (OIT). O *lockout*, que não se confunde com o instituto da greve, é a paralisação total ou parcial das atividades econômicas, por iniciativa do empregador. O instituto do *lockout*, neste tempo de pandemia, por força do coronavírus, foi emprestado ao Direito Empresarial-Econômico, com a paralisação total ou parcial das atividades econômicas, com exceção das atividades essenciais,

Segmentos da indústria, do comércio e dos serviços praticamente paralisaram suas atividades econômicas e conseqüentemente empresas fecharam as portas. Contabiliza-se, apenas no Brasil, que mais de 600 mil micros e pequenas empresas já fecharam as portas. E tantas outras empresas certamente fecharão as portas nos próximos dias.

Aguarda-se para o segundo semestre de 2020 grande número de pedidos de recuperação judicial e de falência diante da ausência de liquidez na economia, no mercado nacional, apresentando-se, assim, a recuperação judicial como a solução para a crise.⁹

Em outras palavras, significa dizer que empregos foram cortados e o consumo consideravelmente foi reduzido.

A economia mundial já dá sinais de recessão econômica, quando vemos grandes empresas multinacionais, a exemplo da Locadora Hertz, LATAM AIRLINES,¹⁰ JC Penney, com pedidos de falência nos Estados Unidos, utilizando-se do Capítulo 11, da Lei Falimentar Norte-Americana (*Law of Bankruptcy*).

Consabido que a economia é uma cadeia de produção e geração de riquezas. Ela é formada por setores produtivos que não podem parar. Todavia, com o Covid-19 grande parte dos setores produtivos foram afetados a partir das práticas de *lockout* (paralisação das atividades econômicas) e *lockdown* (confinamento da população). No Brasil, assistimos aos comunicados de grandes empresas demitindo funcionários, a exemplo da Cia. Hering, Fogo de Chão, Santista, Carmen Sfeffens.

por determinação legal, excepcional e temporária, a partir da prática da *quarentena*, com o isolamento social horizontal ou vertical da população economicamente ativa. O mundo, a partir da pandemia do Covid-19, praticamente parou, daí o *lockout*. Os governos, em regime de urgência, por imposição legal, determinaram a paralisação de setores da indústria, do comércio e dos serviços, fechando fábricas, lojas e escritórios, forçando a população ao cumprimento de *quarentena*, em isolamento social, com o objetivo de retardar a proliferação do vírus e evitar o colapso do sistema de saúde do país, de modo a ganhar tempo para a montagem dos hospitais de campanha, com a compra de materiais para o enfrentamento da crise sanitária.

⁷ GUERRA, Luiz (Antonio); O'Brien, Esteban Carbonell. **Crisis Financiera Global (Crisis Económica Internacional – Crisis de la Economías y Empresas – Legislación y Casuística)**. Guerra Editora, 2013, pág.55.

⁸ *Lockdown* é expressão inglesa para expressar, em tradução livre, confinamento da população no período legalmente estabelecido pelas autoridades governamentais.

⁹ GUERRA, Luiz (Antonio). **Falências e Recuperações de Empresas (Crise Econômico-Financeira – Comentários à Lei de Recuperações e de Falências)**. Volume1. Guerra Editora, 2011, pág. 76.

¹⁰ Latam Airlines anunciou que solicitará um procedimento concursal preventivo ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), luego de que la matriz de la aerolínea anunciara su reestructuración financiera bajo el Capítulo 11 de la Ley de Quiebras de Estados Unidos. Disponível em: <<https://www.gestion.empresas.com.pe>>. Acesso em 25 de maio de 2020.

As empresas sofreram pesados prejuízos com as práticas de *lockout* e *lockdown*. Dois meses de paralisação das atividades econômicas foram bastante para devastar a economia mundial. Muitos agentes econômicos estavam despreparados para o enfrentamento da crise e fecharam as portas.

O cenário econômico para o segundo semestre de 2020 não é promissor. Aguarda-se o agravamento da crise financeira e certamente muitos empresários baterão à porta do Poder Judiciário com pedidos de recuperação judicial ou de autofalência.

O efeito cascata de inadimplemento no setor empresarial já é realidade. Se determinada empresa, na qualidade de credor, não recebe o seu crédito, então se transformará em devedor. Potencialmente, ter-se-á o cenário de devedor de devedor, o que levará a situação do efeito dominó, em que um agente econômico involuntariamente, por falta de liquidez, deixará também de pagar a outro agente. O efeito contágio é inevitável.¹¹

A depender das métricas e dados que serão colhidos nos próximos dias, a exemplo dos indicadores de produção e exportação, desemprego e renda e consumo, a economia mundial poderá entrar num largo processo de depressão econômica, num profundo tempo de recessão.

Neste momento, não sabemos o tempo de duração da crise financeira e pouco se sabe quais os mecanismos que serão efetivamente utilizados para minimizar os seus efeitos nas economias nacional e internacional,¹² tudo dependerá da reação na retomada do crescimento econômico a partir das medidas que já foram adotadas e as que ainda serão implementadas.

¹¹ A título de exemplo, cita-se aqui uma estória de situação simples, comum, porém verdadeira e efetivamente real (história) na vida empresarial de micros empresários e pequenas empresas cujas atividades foram paralisadas por ordem do Prefeito da municipalidade: **“Era uma vez uma pequena lojinha num município distante da capital:** - Era uma vez uma pequena Lojinha no bairro da municipalidade distante da capital. A lojinha foi fechada pela Prefeitura, por ordem do Prefeito, agasalhado por decisão do Supremo Tribunal Federal, durante a crise do coronavírus (Covid-19). Por conta do fechamento que durou “alguns dias” (2 meses), o dono da Lojinha, não tendo receita, foi obrigado a demitir os funcionários. Um dos funcionários dispensados, sem salário, viu-se obrigado a abandonar o curso na faculdade. Sem aulas, a faculdade demitiu o professor. O professor, sem salário, cancelou a academia. A academia, sem alunos, fechou as portas e devolveu o imóvel ao locador. O dono do imóvel, sem o aluguel, cancelou imediatamente a compra do automóvel. A concessionária de veículos, sem clientes, pediu falência e todos os funcionários foram dispensados. Diante da crise houve queda na arrecadação dos impostos e a prefeitura não conseguiu pagar o salário dos funcionários, situação que os forçou a entrar em greve. Com o caos instalado, o Prefeito, um tanto assustado com a situação, colocou-se na portaria da Prefeitura e diante dos grevistas, perguntou ao seu principal assessor: - “O que aconteceu?” - O assessor respondeu: - “Prefeito, tudo isso aconteceu por causa do fechamento da Lojinha”. Então, o Prefeito rebatendo a resposta atrevida, reindagou de forma perplexa: “Tudo isso por causa de uma lojinha? O que ela vendia?” O porteiro, que estava ao lado do assessor, antecipando-se, respondeu: - “Esperança, ela vendia esperança!”.

Especificamente em relação ao Brasil, a economia brasileira, no limiar deste ano de 2020, dava sinais de crescimento, após anos de crise e de grave *déficit* público, fruto das *pedaladas fiscais* (créditos suplementares sem autorização do Congresso Nacional), herança maldita do Governo de Dilma Rousseff,¹³ que culminou Pedido de *Impeachment* da Presidente.

A economia brasileira foi surpreendida pela pandemia, como sói ocorrer com as principais economias mundiais.

Não obstante as dificuldades, devemos crer, devemos confiar na reação rápida e positiva dos agentes econômicos brasileiros, especialmente dos empresários e dos trabalhadores. Com o apoio do Governo Federal será possível vencermos estes tempos de crise, este momento tão difícil, com a retomada, em breve, do crescimento da economia, como asseverou o Professor Paulo Guedes, Ministro da Economia.¹⁴

Nós, brasileiros, já provamos que somos bons no enfrentamento de crises. Se fomos capazes de enfrentar todas as crises anteriores, a exemplo da depressão ao tempo da descontrolada inflação seguida dos planos econômicos desastrosos (Planos Cruzado I e II, Verão, Collor), da corrupção que empobreceu as empresas estatais e jogou o país num abissal *déficit* público de mais de 200 bilhões de reais; da recessão a partir da segunda

¹² GUERRA, Luiz (Antonio); O'BRIEN, Esteban Carbonell. *Herramientas de Gestión de Crisis*. Guerra Editora, 2013, págs. 16/17.

¹³ Pedaladas fiscais foi o termo vulgarmente usado para indicar a violação à Lei Orçamentária e à Lei de Responsabilidade Fiscal mediante a edição de decretos de créditos suplementares. As pedaladas fiscais foram objeto de Pedido de *Impeachment* da Presidente Dilma Rousseff, que culminou na perda do cargo em 31 de agosto de 2016. Em seu lugar, assumiu o então Vice-Presidente Michel Temer, que recebeu a presidência da República com profunda crise financeira no Orçamento da União.

¹⁴ GUEDES, Paulo. “*Vamos surpreender o mundo*”, diz Guedes sobre recuperação econômica do Brasil após covid-19. Nesta segunda-feira (20/04), em entrevista ao vivo para o BTG Pactual, o ministro da Economia, Paulo Guedes, afirmou que a recuperação econômica do Brasil, após a crise do novo coronavírus, será em “V”, com retomada tão rápida quanto a queda. Para Guedes, não se pode deixar que a economia entre em uma grande depressão. Na avaliação dele, o Brasil tem tomado medidas melhores ou iguais que a de outros países, inclusive países avançados. “Todo dia tem barulho, mas Brasil está avançando e progredindo”, declarou. Na visão do ministro, as hipóteses do governo para os efeitos econômicos do novo coronavírus, quando ainda se pensava que o choque seria apenas no comércio exterior, se revelaram razoáveis após os primeiros dados da balança comercial. “As exportações brasileiras não caíram ainda, estão subindo. A queda para Europa foi de 1%. Para os Estados Unidos, caíram mais de 30%. Mas a queda foi compensada pelo aumento acelerado advinha para quem? Para a China”, declarou. Segundo Guedes, a ficha de que o coronavírus seria uma pandemia que afetaria também o Brasil caiu entre o fim de fevereiro e o início de março. “Disparamos medidas imediatamente”, disse o ministro, citando a antecipação de benefícios para aposentados; inclusão de 1,2 milhão de pessoas na bolsa família, diferimento de tributos e criação de linhas de crédito emergenciais pela Caixa Econômica Federal e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Na opinião de Guedes, o presidente Jair Bolsonaro tem sido mal interpretado. Segundo o ministro, a orientação do presidente é preservar vidas e empregos. “A nossa volta pode ser em V, temos capacidade de reagir novamente. Vamos surpreender o mundo”, finalizou. Disponível em: <<https://conexãopolitica.com.br>>, em 20.04.2020.

grande crise mundial do petróleo, em 1973;¹⁵ e, ainda, da crise hipotecária norte-americana e europeia de 2008, então, certamente, também venceremos a crise econômica mundial do Covid-19, de 2020.

É fato que com a crise econômica decorrente da pandemia do coronavírus passamos a conviver com a insegurança jurídica nas relações privadas, isto é, com o altíssimo risco do inadimplemento de obrigações, além de pedidos de revisão e de rescisão de contratos sob o manto da Teoria da Imprevisão ou da Teoria da Onerosidade Excessiva das Obrigações.

As Teorias da Imprevisão e da Onerosidade Excessiva das Obrigações vêm sendo utilizadas pelos agentes econômicos nos pedidos formulados judicialmente, na tentativa do não cumprimento de obrigações pactuadas em contratos consolidados, isto é, em atos jurídicos perfeitos e acabados, firmados antes do estado de calamidade pública do Covid-19.

A jurisprudência até aqui, isto é, antes da vigência da nova lei que virá com a sanção presidencial do PL 1179/2020 e após o início da calamidade pública, vem claudicando, com decisões díspares sobre os mesmos temas abordados.

Há decisões ora favoráveis ora desfavoráveis aos agentes econômicos; há decisões que ora recebem ora rechaçam a Teoria da Imprevisão; e há decisões que ora aplicam ora repudiam a Teoria da Onerosidade Excessiva.

Raros são os acertos decisórios e muitos são os equívocos, sem contar as decisões absurdas e sem fundamentação adequada lavradas em pedidos variados, tudo diante da ausência de regras transitórias às relações jurídicas privadas.^{16,17}

¹⁵ Em 1973, após os Estados Unidos apoiarem Israel na Guerra do Yom Kippur (Guerra Árabe-Israel no dia do feriado judaico de Yom Kippur (Dia do Perdão), com ataques iniciados por Egito e Síria a partir das Colinas do Golã), os países árabes, membros da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP), em protesto, aumentaram o preço do barril do petróleo em mais de 400%. Esse fato repercutiu mundialmente, causando inclusive racionamento do produto.

¹⁶ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Processo nº 2061905-74.2020.8.26.0000 – 1ª Câmara de Direito Empresarial – Desembargador Cesar Ciampolini. Para TJ-SP, pandemia equivale a guerra e pode gerar postergação de pagamentos.

Pandemia é motivo, segundo desembargador, para diferimento de parcelas de quotas sociais. A aplicação da teoria da imprevisão, para justificar a resolução ou revisão de contratos empresariais, dependerá da análise de cada situação concreta, especialmente da natureza e reflexos específicos, mas é de se supor que o evento global afetará em maior ou menor medida uma camada significativa da sociedade e poderá dar ensejo ao desequilíbrio contratual em relações jurídicas diversas. Em outras palavras, trata-se de “tempo de guerra”. Com base nesse entendimento, o desembargador Cesar Ciampolini, da 1ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, autorizou o diferimento das parcelas de abril, maio e junho em um contrato de cessão de quotas. O valor deverá ser pago em dez prestações mensais, com primeiro vencimento em 15 dias após a publicação da decisão. A ação foi movida por uma empresária que adquiriu as cotas da ex-sócia de

Esclareça-se que ao tempo da elaboração deste trabalho o PL 1179/2020 ainda aguardava sanção presidencial.

O Poder Judiciário já recebeu e vem recebendo pedidos os mais diversos, a exemplo da suspensão de pagamento de alugueres, de tributos,¹⁸ de mensalidades escolares e de obrigações em geral. Decisões vêm sendo concedidas de forma instável, eis que ora tem fundamento na Teoria da Imprevisão, ora na Teoria da Onerosidade Excessiva, ora na ocorrência de caso fortuito ou força maior etc, como, também, ora rejeitam-nas.

Com a crise econômica, sabido que nos próximos dias e meses o Poder Judiciário receberá uma avalanche de ações. É certo que ocorrerá o colapso do Poder Judiciário, com o comprometimento dos serviços judiciários. O Poder Judiciário, a exemplo das empresas e demais agentes econômicos, modo geral, nunca esteve preparado para oferecer serviços judiciários, ou seja, a prestação jurisdicional em tempos de grave crise econômica estrutural.

uma loja de açaí, no interior paulista. Em razão da pandemia do coronavírus, a loja teve que fechar as portas e suspender o atendimento presencial. A autora alega que teve queda de faturamento e não tem como continuar com o pagamento das parcelas, sem prejuízo da empresa e dos funcionários. Em primeira instância, a liminar foi negada. No entanto, em decisão monocrática do relator, a antecipação de tutela recursal foi deferida parcialmente. Ele aplicou ao caso a teoria da imprevisão, adotada pelo Código Civil, e que estabelece a possibilidade de rescisão ou de revisão contratual em hipóteses de ocorrência de situações excepcionais, que não poderiam ser previstas ou reguladas pelas partes. “Em que pese a novidade da questão, razoável assumir-se que a situação gerada pela pandemia do coronavírus pode ser enquadrada como ‘acontecimento extraordinário e imprevisível’, na dicção do artigo 478 do Código Civil, autorizando a revisão contratual”, afirmou o desembargador. Ele destacou que, após a 1ª Guerra Mundial, os países viveram uma situação econômica absolutamente inesperada, que “tornou deveras ruinosos e inexecutáveis todos os contratos a longo prazo e de execução sucessiva ou diuturna”. Daí a necessidade de ressuscitar, naquela época, a cláusula *rebus sic stantibus*, assim como deve ser feito agora, diante da crise sanitária. “Em tempo de guerra, que é, *mutatis mutandis*, aquele que vivemos em face da pandemia do coronavírus, assim deve realmente ser”, completou Ciampolini. Segundo ele, parece “verossímil” que a restrição de funcionamento da loja de açaí tenha acarretado queda de faturamento e, consequentemente, a impossibilidade momentânea do pagamento das parcelas ajustadas no contrato de cessão de quotas. O contrato, afirmou o desembargador, é de execução continuada, não é aleatório e “as novas circunstâncias ultrapassam em muito o que razoavelmente se podia prever ao tempo do contrato, tendo sobrevindo com excessiva rapidez, atingindo não apenas a agravante, mas todos os contratos da mesma natureza, celebrados com análogas cláusulas”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br>> Disponível em 20 de abril de 2020.

¹⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Agravo de Instrumento nº 2063701-03.2020.8.26.0000 – Agravante: Autostar Comercial e Importadora Ltda – Agravada: Caoa Patrimonial Ltda - Santo Amaro – 9ª Vara Cível - VOTO nº 37.338 - EMENTA – Locação de imóvel comercial. Tutela de urgência destinada a suspender a exigibilidade dos aluguéis em face da quarentena decorrente da pandemia por COVID-19. Descabimento. Moratória que pelo regime legal não pode ser imposta ao credor pelo Juiz, devendo decorrer de ato negocial entre as partes ou por força de especial disposição legal. Evocação do caso fortuito e força maior que tampouco autoriza aquela medida. Cabimento, porém, da vedação à extração de protesto de título representativo do crédito por aluguéis. Recurso parcialmente provido. Cuida-se de agravo de instrumento tirado de decisão que indeferiu pedido de tutela de urgência de caráter antecedente formulado por locatária de imóvel comercial com o fim de suspender pelo prazo mínimo de quatro meses os efeitos das cláusulas contratuais que indica, isso de modo a suspender a exigibilidade dos aluguéis durante aquele período, a serem então pagos quando forem normalizadas as atividades da empresa. A agravante

insiste naquela providência. Assim, ela afirma que teve de suspender suas atividades comerciais em decorrência da quarentena determinada pelas autoridades governamentais em função da pandemia pelo COVID-19, o que causou severo impacto em seu faturamento, sendo que a temporária suspensão da exigibilidade dos aluguéis contribuirá para evitar demissão de funcionários e eventual encerramento de suas atividades. A recorrente assevera que os efeitos da pandemia configuram hipótese de caso fortuito ou força maior a justificar o afastamento da constituição em mora, medida que atende ao princípio da preservação da empresa conforme reconheceram recentes decisões a respeito. Ao agravo foi concedido parcial efeito ativo. É o relatório. O agravo se volta contra despacho inicial, isto é, lançado em processo no qual ainda não houve citação, particularidade que dispensa a intimação dos demandados para responder ao recurso. Conforme o sistema da lei, a tutela de urgência, seja de natureza antecipatória, seja de natureza cautelar, pressupõe a presença de “*elementos que evidenciem a probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*” (artigo 300, caput, do CPC). No entanto, no caso concreto verdadeiramente não se apresenta essa conjugação de pressupostos, ao menos na extensão postulada pela agravante. Com efeito, à parte aferição valorativa aprofundada do tema, sabidamente descabida nessa etapa, não se pode considerar a redução do faturamento em certo período como motivo de força maior ou caso fortuito a dispensar o empresário do pagamento de aluguel pelo imóvel que ocupa. Afinal, cuida-se de obrigação de trato contínuo e que demanda prévia alocação de recursos para o respectivo custeio de curto prazo, isso justamente de modo a atenuar a interferência das variações do mercado sobre o cumprimento daquela sorte de obrigação. Ademais, nos casos de força maior ou caso fortuito o direito positivo autoriza a parte a resolver o contrato (artigo 478 do Código Civil) ou postular a readequação do “*valor real da prestação*” (artigo 317), mas não a simplesmente suspender o cumprimento da obrigação, eis que a tanto não chega o artigo 393 da lei civil. Mais ainda, a lei nem autoriza o Juiz a instituir moratória a pedido do devedor. Realmente, a dilação do prazo para cumprimento de obrigação só pode ocorrer por ato negocial, portanto com a aquiescência do credor, ou por força de especial disposição legal como ocorre, exemplificativamente, no caso do artigo 916 do CPC. Por isso, o fato de as atividades comerciais da recorrente terem sido interrompidas por força da quarentena decorrente da pandemia de COVID-19 - medida fundada na Lei federal no 13.979/2020 e no âmbito local no Decreto estadual no 64.881/2020 e nos Decretos municipais nos 59.285/2020 e 59.298/2020 - não autorizava o Juiz a desobriga-la do pagamento dos aluguéis durante aquele período. Aliás, moratória quanto a aluguéis até fora proposta no Projeto de Lei nº 1.179/2020, que dispõe sobre “o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19)”, mas foi retirada justamente por não ser conveniente, nem compatível com o sistema jurídico. Por outro lado, não se podia em concreto dizer que a autora estava sob risco de lesão iminente de difícil ou incerta reversão a justificar desde logo eximi-la dos efeitos da mora. De fato, ela não se achava a sofrer ação de despejo por conta da falta de pagamento de aluguéis, situação em que em vindo a ocorrer lhe permitiria postular a denegação de liminar e concessão de oportunidade para purgar a mora, evitando desse modo o encerramento da locação. Com razão, pois, o Juiz negou a tutela cautelar. No entanto, forçoso reconhecer que há risco de vir o credor a extrair protesto do título representativo de seu crédito, medida que sabidamente tem imediatos efeitos deletérios e pode ser então aqui impedida porque se compreende na vedação à “cobrança do débito”, postulada pela agravante. Assim, a tutela de urgência fica deferida apenas para impedir o locador de enviar a protesto título daquela sorte contra a recorrente. Para tal fim, pois, dá-se parcial provimento ao recurso. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 26 de maio de 2020.

¹⁸ Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Justiça Federal do Distrito Federal – Processo nº 1016660-71.2020.4.01.3400 – Autora: Services Assessoria e Cobranças – Réu: Fazenda Nacional – DECISÃO: Em apertada síntese, trata-se de ação proposta por Services Assessoria e Cobranças– EIRELI (matriz e filiais) contra a UNIÃO (Fazenda Nacional) com o escopo de obter comando judicial que lhe autorize a retardar, por três meses, o pagamento dos tributos federais incidentes sobre sua atividade (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), como forma de garantir a manutenção da sua própria existência e dos postos de trabalho dos seus mais de CINCO MIL colaboradores, durante o pico local da pandemia mundial provocada pelo COVID-19. Para tanto, relata uma série de argumentos que vão desde críticas à forma como o governo federal tem conduzido os destinos do País a partir do momento que eclodiram os primeiros sinais da pandemia, até os receios de que o caótico quadro financeiro gerado pelo processo de quarentena inviabilize a manutenção da sua atividade empresarial e dos milhares de empregos que gera atualmente. Era o que cabia relatar. Decido. Inicialmente, é preciso registrar que a carga tributária suportada pela autora, e que poderá colocar em risco a manutenção dos mais de cinco mil postos de trabalho, não está restrita aos tributos federais. Afinal, certamente, sobre sua atividade incidem exações cuja competência tributária pertence a outros Entes federados. E isso ganha relevo na medida em que são os Estados, Distrito Federal e Municípios que, por precaução, seguindo orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS), mais pressionam pela implantação da chamada “quarentena horizontal”. Desta

feita, para se emprestar seriedade e justiça à inovadora tese difundida neste caderno eletrônico, torna-se imprescindível que pretensão idêntica também deva ser direcionada às demais esferas de governo estatal. Em outras palavras, não se pode atribuir apenas à União o ônus de arcar com os efeitos práticos de ações que, na maioria das vezes, são os Estados/DF e Municípios que estão colocando em prática, dentro do juízo de valor e na magnitude que cada líder local julga ser o mais adequado (não raras vezes, ignorando a noção de sistema, como a hipótese aqui examinada). Por isso, de ofício, DETERMINO que, no prazo de lei e sob pena de imediata extinção, a autora emende sua inicial para incluir, no polo passivo da demanda, todos os Entes com os quais mantêm relação tributária regular, fazendo, por via reflexa, os devidos ajustes na sua peça inaugural, ressaltados os casos em que comprovar a propositura de ação individual similar perante outro juízo competente. Contudo, inobstante a isso, excepcionalmente, diante dos graves contornos fáticos ofertados como causa de pedir, passo a enfrentar imediatamente o pedido de tutela liminar formulado quanto aos tributos federais. E, de pronto, antecipo que, dentro da boa e pura técnica do Direito Tributário, a pretensão deduzida nos autos se amoldaria na figura da moratória, regulada, em âmbito geral, no art. 152 e seguintes do Código Tributário Nacional (CTN). Isso porque, a autora não busca o reconhecimento do direito à dispensa do pagamento de tributos (na forma de imunidade, isenção, alíquota zero etc.), muito menos à extinção de créditos já lançados (remissão, anistia etc.) ou o seu parcelamento (que visa pôr fim ao estado de inadimplemento – ainda não existente na situação em exame). O que aqui se busca, na parte tributária, é evitar a concretização da inadimplência e a irradiação dos efeitos jurídicos dela decorrentes (penalidades financeiras, negativação em cadastros, proibição de contratar com o poder público etc.). Logo, estar-se-ia diante de um pedido de moratória tributária (hipótese de suspensão de exigibilidade, segundo o art. 151, I, do CTN). Acontece que os arts. 152 e 153 do CTN são taxativos em assegurar que somente o titular do poder de tributar (ou a União em caráter geral) poderá conceder moratória tributária, bem como que ela exige a edição de lei específica (o que, aliás, também vem exigido no art. 97, VI, do mesmo CTN). Vejamos: *Art. 152. A moratória somente pode ser concedida: I - em caráter geral: a) pela pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo a que se refira; b) pela União, quanto a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado; II - em caráter individual, por despacho da autoridade administrativa, desde que autorizada por lei nas condições do inciso anterior. Parágrafo único. A lei concessiva de moratória pode circunscrever expressamente a sua aplicabilidade à determinada região do território da pessoa jurídica de direito público que a expedir, ou a determinada classe ou categoria de sujeitos passivos. Art. 153. A lei que conceda moratória em caráter geral ou autorize sua concessão em caráter individual especificará, sem prejuízo de outros requisitos: (...). (destaques acrescidos)*. Portanto, dentro do Princípio da Separação de Poderes (CF/88, art. 2o), se a narrativa fática ficasse adstrita apenas a ótica da seara tributária pura, a pretensão apresentada mereceria ser rejeitada de plano. Acontece que, diante do excepcional momento por que passa a vida e a economia do povo brasileiro, a demanda aqui proposta refoge de uma pretensão meramente de Direito Tributário. O cerne da controvérsia vai muito além, ele transita intensamente por toda a seara do Direito Público e sofre forte carga de influência da realidade momentânea das ruas. Principalmente porque, como causa de pedir, a ação proposta oferece três fatos muito peculiares e irrefutáveis, a saber: 1o) a abrupta e inesperada eclosão do estado de calamidade sanitária que vive o Brasil e o mundo por conta do COVID- 19; 2o) a origem das limitações financeiras que assolam a parte autora ser as medidas restritivas impostas coletivamente pela própria Administração (que não eram passíveis de previsão até poucos dias, dentro de um juízo de normalidade empresarial); 3o) os notórios efeitos práticos que a quarentena horizontal já tem gerado sobre a atividade econômica do País, das empresas e das pessoas. Em outras palavras, a emblemática questão humana e social que serve de pano de fundo à pretensão aqui deduzida autoriza, em caráter de extrema exceção (como tem sido a marca do nebuloso quadro de incertezas que estamos vivendo), que este juízo dê maior prestígio à aplicação de regras gerais do Direito Público ao caso em tela, ainda que a decisão a ser tomada irradie seus efeitos indiretos à seara tributária. Até porque, os atos e relações inerentes ao mundo do Direito Tributário não perdem a sua natureza administrativa e, muito menos, deixam de ser regulados pelas normas estruturantes do ramo do Direito Público ao qual pertencem. E, ao tomar como base as noções gerais do Direito Público, aflora a certeza de que, ao menos neste juízo de prelibação, merece ser acolhida a pretensão liminar apresentada. De início, porque ninguém, no juízo da sã consciência, teria coragem para negar que o mundo está atravessando o seu pior momento desde o final da Segunda Guerra. Infelizmente, a pintura fática diária tem se revelado assustadora, desnudando quadros de horror e de incapacidade humana jamais vistos e/ou cogitados seriamente no chamado “período moderno” em que vivemos. Depois, porque, de fato, também não se pode negar que a origem da limitação financeira narrada pela parte autora está calcada em atos e ações deflagrados pela própria Administração Pública (quarentena horizontal). Permitindo, assim, reconhecer, por analogia, a incidência da Teoria do FATO DO PRÍNCIPE no caso em tela. Claramente, ainda que no afã de buscar um bem maior, de interesse coletivo, as amplas ações voltadas à proteção sanitária da população brasileira estão produzindo interferência imprevista no dia a dia da vida

econômica da autora. Abrindo, com isso, a excepcional possibilidade de ser aplicada ao caso em tela a Teoria do FATO DO PRÍNCIPE e, assim, pela via reflexa, alterar parcial (apenas quanto ao momento do pagamento das exações) e momentaneamente (enquanto persistir os efeitos da quarentena horizontal imposta ou até que surja a esperada regulamentação legislativa sobre o tema) a relação jurídica de natureza tributária mantida entre as partes e descrita na exordial, como forma de preservar a própria existência da parte autora e os vitais postos de trabalho por ela gerados. A propósito, não custa deixar registrado que, em termos práticos, as relações tributárias mantidas entre o fisco e os seus contribuintes não deixam de assumir feição de autênticos contratos de adesão (com a única diferença de que os contornos jurídicos das respectivas obrigações vêm delineados diretamente pela lei e não sob a forma de um documento contendo cláusulas encadeadas). Registre-se, igualmente, que é possível reconhecer a marca da imprevisibilidade à quadra fática aqui examinada. Afinal, até poucos dias, ninguém (no quilate de “homem médio”) poderia cogitar que a força econômica do Brasil (e também do mundo) poderia ser paralisada no nível que está hoje. Aliás, desde a declaração da Independência, nosso País jamais viveu algo parecido, em termos de amplitude e eficácia. Vai daí, não constitui nenhuma heresia jurídica reconhecer que a situação enfrentada era imprevisível e inevitável para a parte autora. Sempre lembrando que ela não deu causa ao indesejado evento e muito menos teria condições de obstar os efeitos da quarentena horizontal imposta por motivos sanitários em âmbito nacional. Por outro lado, também não se pode ignorar que a catástrofe humana gerada pelo COVID-19 não ficará restrita apenas aos aspectos sanitários (que ainda dominam as ações e as divergências entre nossos governantes). Não precisa ser um especialista para antever que, no Brasil, talvez o grande impacto do coronavírus dar-se-á no campo socioeconômico. Com a quarentena horizontal imposta, a economia não gira. Não girando a economia, não há receita. Sem receita, há fechamento em massa de empresas e dos postos de trabalho. Sem salário, milhões terão dificuldades para manter as condições mínimas dos respectivos núcleos familiares. E esse caótico quadro socioeconômico servirá de terreno fértil para todo o tipo de mazelas sociais (aumento na taxa de criminalidade, suicídios etc.). Infelizmente, é uma corrente de efeitos previsíveis. Por isso, ao menos no sentir deste julgador, merece ser prestigiada toda e qualquer ação séria e eficaz que seja capaz de minimizar o potencial destruidor que o fechamento de postos de trabalho (e até mesmo de empresas) gerará, muito em breve, no seio da nossa sociedade. Para alguns (que felizmente desfrutaram de uma boa segurança financeira) pode soar como preocupação exagerada etc. Inclusive, não seria surpresa muitos terem aderido a uma simplista ideia de que crises como esta fazem parte da vida de quem escolhe os riscos da iniciativa privada e/ou que todos correm o risco natural de perder o emprego. Mas a realidade do momento passa longe de uma situação de normalidade. O quadro é generalizado e, conforme já destacado, o potencial destruidor desta crise não encontra precedente nos livros da história mundial (crises sempre existiram, mas nunca em escala mundial e ao mesmo tempo como agora). Diria mais, diria que só quem viveu a agonia de não ter a certeza de como fará amanhã para garantir o pão nosso de cada dia (seu, e dos seus), só quem viveu a agonia do tamanho do desafio que é para manter abertas as portas de qualquer negócio no Brasil, sabe que o quadro que se avizinha é desesperador, bem como que ele assumirá contornos de catástrofe humana, caso se confirmem as projeções de demissão em massa feitas pelos especialistas. Basta registrar que a imprensa noticiou ontem que, apenas o setor de bares e restaurantes do Distrito Federal já demitiu QUATRO MIL pessoas desde o início de vigência da quarentena horizontal aqui implantada há duas semanas. É nesse contexto que merece crédito a pretensão apresentada pela parte autora. Isso porque, segundo os termos da sua inicial, o retardamento, por três meses, do recolhimento de tributos federais seria suficiente para garantir a continuidade das suas atividades essenciais e, principalmente, a MANUTENÇÃO DE CINCO MIL POSTOS DE TRABALHO durante o período mais crítico da crise gerada pelo COVID-19. Registre-se que, no início desta semana, medidas idênticas já foram deferidas pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nos autos das Ações Cíveis Originárias nos 3.363 e 3.365, movidas, respectivamente, pelos Estados de São Paulo e da Bahia. Especificamente na ACO no 3.363, a decisão liminar suspendeu, por 180 dias, o pagamento de parcelas mensais de R\$ 1,2 bilhões devidas pelo Estado de São Paulo para a União, como forma de garantir que aquela unidade federativa direcione seus esforços no combate aos efeitos sociais do COVID-19. E o mesmo raciocínio lógico foi adotado na ACO no 3.365 envolvendo o Estado da Bahia. Em outras palavras, a interpretação da nossa Corte Suprema sinaliza no sentido de que, neste momento de incertezas e de forte abalo socioeconômico, as atenções de todos devem estar voltadas à preservação das condições mínimas de bem estar do ser humano. E nisso também se encaixa a preservação de postos de trabalho e também da própria existência das nossas empresas. Afinal, são esses os dois principais pilares de sustentação da base econômica da sociedade, e também do Estado. Não podemos ignorar que eventual fechamento em massa de postos de trabalho e até mesmo de empresas também destruiria a própria fonte primária de financiamento para a futura reconstrução do equilíbrio econômico do País, tão logo cessem os nefastos efeitos do COVID-19. Portanto, ao menos neste curto lapso temporal de incertezas, é dever de todos zelar, minimamente, pela preservação da estrutura básica do nosso sistema econômico e social. Até porque, não é demais lembrar que a própria Constituição assegura, dentre outras coisas, que: *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolú-*

Nessa senda, o Poder Legislativo, sensível aos efeitos negativos da crise econômica, antecipou-se, em caráter de urgência, embora respeitando-se o moroso processo legislativo, na elaboração de Projetos de Lei específicos no regramento transitório das relações jurídicas durante o estado de calamidade.

Nessa esteira, o Parlamento elaborou e também aprovou, dentre outros, 2 (dois) Projetos de Lei, os quais são fundamentais ao tratamento das relações jurídicas privadas e à administração dos serviços jurídicos forenses em tempos de crise do Covid-19, sendo eles:

el 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; V - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (destacado). Art. 3o Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...)III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (destacado). Art. 5o - (...)XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (destacado). 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. (destacado). Art. 7o São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; (destacado). Art. 170. 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: (...)III - função social da propriedade; (...) VIII - busca do pleno emprego; (destacado). Ou seja, ao menos neste momento de forte insegurança para todos, é intransponível que se dê maior destaque a essas normas constitucionais (que asseguram a proteção das relações de emprego e da função social das empresas, como forma de garantir minimamente a preservação da fonte primária de promoção da dignidade das pessoas). No mínimo, até que sejam restabelecidos padrões mínimos de normalidade e/ou até que surjam regras específicas para a preservação da força produtiva nacional frente à pandemia do coronavírus. Note-se que não se está reconhecendo o direito de a parte autora se furta ao pagamento das suas obrigações tributárias (que continuarão incólumes, segundo a legislação de regência). O que se está reconhecendo é a possibilidade (precaría e temporária) dela priorizar o uso da sua (atualmente) reduzida capacidade financeira (decorrente de ato da própria Administração - FATO DO PRÍNCIPE) na manutenção dos postos de trabalho de seus colaboradores (pagamento de salários etc.) e do custeio mínimo da sua atividade existencial em detrimento do imediato recolhimento das exações tributárias descritas na exordial, sem que isso lhe acarrete as punições reservadas aos contribuintes que, em situação de normalidade, deixam de cumprir a legislação de regência. E, neste particular, vale registro que a parte autora procurou demonstrar a seriedade da sua pretensão, por meio da documentação acostada aos autos (movimentação bancária etc.). À vista de todo o exposto, dentro de um juízo ainda perfunctório, CONCEDO A TUTELA LIMINAR requerida pela autora e suas filiais para: a) autorizar, excepcionalmente, pelo prazo de três meses, contados de cada vencimento, o diferimento do recolhimento dos tributos federais indicados na exordial (IRPJ, CSLL, PIS e COFINS), como forma daquela empregadora GARANTIR A MANUTENÇÃO integral dos mais de CINCO MIL postos de trabalho narrados na inicial (o que deverá ser comprovado mensalmente a este juízo, sob pena de imediata revogação da ordem judicial, sem prejuízo da imposição de outras sanções cabíveis); b) garantir à autora e suas filiais que, uma vez cumprida a manutenção dos postos de trabalho acima quantificados, no momento do recolhimento das exações tributárias vencíveis durante o lapso temporal também indicado na alínea anterior, não incidirão sobre os valores devidos qualquer encargo e/ou penalidade moratória (apenas atualização pelas regras do setor); c) garantir à autora e suas filiais a obtenção de Certidão Positiva com Efeito de Negativa, caso cumpridas as condições supra e desde que não haja outro impedimento legal. Intime-se, via mandado, a parte ré para dar integral cumprimento imediato à liminar concedida (sem a incidência da suspensão de prazos), bem como a parte autora, via sistema, para promover a emenda à inicial, conforme acima determinado. Uma vez emendada, voltem os autos conclusos para deliberações pertinentes, incluindo o comando para citação da parte ré. Por fim, adotem-se as providências pertinentes para tornar sigilosos os documentos bancários e fiscais trazidos aos autos com a inicial (apenas a documentação). Brasília, 26 de março de 2020.

1. PLS 1179/2020, de autoria do Senador Antonio Anastasia, também chamado de Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET) - que introduz regras provisórias que terão vigência enquanto vigor o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, decorrente do Coronavírus - nas relações jurídicas contratuais privadas, nos campos do Direito Civil, Direito de Família, Direito Agrário, Direito do Consumidor, Direito Societário e Direito Econômico; e
2. PL 1397/2020, de autoria do deputado federal Hugo Leal - que cria normas provisórias no Direito Empresarial, especificamente em relação aos institutos da Recuperação Econômica de Empresas e Falências para vigor durante o estado de calamidade pública do Covid-19.

Ao tempo da elaboração deste artigo, o Projeto de Lei 1179/2020 - que cria regras transitórias para as relações jurídicas privadas - já havia sido aprovado no Senado, após ter sido remetido à Câmara e ter o Senado rejeitado o seu Substitutivo, aguardava sanção presidencial.¹⁹ Diferentemente, o Projeto de Lei 1397/2020, embora já aprovado na Câmara, havia sido remetido ao Senado e aguardava apreciação.²⁰

Concentremo-nos apenas no PL 1179/2020 - que é o objeto deste artigo.

Modo geral, não se discute a relevância do Projeto de Lei 1179/2020 no trato das relações jurídicas privadas tampouco a sua importância para acalmar os ânimos dos agentes econômicos em tempos de crise.

Embora o PL 1179/2020 contenha equívocos, a iniciativa de integrá-lo ao ordenamento jurídico, com regras transitórias, no trato das relações jurídicas privadas é digna de aplauso.

¹⁹ BRASIL - Projeto de Lei nº 1179, de 2020

Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Aprovado no Senado, após rejeição do Substitutivo na Câmara dos Deputados, o PL 1179/2020 foi enviado à Casa Civil do Palácio do Planalto para sanção presidencial, no dia 21 de maio de 2020.

²⁰ BRASIL - Projeto de Lei nº 1397, de 2020

Institui medidas de caráter emergencial mediante alterações, de caráter transitório, de dispositivos da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005; que somente terão vigência até 31 de dezembro de 2020, ou enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo 6, de 20 de março de 2020 (Reconhecimento do estado de calamidade pública em razão da pandemia causada pelo Covid-19); e dá outras providências. O PL 1397/2020 foi aprovado na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado. Aguarda-se apreciação.

O PL 1179/2020 tem os seguintes objetivos: 1) trazer normas transitórias para o período da crise econômica; 2) imprimir segurança jurídica às relações entre os agentes econômicos; 3) acalmar os ânimos entre as partes em conflito; 4) evitar o colapso do Poder Judiciário diante da potencial avalanche de demandas com variados questionamentos; e 5) dotar os juizes de instrumentos para melhor pacificação social em tempos de grave crise.

Corria-se (ou corre-se) sério e grave risco de que, se medidas não fossem (ou não forem) urgentemente adotadas, o Poder Judiciário receberia (ou receberá) uma enxurrada de ações, de execuções e de pedidos de tutela de urgência. É fato que o Sistema Judiciário brasileiro, a exemplo do Sistema de Saúde, não esteve, não está e jamais estará preparado para a solução de conflitos em larga escala.

Espera-se que, no entanto, antes mesmo da adoção de medidas judiciais, as partes em conflito tenham o bom senso de usar da mediação como meio alternativo de solução de controvérsia, evitando-se, tanto quanto possível, bater às portas do Poder Judiciário.²¹

Os governos das nações de primeiro mundo, a exemplo da França, Alemanha, Reino Unido, Itália e Estados Unidos, aprovaram pacotes legislativos com regras transitórias para vigor durante a pandemia do Covid-19, além da adoção das medidas de socorro financeiro às empresas, na tentativa de evitar o colapso tanto da economia quanto do Poder Judiciário.

As medidas adotadas visam também, linhas gerais, manter a liquidez e equilibrar a economia, tudo na tentativa de imprimir paz social e salvar empresas e empregos.

O Brasil, em linha com as principais economias mundiais, também adotou medidas de auxílio às empresas e agentes econômicos em geral, inclusive com ajuda financeira aos autônomos e ambulantes em vários segmentos da economia informal.

²¹ **Mediação é saída mais eficiente para entraves do Direito Privado na crise.** No momento em que a crise causada pela epidemia impacta profundamente as relações contratuais no Brasil, levar as demandas por renegociação e readequação ao Judiciário não é uma saída viável. A mediação surge como opção mais eficiente. (...). Para o presidente do Superior Tribunal de Justiça, ministro João Otávio de Noronha, a saída para a crise não está no ajuizamento de demandas, mas na renegociação – preferencialmente fora dos autos judiciais. Ela deve ser feita caso a caso, de acordo com as especificidades de cada relação contratual. (...). O presidente do STJ destacou que o ideal seria que toda demanda passasse por tentativa de mediação antes de chegar ao Judiciário, que seja está combatido em cenário que deve piorar por conta da crise. “A melhor maneira de intermediar o diálogo entre as partes é a mediação. Ela não é de nossa tradição, nossa cultura. Não vamos impor da noite para o dia. Mas precisamos continuar tentando, como estamos fazendo”, disse. Disponível em: <<https://conjur.com.br>>, em 12 de maio de 2020.

Por força do isolamento social, o Congresso Nacional, em regime de urgência, aprovou a favor dos agentes econômicos autônomos e informais auxílio mensal, em três parcelas, no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais).²²

Medidas Provisórias também foram largamente utilizadas e estabeleceram negociação direta entre empregador e empregado mediante a redução da jornada de trabalho e salário, além da criação de linhas de crédito junto ao Banco Nacional de Desenvolvimento Social (BNDES) e Caixa Econômica Federal (CEF) destinadas aos microempresários, pequenas e médias empresas, com o fim de recompor o fluxo de caixa enquanto durar o estado de calamidade.

Não obstante a discussão *a latere* acerca da origem do coronavírus, se criado ou não em laboratório pelos chineses, de forma intencional ou não, inclusive a responsabilidade por omissão da OMS, o que já gerou pedido de investigação da parte do Governo estadunidense,²³ é fato que a República Comunista da China já saiu da primeira onda da crise sanitária fortalecida economicamente, ou seja, saiu da crise do Covid-19 mais rica do que quando entrou na pandemia, objetivando, assim, a passos largos, o pódio da primeira economia mundial.

É fato que durante a crise os chineses compraram várias empresas mundo afora, utilizando-se inclusive de moedas podres do Tesouro norte-americano.^{24, 25, 26, 27}

²² Serão destinados aproximadamente 100 bilhões de reais para o auxílio mensal aos autônomos e informais.

²³ Jornal da Cidade: **A histórica carta do Presidente Donald Trump ao Diretor Geral da Organização Mundial da Saúde.** (...). Donald Trump enviou, em nome do Governo dos Estados Unidos, ao Diretor Geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), Tedros Adhanom, no dia 18 de maio de 2020, carta através da qual comunica a suspensão de contribuição à OMS até que seja instaurada investigação sobre a conduta da Organização e a postura do Governo Chinês na condução do coronavírus. Disponível em: <<https://www.jornaldacidadeonline.com.br>>. Acesso em 19 de maio de 2020.

²⁴ Jornal o Globo: **Grupo chinês compra 23,7% da Azul por R\$ 1,7 bi.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/negocios.noticias>>, em 20 de abril de 2020.

²⁵ Plataforma Digital GI: **Grupo chinês Wanda compra produtora do Globo de Ouro.** O grupo americano passará ao controle de Wanda por US\$ 1 bilhão. A Dick Clark Productions é dona dos direitos dos Golden Globes. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia.negocios/noticia>>, em 20 de abril de 2020.

²⁶ Jornal Folha de Londrina: **Chineses pagam US\$ 253 milhões pela Belagrícola.** Fundada em 1985, em Bela Vista do Paraíso, a Belagrícola faturou R\$ 2,8 bilhões no ano passado. Disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/economia>, em 20 de abril de 2020.

²⁷ Portal da Revista Exame: **Chinesa Geely conclui aquisição da Volvo por US\$ 1,8 bi.** O negócio é a maior aquisição no país asiático de uma montadora de veículos estrangeira. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios>>. Disponível em 20 de abril de 2020.

Seja como for, muitos fatos ainda necessitarão de esclarecimentos para melhor compreensão da origem do *vírus chinês* e da dinâmica da crise de 2020, quer da parte do Governo Comunista da China, quer da sua aliada, a Rússia, de Vladimir Putin, quer da Comunidade Internacional, quer, ainda, da parte da OMS (Organização Mundial da Saúde). Pairam no ar muitas dúvidas sobre o *vírus chinês* e os *efeitos intencionais ou não na geração da crise econômica*.

Há muita especulação se teria a China provocado a pandemia, para, com o pânico do Covid-19, sugerir ao mundo o isolamento social coletivo (*lockdown*), gerando o *lockout* (paralisação das atividades) na economia mundial. Curioso é que a China rapidamente saiu da crise e acelerou o seu crescimento econômico.

Também é curioso que o Covid-19 ficou concentrado basicamente na cidade de Wuhan, capital da província de Hubel. Inexplicável é o fato da China rapidamente ter saído da pandemia e voltado a produzir e a vender seus produtos ao mundo, inclusive comprando empresas norte-americanas, europeias e brasileiras em plena crise sanitária e financeira.

A crise atingiu a todos os agentes econômicos mundo afora, sem exceção. Grandes, médias, pequenas e microempresas foram atingidas, com o fechamento das portas, desfazimento de negócios, contratos rescindidos²⁸ e obrigações descumpridas, com inúmeros questionamentos judiciais e pedidos de recuperação econômica.

²⁸ Plataforma Digital G1: ***Boeing rescinde acordo de compra da área da aviação comercial da Embraer***. Fechada em 2018, parceria previa criação de empresa conjunta de US\$ 5 bilhões que teria controle da gigante americana. Desistência ocorre em meio a impacto do coronavírus sobre o setor aéreo. A Boeing anunciou neste sábado (25) a rescisão do acordo que daria à gigante norte-americana o controle sobre a divisão de aviação comercial da Embraer. Firmado em 2018, o negócio – então avaliado em US\$ 5,26 bilhões – previa a criação de uma empresa conjunta que ficaria sob comando da Boeing, com 80% de participação. A Embraer ficaria com os 20% restantes, e poderia vender a sua parte para a americana. “É uma decepção profunda. Entretanto, chegamos a um ponto em que continuar negociando dentro do escopo do acordo não irá solucionar as questões pendentes”, diz o comunicado aos investidores divulgado pela Boeing. O texto diz ainda que a Boeing “exerceu seu direito de rescindir” o acordo “após a Embraer não ter atendido as condições necessárias”. Em nota na tarde deste sábado (25), a Embraer afirmou que a Boeing rescindiu “indevidamente” o acordo entre as empresas na área comercial e que a empresa norte-americana “fabricou falsas alegações como pretexto para tentar evitar seus compromissos de fechar a transação”. No comunicado da Embraer, a empresa rechaça as acusações e diz estar em conformidade com suas obrigações, cumprindo todas as condições necessárias para o acordo. A empresa diz que buscará as medidas cabíveis contra a Boeing, pelos danos sofridos pela rescisão do acordo. O cancelamento ocorre em meio aos impactos causados pelo coronavírus no mercado da aviação. A queda nas ações da Embraer e preocupações com dinheiro na Boeing, impulsionados pelo impacto do coronavírus nas viagens aéreas, foram um golpe para a transação nos últimos dias. As ações da terceira maior fabricante de aviões do mundo chegou a cair dois terços desde que o acordo foi divulgado em 2018, segundo dados da Refinitiv. A esse preço, a Boeing assumiria o controle da unidade comercial da Embraer, mas somente após pagar três vezes o valor de toda a empresa. A Boeing se ofereceu para pagar US\$ 4,2 bilhões em dinheiro por 80% da unidade comercial da Embraer, que fabrica jatos no segmento de 70 a 150 assentos e concorre com o programa A220, recentemente adquirido pela Airbus. (...). Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2020/04/25>>, em 25 de abril de 2020.

A postura omissa ou intencional ou duvidosa da China em relação ao mundo, especialmente em relação às principais econômicas mundiais, não ficará sem apuração. Os Estados Unidos e os países da União Europeia, no tempo certo, darão respostas às posturas sanitária e comercial dos chineses.

Neste momento de incertezas, a União Europeia (UE) já adotou medidas de revanche ou contrapartida. A UE proibiu recentemente, no início da crise, que os chineses adquirissem empresas europeias, salvo se houver contrapartida nas operações de M&A (compra e venda de empresas chinesas). A reciprocidade ou contrapartida comercial será difícil de ocorrer posto que as empresas chinesas são propriedades do Governo Comunista Chinês. Essa foi a fórmula encontrada para conter o avanço chinês sobre as empresas europeias.

Os Estados Unidos também adotaram a mesma orientação, de modo a frear o crescimento chinês.

No Brasil, vimos os chineses comprar nossas empresas e terras, inclusive canais de comunicação (blogs) e TV.

Temos esperança de dias melhores para o Brasil. O povo brasileiro é trabalhador e otimista e o país, com dimensões continentais, é rico e tem grande mercado interno para absorver a produção, por relativo período. Naturalmente que será necessário a implantação de políticas públicas de incentivos à produção e consumo, devendo-se, para tanto, fomentar empregos, de modo a gerar renda, reequilibrando-se o *déficit* público e a retomada da economia.

O Ministro da Economia, Paulo Guedes, tem afirmado, com entusiasmo sem igual, que, passado o auge da crise, a economia brasileira voltará a crescer, aliás, como estava previsto para acontecer já em 2020, não fosse a pandemia.

O mundo está em polvorosa diante dos prejuízos e dos efeitos nefastos em suas economias. Com o cenário confuso e tumultuado, não se descarta, embora não estejamos profetizando o caos, a potencial ocorrência, em futuro breve, da temida 3ª Guerra Mundial.

Os Estados Unidos não tolerarão o avanço chinês e, de fato, se a guerra vier a ser declarada, será ela marcada pelo uso de armas química, biológica e nuclear. Ter-se-á a polarização, de um lado, a China, Rússia, Coreia do Norte, Irã e alguns países árabes, além de Venezuela e Cuba; e, de outro, os Estados Unidos, Israel, Inglaterra, Alemanha, França, Itália e Brasil, este como o país líder na América do Sul e detentor do segundo maior exército nas Américas.

Estando nós, neste momento, no olho do furacão dessas duas crises, a sanitária e a econômica, já podemos extrair duas conclusões, a saber: 1) o mundo não será o mesmo daqui para frente; e 2) estaremos vivendo uma grande incerteza quanto ao futuro próximo diante do estresse que permeia o relacionamento entre as nações cuja declaração da 3ª Grande Guerra Mundial possa estar muito mais próxima do que imaginamos, inclusive como saída para eventual profunda recessão econômica, se, de fato, a economia entrar em depressão.

Realizado o introito necessário, resta localizar, com precisão, o leitor acerca do pano de fundo deste trabalho, deixando claro que o tema de apreciação situa-se no Projeto de Lei 1179/2020, especialmente aprovado para trazer regras transitórias nas relações jurídicas privadas em tempos de pandemia, as quais terão vigência enquanto durar o estado de calamidade pública previsto no Decreto 9, de 20 de março de 2020.

2. VISÃO PANORÂMICA DO PROJETO DE LEI 1179/2020

Passamos, agora, ao estudo e análise do Projeto de Lei 1179/2020, que se encontra na Casa Civil do Palácio do Planalto aguardando sanção presidencial.

Esclareça-se que o PL 1179/2020 tem natureza de lei extraordinária, eis que aplicável somente por conta da pandemia e durante a vigência do estado de calamidade pública.

O PL 1179/2020 institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação das relações jurídicas de direito privado, no período alcançado pela pandemia do coronavírus, com a doença Covid-19.

O marco de aplicação das normas transitórias e emergenciais está no Decreto Legislativo nº 6, que estabeleceu o estado de calamidade pública, tendo como termo inicial o dia 20 de março de 2020 e o termo final o período que durar a pandemia.

O PL 1179/2020 não revoga ou altera as leis a que menciona cujos efeitos restarem suspensos durante a pandemia.

Os prazos prescricionais consideram-se impedidos ou suspensos, conforme a hipótese, a partir da vigência do PL 1179/2020 e até o dia 30 de outubro de 2020.

Os casos específicos de impedimento, suspensão ou interrupção de prazos prescricionais previstos na legislação ordinária prevalecem sobre o impedimento ou suspensão determinados no PL 1179/2020.

As regras transitórias de impedimento ou suspensão de prazos também se aplicam ao instituto da decadência, como disposto no artigo 207, do Código Civil.

O PL 1179/2020 estabeleceu restrições à realização de reuniões e assembleias presenciais em relação às pessoas jurídicas indicadas nos incisos I a III, do artigo 44, do Código Civil. Restou estabelecido que as reuniões e assembleias de associações, sociedades e fundações se realizarão virtualmente, inclusive por meios eletrônicos, se for o caso, produzindo os efeitos legais, para todos os fins.

As consequências decorrentes da pandemia nas execuções de contratos e/ou de quaisquer obrigações não terão efeitos retroativos, inclusive para os casos de caso fortuito ou força maior, como previsto no artigo 393, do Código Civil.

O PL 1179/2020, inteligentemente, não considerou como fatos imprevisíveis, para os fins dos artigos 317, 478, 479 e 480, o aumento da inflação, a variação cambial de moeda estrangeira, a desvalorização ou substituição do padrão monetário.

Significa dizer, em outras palavras, que, não é possível invocar a Teoria da Onerosidade Excessiva nos contratos de execução continuada ou diferida tendo-se por fundamento os fatos da vida econômica, a saber: 1) aumento da inflação; 2) variação cambial; e 3) desvalorização ou substituição do padrão monetário.

Também, sabiamente, o PL 1179/2020 excluiu a revisão de contratos sob a égide do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Locações. As relações jurídicas sujeitas às regras do Direito do Consumidor e do Direito Imobiliário, especificamente das Locações, deverão ser objeto de negociação entre as partes. Se não houve acerto entre as partes, então, que cada qual busque a prestação jurisdicional.

Em complemento, o PL 1179/2020 suspendeu a aplicação do artigo 49, do Código do Consumidor, até 30 de outubro de 2020, para as hipóteses de aquisição de produto ou de serviço por entrega domiciliar, isto é, no sistema *delivery*.

No que tange às locações de imóveis urbanos, o PL 1179/2020 impediu a concessão de liminar para desocupação de imóvel nas ações de despejo previstas no artigo 59, da Lei 8.245/1991, até o dia 31 de dezembro de 2020. Tal proibição aplica-se apenas às demandas ajuizadas a partir de 20 de março de 2020.

A proibição de despejo não se aplica tampouco prejudica o direito à retomada do imóvel nas hipóteses previstas o artigo 47, incisos I a IV, da Lei de Locações.

Especificamente ao instituto da usucapião, o PL 1179/2020 suspendeu os prazos de aquisição para a propriedade imobiliária ou mobiliária, nas diversas espécies de usucapião, até 30 de outubro de 2020.

Já em relação aos condomínios edilícios, o PL 1179/2020, em caráter emergencial, conferiu ao síndico, além dos poderes ordinários previstos no artigo 1.348, do Código Civil, os poderes especiais ou extraordinários de: 1) restringir a utilização de áreas comuns para evitar contaminação do Covid-19, respeitando-se o acesso à propriedade dos condôminos; e 2) restringir ou proibir a realização de reuniões, festividades, uso dos abrigos de veículos por terceiros, inclusive nas áreas de propriedade exclusiva dos condôminos, como forma de evitar a propagação da Covid-19.

Tais proibições não se aplicam ao atendimento médico, obras de natureza estrutural ou quando da realização de benfeitorias necessárias.

As assembleias condominiais poderão ocorrer por meios virtuais e a manifestação dos condôminos será considerada como presencial, para todos os efeitos.

No Direito Concorrencial, o PL 1179/2020 flexibilizou as infrações contra à ordem econômica durante o estado de calamidade pública.

O PL 1179/2020 suspendeu a eficácia, até 31 de outubro de 2020, da aplicação dos incisos XV e XVII, do §3º, do art. 36 e do inciso IV, do art. 90, da Lei 12.529/2011.

Os atos de concentração eventualmente ocorridos durante a vigência do PL 1179/2020 serão apreciados após a pandemia.

Também o PL 1179/2020, para as demais infrações previstas no art. 36, da Lei 12.529/2011, considerou que, se praticadas a partir de 20 de março de 2020, o CADE, no julgamento do caso, deverá considerar as circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia do Covid-19.

Finalmente, no Direito de Família e Sucessões, dado fácil contágio do Covid-19, a prisão civil por dívida alimentar, prevista no artigo 528, §3º e seguintes do Código de Processo Civil, deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

O prazo do art. 611, do Código de Processo Civil, para a abertura de inventário e de partilha, restou dilatado para 30 de outubro de 2020.

Finalmente, o PL 1179/2020 tratou do transporte individual de passageiro por aplicativo ou plataforma digital, obrigando a empresa prestadora do serviço a reduzir a sua remuneração no percentual, mínimo, de 15% (quinze por cento), repassando o correspondente valor ao motorista.

Linhas gerais, este é o conteúdo do PL 1179/2020.

3. CONCLUSÃO

Concluimos este artigo afirmando que o PL 1179/2020, embora com imperfeições, é bem-vindo ao ordenamento jurídico brasileiro dada a sua natureza extraordinária e diante da necessidade de aplicação às relações jurídicas privadas, de modo a evitar ou amenizar os conflitos entre partes por conta da grave crise econômica advinda com o Covid-19.

Concluimos, por fim, afirmando que o PL 1179/2020 tem por propósito: 1) trazer normas transitórias para o período da crise econômica; 2) imprimir segurança jurídica às relações entre os agentes econômicos; 3) acalmar os ânimos entre as partes em conflito; 4) evitar o colapso do Poder Judiciário diante da potencial avalanche de demandas com variados questionamentos; e 5) dotar os juízes de instrumentos para melhor pacificação social em tempos de grave crise.

Isso é o que se espera!

PROCESSO CIVIL

REFLEXÕES SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

FRANCISCO CLÁUDIO DE ALMEIDA SANTOS¹

Muito já se escreveu no País sobre o tema da desconsideração da personalidade jurídica através de bem mais de dezenas de livros e monografias e centenas de artigos publicados em revistas e obras coletivas, motivo por que o assunto é bem conhecido no mundo jurídico brasileiro e tratado em abundante legislação; daí não ser nosso propósito pretender descobrir novas versões desse comportamento antiético e ilícito ou criar inovações a respeito da questão, mas apenas relembrar o histórico de sua criação e fazer um breve resumo das variadas doutrinas existentes entre nós e criticar a incansável atuação dos legisladores a propor desnecessariamente novas situações ensejadoras da *disregard* no direito posto.

Há mais de meio século, no ano de 1969, o grande mestre da escola de estudiosos do direito comercial no Estado do Paraná, Professor Rubens Requião, revelou em palestra proferida por ocasião do centenário do Desembargador **Manoel Bernardino Vieira Cavalcanti Filho**, do Tribunal daquele Estado, também professor de direito comercial, que, questionado anos anteriores por um problema sobre a autonomia do patrimônio da pessoa jurídica, utilizado por seus sócios para burlar direitos de seus credores, começara a estudar os limites legais da personalidade jurídica da pessoa coletiva, o que lhe criou um problema de consciência ante a ausência de soluções no direito brasileiro, até então.²

Naquela ocasião trouxe ao conhecimento dos presentes sua agradável surpresa quando tomou ciência da monografia de autoria do Prof. **Piero Verrucoli**, da Universidade de Piza, vinda a lume com o sugestivo título “*Il Superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella*

¹ Presidente do Instituto dos Advogados do Distrito Federal.

² “Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine)”, palestra publicada na Revista dos Tribunais, 410/12, dezembro/1969 e em várias outras obras coletivas.

‘Common Law’ e nella ‘Civil Law’³, publicada em 1964, e, logo depois, em tradução espanhola, de outra obra anterior, tese de concurso na Universidade de Tübingen do Prof. **Rolf Serick** (*Rechtsform und Realität Juristischer Personen*), assim intitulada na sua tradução espanhola: “*Aparencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles – El abuso de Derecho por médio de la persona Jurídica*”⁴.

No primeiro livro citado, **Verrucoli** lembra que esta fenomenologia se impôs em diversos sistemas jurídicos, com a atenção mais da doutrina e da jurisprudência do que dos legisladores, ante a necessidade de identificar-se meios adequados de repressão a situações que, em maior ou menor grau, poderiam ser consideradas abuso da estrutura da sociedade de capital, e, particularmente, em nota de rodapé, o autor italiano cita **Serick**, que na década anterior já escrevera sobre o tema.

Verrucoli, na introdução de sua monografia, aborda de forma exaustiva o significado ontológico da pessoa jurídica com as várias teorias a respeito de sua criação, a saber:

“Dire, infatti, che la persona giuridica è una finzione, perché persona è soltanto l’uomo, onde la persona giuridica è una persona finta, creata dalla legge, invista dela titolarità, da parte della stessa, di un patrimonio (**Savigny**); o dire, piuttosto, che essa si riduce alla pura e semplice forma legale di un patrimonio cui sia stata impressa una determinata destinazione (Brinz); o dire, ancora, che essa è l’attributo proprio di ogni organismo sociale, capace di una propria volontà di azione, del quale l’ordinamento statale si limita semplicemente a riconoscere l’esistenza (**O. v. Gierke**); o dire, infine (e la considerazione non può non arrestarsi alle teorie principali), che la persona giuridica è soltanto un soggetto aparente che nasconde i veri soggetti, gli uomini, considerati individualmente o come collettività unificata (**Jhering**), non incide sui termini del problema.”⁵

³ Milano, 1964, Dott. A. Giuffrè – Editore.

⁴ Barcelona, 1958, Ediciones Ariel, tradução de Jose Puig Brutau.

⁵ Ob. cit. na nota 2, pág. 5 (Anotamos, entretanto, que, modernamente, a pessoa jurídica é tida como “um instrumento”, “uma técnica jurídica”, assim definida por Francisco Amaral em seu “Direito Civil: introdução”: “... as pessoas jurídicas são uma realidade, não ficção, embora produto da ordem jurídica. Sendo a personalidade, no caso, um produto da técnica jurídica, sua essência não consiste no ser em si, mas em uma forma jurídica [...], que é a tradução jurídica de um fenômeno empírico”; ou, segundo Washington de Barros Monteiro, em seu Curso de direito civil: “uma forma, uma investidura, um atributo, que o Estado defere a certos entes, havidos como merecedores dessa situação”).

E, no mesmo tópico, apresenta em linhas gerais a sua crítica, a qualificar a concessão da personalidade como um privilégio (*siffatto privilegio*) que induziu a doutrina e a jurisprudência a encontrar a razão justificativa para a superação de tal circunstância, quando houver necessidade e para que tal privilégio não resulte em danos ao Estado ou para a coletividade nele organizada.

A propósito da obra do autor alemão, precursor da desconsideração em nosso sistema jurídico, o êxito e difusão de sua obra se encontra na riqueza de seu conteúdo, cujo “*nervio y medula*” se concreta na determinação em que situações e em função de quais princípios dogmáticos podem os tribunais chegar a “*prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica, ‘penetrando’ a través de ella, alcanzar a las personas y bienes que bajo su manto se cobijan*”⁶, consoante observação do redator do prólogo da citada edição, Professor Antonio Polo Diez⁷,

Outra observação importante do autor do prólogo diz respeito à censura que **Serick** faz aos tribunais de seu País, na metade do século passado, ao salientar serem vagas e imprecisas as fórmulas em virtude das quais a jurisprudência germana se atreveu a “penetrar” até o último substrato da pessoa jurídica, conceitos tais como a “boa-fé”, a “consciência popular dominante”, a “realidade da vida”, a “força do poder dos fatos”, a “natureza das coisas” ou as “exigências ou necessidades econômicas”, princípios e situações que servem para justificar com base na “equidade” (na *equity* do *common law*) a desconsideração, mas que, segundo o entendimento de **Serick**, na metade do século passado, não poderiam por sua excessiva vagueza elevar-se à categoria de “*princípios dogmáticos, que al mismo tiempo que nos protegen contra posibles abusos, cumplan con aquellas condiciones mínimas exigidas por la seguridad jurídica.*”⁸

A crítica de **Serick** à jurisprudência alemã também se aplicaria aos tribunais brasileiros, pelo menos até antes do Superior Tribunal de Justiça fixar algumas diretivas à aplicação da *disregard* no Brasil e, sobretudo, até a vigência do Código Civil de 2002 (art. 50), cujo procedimento, em bom momento, veio a ser regrado, para sua apreciação judicial, no Código de Processo Civil de 2015 (arts. 133/137).

⁶ Ob. cit. na nota 3, pág. 13.

⁷ Antigo Catedrático de Direito Mercantil da Universidade de Barcelona.

⁸ Ob. cit. na nota 3, pág. 13.

Adiante o autor não se omitiu quanto às origens do fenômeno no direito americano, inclusive com a menção às obras de **Maurice Wormser** (*Piercing of Veil of Corporate Entity e Disregard of the Corporate Fiction e Allied Corporation Problems*), com os comentários a seguir transcritos:

“Los tribunales americanos reconocieron muy pronto que existen casos en los que debe estar permitido al juez levantar el velo de la persona jurídica para poder examinar las auténticas fuerzas que se ocultan tras de dicho velo. Esta jurisprudência puede agruparse bajo el concepto de *disregard of legal entity* e en la actualidad se ha convertido en un patrimonio conceptual consolidado del Derecho americano sobre sociedades. Tanto los tribunales de los Estados particulares como los tribunales federales, cuando por excepción han de ocuparse de problemas de personas jurídicas, aplican dicha doctrina. Originariamente fué una pura regla de equidade (*equity*), pero en la actualidad ya no son solamente los tribunales de equidade (*Courts of Equity*) los que resuelven según esta regla en el caso pertinente, sino también los tribunales de Derecho común (*Courts of Law*). O sea, que al contrario de lo que expresa la regla de que la equidade sigue al Derecho, en este caso sucede que el Derecho sigue a la equidad”.⁹

Afirmam alguns estudiosos que a questão da desconsideração da personalidade jurídica, na verdade, teve origem no início do Século XIX nos Estados Unidos e na Inglaterra, países que, como se sabe, integram o sistema jurídico conhecido por “common law”, mas, mesmo no último país, segundo nota de rodapé do mesmo autor, a *disregard doctrine* não se desenvolveu com a mesma liberdade que nos Estados Unidos; de fato, nos Estados Unidos, foram bem mais numerosos os precedentes divulgados, enquanto que, na Inglaterra, o caso mais comentado e conhecido é o da questão do comerciante de couros e calçados Aaron Salomon¹⁰.

⁹ Ob. cit. na nota 3, págs. 95/96.

¹⁰ O caso do comerciante inglês Aaron Salomon foi citado por Requião, que colheu a informação na monografia de Verrucoli, e é repetido por muitos autores, porém a *disregard* da “Company”, criada por Salomon com seus familiares, que foi decretada por um magistrado em primeiro grau em decisão confirmada pela Corte de Apelação, veio a ser reformado pela Casa dos Lordes (2º grau de Jurisdição à época); entendeu esta instância superior que a companhia havia sido criada validamente, sem nenhum intuito fraudulento, sendo legítimo o crédito privilegiado de Aaron, em obrigações oriundas da transferência para a pessoa jurídica de seu fundo de comércio. Esta informação foi por nós colhida no livro de Márcio Tadeu Guimarães Nunes intitulado “Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica”, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2007, págs. 90/91, que faz referência a outros estudiosos brasileiros.

É de supor-se que a doutrina encontrou nos Estados Unidos, no início do século passado, ambiente propício ao seu desenvolvimento em face do realismo jurídico desenvolvido por professores das Universidades John Hopkins, Columbia e Yale, em cujo ambiente jurídico foi expoente **Oliver Wendell Holmes Jr.** jurista e notável juiz da Suprema Corte Americana formado em Harvard.

Há uma tese de doutorado de autoria de Leonardo Netto Parentoni intitulada “*Reconsideração da Personalidade Jurídica*”, nos arquivos da USP (não temos conhecimento de haver sido publicada), em que figura como orientador Newton de Lucca e como examinadores - além do orientador - prestigiada banca (Paula Forgioni, Teresa Ancona, Alfredo de Assis Gonçalves e Osmar Brina), onde o autor faz uma sinopse histórico-jurisprudencial sobre a teoria no direito americano, inglês e europeu e menciona que, entre nós, a doutrina alude a uma decisão do extinto Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, de 1955, como pioneira no Brasil, mas - diz o mesmo autor - Osmar Brina, no seu livro sobre a sociedade anônima, averba que o tema já havia sido debatido no Supremo Tribunal Federal (Agravo de Petição nº 10.029, Rel. Min. Philadelpho Azevedo), julgado em 1942, mais de dez anos antes.¹¹

Segundo trecho do voto daquele relator, transcrito em nota de rodapé, na tese e abaixo neste artigo, a legislação trabalhista, que data de 1943, em seu art. 2º, § 2º, da antiga Consolidação das Leis do Trabalho e continua a figurar na reforma de 2017¹², já agasalhava a teoria, porém autores modernos entendem que aquele dispositivo apenas disciplinava a “responsabilidade” dos grupos de sociedades em relação aos di-

¹¹ Não conseguimos localizar a referido acórdão, mas em nota de rodapé, 260, o autor cita este trecho do voto do relator: “Apesar da independência teórica das personalidades física e jurídica, hoje muito atenuada diante dos processos capitalísticos especialmente na constituição de sociedades “holdings”, ou nas chamadas de família, conforme já repercutiu em nossa legislação relativa ao trabalho e até, à renovação dos contratos de locação, nada impede que sejam apreciadas circunstâncias inteiramente alheias a esse velho postulado (...)”.

¹² “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego”. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017, vigente); o mesmo diploma legal, trouxe significativas disposições no tocante à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para se assegurar o crédito trabalhista devido pelo empregador. As referidas modificações foram insertas no título X, capítulo III, seção IV - do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com o novo artigo 855-A, que assim prevê: “Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015”.

reitos do trabalhador, sem que aquela norma contivesse preceito capaz de superar à personalidade jurídica da empresa, já então concebida como uma “realidade técnica”.

Efetivamente, a jurisprudência trabalhista há muito cuidava da aplicação do citado dispositivo da CLT, como se fosse uma hipótese de descon sideração da personalidade jurídica do empregador, mas tal não é exato posto que a lei trabalhista cuida certamente de uma hipótese de solidariedade.

Tocante ao direito positivo, o instituto vem sendo estudado no Brasil deste 1970, após a palestra do Professor **Requião**, mas nenhuma lei existia no País antes de 1990, a autorizar a descon sideração da personalidade jurídica, não obstante já consagrado na doutrina e na jurisprudência de alguns tribunais antes daquela data e, poucos anos depois, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O citado marco legislativo é lembrado pelo Ministro **Luiz Roberto Barroso** que, em parecer inédito, citado por **Márcio Tadeu Guimarães Nunes** autor de interessante monografia sobre o tema, observa que a *disregard doctrine* somente foi positivada entre nós no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, art. 28). O mencionado dispositivo tem esta redação:

“Art. 28. O juiz poderá descon siderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A descon sideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser descon siderada a pessoa jurídica

sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Sem dúvida, um exagero que aplicado ao pé da letra poderia, nos tempos atuais, até impedir a recuperação de uma sociedade empresarial, cuja existência e preservação é princípio básico no direito privado em face de sua função econômica e social.

A douta comentadora do Código de Defesa do Consumidor **Cláudia Lima Marques** em seu livro sobre os contratos no CDC, em edição posterior à vigência do Código Civil de 2002, dá início a seus comentários com o destaque de que, no âmbito contratual, o art. 28 do CDC positivou a doutrina da *disregard* no direito brasileiro, porém, faz algumas ponderações a merecer nosso registro:

“Ao nosso estudo, restrito aos aspectos contratuais, interessa distinguir dois aspectos da pessoa jurídica. A pessoa jurídica de direito privado é criada por uma manifestação de vontade (*inter vivos* ou *causa mortis*), podendo ser a reunião de pessoas (associação, sociedades civis e comerciais) ou de bens (fundação). Para alcançar a personalidade jurídica submete-se a formalidades, controle e necessidade de registro (art. 18 e ss, do CC).

Alcançada a personificação, considera-se a pessoa jurídica como uma ficção, em honra aos ensinamentos do mestre Savigny, ou uma realidade técnica, doutrina aceita atualmente, certo é que a pessoa jurídica passa a agir na sociedade como ente diferenciado de seus sócios (art. 20 do CC). Este é o chamado *aspecto ativo* da personificação que permite ao novo ente ter capacidade ou legitimação para agir, para realizar os seus objetivos societários. Já o *aspecto passivo* da pessoa jurídica é considerá-la como massa de garantia para as ações e contratos que realiza no mercado. Aqui ocorre a separação - por força última da vontade das partes, ao criarem a sociedade, mas também por autorização do direito - entre os patrimônios dos sócios e dos administradores e o patrimônio da pessoa jurídica.

A pergunta que se põe é qual dos aspectos da pessoa jurídica será desconsiderado em favor do consumidor? O juiz declarará a invalidade do contrato, que criou a sociedade por abuso de direito? Destruirá o Judiciário o ente criado segundo o direito, por se ter desviado de seus fins? Ou imputará o juiz os atos e condutas da sociedade aos sócios, desconsiderando as regras de responsabilidade patrimoniais daquele tipo de sociedade criada,

como punição ao abuso ou desvio ocorrido? Ou imputará o juiz tais condutas aos sócios e administradores individualmente, casuisticamente, para evitar o sacrifício de interesses superiores?”¹³

Em continuação, a doutra civilista, após opinar no sentido da doutrina do *disregard* no sistema americano ser uma solução “justa e funcional para o caso concreto”, desenvolvida pela via especial da *equity*, e de abordar a sistematização da tese de **Serick**, que procura caracterizá-la como “hipótese de abuso do direito e como intenção de fraude à lei”, fez, apenas, uma leve crítica à lei civil ao entender que o Código Civil (art. 50) cuida da espécie como uma forma especial de dissolução da sociedade (realmente, acrescentamos que a norma seguinte do Código, art. 51, trata do tema como se cuidasse de uma dissolução da sociedade), e concluiu a acentuar a proteção do consumidor:

“A previsão ampla, englobando todas hipóteses detectadas no direito comparado e na experiência jurisprudencial brasileiro sobre o tema, deixa bem clara a opção legislativa pela proteção do consumidor através da desconsideração sem que a “personalidade” atribuída à sociedade for obstáculo ao ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor”.¹⁴

E ainda justifica:

“É o princípio da confiança, instituído pelo CDC, garantindo não só a qualidade dos produtos colocados no mercado, mas assegurando também como dispõe o art. 6º, inciso VI, a efetiva reparação dos danos sofridos pelos consumidores, mesmo que para isto, casuisticamente, deva-se desconsiderar um dos maiores dogmas do Direito Comercial e Civil”.

Àquele diploma (CDC), seguiu-se a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 8.884/94, art. 18, dispositivo, este, revogado como quase toda a lei), a Lei do Meio Ambiente (Lei n. 9.605/98, art. 4º), a Lei do CADE (Lei n. 12.529/2011, art. 34), a Lei n. 9.847/99, art. 18, § 3º, o Código Civil (Lei n. 10.406/02, art. 50), a Lei nº 12.846/2013, art. 14, e, por último, na Lei n. 13.874/19 (art. 7º), a chamada Lei da Liberdade Econômica.

¹³ “Contratos no Código de Defesa do Consumidor O novo regime das relações contratuais, 4ª. Edição, São Paulo, RT, 2002, págs. 1060/1061.

¹⁴ Ob. cit., pág. 1062.

Em 2.015, como sabemos, foi promulgado o novo Código de Processo Civil (arts. 133 a 137 e ainda 1.015, IV), que, em boa hora, e com resguardo nos princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório, veio a regular o procedimento judicial da desconsideração da personalidade jurídica que não será apreciado neste trabalho.

O art. 18 do primeiro diploma citado, conhecido por lei *antitrust*, foi praticamente reproduzido na chamada Lei do CADE (Lei n. 12.529/2011), em seu art. 34, assim redigido:

“Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

A norma transcrita tipifica hipóteses decorrentes de infrações à “ordem econômica”, objeto da tutela do CADE, situações que, em parte, coincidem com causas de desconsideração da personalidade jurídica quando atos praticados pela pessoa jurídica causem danos a alguém; tentamos encontrar alguma manifestação do CADE tocante à aplicação desta norma, porém, o único documento a que tivemos acesso foi o Parecer nº 32/2015/CGEP/PFE-CADE/PGF/AGU (Processo nº 08700.009509/2012-84) aprovado pelo Superintendente-Geral daquele órgão, onde se lê este trecho:

“... a outra conclusão não se pode chegar senão a de que a norma prevista no artigo 34 da Lei nº 12.529/2011, de natureza especial em relação ao artigo 50 do CC, autoriza a aplicação do instituto no âmbito do próprio processo administrativo, permitindo-se que a responsabilidade pela prática de atos ilícitos, uma vez atendidos os requisitos contidos na legislação em referência, sejam suportados pelos sócios da pessoa jurídica que estiverem relacionados com a prática dos atos que deram ensejo à aplicação do instituto, quais sejam: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, ou ainda má-administração.”¹⁵

¹⁵ O conhecimento deste parecer nos foi dado pela douta confreira Ana Frazão.

Antes mesmo da lei do CADE outros diplomas já haviam surgido com menção à novidade, consoante se verifica na chamada Lei do Meio Ambiente, já citada, onde se encontra este dispositivo, de desconhecida aplicação, felizmente:

“Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

É o que também estampa a Lei n. 9.847/1999, que dispõe sobre a fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, em cujo art. 18 se lê este parágrafo (conforme redação dada pela Lei n. 11.097/2005):

“§ 3º Poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis”.

Com o mesmo objetivo, veja-se o que prescreve a Lei n. 12.846, de 01 de agosto de 2013, a dispor sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, cujo art. 14 é deste teor:

“A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”.

A respeito deste diploma, importante é a observação de Modesto Carvalhosa¹⁶ – válida, segundo meu entendimento, para todas as leis que pretendem conferir à administração pública, inclusive ao Tribunal de Contas da União, a atribuição de aplicar a doutrina da *disregard* –, no sentido de que somente o Poder Judiciário é dotado de competência para decretar uma desconsideração da personalidade jurídica de alguma pessoa coletiva.

¹⁶ “Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas”, São Paulo, ed. RT, pág. 363.

É certo que há uma decisão a admitir a descon sideração da personalidade jurídica pela Administração Pública de uma sociedade empresária, proferida em 2003, unanimemente, pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RMS nº 15.166 – BA, Relator Min. Castro Meira, isolada, em cujo trecho do acórdão se lê este entendimento:

“A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, descon siderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular”.¹⁷

O tema, entretanto, encontra-se em outra causa para apreciação no Colendo Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 32.494, em que é autoridade coatora o Presidente do Tribunal de Contas da União, contra decisão desse Tribunal, em que o Douto Relator, decano Min. Celso de Mello, concedeu liminar com algumas ressalvas em favor do impetrante, a salientar, consoante se lê, de início, em sua decisão:

“Busca-se, na presente sede cautelar, a concessão de provimento liminar, para ‘determinar a imediata suspensão do item 9.4. do Acórdão nº 2.593/2013 – TCU – Plenário, que sancionou ilegalmente a empresa Impetrante’ (grifei).

Sendo esse o contexto, passo a examinar a postulação cautelar deduzida pela parte ora impetrante. E, ao fazê-lo, entendo relevante destacar, desde logo, aspectos significativos da presente controvérsia mandamental, tais como as questões pertinentes (a) à competência institucional do Tribunal de Contas da União, (b) à teoria da descon sideração da personalidade jurídica, (c) à possibilidade, ou não, de ser ela aplicável em sede administrativa e (d) à compatibilidade da descon sideração expansiva da personalidade jurídica com os princípios da legalidade e da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de ordem jurídica.

¹⁷ Os autos chegaram a ir ao STF (RE nº 420.419), mas o recurso não foi conhecido pelo Rel. Min. Dias Toffoli porque segundo consta na decisão monocrática transitada em julgado: “para acolher a pretensão da recorrente e ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem seria necessário o reexame das provas dos autos e da legislação infraconstitucional”.

E, finalmente, concluiu, cautelosamente, em vista do princípio da reserva da jurisdição sua douta decisão:

“Ocorre, no entanto, que razões de prudência e o reconhecimento da plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte impetrante impõem que se outorgue, na espécie, a pretendida tutela cautelar, seja porque esta Suprema Corte ainda não se pronunciou sobre a validade da aplicação da “disregard doctrine” no âmbito dos procedimentos administrativos, seja porque há eminentes doutrinadores, apoiados na cláusula constitucional da reserva de jurisdição, que entendem imprescindível a existência de ato jurisdicional para legitimar a desconsideração da personalidade jurídica (o que tornaria inadmissível a utilização dessa técnica por órgãos e Tribunais administrativos), seja porque se mostra relevante examinar o tema da desconsideração expansiva da personalidade civil em face do princípio da intranscendência das sanções administrativas e das medidas restritivas de direitos, seja, ainda, porque assume significativa importância o debate em torno da possibilidade de utilização da “disregard doctrine”, pela própria Administração Pública, agindo “pro domo sua”, examinada essa específica questão na perspectiva do princípio da legalidade.

Sendo assim, em sede de estrita deliberação, e sem prejuízo de ulterior reexame da pretensão mandamental deduzida na presente causa, defiro o pedido de medida liminar, para suspender, cautelarmente, a eficácia do item 9.4 do Acórdão nº 2.593/2013 do Plenário do E. Tribunal de Contas da União”.

Este mandado de segurança ainda não foi julgado pela Excelsa Corte Constitucional.

Na verdade, desconhecemos quaisquer aplicações das extravagantes normas citadas, na jurisdição superior, além daquela do Superior Tribunal de Justiça, sendo lícito invocarmos as lúcidas observações do Professor Marlon Tomazete em sua monografia sobre o direito societário, que assim doutrina:

“A aplicação generalizada da desconsideração acabaria por extinguir uma das maiores criações do direito: a pessoa jurídica. Por isso, há que se ter cautela sempre, não considerando suficiente o não cumprimento das obrigações da pessoa jurídica.

.....

Para a desconsideração é fundamental a prova concreta de que a finalidade da pessoa jurídica foi desviada, ou seja, é imprescindível que restem preenchidos os requisitos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica”¹⁸

Efetivamente, parece-nos que cabe, exclusivamente, ao Poder Judiciário desconsiderar, desfazer ou ter como inexistente ato jurídico perfeito de constituição de uma pessoa jurídica, ainda que parcial ou topicamente, criada a associação, sociedade ou fundação, segundo a vontade de seus instituidores e de conformidade com as leis vigentes no País, pelo Poder Executivo, ainda que as leis citadas tenham admitido tal procedimento.

Por último – em retorno ao tratamento legislativo do tema –, apareceu em nosso cenário jurídico, a Lei n. 13.874/19 (art. 7º), a chamada *Lei da Liberdade Econômica*, em cujo art. 7º, vieram a ser introduzidas diversas modificações no Código Civil, dentre as quais as seguintes pertinentes ao assunto em estudo:

“Art. 7º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 49-A. A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.”

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

¹⁸ “Direito Societário”, 2ª. edição, atualizada, 2004, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, págs. 75/76.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.” (NR)

.....”

Sem nenhuma crítica ao último diploma, a proliferação de leis sobre a desconsideração da personalidade jurídica somente tem servido para ensinar uma ampla manifestação da doutrina, a dar ensejo a um grande número de teorias sobre a *disregard*, no Brasil, que, consoante observação de Márcio Tadeu Guimarães Nunes¹⁹, se revelam por diversas formas, a saber:

“Só para se ter uma ideia das formas pelas quais a teoria se manifesta, pode-se catalogar um vasto compêndio de nomenclaturas: a) teoria maior, b) teoria menor, c) teoria subjetiva, d) teoria objetiva, e) teoria inversa, f) teoria direta, g) teoria indireta, h) teoria benéfica, i) teoria da desconsideração da responsabilidade limitada (sem desconsideração da personalidade jurídica), j) desconsideração da separação patrimonial, k) despersonalização, l) desestimação, m) superação episódica etc.” (É de lembrar-se ainda a antiga teoria da chamada “perfuração do véu”).

¹⁹ “Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica”, 2007, São Paulo, Editora *Quartier Latin* do Brasil, págs.28/29.

A variedade de tais teorias, entretanto, não nos auxilia na fixação de uma doutrina única e bem definida que pode ser delineada em lições colhidas em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça a partir da vigência do Código Civil de 2002, dentre os quais citamos o que vem assim ementado, cuja Relatora para o acórdão foi a douta Ministra Nancy Andrighi:

“Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.
- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).
- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.
- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por

parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 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.
- Recursos especiais não conhecidos”. (Ementa do REsp nº 279.273, Terceira Turma).

Efetivamente, para nós está definido que temos duas teorias estabilizadas na doutrina e na jurisprudência brasileira, a teoria maior desenvolvida a partir da disposição em nosso digesto civil e a teoria menor que cuida da disposição em benefício do consumidor, ao lado da teoria maior também ali abrigada no art. 28 do CDC.

Mais recentemente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça foi feliz ao deixar bem claro em decisão proferida no REsp n. 1635630/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, (julgado em 01/12/2016) que:

“1. Conforme entendimento reiterado pelas Turmas que compõem a Segunda Seção deste STJ, acerca dos pressupostos para da desconsideração de pessoa jurídica, a partir da interpretação do art. 50 do CC/02, deve ser adotada a Teoria Maior da Desconsideração. Assim, exige-se a demonstração de desvio de finalidade, demonstração de confusão patrimonial, ou a configuração do abuso de personalidade jurídica. 2. A mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações ou mesmo a alteração de endereço, não constitui motivo suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica”. (trecho da ementa do acórdão)²⁰.

Com respeito à denominada “teoria maior”, sem dúvida, a lei da liberdade econômica deve ser acatada como definitiva em virtude de seu conteúdo, em grande parte, interpretativo da norma contida no Código Civil.

²⁰ Recordamos, ainda o Enunciado n. 7 aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida em 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nos seguintes termos: – “Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.”

A finalizar estas nossas meras reflexões sobre o palpitante tema, em nossas conclusões, rogamos aos legisladores brasileiros que se abstenham de tentar criar novas formas de desconsideração da personalidade jurídica²¹, desnecessariamente, eis que a legislação existente é suficiente para evitar a prática de ilícitudes por sócios, quotistas ou administradores de pessoas jurídicas através destas, bem assim, não se esqueçam de que a atribuição para a solução de controvérsias sobre questões desta natureza é do Poder Judiciário.

Bem assim, aguardamos um pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal com o destaque do princípio da reserva da jurisdição, insistentemente abalado com as iniciativas legislativas contrárias à Constituição da República.

²¹ No projeto de lei sobre o código comercial em curso na Câmara encontram-se disposições sobre a *disregard*.

QUANDO DOIS GIGANTES COLIDEM: O EMBATE ENTRE O DIREITO AUTORAL DOS ARQUITETOS E O DIREITO DE PROPRIEDADE

EDUARDO LYCURGO LEITE

INTRODUÇÃO

Não podemos negar que a jornada que todos atravessamos e atravessaremos desde que nascemos e até o momento em que teremos que cruzar para o “outro lado do rio inevitável”¹, é marcada por mudanças e por uma certa imprevisibilidade quanto a eventos futuros. Fazemos planos futuros, mas isso não quer dizer que eles serão efetivamente concretizados ou se serão concretizados da exata forma como os pensamos.

As nossas vidas são marcadas por idas e vindas, por trágicas escolhas que não são, necessariamente, escolhas trágicas, e por mutações que, por vezes, nos fazem pensar e repensar nossas opções (escolhas).

Às vezes pensamos num lugar para morar que nos parecer ser o ideal para o momento presente, mas que, no futuro, pode assim não ser, por fatos de nossa própria vida, baseados nas escolhas que fazemos ou, apenas, no passar do tempo.

E, assim, também, pode ocorrer com projetos arquitetônicos, protegidos pelas normas de direito autoral como obras intelectuais, mas que, por vezes, são concebidos para satisfazer uma necessidade presente de uma pessoa – física ou jurídica – que é a proprietária do imóvel em si, porém,

¹ A expressão “outro lado do rio inevitável” (“*other side of the inevitable river*”), foi usada pelo Juiz Eve, da Chancery Court (Inglaterra) durante o julgamento do caso *Cummins v. Bond* (Geraldine Dorothy Cummins e Frederick Blight Bond) (1 Ch. 167 [1927]) (p. 175), para se referir ao “mundo dos espíritos”, *in verbis*: “The conclusion which the defendant invites me to come to in this submission involves the expression of an opinion I am not prepared to make, that the authorship and copyright rest with some one already domiciled on the other side of the inevitable river. That is a matter I must leave for solution by others more competent to decide it than I am. I can only look upon the matter as a terrestrial one, of the earth earthly, and I propose to deal with it on that footing.”

num futuro incerto, pode não mais ser adequado às necessidades deste (proprietário do imóvel).

Se considerarmos que os direitos autorais, assim como, o direito de propriedade, são assegurados constitucionalmente aos proprietários de imóveis e aos criadores e titulares de obras intelectuais, podemos dizer que um campo de colisão surge quando as necessidades do proprietário de um imóvel se transformam de tal modo que impõem a alteração e, até mesmo, a demolição, do imóvel de sua propriedade, o que, em tese poderia ferir os direitos autorais do criador/titular do projeto arquitetônico que foi executado na obra de engenharia.

Apenas para exemplificarmos, consideremos a hipótese de um jovem adulto que adquire um terreno para construir para si uma casa com três quartos. Para isso, ele contrata a criação de um projeto arquitetônico que satisfaça as necessidades dele enquanto jovem. Com o passar dos anos, ele se casa e, com sua esposa, tem três filhos. Então, o casal entende que aquela casa projetada e construída quando o marido ainda era jovem e solteiro, já não lhe é mais adequada. O casal tem verdadeira paixão pelo local em que a casa foi construída e não deseja se mudar dali. Também, não possui recursos suficientes para adquirir outro imóvel que possa atender às suas necessidades contemporâneas. Há, contudo, espaço suficiente no imóvel em que residem para a construção de novos cômodos, mas isso, implicará em alterações que farão com que o imóvel não mais esteja em conformidade com o projeto arquitetônico original, sobre o qual a obra de engenharia civil foi executada.

Poderia o arquiteto impedir quaisquer obras de reforma ou de demolição que alterasse o imóvel sob a alegação de que isso infringiria os seus direitos autorais sobre os projetos arquitetônicos que criaram? Seria isso justo?

E se tivéssemos diante da hipótese de um casal idoso que, por diversos anos, tivesse morado em um imóvel de dois andares cujo projeto arquitetônico fora feito quando eles tinham filhos ainda em tenra idade e que, agora, já são adultos e estão casados morando com suas respectivas famílias em suas próprias casas; imóvel esse que já não mais lhes atende? A casa em que o casal mora é grande demais para eles que, desejam demoli-la para construir outra, menor, com apenas um pavimento e mais adequada às suas necessidades contemporâneas.

E se o exemplo fosse relativo a uma pessoa jurídica que tivesse adquirido um imóvel já construído para nele se instalar e decidido fazer reformas

estruturais para atender às suas necessidades, poderia o arquiteto que criou o projeto arquitetônico que fora executado por ocasião da construção do imóvel, impedir que a pessoa jurídica o reformasse?

Até aonde os direitos autorais poderiam interferir no direito de propriedade, ou, como conciliar dois direitos constitucionais fundamentais?

A Carta da República de 1988, em seu artigo 5º, estabeleceu, no inciso XXII, a garantia ao direito de propriedade, direito fundamental de primeira dimensão (ou geração) e, logo em seguida, no inciso XXVII, a proteção autoral, tida como direito fundamental de segunda dimensão. Não, estabeleceu, porém, como poderíamos conciliar essas duas garantias caso elas, viessem a colidir.

O presente texto visa debater ponto, dos mais controvertidos em matéria de direito autoral, pois, a alteração ou demolição de um imóvel construído com base em um projeto arquitetônico ou de engenharia coloca frente à frente os direitos de autor e os direitos de propriedade do proprietário de um imóvel. No que se refere às obras arquitetônicas edificadas para serem habitadas ou utilizadas por pessoas, a questão é extremamente delicada, pois reflete de oposição e, quase colisão, entre o direito de propriedade material e o direito de propriedade intangível (imaterial); revelando um quadro de aparente ausência de conciliação entre eles².

A solução desse dilema passa, ao que nos parece, pela análise da legislação infraconstitucional comparativa do Código Civil e das Leis de Direitos Autorais (Leis nºs 5.988/1973 e 9.610/1998).

1. UM POUCO DE HISTÓRIA LEGISLATIVA SOBRE O ENQUADRAMENTO DOS PROJETOS ARQUITETÔNICOS COMO OBRAS INTELECTUAIS

A despeito da assinatura, em 1886, da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas³ por diversos países⁴, aonde restou definido, em seu artigo 4º o que seriam obras literárias e artísticas, e, dentre elas, expressamente, os projetos, croquis e obras plásticas relacionadas

² HUET, Michel. *L'architecte auteur: pratiques cotidiennes du droit d'auteur en architecture, paysage et urbain*. Paris: Le Moniteur, 2006, p. 79.

³ doravante denominada, para fins do presente texto de “Convenção de Berna”.

⁴ Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Grã-Bretanha, Haiti, Itália, Libéria, Suíça e Tunísia.

à arquitetura⁵, o Código Civil Brasileiro de 1916, apenas assegurou a proteção às obras literárias, artísticas ou científicas e os direitos aos seus autores, sem jamais definir quais seriam elas (obras literárias, artísticas ou científicas) ou fazer qualquer remissão às obras arquitetônicas como tal.

A despeito da falta de menção, na legislação pátria do início do Século XX, acerca das obras arquitetônicas como obras literárias, artísticas ou científicas, o certo é que, as criações arquitetônicas que integraram o patrimônio cultural imóvel brasileiro, que é parte da identidade coletiva, foram associadas aos nomes de seus autores, *v.g.*: Teatro Municipal do Rio de Janeiro (autores: Francisco de Oliveira Passos e Albert Guilbert), Real Gabinete Português de Leitura (arquiteto: Rafael da Silva Castro), Parque Lage (arquiteto: Mário Vodret), e a Capela Real Imperial (cuja fachada foi completada pelo arquiteto Pedro Alexandre Cavroé).

O Brasil aprovou a Convenção de Berna em 1922 (Decreto nº 4.541), porém, nenhuma outra norma específica foi editada com relação à proteção autoral, que permaneceu atrelada ao direito civil comum, sem qualquer autonomia.

Foi apenas em 1966, com a edição da Lei nº 5.194 (por muitos chamada, até 2010, de “Lei do CREA”), a qual regulou o exercício da profissão de arquiteto, que, em tese, tivemos, em nosso ordenamento jurídico a primeira referência indicando a condição de obra intelectual aos projetos arquitetônicos, porquanto, em seus artigos 17, 18 e 22, tal norma, reconhecia os arquitetos como titulares da autoria dos projetos por eles criados e regulava os direitos de autor dos arquitetos sobre os projetos arquitetônicos por eles elaborados, bem como, as questões relativas às alterações do projeto ou plano original.

⁵ Artigo 4º do texto original da Convenção de Berna dizia: “L’expression <oeuvre littéraires et artistiques> comprend les livres, brochures ou tout autres écrits; les oeuvres dramatiques ou dramático-musicales, les compositions musicales avec ou sans paroles; les oeuvres de dessin, de peinture, de sculpture, de gravure; les lithographies, les illustrations, les cartes géographiques; les plans, croquis e ouvrages plastiques, relatifs à la géographie, à la topographie, à l’architecture ou aux sciences en general; enfin toute production quelconque du domaine littéraire, scientifique ou artistique, qui pourrait être publiée par n’importe qual mode d’impression ou de reproduction.”

Não podemos nos culpar ou censurar por esse tardio reconhecimento feito somente a partir da Lei nº 5.194/1966, pois, mesmo a França, a quem, na sequência da revolução de 1789 (Revolução Francesa) coube a consagração da existência da propriedade literária e artística, somente no início do Século XX, com a Lei de 11 de março de 1902, é que reconheceu a obra arquitetônica como obra intelectual⁶.

Em Portugal, a despeito de (1) já se discutir, desde 1827, a necessidade de reconhecimento aos autores de escritos, compositores de música, pintores e desenhadores, direitos exclusivos de autor; (2) de haver, desde 1951, Decreto Real (de 8 de Julho de 1851) reconhecendo direitos autorais aos autores, dentre os quais, os autores de obras que fossem produto das artes de desenho, como obras de arquitetura (artigo 18); (3) e de ter esse aderido à Convenção de Berna em 1911 (Decreto de 18 de março de 1911), foi apenas em 1927, por meio do Decreto nº 13.725, que a arquitetura foi expressamente consagrada como sendo obra intelectual, ou seja, compreendida na expressão “trabalho literário ou artístico”.

Ocorre que, dentre nós, os dispositivos da Lei nº 5.194/1966 não tiveram longa vigência, pois, com a edição, em 1973, da Lei nº 5.988, a qual regulou os direitos autorais em norma autônoma, os dispositivos da Lei nº 5.194/1966 que dispunham sobre direitos autorais dos arquitetos foram revogados.

Isto porque, se compararmos os dispositivos da Lei nº 5.194/66 com os dispositivos análogos da Lei nº 5.988/1973, ou com os dispositivos desta que trataram de temas afetos, veremos que há entre os referidos dispositivos legais contidos nesta última norma (Lei nº 5.988/1973) vieram regular a espécie de modo diferente, de modo que a norma posterior e mais específica quanto ao tema direitos autorais, revogou a norma anterior e genérica. Vejamos o quadro a seguir:

⁶ CORDEIRO, António. *O Direito do Arquitecto: lições*. Lisboa: Quid Juris, 2015, p. 23.

Lei nº 5.194/1966	Lei nº 5.988/1973 (Lei de Direitos Autorais)
<p>“Art. 17. Os direitos de autoria de um plano ou projeto de engenharia, arquitetura ou agronomia, respeitadas as relações contratuais expressas entre o autor e outros interessados, são do profissional que os elaborar.</p> <p>Parágrafo único. Cabem ao profissional que os tenha elaborado os prêmios ou distinções honoríficas concedidas a projetos, planos, obras ou serviços técnicos.”</p>	<p>“Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, ...”</p> <p>“Art. 6º São obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como:</p> <p>...</p> <p>X – os projetos, esboços ... concernentes a ... arquitetura, ...,”</p> <p>“Art. 15. Quando se tratar de obra realizada por diferentes pessoas, mas organizada por empresa singular ou coletiva e em seu nome utilizada, a esta caberá sua autoria.”</p> <p>“Art. 36. Se a obra intelectual for produzida em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencerão a ambas as partes, ...”</p>
<p>“Art. 18. As alterações do projeto ou plano original só poderão ser feitas pelo profissional que o tenha elaborado.</p> <p>Parágrafo único. Estando impedido ou recusando-se o autor do projeto ou plano original a prestar sua colaboração profissional, comprovada a solicitação, as alterações ou modificações deles poderão ser feitas por outro profissional habilitado, a quem caberá a responsabilidade pelo projeto ou plano modificado.”</p>	<p>“Art. 27. Se o dono da construção, executada segundo projeto arquitetônico por ele aprovado, nela introduzir alterações, durante sua execução ou após a conclusão, sem o consentimento do autor do projeto, poderá este repudiar a paternidade da concepção da obra modificada, não sendo lícito ao proprietário, a partir de então e em proveito próprio, dá-la como concebida pelo autor do projeto inicial.”</p>

Quer sob a ótica da definição de autoria, quer sob a ótica da possibilidade/necessidade de alterações no projeto arquitetônico sem autorização do autor, a Lei nº 5.988/1973 deu tratamento diverso à matéria do que aquele tratamento que era dado pela Lei nº 5.194/1966, o que implica na revogação tácita dessa última por aquela, quer seja por ser posterior, quer seja por ser mais específica (regular os direitos autorais).

A Lei nº 5.988/1973, cuja finalidade era a de regular os direitos autorais, desde logo, no seu artigo 6º, enumerou as obras intelectuais suscetíveis da proteção autoral, dizendo que elas eram as criações do espírito de qualquer forma exteriorizadas, ou seja, qualquer que fosse o gênero, a forma de expressão, o mérito, o modo de comunicação e o objetivo, e, de forma

exemplificativa, estabeleceu expressamente, no inciso X, que os projetos de arquitetura se constituíam como tal – obra intelectual.

Antônio Chaves⁷, saudoso autoralista, assim afirmou com relação a questão da revogação dos artigos 17 e 18 da Lei nº 5.194/1966 pela Lei nº 5.988/1973:

“A Lei nº 5.988 partiu do princípio oposto ao da Lei nº 5.194, dando ênfase à ampla possibilidade do dono da construção introduzir as alterações que bem entenda, ‘durante a sua execução, ou após a conclusão, sem o consentimento do autor’, devendo prevalecer não apenas porque a lei posterior revoga a lei anterior, mas ainda porque é lei específica relativa ao direito de autor, ao passo que a Lei de 1966 é genérica a respeito do exercício da profissão do engenheiro.”
(grifos não do original)

Nesse mesmo sentido, também Hely Lopes Meirelles afirmou categoricamente que a Lei nº 5.988/73 regulamentou de modo diferente daquele que vinha sendo regulamentado pelo art. 18 da Lei nº 5.194/1966 as disposições acerca dos direitos dos arquitetos com relação às modificações em suas obras, *in verbis*:

“... a mesma Lei nº 5.988/73 atenuou o rigor dessas disposições quanto às construções, ao permitir que o proprietário da obra, sem alterar materialmente o projeto, lhe introduza modificações, durante a execução ou depois de concluída, à revelia do autor do projeto, cabendo a este apenas a paternidade da concepção, ficando o proprietário impedido de, em proveito próprio, dar a obra como concebida por quem a rejeitou.”⁸

Também Orlando Carlos Gandolfo⁹, ao analisar as disposições das Leis nº 5.194/1966 e 5.988/1973, afirmou que “*chega-se à inarredável conclusão de que a alteração de plano geral ou projeto de engenharia, encontra-se, hoje, sob a regência do preceito contido no art. 27 da Lei n. 5.988, não se lhe aplicando mais a regra prevista no art. 18 da lei do CREA.*”

⁷ CHAVES, Antônio. *Direito de Autor: Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 106.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 231.

⁹ GANDOLFO, Orlando Carlos. *Direitos Autorais de Projeto de Engenharia*. Revista dos Tribunais (RT) vol. 477, pp. 67-72, jul. 1975, p. 71.

Em 1998, foi editada a Lei nº 9.610, que, substituindo a Lei nº 5.988/1973, passou a regular os direitos autorais, mantendo o reconhecimento da criação específica do arquiteto como obra intelectual (art. 7º, X), tal como o fizera a norma anterior.

A Lei nº 9.610/1998, em seu artigo 26, no tocante ao projeto arquitetônico, ainda estabeleceu que o autor deste poderia “*repudiar a autoria de projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a execução ou após a conclusão da construção.*”

Com o Código Civil de 2002, veio o disposto no art. 621, *in verbis*:

“Sem anuência de seu autor, não pode o proprietário da obra introduzir modificações no projeto por ele aprovado, ainda que a execução seja confiada a terceiros, a não ser que, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, fique comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária.

Parágrafo único. A proibição deste artigo não abrange alterações de pouca monta, ressalvada sempre a unidade estética da obra projetada.”

Segundo a regra inserta no Código Civil, o arquiteto poderia impor a observância de seu projeto caso o proprietário tivesse a vontade de dele se desviar durante a construção¹⁰.

Contudo, essa estranha disposição do Código Civil, restou omissa com relação às reformas que venham a ser executadas após a conclusão da obra. Seria apenas expressa no sentido de vedar a introdução de modificações no projeto criado pelo arquiteto e aprovado pelo proprietário da obra, de modo que, em tese, não poderia o proprietário desviar-se do projeto durante a construção.

Além disso, houvesse a pretensão de aplicar tal dispositivo para impedir alterações nos imóveis após a conclusão de obras de edificação originais, teríamos, ainda, a questão da constitucionalidade do art. 621 do Código Civil de 2002. Nesse cenário, teríamos que tal dispositivo, além de ser ineficiente sob o ponto de vista econômico, também de constitucionalidade duvidosa¹¹.

Isto porque, o proprietário da construção (edificação) possui seu direito (de propriedade) enraizado, como já vimos, na Constituição Federal, de modo que a lei ordinária não poderia limitá-lo.

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, Vol. 4: *direito das coisas – direito autoral*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 339.

¹¹ *Idem, ibidem*.

Na Constituição de 1988 (art. 5º, XXVII) encontram-se amparados somente os direitos patrimoniais de autor, mas não os morais, de que o texto fundamental não cuida¹².

Desse modo, a tutela constitucional do direito de propriedade do dono da construção/edificação se sobrepõe àquela dada pela lei ordinária ao direito moral do arquiteto¹³.

Claro está, que a observância do projeto atende exclusivamente ao interesse moral do arquiteto e não guarda nenhuma ligação com a função social da propriedade¹⁴.

Assim, as disposições contidas no art. 621 do Código Civil, que buscam proteger o direito moral do arquiteto, revelar-se-iam, contrárias às garantias fundamentais do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) e da função social desta (CF, art. 5º, XXIII), o que geraria a inconstitucionalidade de tal dispositivo infraconstitucional.

Entendemos que, por tal motivo, o artigo 621, do Código Civil, não se aplica às reformas ou alterações que sejam feitas no imóvel (edificação) após a conclusão da construção.

Por fim, no apagar das luzes de 2010, foi editada a Lei nº 12.348, a qual, buscando regulamentar o exercício da Arquitetura, estabeleceu, quanto aos direitos autorais do arquiteto, dentre outras, que alterações em trabalho de arquiteto e urbanista, tanto em projeto como em obra dele resultante, somente poderão ser feitas mediante consentimento por escrito da pessoa natural titular dos direitos autorais, salvo pactuação em contrário, voltando a acirrar o embate das garantias constitucionais relativas à propriedade material e imaterial.

Assim estabeleceu a Lei nº 12.348/2010:

“Art. 15. Aquele que implantar ou executar projeto ou qualquer trabalho técnico de criação ou de autoria de arquiteto e urbanista deve fazê-lo de acordo com as especificações e o detalhamento constantes do trabalho, salvo autorização em contrário, por escrito, do autor.

¹² *Idem, ibidem.*

¹³ *Idem, ibidem.*

¹⁴ *Idem, ibidem.*

Parágrafo único. Ao arquiteto e urbanista é facultado acompanhar a implantação ou execução de projeto ou trabalho de sua autoria, pessoalmente ou por meio de preposto especialmente designado com a finalidade de averiguar a adequação da execução ao projeto ou concepção original.

Art. 16. Alterações em trabalho de autoria de arquiteto e urbanista, tanto em projeto como em obra dele resultante, somente poderão ser feitas mediante consentimento por escrito da pessoa natural titular dos direitos autorais, salvo pactuação em contrário.

§ 1º No caso de existência de coautoria, salvo pactuação em contrário, será necessária a concordância de todos os coautores.

§ 2º Em caso de falecimento ou de incapacidade civil do autor do projeto original, as alterações ou modificações poderão ser feitas pelo coautor ou, em não havendo coautor, por outro profissional habilitado, independentemente de autorização, que assumirá a responsabilidade pelo projeto modificado.

§ 3º Ao arquiteto e urbanista que não participar de alteração em obra ou trabalho de sua autoria é permitido o registro de laudo no CAU de seu domicílio, com o objetivo de garantir a autoria e determinar os limites de sua responsabilidade.

§ 4º Na hipótese de a alteração não ter sido concebida pelo autor do projeto original, o resultado final terá como coautores o arquiteto e urbanista autor do projeto original e o autor do projeto de alteração, salvo decisão expressa em contrário do primeiro, caso em que a autoria da obra passa a ser apenas do profissional que houver efetuado as alterações.”

Nota-se, claramente aqui, que o legislador ao editar a Lei nº 12.348/2010, deixou de observar que, no caso das obras de arquitetura, quando essas estão retratadas em edificações resultantes da execução de um projeto, se pode dizer que o direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea independe do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação.

2. O OBJETO DA PROTEÇÃO AUTORAL EM ARQUITETURA

Inicialmente devemos dizer que, ao aplicarmos o critério utilitário às obras de arquitetura, veremos que existe uma dicotomia entre aquelas puramente artísticas (monumentos, esculturas, objetos voltados à decoração, etc) e outras que apresentam uma vocação utilitária, tais como, moradas, escritórios, lojas, edifícios comerciais ou industriais, etc¹⁵ e, não haverá qualquer dúvida para que apontemos as primeiras (puramente artísticas) como protegidas por direitos autorais em sua plenitude e sem qualquer conflito com direitos de propriedade.¹⁶

O dilema que aqui se põe, diz respeito exclusivamente às obras arquitetônicas de caráter utilitário, ou seja, aquelas que são criadas para serem executadas ou não no futuro por meio da construção de uma edificação.

Uma coisa é o projeto arquitetônico, outra, é a edificação erguida com base nesse projeto com fim arquitetônico. É sobre o primeiro (projeto arquitetônico) que repousa a proteção autoral.

O artigo 7º, X, da Lei nº 9.610/1998 é claro ao dispor que a proteção autoral repousa sobre o esboço ou projeto arquitetônico e não sobre a edificação proveniente da execução do projeto arquitetônico.

Há um equívoco conceitual em se acreditar que a obra arquitetônica possui um único suporte: o da edificação construída de acordo com o respectivo projeto.

Isto porque, a obra arquitetônica pode existir no projeto sem que esse seja jamais executado por meio de uma edificação. Não fosse assim, teríamos que dizer que, enquanto não fosse concretizado o projeto por meio da edificação, não haveria obra intelectual, o que seria uma verdadeira falácia.

Mesmo que não edificado, o projeto arquitetônico já se encontra exteriorizado e é uma realidade que pode ser objeto autônomo de exploração patrimonial, independentemente de haver previsão ou não para a sua execução por meio de uma edificação futura.

A sustentar essa posição, estão os direitos morais que todo autor possui de: (1) a qualquer tempo, modificar a sua obra, antes ou depois de utilizada (art. 24, V, da Lei nº 9.610/1998); e (2) o de retirar de circulação a obra ou suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação

¹⁵ L'affaire Bonnier contre Bull. Cour d'Appel Paris 1^{re} ch. 15 mai 1990, RIDA janvier 1981.

¹⁶ Cass. 1^{re} civ 7 janvier 1992, D., Jur., p. 522.

ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem (art. 24, VI, da Lei nº 9.610/1998). Se o direito autoral do arquiteto repousasse na edificação construída de acordo com o projeto arquitetônico criado, poderíamos dizer que o arquiteto, a qualquer tempo, poderia impor a sua vontade em alterar a edificação (obra resultante do projeto) ao proprietário do imóvel, ou, mais do que isso, exercer o “direito de retirada”, impedindo que a edificação fosse utilizada, o que seria surreal ou uma “heresia jurídica”. Se a proteção autoral das obras arquitetônicas repousasse sobre a obra edificada a partir do projeto e não no projeto em si, seria impossível e impen-sável o exercício, por parte do autor, dos direitos morais de modificação e de retratação, retratados nos incisos V e VI, do art. 24, da Lei nº 9.610/1998 em face da obra construída (edificação) ou mesmo em fase de construção¹⁷.

A obra intelectual é o projeto arquitetônico definitivo. A obra intelectual não é o edifício edificado, que é bem inerente ao patrimônio do proprietário da construção, que pode, por isso, dele dispor como for de sua vontade.

O plano, o projeto em si, no papel, enquanto concepção artística e obra intelectual, realmente não pode ser alterado sem o consentimento do seu autor, como qualquer outra obra intelectual. Outra coisa, totalmente distinta, é a edificação, a realização prática do projeto arquitetônico posto no papel.

A esse respeito Fábio Ulhoa Coelho bem esclareceu a diferença ao dizer que a edificação é a “*tradução do projeto em realidade*.”¹⁸

Ademais, devemos salientar que a própria Lei nº 9.610/1998, estabelece em seu art. 8º que não há proteção para o aproveitamento das ideias contidas nas obras intelectuais. Se considerarmos o plano original ou projeto (escrito/desenho) como obra intelectual, teremos que a edificação retrata a execução de uma obra com base no aproveitamento das ideias contidas no corpo daquela obra, razão pela qual poderá ser feita livremente.

¹⁷ Sobre similar disposição contida no Código de Propriedade Intelectual francês, Michel Huet afirma: “Le code dispose que ‘nonobstant la cession de son droit d’exploitation, l’auteur, même postérieurement à la publication de son oeuvre, jouit d’un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire’ (CPI, art. L. 121-4). Em architecture cette disposition paraît impossible et impensable à exercer pour l’oeuvre déjà construite ou même em cours de construction.” (HUET, Michel. *L’architecte auteur: pratiques cotidiennes du droit d’auteur em architecture, paysage et urbain*. Paris: Le Moniteur, 2006, p.73).

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*, p. 337.

Assim, podemos dizer que a obra arquitetônica protegida pelo direito autoral é o projeto criado e não a edificação que advém da execução dele.

3. DO DIREITO DE ALTERAR OU DEMOLIR A EDIFICAÇÃO RESULTANTE DO PROJETO ARQUITETÔNICO: QUANDO COLIDEM DOIS DIREITOS ASSEGURADOS CONSTITUCIONALMENTE

É compreensível que o autor de um projeto arquitetônico ao tomar conhecimento de que o proprietário da edificação pretende alterá-la ou demolí-la, sinta-se incomodado.

Todavia, aqui, como em vários outros lugares/países, a incerteza de que a edificação permanecerá para sempre como fora concebida em projeto arquitetônico, é inerente da atividade do projetista/arquiteto, já que é mantido o direito de livre-arbítrio do proprietário quer na hora da construção, quer posteriormente, por ocasião da realização de reformas, alterações que se façam necessárias, ou, até mesmo, a demolição da edificação.

Pretender inferir, que as normas impõem ao proprietário da edificação que apenas altere a mesma ou execute reformas com autorização do autor original do projeto arquitetônico segundo o qual a edificação foi erguida, é restringir o direito de propriedade que o proprietário do imóvel/edificação tem sobre o mesmo, o que fere mortalmente a liberdade de escolha deste, sendo, portanto, interpretação incompatível não só com o nosso ordenamento jurídico, mas também, com o atual nível de desenvolvimento social mundial.

Não se pode esquecer que, da mesma forma como à proteção aos direitos autorais repousa no texto da Constituição Federal de 1988, a garantia dos direitos de propriedade e da função social desta, também ali encontram guarita. Como fundamento constitucional (direitos fundamentais), assinalou-se a garantia da propriedade e sua função social e a proteção aos direitos autorais, razão pela qual, necessário que seja feita a interpretação conforme das normas infraconstitucionais. Ao mesmo tempo em que os direitos autorais dos arquitetos com relação aos seus projetos se sustentam em dispositivo constitucional - direito fundamental à proteção das obras intelectuais (CF, art. 5º, XXVII) -, de outro lado, há o direito de propriedade dos proprietários de imóveis que também tem a seu lado a garantia fundamental do direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) e da função social desta (CF, art. 5º, XXIII).

Coloca-se a questão, assim, no terreno das garantias fundamentais ao direito de propriedade, mormente quando aparentam colidir o direito de propriedade com o direito de autor.

O tema não é simples, sendo dos mais candentes na doutrina autoral.

Ocorre que nenhuma norma constitucional, nem mesmo a regra da proteção autoral ou o princípio da garantia ao direito de propriedade, pode ser interpretada isoladamente.

A Constituição de 1988 caracteriza-se como um típico compromisso entre forças políticas divergentes, que em 1988 se uniram para definir um destino coletivo em comum, balizando a atuação dos poderes políticos através das regras e dos princípios definidos no pacto constitucional.

Trata-se de compromisso porquanto a base plural da sociedade, no momento constituinte, assinalava relevância a valores díspares, sem uma univocidade ideológica, provocando a convivência, por exemplo, de garantias aparentemente antagônicas. Ao caminhar no sentido de atingir as metas constitucionais que norteiam a sociedade brasileira, valores igualmente caros ao texto constitucional podem entrar em rota de colisão.

Nesses casos, que sob um primeiro ângulo poderiam ensejar verdadeiras arbitrariedades pelo intérprete, ao optar, em voluntarismo, pela norma que lhe parecesse merecedora de maior prestígio, impõe-se, como ensina a novel teoria da interpretação constitucional, a harmonização prudencial e a concordância prática dos enunciados constitucionais em jogo, a fim de que cada um tenha seu respectivo âmbito de proteção assegurado, como decorrência do princípio da unidade da Constituição¹⁹.

Em outras palavras, cabe ao intérprete conciliar as normas constitucionais cujas fronteiras não se mostram nítidas à primeira vista, assegurando a mais ampla efetividade à totalidade normativa da Constituição, sem que qualquer de seus vetores seja relegado ao vazio, desprovido de eficácia normativa.

O caminho lógico a ser percorrido para a harmonização de comandos normativos indicando soluções opostas demanda do aplicador da Constituição a reconstrução do sistema de princípios e de regras exposto no seu texto, guiado por um inafastável dever de coerência, sendo possível a

¹⁹ **SANCHÍS**, Luis Prieto. *El juicio de ponderación. In: Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 188; **BARCELLOS**, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32; **BARROSO**, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302-4; e **GRAU**, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 166.

conciliação das referidas garantias constitucionais, sem que elas de fato venham a colidir.

4. DO DIREITO DE ALTERAR OU DEMOLIR A EDIFICAÇÃO E O DIREITO AUTURAL DO ARQUITETO: DA SOLUÇÃO DADA PELA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS QUE REGEM A MATÉRIA

É inegável que a alteração de projetos arquitetônicos durante ou pós-construção é uma realidade do mercado. O projetista/arquiteto exerce atividade dotada de incerteza, a qual, por sua vez, baseia-se no livre-arbítrio do proprietário quer durante a construção, quer posteriormente.

O plano, o projeto em si, no papel, como concepção artística e obra intelectual, realmente não pode ser alterado sem o consentimento do seu autor, como qualquer outra obra intelectual. Outra coisa, totalmente distinta, é a edificação, a realização prática do projeto posto no papel.

No atual estágio de nossa sociedade, não há como se exigir que o proprietário de uma edificação se curve à concepção artística do arquiteto e realize a obra obedecendo às linhas por ele traçadas²⁰ ou seja impedido de promover reformas no imóvel.

Isso é o que se depreende da análise do disposto nos artigos 27, da Lei nº 5.988/1973 e 26 da Lei nº 9.610/1998, que, ao tratar dos direitos autorais sobre a obra arquitetônica e do aparente conflito que esses poderiam representar com os direitos de propriedade, resolveram essa controvérsia dando prevalência desse segundo sobre os primeiros de modo moderado.

A lei sempre previu como objeto da proteção autoral as obras e os desenhos, além dos projetos arquitetônicos. Obviamente, isso não quer dizer que no caso da obra arquitetônica realizada concretamente haja uma dupla proteção: sobre o projeto e sobre a edificação.

O artigo 27, da Lei nº 5.988/1973 assim dispunha:

“Se o dono da construção, executada segundo projeto arquitetônico por ele aprovado, nela introduzir alterações, durante sua execução ou após a conclusão, sem o consentimento do autor do projeto, poderá este repudiar a paternidade da concepção da

²⁰ CHAVES, Antônio. Op. cit., p. 263.

obra modificada, não sendo lícito ao proprietário, a partir de então e em proveito próprio, dá-la como concebida pelo autor do projeto inicial.”

O artigo 26, da Lei nº 9.610/1998, por sua vez, assim dispõe:

“Art. 26. O autor poderá repudiar a autoria de projeto arquitetônico alterado sem o seu consentimento durante a execução ou após a conclusão da construção.

Parágrafo único. O proprietário da construção responde pelos danos que causar ao autor sempre que, após o repúdio, der como sendo daquele a autoria do projeto repudiado.”

Em sua essência o artigo 26 da Lei nº 9.610/1998 não mudou o que dispunha a essência do artigo 27 da Lei anterior (Lei nº 5.988/1973), de modo que as argumentações lançadas sob a égide da Lei nº 5.988/1973 são diretamente aplicáveis ao argumento vigente.

Hely Lopes Meirelles ao comenta em sua obra “Direito de Construir” o disposto no art. 27 da Lei nº 5.988/73 afirmou²¹:

“... a mesma Lei nº 5.988/73 atenuou o rigor dessas disposições quanto às construções, ao permitir que o proprietário da obra, sem alterar materialmente o projeto, lhe introduza modificações, durante a execução ou depois de concluída, à revelia do autor do projeto, cabendo a este apenas a paternidade da concepção, ficando o proprietário impedido de, em proveito próprio, dar a obra como concebida por quem a rejeitou.”

Percebe-se do trecho acima transcrito que o proprietário da edificação pode proceder a modificações na edificação construída, desde que mantenha íntegro o projeto elaborado no papel.

Na realidade, o que ocorre é a elaboração de novo projeto para viabilizar as modificações na construção, tendo como ponto de partida uma situação já consolidada: uma edificação concluída ou um planejamento em construção. Nessas condições, tal como ocorreu no presente caso, o projeto original permanece sem alterações. O que ocorre é a elaboração de novo projeto, partindo do ponto lançado pelo projeto anterior já totalmente pago²².

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 231.

²² FLÔRES, Leandro Vanderlei Nascimento. *Direito Autoral na Engenharia e Arquitetura*. São Paulo: Pillares, 2010, p. 113.

Ressalta-se que o terceiro que elaborar as alterações, tal como também ocorreu no presente caso, assumirá a responsabilidade técnica pelas alterações introduzidas.

No caso de reformar em edifício já concluído, os direitos de autor devem ser atenuados, conforme já ressaltou Antônio Chaves²³:

“... não há como exigir que o cliente se curve à concepção artística do arquiteto e realize a obra obedecendo às linhas por ele traçadas.

Pode alterar o projeto, não como obra artística, protegida como outra qualquer, não como desenho ou croquis assinado, que, realmente, não pode ser modificado ou alterado sem aquiescência do seu criador, mas na sua realização prática.

Se a idéia, a concepção é do arquiteto – a construção, o prédio é de quem o levante, ...

Nisto difere a obra arquitetônica das demais obras de arte plástica: enquanto que um quadro, um desenho, uma gravura, um baixo ou alto relevo, uma escultura, existem de per si, não se concebendo qualquer modificação ou alteração feita por outrem senão como uma verdadeira mutilação, [...] o plano arquitetônico propriamente dito, destina-se a ser traduzido em pedra, cal, cimento, vidros e ferragens: é nesta transfiguração que entra o arbítrio do cliente, do adquirente da obra, que na materialização das idéias do arquiteto poderá mantê-las integralmente, ou modificá-las, a seu arbítrio.”

Acrescenta Antônio Chaves que o proprietário da edificação que introduzir modificações, não no próprio projeto ou plano original (documento escrito/desenho), mas na sua execução (edificação), não sofrerá qualquer sanção: *“porque as modificações não são aduzidas ao projeto ou plano original, mas à sua execução prática: não há violação no exercício de um direito reconhecido por lei, presumidamente esta tenha o autor recebido os honorários pelo serviço executado.”*²⁴

O Tribunal de Contas da União enfrentou esse tema no Processo n. 1.980/2004, sessão de 10/08/2004, no qual o Ministro Relator, Sr. Augusto Sherman Cavalcanti, externou em seu voto, que foi acompanhado pelos demais Ministros, o seguinte entendimento[8]:

²³ CHAVES, Antônio. Op. cit., p. 263.

²⁴ CHAVES, Antônio. Op. cit., p. 264.

“Observo que a Lei 5.988/73 não restringe as alterações em projetos arquitetônicos somente ao próprio autor. A proteção aos direitos morais do autor lhe confere a possibilidade de, em havendo alteração no projeto, durante sua execução ou após a conclusão, sem o seu consentimento, repudiar a paternidade da concepção da obra modificada.”

José de Oliveira Ascensão, o mais consagrado autoralista da língua portuguesa, reconhece que o cliente, por seu turno, ter o direito de dispor sobre sua propriedade material, de modo que aponta que “é lícito ao proprietário modificar o prédio, embora construído sob o projeto do arquiteto.”²⁵

Claude Colombet anota que:

“[...] na França, o arquiteto não pode impor inviolabilidade absoluta de sua obra, pois as obras de arquitetura têm vocação utilitária. Assim, de acordo com a jurisprudência francesa, as modificações da obra poderiam ser justificadas por fatores técnicos ou legítimas por motivos econômicos (como no caso de necessidade de adaptar a obra às novas necessidades).”²⁶

É relevante ressaltar o entendimento exarado no manual publicado pela Associação Brasileira de Escritórios de Arquitetura com relação ao embate entre os direitos do arquiteto e do proprietário da edificação quando essa é reformada, o qual estabelece que o cliente, por seu turno, tem o direito de dispor sobre sua propriedade material²⁷:

“No entanto, após edificada a obra ou mesmo durante sua construção, qualquer modificação superveniente poderá gerar um conflito entre o direito moral do arquiteto e o direito material do comprador proprietário do edifício. O arquiteto tem direito a zelar pela sua reputação e conceito profissional que estarão vinculados à obra, edificada segundo o seu projeto, tendo o cliente, por seu turno, o direito de dispor sobre sua propriedade material.

²⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 147.

²⁶ COLOMBET, Claude. *Propriété littéraire et artistique: Et droits voisins*. 9ª ed. Paris: Dalloz, 1999. FLÔRES, Leandro Vanderlei Nascimento. *Op. cit.*, p. 135.

²⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ESCRITÓRIOS DE ARQUITETURA. *Manual de Contratação dos Serviços de Arquitetura e Urbanismo*. São Paulo: Pini, 2000, p. 71.

Na prática, o autor do projeto deve aquilatar se as mudanças feitas pelo proprietário comprometem, ou não, a concepção original. Em caso afirmativo, poderá o arquiteto repudiar a paternidade da obra, impedindo que o cliente faça uso de seu nome. Na hipótese do proprietário modificar a obra, sem o consentimento do autor e a vincular ao arquiteto, estará sujeito a responder pelos danos causados, em face da violação do direito de paternidade. Há casos em que as modificações se operam no próprio projeto. [...] A modificação do projeto por outrem, sem o conhecimento do autor, consistirá, naturalmente, em violação dos seus direitos autorais.”

O entendimento da Associação Brasileira de Escritórios de Arquitetura deve ter muito peso, porquanto tal associação, de âmbito nacional, abarca em seus quadros os principais interessados pela proteção autoral, ao mesmo tempo em que admite que o conflito de interesses faz com que o direito autoral de seus associados seja limitado em parte.

Eliane Y. Abrão, com a maestria que lhe é peculiar, aponta que mesmo sob os auspícios da legislação autoral vigente (Lei nº 9.610/1998), é permitido que o proprietário da construção altere ou modifique o projeto após a conclusão da obra²⁸, no que é seguida por Leandro V. Nascimento Flôres que, ao comentar o tema, afirma que “*penso que o proprietário pode modificar o projeto sem anuência do autor*”²⁹, reconhecendo ambos, com isso, a prevalência do direito de propriedade sobre o direito de autor em tais circunstâncias.

Este é o entendimento de nossa melhor jurisprudência:

“Tratando-se de direitos autorais a serem indenizáveis, não prevalece o preceito do Código de Ética do CREA (art. 18), que se refere a procedimento entre profissionais dessa área e não a relação entre arquiteto e o proprietário. **A este é facultado de regra, modificar o projeto arquitetônico, porque não lhe é dado submeter-se à imposição do gosto artístico do seu autor.** Daí ser permitido ao autor do projeto, se contrariado ou discordar das modificações, repudiar a autoria, ou ‘paternidade’ da concepção da obra modificada.” (TJSP, 3ª Câmara, AP nº 475.756/6, Rel. Desembargador Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, DJ de 11/05/1993, RT 695/112-4) (grifos nossos)

²⁸ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 75.

²⁹ FLÔRES, Leandro Vanderlei Nascimento. *Op. cit.*, p. 137.

“Aliás, **exatamente em razão dessa faculdade que tem o dono da obra em alterar o projeto arquitetônico**, é que o artigo 26 da Lei 9.610/98 confere ao Apelado o direito de repudiar a autoria da obra quando a modificação ocorrer sem o seu consentimento.

A possibilidade de alteração do projeto pelo dono da obra e o direito de repúdio do autor são equacionados pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, que restringe o dever de indenizar apenas quando o proprietário da construção ‘após o repúdio, der como sendo daquele a autoria do projeto repudiado’.

Daí que a simples modificação da obra não dá ensejo a reparação por dano moral disso decorrente.” (TJPR, 10ª Câmara Cível, AP. nº 374.455-8, Relator Desemb. Ronald Schulman, DJ de 09/11/2006) (destaques nossos)

O Tribunal de Justiça do Paraná, no acórdão retro transcrito, concluiu, ainda que (1) a alteração do projeto arquitetônico pelo dono da obra ou do prédio não é vedada pelo nosso ordenamento jurídico e (2) a alteração do projeto original decorreu de regular exercício do direito do proprietário que pode adaptar o projeto às suas necessidades.

Acreditar que a lei autoral obriga o proprietário do prédio a alterar ou reformar a edificação somente a partir da contratação do autor original do projeto, é permitir que seja restringido o direito de propriedade do imóvel, o que fere frontalmente a liberdade de escolha do proprietário, sendo, por conseguinte, incompatível com o nosso ordenamento constitucional.

A Lei nº 12.348/2010 não estabelece que a edificação é obra intelectual e nem poderia fazê-lo. Tampouco, tal norma impede modificações na edificação concretizada a partir de um projeto arquitetônico ou, até mesmo, a sua demolição.

O parágrafo único do art. 15, da citada Lei nº 12.438/2010, afirma assistir ao arquiteto o direito de fiscalizar a construção de edifícios erguidos com base no projeto arquitetônico por ele concebido em todas as fases e pormenores, de maneira a assegurar a exata conformidade da obra com o projeto.

No artigo 16, a Lei nº 12.348/2010 estabelece não poder o dono da obra resultante do projeto criado pelo arquiteto, introduzir alterações sem consulta prévia e autorização do mesmo, sem, contudo, estabelecer qualquer sanção para o caso dessa regra não ser observada. Nos parágrafos 3º e 4º, do retro mencionado dispositivo, estabelece apenas que se o arquiteto não for consultado sobre ou não concordar com as alterações executadas ou a serem executadas no edifício erguido com base em seu projeto, o máximo

que ele poderá fazer será: (1) recusar-se a participar da alteração e registrar laudo no respectivo conselho profissional, com o objetivo de garantir a autoria e determinar os limites de sua responsabilidade; e (2) repudiar a paternidade da obra modificada, o que impõe ao proprietário do edifício erguido vedação de, no futuro, invocar ou indicar o nome do arquiteto do projeto original como tendo participação naquela construção.

Em termos práticos, a interpretação conforme a Constituição e em respeito ao direito constitucional de propriedade, indica que pode haver a modificação, alteração ou demolição da edificação contra a vontade do arquiteto que criou o projeto arquitetônico com base no qual ela foi erguida, sendo que, nesse caso, o arquiteto poderá repudiar a autoria da mesma.

5. DO DIREITO DE REPÚDIO E DO DIREITO À INDENIZAÇÃO

Considerando-se que, como vimos, o arquiteto não pode opor-se a que a edificação erguida com base em um projeto por ele elaborada venha a sofrer alterações por vontade do proprietário dessa (edificação)³⁰, então, indaga-se em qual situação fica o autor do projeto alterado por ocasião da edificação ou reforma desta?

A resposta a essa indagação é a de que não possui o arquiteto qualquer direito a perceber indenização pela simples alteração de seu projeto quer por ocasião da construção, quer após a conclusão dessa, vez que tais modificações não são aduzidas ao projeto ou plano original, mas sim, à sua execução prática.

Dai depreende-se que o único direito que restará ao arquiteto, segundo estabeleceu o art. 27 da Lei nº 5.988/1973 e estabelece o art. 26 da Lei nº 9.610/1998, é o de repudiar a autoria do projeto arquitetônico alterado durante ou após a conclusão da construção.

A única consequência do exercício desta faculdade jurídica de caráter moral de repúdio do projeto por parte do arquiteto é a impossibilidade de que o proprietário do prédio venha a dá-lo como sendo de autoria do referido arquiteto.

³⁰ CHAVES, Antônio. *Op. cit.*, p. 264.

Isto porque, o legislador ordinário apenas cominou como sanção legal a impossibilidade do proprietário em atribuir a autoria da edificação ao arquiteto que concebeu o projeto arquitetônico.

Como bem ressaltou Walter Moraes³¹, tanto na Lei nº 5.988/1973 quanto na Lei nº 9.610/1998, o legislador não cominou sanção pecuniária para a alteração do projeto sem o consentimento do autor. Além disso, o legislador utilizou-se do verbo “poder” na forma do futuro do pretérito (“poderá”), deixando como única alternativa para o arquiteto cujo projeto fora, sem o seu consentimento, alterado por ocasião da sua execução ou após a sua conclusão, o repúdio³².

Eliane Y. Abrão³³ assim resolve a questão:

“não enseja reparação pela violação da integridade, uma vez que a própria lei no seu art. 26, e parágrafo único, admite que o proprietário da construção altere o projeto durante ou após a conclusão da obra. O que a lei proíbe é creditar o projeto modificado ao arquiteto autor do projeto original.” (pág. 75) (destaques não do original)

“[...] reservou o legislador a esse tipo de profissional um direito moral especial, no que concerne ao crédito: reconheceu-se tão-somente o direito ao repúdio da autoria do projeto arquitetônico, alterado sem o seu consentimento, durante ou após a conclusão da construção (art. 26), ...” (pág. 117) (destaques não do original)

O Tribunal de Contas da União, em duas ocasiões (2001 e 2004) asseverou que a única consequência que a alteração de projetos arquitetônicos, durante a sua execução ou após a sua conclusão, traz para o arquiteto, é o direito de repudiar a paternidade da concepção da obra modificada. Neste sentido:

Auditoria. Prefeitura Municipal de Foz do Iguaçu/PR. Área de licitação, convênios, contratos e aplicação de *royalties*. Aditamento irregular de contrato. Contratação direta de obras e serviços. Antecipação de pagamento. Execução parcial de obra contratada. Realização de despesa em data posterior à vigência do convênio. Fracionamento de despesa. Ausência de aplicação da contrapartida municipal. Furto de bens. Deficiência no controle patrimonial.

³¹ MORAES, Walter. *Questões de Direito de Autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 50.

³² FLÔRES, Leandro Vanderlei Nascimento. *Op. cit.*, p. 116.

³³ ABRÃO, Eliane Yachouh. *Op. cit.*, pp. 75 e 117.

Prestação de contas extemporânea. Apresentação de documentos inidôneos a elidir as irregularidades. Acolhimento das razões de justificativa. Determinação.

Aditamento contratual em face de inexecução provocada pela Administração. Considerações.

VOTO

...

Observo que a Lei 5.988/73 não restringe as alterações em projetos arquitetônicos somente ao próprio autor. **A proteção aos direitos morais do autor lhe confere a possibilidade de, em havendo alteração no projeto, durante sua execução ou após a conclusão, sem o seu consentimento, repudiar a paternidade da concepção da obra modificada...**” (TCU, Primeira Câmara, Ac. 1980/2004, Julg. 10/08/2004, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti) (destaques não do original)

“Auditoria. Obra de recuperação e ampliação do Edifício-Sede do TJDF. Inexigibilidade indevida de licitação. Assinatura de termo aditivo ultrapassando o limite legal. Contratação de obras sem previsão orçamentária. Contrato para execução de obras não previstas na Lei Orçamentária Anual. Classificação de empresa, em concorrência, em desacordo com o respectivo edital. Determinação. Remessa de cópia ao Congresso Nacional. Juntada às contas.

...”

Parecer do Ilustre representante do *Parquet* de Contas, Dr. Lucas Rocha Furtado: “Nosso entendimento é no sentido de que a legislação que protege o direito autoral nos projetos de arquitetura e engenharia não se sobrepõe ao Estatuto das licitações e contratos administrativos. Interpretando-se conjuntamente o art. 11 da Lei nº 8.666/93, ... e os arts. 7º, 24, 26 e 27 da Lei nº 9.610/98, **o que se conclui é que o autor do projeto original posteriormente alterado no futuro por outro profissional contratado pela Administração, poderá negar-lhe a autoria.**” (TCU, Plenário, Decisão 434/2001, Sessão 11/07/2001, Relator Min. Adylson Motta) (destaques não do original)

Neste sentido é o entendimento de nossa melhor jurisprudência:

“Tratando-se de direitos autorais a serem indenizáveis, não prevalece o preceito do Código de Ética do CREA (art. 18), que se refere a procedimento entre profissionais dessa área e não a relação entre arquiteto e o proprietário. A este é facultado de regra, modificar o projeto arquitetônico, porque não lhe é dado submeter-se à imposição do gosto artístico do seu autor. **Daí ser permitido ao autor do projeto, se contrariado ou discordar das modificações, repudiar a autoria, ou ‘paternidade’ da concepção da obra modificada.**” (TJSP, 3ª Câmara, AP nº 475.756/6, Rel. Desembargador Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, DJ de 11/05/1993, RT 695/112-4) (grifos nossos)

Ao analisar a questão da alteração da edificação sob a luz da legislação autoral, Orlando Carlos Gandolfo³⁴ afirmou que *“se as alterações e modificações forem feitas sem o consentimento do autor do projeto, poderá este apenas repudiar a paternidade da concepção da obra modificada. Mas não poderá se opor à adoção da medida.”*

Estabelecido, como já vimos, que o proprietário do edifício possui o direito de reformá-lo e que aquele que elaborou o projeto original sobre o qual a edificação fora erguida possui o direito de repudiar a autoria do projeto arquitetônico alterado após a conclusão da construção, fica pendente a questão acerca de possuir o arquiteto algum direito à indenização pela modificação da edificação.

E a resposta que, *ab initio*, se obtém da análise das normas, é negativa, no sentido de que se o proprietário da edificação alterou-a posteriormente à sua construção, estava no exercício do seu direito de propriedade, legalmente estabelecido, sendo que, àquele que elaborou o projeto apenas seria dado o direito de repúdio (faculdade jurídica moral especial), sem qualquer tipo de indenização.

Todavia, tal resposta impõe um adendo, vez que, se após o exercício do direito de repúdio por parte do arquiteto (ou daquele que elaborou o projeto alterado), o proprietário da edificação atribuir àquele a autoria do projeto, então, surge para o arquiteto o direito de ser indenizado.

Em verdade, a indenização não tem por fundamento a alteração do projeto na execução da construção, mas sim, a inobservância do direito de repúdio.

³⁴ GANDOLFO, Orlando Carlos. *Op. cit.*, p. 71.

A violação a direitos autorais advindos da alteração não consentida pelo arquiteto somente ocorrerá se, após este repudiar a autoria do projeto da edificação alterada, o proprietário continuar a atribuir-lhe a mesma.

Assim diz Eliane Y. Abrão em sua obra³⁵:

“[...] não enseja reparação pela violação da integridade, uma vez que a própria lei no seu artigo 26, e parágrafo único, admite que o proprietário da construção altere o projeto durante ou após a conclusão da obra. **O que a lei proíbe é creditar o projeto modificado ao arquiteto autor do projeto original. Somente a violação deste preceito é que sujeita o proprietário da obra ao pagamento de perdas e danos.**” (grifos nossos)

Neste sentido também está o entendimento de Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes que ressaltam que “a pretensão de indenização cabe quando, após o repúdio, mantém-se a autoria inicial.”³⁶

Fábio Ulhôa Coelho³⁷ leciona que o proprietário fica obrigado a indenizar o arquiteto se e, somente se, vier a lhe atribuir a autoria do projeto, uma vez dado o repúdio (“... Determinou, também, que, uma vez dado o repúdio, ficava o proprietário da construção obrigado a indenizar o arquiteto se viesse a lhe atribuir autoria do projeto.”).

No mesmo sentido esta nossa jurisprudência que reconhece o direito de indenização se, e, somente se, após o repúdio, o proprietário der ao arquiteto a autoria do projeto repudiado:

“Aliás, exatamente em razão dessa faculdade que tem o dono da obra em alterar o projeto arquitetônico, é que o artigo 26 da Lei 9.610/98 confere ao Apelado o direito de repudiar a autoria da obra quando a modificação ocorrer sem o seu consentimento.

A possibilidade de alteração do projeto pelo dono da obra e o direito de repúdio do autor são equacionados pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, **que restringe o dever de indenizar apenas quando o proprietário da construção ‘após o repúdio, der como sendo daquele a autoria do projeto repudiado’.**

³⁵ ABRÃO, Eliane Yachouh. Op. cit., p. 75.

³⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 375.

³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 338.

Daí que a simples modificação da obra não dá ensejo a reparação por dano moral disso decorrente.” (TJPR, 10ª Câmara Cível, AP. nº 374.455-8, Relator Desemb. Ronald Schulman, DJ de 09/11/2006) (destaques nossos)

REFERÊNCIAS

LIVROS

ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 147.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ESCRITÓRIOS DE ARQUITETURA. *Manual de Contratação dos Serviços de Arquitetura e Urbanismo*. São Paulo: Pini, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Saraiva, 2009

CHAVES, Antônio. *Direito de Autor: Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, Vol. 4: direito das coisas – direito autoral*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COLOMBET, Claude. *Propriété littéraire et artistique: Et droits voisins*. 9ª ed. Paris: Dalloz, 1999.

CORDEIRO, António. *O Direito do Arquitecto: lições*. Lisboa: Quid Juris, 2015.

FLÔRES, Leandro Vanderlei Nascimento. *Direito Autoral na Engenharia e Arquitetura*. São Paulo: Pillares, 2010.

GANDOLFO, Orlando Carlos. *Direitos Autorais de Projeto de Engenharia*. Revista dos Tribunais (RT) vol. 477, pp. 67-72, jul. 1975.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2005.

HUET, Michel. *L'architecte auteur: pratiques quotidiennes du droit d'auteur en architecture, paysage et urbain*. Paris: Le Moniteur, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAES, Walter. *Questões de Direito de Autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SANCHÍS, Luis Prieto. *El juicio de ponderación*, In: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Editorial Trotta, 2009.

TEPEDINO, Gustavo; **BARBOSA**, Heloísa Helena e **MORAES**, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Vol. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASOS

Cass. 1^{re} civ 7 janvier 1992, D., Jur., p. 522. (França)

Cummins v. Bond (Geraldine Dorothy Cummins e Frederick Blight Bond) (1 Ch. 167 [1927]) (Inglaterra)

L'affaire Bonnier contre Bull. Cour d'Appel Paris 1^{re} ch. 15 mai 1990, RIDA janvier 1981. (França)

O EXERCÍCIO ABUSIVO DA PARENTALIDADE

ELIENE FERREIRA BASTOS¹

1. INTRODUÇÃO:

A proteção e os cuidados especiais garantidos pelos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes advêm da natural condição de pessoas em desenvolvimento, em razão da ausência de maturidade física e mental, por estarem em fase de formação da personalidade.

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente a partir da centralidade da Constituição Federal, inclusive de valores e princípios, e a pluralidade de fontes normativas fazem do ordenamento jurídico brasileiro um sistema heterogêneo e aberto.

Após a promulgação da Constituição Federal foram criados vários instrumentos normativos sobre o direito da criança e do adolescente que, como alerta Luis Fernando de França Romão: “São sistemas e mais sistemas mencionados nos marcos legais relacionados a este Direito Especial, muitas vezes empregados sem qualquer rigor metodológico.”²

Tem-se que, para a materialização do direito no caso concreto, a pluralidade das fontes normativas, no tocante a proteção e o cuidado da criança e do adolescente, exigem do intérprete uma análise sistemática da doutrina e da norma.

¹ Advogada. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP, doutoranda em Direito Civil pela PUC/SP.

² ROMÃO, Luis Fernando de França. Microsistema dos direitos da criança e do adolescente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pág. 2.

Sobre a estrutura do sistema dos direitos da criança e do adolescente importante são os fenômenos jurídicos da descodificação do Direito Civil e a constitucionalização do Direito³.

A aplicação dos princípios, das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados no processo hermenêutico, se traduz em um espinhoso caminho de dificuldades para a efetiva aplicação dos direitos da criança e do adolescente.

Na peculiaridade e na análise de um caso concreto, para a preservação da unidade axiológica do ordenamento jurídico, a evitar o indesejável subjetivismo, necessário é o desenvolvimento de instrumentos hermenêuticos⁴.

A utilização da técnica da subsunção, como garantia de igualdade na aplicação da lei, dá lugar ao desafio na definição de bases, parâmetros e critérios que devem dar concretude a essa nova noção de segurança jurídica⁵.

Sobre a utilização do princípio da razoabilidade no processo hermenêutico, Gustavo Tepedino lembra que a doutrina estabelece critérios estáveis para a sua utilização como parâmetro final das decisões⁶.

³ Ob.cit., pág. 2.

⁴ TEPEDINO, Gustavo. Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL, coordenação Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira, Victor Almeida, Belo Horizonte: Fórum, 2017, pág. 28.

⁵ Ob.cit., pág. 28.

⁶ Ob.cit., pág. 28, “Resulta daqui a necessidade de aprofundamento do debate, com a fixação de parâmetros objetivos para a utilização da razoabilidade, a partir da problematização de sua autonomia conceitual em relação às demais categorias e de sua íntima vinculação aos valores e princípios do ordenamento jurídico, evitando-se o apego a valorações subjetivas de pouca confiabilidade como critério hermenêutico. Ausentes tais parâmetros, a razoabilidade corre o risco de apresentar-se como reforço hermenêutico ocioso ou, pior, revelador de valoração subjetiva do magistrado, à moda antiga anedota que considerava que os grandes conflitos acabam sendo decididos, pelo magistrado experiente, de acordo com o *jeitão* da controvérsia. Para se evitar tal anomalia, cabe a doutrina do direito privado estabelecer critérios estáveis para a utilização da razoabilidade, que levem em conta (i) a autonomia conceitual em relação às demais categorias e (ii) os valores e princípios do próprio ordenamento jurídico, evitando-se subjetivismos que acabam por desvirtuar a sua força como critério hermenêutico.

Quanto ao instrumento hermenêutico da razoabilidade o estudioso sustenta:

“Nesta perspectiva, a razoabilidade adquire relevantíssimo papel balizador do exame de legitimidade dos interesses em confronto. Mediante a razoabilidade, o intérprete poderá aferir em que medida a disciplina incidente para certa hipótese se encontra consentânea com a axiologia constitucional. É papel do intérprete, portanto, em nome da razoabilidade, entrever às consequências da sua atividade interpretativa no caso concreto, em busca da solução razoável que, ao mesmo tempo, seja rigorosamente fiel aos valores do ordenamento jurídico.”⁷

É absoluta a prioridade de garantia do direito da criança e do adolescente 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. A prioridade absoluta também é conferida a criança e ao adolescente não ser submetido a nenhum tipo de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁸.

O direito fundamental da criança e do adolescente de estar a salvo de qualquer tipo de violência merece especial atenção no que diz respeito a sua identificação e os seus desdobramentos.

2. AUTORIDADE PARENTAL:

Os direitos fundamentais e os princípios constitucionais da dignidade humana, da afetividade, da solidariedade, da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente devem ser garantidos, em um primeiro momento pelos pais, no exercício da autoridade parental.⁹

⁷ Ob. Cit., pág. 29

⁸ “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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).”

⁹ “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.”

Importante lembrar que, o modelo de família patriarcal foi superado com o advento da Constituição Federal, quando a dignidade humana, a igualdade e a liberdade passaram a permear todas as disposições normativas do País, e por isso “Logo se consolidou a família democrática, revolucionada pela igualdade entre os cônjuges, pelo pluralismo das modalidades de família e pela consagração da dignidade das crianças e dos adolescentes na condição de pessoas em desenvolvimento.”¹⁰

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 13 de julho 1990, em consonância com a Constituição Federal, dispõe sobre os direitos fundamentais a garantir-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade¹¹.

O dever pelo respeito e pela promoção dos direitos da criança e adolescente é atribuição da família, da sociedade e do Estado¹². A atribuição constitucional de proteção e promoção conferida à família é dirigida aos pais como detentores do poder/dever familiar.

O grande paradigma da responsabilidade conjunta dos pais, em relação à educação e ao desenvolvimento dos filhos, a garantir-lhes a efetivação dos direitos fundamentais independentemente da relação conjugal que mantenham ou não entre si, foi estabelecido a partir da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, que entrou em vigor no Brasil, em 23 de outubro de 1990. A responsabilidade dos pais é atribuição comum, independentemente da relação amorosa que tenham mantido.

¹⁰ XAVIER, Marília Pedroso. COLOMBO, Maici Barboza dos Santos, Guarda e autoridade parental: por um regime diferenciador *in* Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos. Adriano Marteleto Godinho, organizado por Ana Carolina Brochado Teixeira, Luciana Dadalto. Indaiatuba, SP: Editora Roco, 2019, pág. 39.

¹¹ “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.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.”

¹² “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.”

Sobre a terminologia “poder familiar” adotada pelo Código Civil de 2002, que substituiu o superado “pátrio poder”, que revelava predominância da figura paterna sobre os filhos e no contexto familiar, a adequação representou não só uma alteração semântica, mas também a identificação da responsabilidade conjunta de pai e mãe. O poder familiar passou usualmente a ser designado de “autoridade parental”, para ajustar ainda mais a atualidade, e sobre esta alteração importante é a observação de Luiz Edson Fachin em “Do *pater familias* à autoridade parental: elementos da travessia entre “pátrio poder”, “poder familiar” e “autoridade parental”.¹³

As atribuições dos pais, independentemente da situação conjugal entre eles, conferida pela autoridade parental, consistem no conjunto de responsabilidades e incumbências de natureza patrimonial e existencial. A proteção do Estado por meio da autoridade parental se concretiza externamente por meios dos institutos da representação e assistência.¹⁴

Sobre os institutos da representação e assistência cumpre ressaltar a necessidade de serem revistos de forma a respeitar a progressiva aquisição de autonomia da criança e do adolescente¹⁵.

Cabe lembrar que, em 21 de novembro de 1990 foi promulgada a Convenção sobre os direitos da criança que em seu art. 12¹⁶ fez referência sobre a capacidade atrelada a faixa etária e a maturidade.

A ordem jurídica só conseguirá proteger, com efetividade, a criança e o adolescente sem opressão e supressão de sua subjetividade ao analisar o discernimento adquirido conforme o seu processo de formação, como ocorreu com o Estatuto da Pessoa com deficiência, chamada de lei brasileira de inclusão¹⁷.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. Do *pater familias* à autoridade parental: elementos da travessia entre “pátrio poder”, “poder familiar” e “autoridade parental” in Revista do Advogado n° 112, jul. 2011, pág. 100.

¹⁴ Ob. cit., pág. 32.

¹⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima Rodrigues. Regime das incapacidades e autoridade parental: qual o legado do estatuto da pessoa com deficiência para o direito infanto-juvenil? in Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos. Adriano Marteleto Godinho, organizado por Ana Carolina Brochado Teixeira, Luciana Dadalto. Indaiatuba-SP: Editora Roco, 2019, pág. 32.

¹⁶ “Artigo 12

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.”

¹⁷ Ob. cit., pág. 32.

A autoridade parental é instrumento para o exercício dos direitos fundamentais dos filhos. Na relação paterno e materno filial, os pais têm o dever de criar, assistir e educar, no âmbito da família, principal lugar para a criança e o adolescente desenvolver sua autonomia responsável, permite a aquisição paulatina do discernimento e da maturidade.

A autoridade parental é atribuição de competências, conferida pelo Estado para a concreção do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, portanto um ofício de direito privado¹⁸.

Ainda sobre a co-participação da autoridade parental, cumpre ressaltar que:

“A autoridade parental consubstancia-se num feixe de poderes e deveres a serem exercidos no interesse dos filhos, até que completem 18 (dezoito) anos. Esses por sua vez, têm estabelecido em seu favor, além dos direitos fundamentais dirigidos a todas as pessoas, direitos especiais, a fim de garantir que cresçam da melhor maneira possível, conforme estabelecido no art. 227 da Carta Constitucional. Conjugam-se portanto, tais direitos fundamentais – “gerais e especiais” – com o relevante papel atribuído aos pais.

O papel dos deveres fundamentais também é marcante. A conjugação dos direitos e deveres fundamentais, neste caso, elimina qualquer dúvida no que tange à irrestrita consideração da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, que exercem papel ativo no próprio processo educacional, e não como objeto das ações e dos direitos de terceiros, principalmente dos adultos. Tornaram-se co-partícipes das diretrizes da própria vida, à medida que vão adquirindo discernimento. É por meio desse processo – principalmente da relação com seus pais – que se constrói sua dignidade e se edifica a sua personalidade. Fazem-se necessários, portanto, o relacionamento com o outro e a percepção da alteridade.”¹⁹

A criança e o adolescente são sujeitos de direitos à individualidade e à liberdade. Para desenvolverem sua personalidade, no contexto familiar, cada integrante possui um processo de mútua realização do seu projeto

¹⁸ Ob. cit., pág. 28.

¹⁹ Ob. cit. pág. 28.

de vida: “Nas situações familiares, a autoridade parental contribui para o livre desenvolvimento da personalidade não apenas dos filhos, mas também dos pais, em um processo mútuo de realização do projeto de vida de cada indivíduo inserido na família, pois ao auxiliar no desenvolvimento da personalidade dos filhos, educando-os, estará os pais satisfazendo o desenvolvimento da sua própria personalidade.”²⁰

No contexto jurídico há sempre a separação e distinção das questões atinentes a conjugalidade daquelas atinentes a parentalidade.

Pietro Perlingieri definiu a autoridade parental, *potestà*:

“Essa constitui um verdadeiro ofício, uma situação de direito-dever: com fundamento da atribuição dos poderes existe o direito de exercê-los. O exercício da *potestà* não é livre, arbitrário mas necessário no interesse de outrem ou, mais especificadamente, no interesse de um terceiro ou coletividade. Assim, o autor é titular de uma situação composta de poderes – administrar os bens, cuidar e representar o menor (art. 357 Cód. Civ.) – e de todos os deveres que àqueles poderes se relacionam (arts. 362 ss., 367 ss., 377 ss., Cód. Civ.), a cuja observância é obrigado no interesse do menor e, mais genericamente, da coletividade que identifica a tutela do menor um próprio interesse. Portanto, o ofício deve ser realizado de acordo com as regras da diligência (art. 382 Cód. Civ.) da lealdade, da boa-fé. A *potestà* é, portanto, uma situação complexa, que atribui não simplesmente poderes, mas deveres que não devem ser exercidos no interesse do titular da *potestà*, o tutor, mas naquele do representado.”²¹

A observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente justifica-se na preservação dos direitos fundamentais dos filhos por meio da função paterna e materna, pois:

“O melhor interesse da criança e do adolescente é a diretriz que se deve perseguir na atuação da autoridade parental e traduz princípio constitucional extraído da interpretação conjunta do art. 227 da Constituição Federal e do art. 3.1. da Convenção sobre os direitos da criança. Isso significa dizer que, embora o melhor interesse deva ser investigado no caso concreto, tem-se, como núcleo essencial a preservação e o exercício dos direitos fundamentais dos filhos por meio da relação parental.”²²

20 Ob. cit. pág. 40.

21 Ob. cit. pág. 41.

22 Ob. cit. pág. 41.

A Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009 além de ter revogado alguns dispositivos do Código Civil no tocante a tutela e a adoção, alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente para elencar princípios que regem a aplicação de medidas de proteção, em especial com relação ao exercício da autoridade parental, conforme consta dos incisos e parágrafo do artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. ALIENAÇÃO PARENTAL:

Em conformidade com os direitos fundamentais da criança e do adolescente a chamada lei da alienação parental, Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010, alterou o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente para conceder visibilidade a violência, primordialmente psicológica, praticada ou induzida por um dos pais, avós ou por quem esteja sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, onde define:

“Art. 2ª Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.”

A referida lei foi um marco para a proteção da criança e do adolescente vítima da prática nefasta da interferência prejudicial na sua formação psicológica consubstanciada em alienação parental.

A interferência danosa na formação psicológica da criança ou do adolescente, em especial a praticada por pai e mãe no contexto do presente ensaio, com intenção de prejudicar os vínculos familiares, configura ato de alienação parental pelo descumprimento do dever da autoridade parental de respeitar e promover o desenvolvimento saudável dos filhos e de proporcionar a convivência familiar e comunitária.

A lei elencou exemplificativamente alguns atos considerados de alienação parental, por óbvio, pela impossibilidade de enumerar todos os atos que tem por objetivo interferir negativamente na formação psicológica dos filhos.

O exercício da autoridade parental sob a perspectiva constitucional é incompatível com a prática de atos de alienação parental.

Na década de 80 a alienação parental foi caracterizada como enfermidade pelo norte-americano Richard Gardner, sendo identificada como síndrome da alienação parental.

Desde a edição da Lei nº 12.318 em 2010, não há que se falar em síndrome e sim atos de alienação parental que são identificados como prejudiciais à formação e ao desenvolvimento da criança e do adolescente, que é a vítima daquele que, no exercício da autoridade parental manipula, sobretudo psicologicamente, o filho com o intuito de dificultar, afastar ou impedir a convivência saudável com o outro que também detém a autoridade parental.

As motivações para esses atos são variadas e geralmente se desenvolvem em espiral crescente, em semelhante simetria ao ciclo da violência intrafamiliar.

O trauma da ausência de referência paterna ou materna, o desamparo, o ressentimento, o egoísmo são sentimentos comumente motivadores da prática de atos de alienação parental.

Atos de alienação tem por objetivo romper, dificultar, restringir, afastar ou rejeitar o pai ou a mãe, configurados em verdadeira campanha de desqualificação ou difamação, até mesmo de forma subliminar, mecanismos utilizados de forma deliberada ou inconsciente.

Alienação parental é um termo jurídico para definir práticas nocivas as interações interpessoais na infância e na adolescência, é violência psicológica.

4. OBRIGAÇÃO DO CUIDADO:

No ano de 2012 o Superior Tribunal de Justiça, como guardião da uniformidade da aplicação da lei federal, em um país extenso e diverso, ao garantir a interpretação do ordenamento vigente e do direito de todos sob a perspectiva da segurança jurídica, consolidou entendimento do “cuidado” como dever do exercício da função parental no julgamento do RESP 1.159.242, de Relatoria da Eminentíssima Ministra Nancy Andrighi.

A doutrina, os princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da proteção integral da criança e do adolescente impõe o reconhecimento de que o descumprimento do dever legal de manter a convivência familiar causa danos e compromete o desenvolvimento pleno e saudável do filho. Em resumo, para a referida magistrada “... amar é faculdade, cuidar é dever.”

A supressão da convivência familiar é descumprimento da responsabilidade parental seja daquele que deixa de conviver voluntariamente ou daquele que impede o outro do conviver deliberadamente, pois o cuidado se concretiza com a convivência.

Se o cuidado, como valor e princípio jurídico, traduz-se em obrigação inerente ao exercício da parentalidade, a interferência psicológica configurada em ato de alienação é o menosprezo aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Afetividade é elemento estruturante dos vínculos familiares e a convivência com aqueles que detém a autoridade parental é um direito de proteção especial da criança e do adolescente, a ser respeitado e preservado.

O filho menor de idade é vulnerável e dependente pela sua condição de pessoa em formação, é sujeito de uma relação entre desiguais.²³ Essa desigualdade deve ser contida quando caracterizar situação de perigo para a saúde psicológica dos filhos, tanto que para proibir castigos e tratamento cruel ou degradante foi editada em 2014 a Lei nº 13.010 de 26 de junho de 2014, chamada Lei da palmada.

5. ABUSO DA AUTORIDADE PARENTAL:

A ausência de convivência familiar seja por ação ou omissão daquele que detém a autoridade parental e a interferência psicológica como ato de alienação configura-se em abuso do direito/dever de quem deveria garantir o melhor interesse da criança e do adolescente.

O descumprimento dos deveres parentais, intencionalmente ou não, para impedir a convivência, destruir ou obstruir o vínculo da criança com o outro do par parental caracteriza-se como abuso da autoridade parental.

Como historicamente acontece no Brasil, os mecanismos de garantia dos direitos patrimoniais sempre recebem atenção especial da doutrina, da legislação e da jurisprudência. Como por exemplo, cumpre destacar a obrigatoriedade da boa-fé é princípio norteador das relações obrigacionais, conforme se depreende dos dizeres do jurista Daniel Boulos²⁴:

²³ LAGE, Juliana de Sousa Gomes. Dano moral e alienação parental in *Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos*. Adriano Marteleto Godinho, organizado por Ana Carolina Brochado Teixeira, Luciana Dadalto. Indaiatuba-SP: Editora Roco, 2019, pág. 142.

²⁴ BOULOS, Daniel M. *Abuso do Direito no novo Código Civil*, São Paulo: Editora Método, 2006, pág. 103.

“Aquele que ingressa no campo da ilicitude civil, quer por meio do ato ilícito, quer do abusivo, fica *sujeito* a ser parte de uma relação jurídica obrigacional de responsabilidade civil. Diz-se *sujeito* pois, ao ultrapassar o limite traçado pelo legislador que separa o lícito do ilícito civil, a pessoa passa a ser passível de figurar em tal relação de responsabilidade civil (que, a *priori*, sequer nasceu) se da sua conduta (já qualificada pelo Direito como ilícita e a despeito disso) advier dano, quer moral, quer patrimonial, na esfera jurídica de outrem.”

A alienação parental é violência psicológica e, portanto, um exercício abusivo da autoridade parental, atitude que não observa a boa-fé nas relações familiares.

A prática de alienação parental como conduta que provoca danos morais à relação paterno e materno filial enseja a indenização para a sua reparação, muito embora a doutrina e a jurisprudência brasileira não tenham chegado ainda ao desenvolvimento de todas essas hipóteses de responsabilização parental.²⁵

Uma vez identificado o abuso por descumprimento dos deveres parentais, as medidas de proteção devem ser adotadas independente da extensão do dano que, inclusive pode ensejar indenização.

Lembra Juliana de Sousa Gomes Laje que: “Muitos são os casos em que o exercício dessa parentalidade se dá de forma abusiva, incompatível com o melhor interesse da prole, gerando portanto a necessária intervenção estatal no âmbito familiar, seja no intuito de garantir respeito à dignidade dos filhos, como também para se evitar ou compensar os danos sofridos nesse contexto”²⁶

Atualmente, quase 10 (dez) anos da edição da Lei da Alienação Parental vozes se levantaram contra sua má utilização para salientar a preocupação com a histórica discriminação sofrida pelas mulheres, em especial no exercício da maternidade.

A alienação parental não pode estar associada a imagem de mães, pois isto seria discriminatório com a mulher na sua condição de mãe. Qualquer tentativa de utilização da lei, que tem por objetivo proteger crianças e adolescentes, para estereotipar a mulher como alienadora deve ser veementemente repudiada.

²⁵ Ob. cit. pág. 142.

²⁶ Ob. cit. pág. 145.

O recorte realizado no presente ensaio foi limitado aos atos de alienação praticados por quem detém a autoridade parental, ou seja, por homens e mulheres.

Críticas à lei da alienação também são traçadas no que diz respeito a falsas denúncias. A denúncia ou acusação que tem por objetivo interferir na convivência do filho com o outro, do par parental, está prevista exemplificativamente na lei como ato de alienação parental²⁷.

A grande dificuldade do sistema investigativo e de justiça é de identificar a violência sexual praticada contra crianças e adolescentes e sua autoria, o que pode favorecer o alienador que quer destruir o vínculo do filho com o pai ou com a mãe ou ainda beneficiar quem pratica a violência sexual e se defende sob o argumento de que a acusação seria apenas ato de alienação.

Definitivamente, a aplicação da lei de alienação parental não pode ser utilizada como estratégia de defesa ou de ataque quando há imputação de abuso sexual contra a criança e o adolescente.

A aplicação distorcida da lei para situações em que haja crime de violência é motivo para aprimorar sua aplicação, mas nunca sua revogação, até pelo princípio da vedação do retrocesso.

Qualquer dúvida ou hipótese de violência sexual impõe uma urgência na investigação, sobretudo para impedir a continuidade de sua prática ou do ato de alienação consubstanciado em falsa acusação.

Aquele pai ou aquela mãe que se utiliza do argumento de alienação parental na tentativa de se beneficiar em relação ao outro deve sofrer as consequências previstas em lei pelo abuso de sua autoridade parental.

Vale registrar que aquele que, na responsabilidade de proteger, desconfia da violência sexual, deve se socorrer dos profissionais capazes de identificar a materialidade e a autoria do crime, o que sem dúvida nunca será confundido com falsa acusação, e sim dever de proteção.

Os desdobramentos da denúncia de crime de abuso sexual contra crianças e adolescentes têm sido usados para rechaçar a lei da alienação parental, seja pela dificuldade de investigar ou de identificar sua autoria.

A Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, chamada de Lei da Escuta Protegida é importante mecanismo de proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, pois prevê textualmente que, o abuso sexu-

27 “..

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;...”

al constitui-se como violência física, enquanto a alienação parental como violência psicológica, ambas violências proibidas²⁸, e que merecem toda a atenção do Poder Público.

A guarda, o lar de referência e a convivência materno e paterno-filial devem ser fixados no atendimento do princípio do melhor interesse e da proteção integral da criança e do adolescente, em que pese serem invisibilizados, por vezes, pelo conflito do par parental.

Os conflitos advindos do exercício da parentalidade devem ser mitigados, para que o princípio do melhor interesse e a proteção integral sejam recepcionados na aplicação da lei da Alienação Parental.

As dificuldades impostas por um do par parental para o estabelecimento ou a manutenção do vínculo do outro com a criança e o adolescente são indicativos de atos de alienação quando não observarem os direitos preferencialmente deles.

6. MEDIDAS DE PROTEÇÃO:

A proteção à integridade da criança e do adolescente vítima de alienação parental, impõe a observância do princípio da “intervenção precoce” das autoridades competentes tão logo a situação de perigo seja conhecida. Essa intervenção deve ser observada pelo Estado Juiz ao tomar conhecimento de prática danosa contra a criança e o adolescente consubstanciada em violência psicológica.

A chamada Lei da Escuta Protegida é um importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, vítima ou testemunha de violência, pois assegura as oportunidades e facilidades

²⁸ Lei nº 13.431, “Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

I - violência física, entendida como a ação infligida à criança ou ao adolescente que ofenda sua integridade ou saúde corporal ou que lhe cause sofrimento físico;

II - violência psicológica:

a) qualquer conduta de discriminação, depreciação ou desrespeito em relação à criança ou ao adolescente mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal e xingamento, ridicularização, indiferença, exploração ou intimidação sistemática (bullying) que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional;

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este;..”

para uma vida sem violência, com saúde física e mental e desenvolvimento moral, intelectual e social²⁹.

A lei estabelece de medidas ainda que, graduais, de acordo com a gravidade dos atos de alienação praticados, necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência ou reaproximação com o outro do par parental e para garantir o melhor interesse e da proteção integral.

A utilização da interdisciplina para as questões que envolvem violência psicológica é fundamental para o atendimento da criança e do adolescente por equipe multidisciplinar, pois o conhecimento jurídico é insuficiente para identificar a ocorrência, o dano e sua extensão.

Tem-se que, quando há a imputação de prática de abuso sexual, a convivência da criança e do adolescente deveria ser imediatamente acompanhada/vigiada, tanto com aquele que imputa, quanto por aquele a quem é imputado. A medida de extrema preocupação e limitação do exercício pleno da autoridade parental se justifica pela proteção da criança e do adolescente, inclusive com relação a outras pessoas com quem conviva.

A convivência vigiada/acompanhada evitaria um distanciamento que pode ser ainda mais prejudicial para a criança e o adolescente, e impediria que fosse colocada em situação de vulnerabilidade diante do seu algoz, seja ele o criminoso ou o alienador.

O artigo 6^a da referida lei prevê a adoção de medidas a serem adotadas quando a criança e o adolescente forem vítimas de atos de alienação parental, de acordo com a gravidade do caso, como advertência, alteração do lar de referência, alteração da guarda, dentre outras³⁰.

A teoria do diálogo das fontes, de origem alemã, inicialmente sustenta-

²⁹ “Art. 2º A criança e o adolescente gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas a proteção integral e as oportunidades e facilidades para viver sem violência e preservar sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social, e gozam de direitos específicos à sua condição de vítima ou testemunha.”

³⁰ Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

da para a aplicação coordenada das diversas normas do direito do consumidor brasileiro, pela estudiosa jurista, Cláudia Lima Marques, mostra-se como importante instrumento, no caso concreto, para solucionar as questões que envolvam crianças e adolescentes vítimas da perversa prática de alienação parental configurada em verdadeira violência psicológica:

“O “diálogo das fontes” se propõe exatamente a “ouvir” as fontes existentes, para depois procurar a coexistência entre os diversos, a fragmentação, não o confronto. A base de aplicação, portanto, deve ser identificada em uma colaboração-integração entre normas. Diversamente, a segurança e a fragmentação trariam ainda mais insegurança e incerteza, tornando a regulamentação das relações sociais um terreno de conflitos entre fortes e débeis, incapaz de refletir as necessidades e as exigências da sociedade contemporânea.”³¹

Diante da lei, da jurisprudência, da analogia, do costume, dos princípios gerais do direito, da equidade, e da doutrina como fontes do direito, e do método de aplicação estabelecido pelos §§ 1º e 2º, do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a teoria do diálogo das fontes se apresenta como instrumento interpretativo de sistematização de todo prudente para alcançar a efetividade dos direitos da criança e do adolescente.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Definitivamente a autoridade parental não está acima dos princípios constitucionais do melhor interesse e da proteção integral da criança e do adolescente, tanto é assim que o Código Civil prevê a extinção do poder familiar³². Não há, portanto, que se falar em privação materna ou paterna, quando os pais abusam da autoridade parental com prática de atos de alienação parental que configuram-se em violência psicológica, passíveis

³¹ MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do Direito *inn* Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. Coordenação: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pág. 122.

³² Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

- I - pela morte dos pais ou do filho;
- II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
- III - pela maioridade;
- IV - pela adoção;
- V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

portanto de adoção de medidas³³ de limitação ou até destituição da autoridade parental.

Importante ressaltar que, se a convivência paterno ou materno filial é inerente à obrigação do cuidado, mas se a convivência propicia atos de alienação parental, medidas devem ser adotadas como por exemplo a possibilidade de ocorrer de forma vigiada ou até mesmo ser suspensa. A imposição de tratamento psicológico para o alienador como medida protetiva se justifica diante da vulnerabilidade do filho, que precisa receber cuidados de pai ou mãe sadios psicologicamente, que não pratiquem qualquer espécie de violência contra quem tem a obrigação de proteger.

Os desafios da possibilidade de intervenção estatal no âmbito do exercício dos direitos e deveres atinentes às relações parentais abusivas exigem coragem na aplicação das medidas ofertadas pelo sistema jurídico protetional da criança e do adolescente.

A efetividade do sistema jurídico que visa dar real proteção às crianças e adolescentes exigem que o Estado Juiz intervenha quando necessário, mesmo nas relações familiares.

Os prejuízos psicológicos sofridos por crianças e adolescentes vítimas de alienação parental são uma realidade, o sistema jurídico deve identificar e impedir sua prática que, por certo, pode ser aprimorado, mas nunca revogado, inclusive pelo princípio constitucional do não retrocesso.

³³ Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

8. REFERÊNCIAS

BOULOS, Daniel M. Abuso do Direito no novo Código Civil, São Paulo: Editora Método, 2006.

LAGE, Juliana de Sousa Gomes. Dano moral e alienação parental, *in* Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos. Adriano Marteleto Godinho, organizado por Ana Carolina Brochado Teixeira, Luciana Dadalto. Indaiatuba-SP: Editora Roco, 2019.

MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria sistemático-moderna à teoria finalística ou pós-moderna do Direito *in* Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. Coordenação: Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RODOVALHO, Thiago. Abuso de direito e direitos subjetivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROMÃO, Luis Fernando de França. Microsistema dos direitos da criança e do adolescente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima Rodrigues. Regime das incapacidades e autoridade parental: qual o legado do estatuto da pessoa com deficiência para o direito infanto-juvenil? *in* Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos. Adriano Marteleto Godinho, organizado por Ana Carolina Brochado Teixeira, Luciana Dadalto. Indaiatuba-SP: Editora Roco, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Da dogmática à efetividade do Direito Civil: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – IV Congresso do IBDCIVIL, coordenação Gustavo Tepedino, Ana Carolina Brochado Teixeira, Victor Almeida. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

XAVIER, Marília Pedroso. COLOMBO, Maici Barboza dos Santos. Guarda e autoridade parental: por um regime diferenciador *in* Autoridade parental: dilemas e desafios contemporâneos. Adriano Marteleto Godinho, organizado por Ana Carolina Brochado Teixeira, Luciana Dadalto. Indaiatuba-SP: Editora Roco, 2019.

O PIONEIRISMO FEMININO NO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL: UMA ANÁLISE SOBRE A PARTICIPAÇÃO DA MULHER NOS ESPAÇOS DE PODER

MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA¹

¹FERNANDA DE CARVALHO LAGE²

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história, nas mais diversas sociedades, as mulheres foram aliadas e relegadas à uma situação de exclusão e inferioridade.

Conviver em uma sociedade na qual sejam superadas todas as formas de discriminação e opressão é um ideal civilizatório de convivência igualitária entre todos os gêneros humanos, que reconhece talentos sem estereotipá-los com preconcebidas concepções sobre os “papeis” de cada qual nas estruturas sociais. No Brasil, a isonomia entre os sexos encontra abrigo na generosa Constituição de 1988, pródiga em enaltecer a equidade e que, em seu artigo 3º, indica os rumos éticos da Nação.

Certo é que, foram concepções arcanas e discriminatórias sobre os indivíduos que justificaram a deliberada exclusão das mulheres nas instâncias de poder. O Estado Nacional, até os dias de hoje, convive com disparidades de gênero no Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. O presente texto versará sobre o pioneirismo das mulheres na Judicatura Federal, com um especial enfoque na Justiça Militar da União, a mais antiga do país. Versará, outrossim, acerca dos desafios para o sexo feminino no ingresso, crescimento na carreira e ascensão às instâncias superiores da magistratura brasileira.

¹ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais; Doutora Honoris Causa pela Universidade Inca Garcilaso de la Vega - Lima - Peru; Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa; Professora Universitária; Ministra do Superior Tribunal Militar do Brasil.

² Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB). Professora substituta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - FD/UnB. Tutora dos cursos de Formação de formadores da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM. Advogada.

Por isso mesmo, e a despeito de o símbolo da Justiça ser uma mulher, o certo é que se a Deusa *Thêmis* desvendasse os olhos, encontraria poucas de seu gênero na Judicatura Pátria, notadamente nos tribunais *ad quem* e superiores. Aqui e ali, entre calvas circunspectas, barbas esbranquiçadas, ternos e gravatas, veria ela, em algumas togas, traços femininos. E nestes traços, perceberia a força e a determinação das mulheres para ampliarem passagens muito mais estreitas do que a de seus colegas homens e para manterem-se combativas diante das estruturas institucionais sexistas. Aliás, foi relativamente a pouco tempo que os juizes passaram a tê-las como companheiras, porquanto se acreditava que as mulheres não possuíam equilíbrio pessoal suficiente para prestar a jurisdição, como se o conhecimento da lei, da jurisprudência, da prova dos autos e das alegações das partes fosse um código masculino, decifrável somente pelos homens.

A presença contida de mulheres desembargadoras, corregedoras, presidentes e líderes de Tribunais Judiciários, intensificou-se após a promulgação da vigente Carta Cidadã. Há muitas na primeira instância, a comprovar a igual capacidade intelectual no acesso meritório dos concursos de provas e títulos, exames nos quais as mulheres têm obtido significativo êxito, não raro superior ao dos homens, em classificação e pontuação. Verdade é que, a princípio, bancas examinadoras, ao talante de percepções misóginas, faziam o corte de gênero no exame oral, mais subjetivo e, portanto, mais propício a discriminações indevidas. Contudo, Cortes superiores atentas à *Lex Magna* foram, aos poucos, podando as extravagâncias que se praticavam nesses ensejos. As entrevistas pessoais – nas quais se fazia desabrida diferenciação entre candidatos homens e candidatas mulheres – deixaram de perguntar obsessivamente sobre a maternidade, pretérita ou pretendida. Até porque, a vetusta preocupação de que a prestação jurisdicional não combina com cuidados filiais, mostrou-se cada vez mais anacrônica e desatualizada diante de institutos como a guarda compartilhada e as responsabilidades idênticas atribuídas à pais e mães. O feliz resultado desta evolução foi a aprovação de juristas talentosas e probas que tiveram oportunidades e chances de ingresso no Judiciário Nacional.

Hodiernamente, as mulheres representam 57,2% dos estudantes matriculados em cursos de graduação, conforme Censo da Educação Superior de 2016 realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), a demonstrar o acesso crescente das mu-

lheres ao Ensino Superior³. O reflexo é a Justiça Comum de 1ª instância contar com juízas que giram em torno de 40% graças à aprovação em concurso público.

Todavia, o périplo para chegarem aos Tribunais *ad quem* e, sobretudo, superiores, mostra-se mais árduo. Para tanto, não basta ser uma boa julgadora, sequer, excelente. O acesso atrelado ao binômio antiguidade e merecimento, para a mulher, parece centrar-se na exigência da idade no exercício da função. O merecimento, uma forma autorizada de “cooptação” de Cortes predominantemente masculinas, promovem homens em sua maioria. Aquelas que superam tais restrições destacam-se para além das capacidades exigidas de maneira geral. O desembargador esforçado e mediano é bem mais numeroso do que uma desembargadora com idênticos predicados: o caminho deles é bem mais suave.

À evidência, inexistente base ou referencial científico a indicar que alguma característica fisiológica ou psicológica feminina desqualifique as mulheres na tarefa de julgar monocraticamente ou em um colegiado, tampouco, que as credenciem como menos eficientes ou equilibradas. O problema não é o modo como elas exercem o poder, mas o caminho que têm que percorrer e os obstáculos que devem enfrentar para obter as devidas promoções.

Desafia-se o reconhecimento de características de gênero numa sentença judicial. Em qual parte, afora os pronomes e nomes, indicaria a feminilidade? Seria o relatório? A fundamentação? O dispositivo? Sim, talvez este, pois é comum assertivas de serem as juízas mais brandas, mais compreensivas, mais severas ou mais inclementes. O predicado varia de acordo com o interlocutor. Não são incomuns colocações como: “só mesmo uma mulher para absolver o réu neste processo ou para condená-lo”.

Ora, as prolações colegiadas nos Tribunais são construções coletivas. Indaga-se, que estudo ou evidência demonstram que a participação feminina faz oscilar a força ou a produtividade dos pronunciamentos judiciais, a não ser o olhar patriarcal?

³ BRASIL. INEP. Portal Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Mulheres são maioria na Educação Superior brasileira. 08 mar. 2018. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/mulheres-sao-maioria-na-educacao-superior-brasileira/21206>. Acesso: 02/07/ 2019.

2. A INSERÇÃO DA MULHER NO MUNDO DO TRABALHO

No início da colonização, as mulheres brasileiras brancas que logravam exercer atividades fora do lar eram fazendeiras e comerciantes, se de classes abastadas, cozinheiras e lavadeiras, se de classes populares. Nos albores do século XX, os labores “permitidos” às mulheres de classes médias eram o magistério, o trabalho nas companhias telefônicas ou hospitalares. Somente no pós-guerra, a expansão dos negócios e da cultura passou a oferecer novos campos “aceitáveis” para a profissionalização feminina.

Sem pretender historiar dita evolução, o êxodo rural e a melhoria das condições de vida nas vilas e municípios abriram inéditas novas oportunidades de trabalho às mulheres. A redução do número de filhos, igualmente, contribuiu para diminuir a sobrecarga no cuidado e na educação da prole.

Diante deste mundo novo, elas começariam a afirmar-se, notadamente, a partir dos anos 80, mas sem, até a atualidade, conseguido superar desse-melhanças de acesso, remuneração e reconhecimento⁴. Nos anos 1990, “as trabalhadoras começaram a trocar a temática das desigualdades em benefício da das identidades⁵”, e a construção de si e do desenvolvimento pessoal tornaram-se prioridade no final do século XX.⁶

No tocante à participação política, progrediu apesar das imensas dificuldades estruturais a elas opostas. Houve um pequeno, mas renhido, grupo de mulheres eleitas para o Congresso Nacional em 1986, o mesmo que recebeu, em emenda à Constituição de 1969, poderes constituintes. Elas colaboraram para que as garantias asseguradas na Lei Maior de 1988 fossem consagradas.⁷

⁴ PRIORE, Mary Del. *Histórias e conversas de mulher*. 1. ed. São Paulo: Planeta, 2013, p. 90.

⁵ *Ibidem*, p. 90.

⁶ “Portanto, é possível afirmar que há um reconhecimento social, na atualidade, de que as lutas feministas afetaram positivamente a maneira pela qual se deu a incorporação das mulheres no mundo do trabalho, num momento de ampla modernização socioeconômica no Brasil, desde os anos setenta, e que contribuiu para que houvesse grandes mudanças, apesar do regime ditatorial estabelecido, nos códigos morais e jurídicos, nos valores, nos comportamentos, nas relações estabelecidas consigo e com os outros, nos sistemas de representações e no modo de pensar, ainda não plenamente avaliadas. Especialmente a partir da constituição de um novo olhar sobre si e sobre o outro – e, nesse sentido, penso num processo de feminização cultural em curso –, o mundo tem-se tornado mais feminino e feminista, libertário e solidário ou, em outras palavras, filógino, – isto é, contrário a misógino –, amigo das mulheres e do feminino, o que resulta decisivamente do aporte social e cultural das mulheres no mundo público”. RAGO, Margareth. *Feminismo e Subjetividade em Tempos Pós-Modernos*. Departamento de História, UNICAMP, p. 3.

⁷ No Brasil, as primeiras Constituições de 1824 e de 1891, asseguraram formalmente o princípio da igualdade. Já a Carta de 1934 conferiu às mulheres o direito ao voto, bem como vedou expressamente privilégios

As desigualdades e os preconceitos, porém, persistiram, na medida em que transcendem a norma posta. Cite-se as diferenças de empregabilidade, a remuneração laboral menor para atribuições e desempenhos idênticos, a reduzida presença feminina em postos de direção de empresas, a diminuta participação da mulher em associações de categorias profissionais, etc. Sem embargo, a luta prosseguiu e prossegue em prol da conquista da autonomia profissional, da evolução dos estereótipos de família e da alteração da realidade social.

Ao avaliar as três últimas décadas, visível é o esforço hermenêutico e legislativo para atualizar a *legis* sobre as concepções científicas de gênero, bem assim para estabelecer bases jurídicas igualitárias entre Pessoas. Todavia, programas de inclusão e de equidade ainda se fazem necessários, sobretudo no enfrentamento da violência doméstica e na isonomia dos direitos laborais, com vistas a adensar a cidadania feminina.⁸

e distinções por motivo de sexo, vedação que se estendia, inclusive, ao pagamento de salário desiguais em virtude de gênero. Será ainda, sob o primeiro Governo Vargas que se assegurará assistência médica e sanitária à gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, garantia que se repetiria nas Constituições posteriores, a de 1937, 1946 e 1967, emendada em 69.

Contudo, a luta exitosa do movimento feminino se evidencia na vigente Constituição de 1988 que garante a igualdade entre homens e mulheres especificamente no âmbito familiar, que proíbe a discriminação no mercado de trabalho por motivo de sexo protegendo a mulher com regras especiais de acesso; que resguarda o direito das presidiárias de amamentarem seus filhos; que protege a maternidade como direito social; que reconhece o planejamento familiar como uma livre decisão do casal e, principalmente, que institui ser dever do Estado coibir a violência no âmbito das relações familiares, dentre outras conquistas que poderiam ser mencionadas.

As determinações constitucionais, por sua vez, foram complementadas pelas Constituições Estaduais e pelas leis, dentre as quais se destacam o novo Código Civil que operou mudanças substanciais na situação jurídica da mulher; a Lei nº 8.930/94 que incluiu o estupro no rol dos crimes hediondos; a Lei nº 9.318/96 que agravou a pena dos crimes cometidos contra a mulher grávida e a Lei nº 11.340/06 – a famosa Lei Maria da Penha – que penaliza com efetividade os casos de violência contra a mulher e fez emergir no ordenamento jurídico nacional uma nova modalidade de política criminal, a que visa defendê-la das agressões sofridas em âmbito familiar com um rigor maior do que o previsto pela legislação até então vigente, dando concretude ao art. 226, II 8º da CF. Cite-se, igualmente, a Lei do feminicídio, a de número 13.104, de 9 de março de 2015, que tipificou como qualificadora do crime de homicídio e incluiu no rol dos crimes hediondos a morte de mulheres em razão de sua condição de gênero.

Paralelamente, no plano externo, foram firmados tratados internacionais sobre os direitos humanos das mulheres, a exemplo da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher da ONU, também conhecida como CEDAW que é sua sigla em inglês; o Protocolo Facultativo à CEDAW; e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a chamada Convenção de Belém do Pará da OEA.

⁸ Sobre o tema, *vide*: EPPING, Léa; PRÁ, Jussara Reis. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. *Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 20, n. 1: 344, jan./abr., 2012.

O projeto emancipatório e democrático almejado por todos reflete a conexão ou a possível convergência entre a perspectiva de gênero e a do direito ao trabalho digno. Valiosa é a lição de Hannah Arendt sobre o tema:

O trabalho é a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana [...]. O trabalho produz um mundo artificial de coisas, nitidamente diferente de qualquer ambiente natural. Dentro de suas fronteiras habita cada vida individual, embora esse mundo se destine a sobreviver e a transcender todas as vidas individuais. A condição humana do trabalho é a mundanidade⁹.

Neste cenário, formulações fundadas na ideia do reconhecimento e da ampliação dos direitos da população feminina, a saber; civis, políticos, sociais e culturais sobrelevam-se, indo ao encontro de garantias jurídicas fundamentalizadas, clausuladas como pétreas, que privilegiam modos de ser e de viver distintos dos padrões androcêntricos.

3. TEORIAS FEMINISTAS E A BUSCA PELA IGUALDADE DE GÊNERO

A evolução do pensamento feminista associa-se à evolução das Ciências Sociais. Diferentes abordagens impregnadas de vertentes teóricas de cunho liberal, marxista, socialista, psicanalista, estruturalista e pós-estruturalista a revisitaram. Abordagens que pontuaram o “feminismo da igualdade”, o “feminismo da diferença” e os “estudos relacionais de gênero”.¹⁰

Tanta heterogeneidade teórico-metodológica propiciou uma abertura dialógica e o sopesamento das alteridades, de modo a distinguir o espaço comum de compreensão dos problemas e das diversas soluções propostas. Agregue-se, articular o momento atual com a expansão dos direitos

⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1981, p. 15. Ainda, Celso Lafer leciona a importância da cidadania enquanto primeiro direito humano: “O que Hannah Arendt estabelece é que o processo de asserção dos direitos humanos, enquanto invenção para a convivência coletiva, exige um espaço público. Este é kantianamente uma dimensão transcendental, que fixa as bases e traça os limites da interação política. A este espaço só se tem acesso pleno por meio da cidadania. É por essa razão que, para ela, o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito de ter direitos, direitos que a experiência totalitária mostrou que só podem ser exigidos através do acesso pleno à ordem jurídica que apenas a cidadania oferece”. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 166.

¹⁰ MENDES, Mary Alves. Estudos Feministas: Entre Perspectivas modernas e pós-modernas. *Cadernos de Estudos Sociais*. Recife, v. 18, n. 2, jul./dez. 2002, pp. 223-238.

humanos, por meio de uma exegese expansionista da Lei Maior e dos tratados internacionais pactuados pelo Brasil.

Para além dos desafios de cognoscibilidade, é por meio de decisões negociadas com instâncias sociais e governamentais que advém a possibilidade de intervir no desenho e na gestão de políticas públicas, dentre as quais se incluem a igualação entre humanos. A questão da diferença, da inclusão e da alteridade esprou-se nos espaços universitários e intelectuais e ganhou força própria no coração da política, cuja arte é buscar consensos e produzir avanços. A trajetória das mulheres espelha as mudanças por elas promovidas e dá ensejo a interlocuções sobre o exercício contemporâneo da democracia cidadã, dos direitos humanos no século XXI, da representação político-partidária e do modo como o aparato estatal vem sendo exercido, suas ações e estratégias.

E, nessa altura, convém abordar o conceito de autonomia e de equivalência isonômica de oportunidades. Por certo, o regime democrático maneja com o princípio da autonomia, que se desdobra em privada e pública. Na primeira, está-se diante de escolhas inerentes à partição do ser em individualidades, de caminhos e meios para a busca pessoal do bem estar e da felicidade.

O objeto da autonomia pública, por sua vez, são as opções comuns das passagens comunitárias rumo à realização de uma concepção política do justo e do bem¹¹. Nesse norte: “*Na autonomia pública, os direitos do homem e a democracia estão, necessariamente, unidas. [...] Um desenvolvimento pleno, tanto da autonomia pública como da privada, somente é possível em um Estado constitucional democrático no qual os direitos do homem adquiram a forma de direitos fundamentais*”¹².

Ora, a equanimidade pressupõe que as autonomias privadas não se submetam a crivos hierárquicos, que, sob tal pretexto, conduzam a privilégios e restrições. A desigualação, quando permitida, mira a igualdade efetiva, sobrelevando distinções que no seu ponto de partida afetem, desfavoravelmente, o resultado dos pontos de chegada.

Boaventura Souza Santos a sintetiza de maneira precisa ao versar acerca dos direitos humanos em sua pluralidade e diversidade: “*temos direito a reivindicar a igualdade sempre que a diferença nos inferioriza e*

¹¹ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

¹² *Ibidem*, p. 101.

*temos direito de reivindicar a diferença sempre que a igualdade nos des-caracteriza.*¹³

Diante de situações incongruentes, nas quais segmentos minoritários esbatem-se num ambiente permeado por um histórico de discriminação, a solução a se adotar é romper as travas opostas à isonomia sistemática. Esta é a política que deve orientar a busca de programas afirmativos.

Sabido que, estruturalmente, determinados segmentos populacionais, nos quais as mulheres se incluem, sofrem estigmatizações que embaraçam talentos e esforços individuais na obtenção de resultados pessoais distintos. Por isso, medidas positivas reparadoras devem ser adotadas em caráter não perene. Trata-se de uma discriminação inversa, a incidir em contextos de inópia, nos quais minorias vivenciam segregações.¹⁴

As reais oportunidades para a fruição livre dos direitos depende destas cognominadas discriminações, que devem compreender não apenas acessos, mas acompanhamentos e, ao final, o devido prestígio social. Mister “*compreender que a desigualdade não somente é derivada de uma distribuição injusta dos bens econômicos e sociais, como também do reconhecimento.*”¹⁵

¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 48, 1997, pp. 11-32.

¹⁴ Diferencia a doutrina, para além da discriminação estrutural que se produz como resultado da própria organização social e da manutenção de estereótipos, a discriminação direta, indireta e inversa. Sobre elas, pontifica Ugena Coromina: “*La discriminación directa sería la resultante de la norma o decisión por la que se ha tratado de forma diferenciada y desfavorable a una persona o a determinados grupos o colectivos. La discriminación indirecta es producto de acciones o normas que en principio no tienen por objeto un trato discriminatorio, pero de su aplicación práctica resulta, de hecho, tal discriminación. Es decir, se aplica un criterio que aparentemente es neutral, pero provoca efectos desproporcionadamente desiguales. [...]*”

La discriminación inversa, se caracteriza, en primer lugar, porque se aplica en contextos de especial escasez, por lo que indefectiblemente origina conflictos. E, en segundo término, porque frente al carácter genérico propio de la discriminación indirecta, en lo que se ha denominado discriminación inversa se afecta de manera particular a personas concretas, respecto de las cuales se quiere mejorar su situación en distintos ámbitos. Puede entenderse que ésta última no es discriminación en sentido estricto, sino que, a diferencia de aquella, la discriminación inversa no otorga un trato menos favorable a colectivos que son discriminados, sino que persigue la mejora de grupos que se encuentran en una situación de inicial desventaja.

Su origen está en la cuestión de raza y se da en sociedades típicamente multiculturales para compensar situaciones de dificultad y evitar la marginación de ciertos grupos. Se fundamenta en el principio de igualdad real y efectiva.” COROMINA, María Pérez-Ugena. *Igualdad entre Mujeres y Hombres. Instrumentos jurídicos y régimen de garantías*. Granada: Editorial Comares, S.L. 2015, pp.25-26.

¹⁵ EPPING, Léa; PRÁ, Jussara Reis. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. *Op. cit.*, p. 142.

Nestes termos, quando se fala em discriminação contra a mulher, se fala de uma desigualdade que não é natural, e sim proveniente de um *construto* social. Assim, para que grupos propositalmente isolados possam integrar plenamente a comunidade política, fundamental a estatalidade ditar regras e medidas de inclusão. Até porque, a isonomia apresenta-se como um viés da não dominação ou da não submissão, implicando numa visão crítica sobre a condição humana. Ela sobrepõe as regras formais para ascender à realidade social relevante. Em um contexto democrático, nenhuma concretização do princípio da igualdade pode ser considerada válida se alija e menoscaba a participação daqueles que se encontram em situação concreta de vulnerabilidade díspar, como é o caso das mulheres, afrodescendentes, indígenas, hipossuficientes, dentre outros segmentos populacionais e de classe.

A abordagem feminista pós-moderna é distinta das anteriores ao admitir pontos de vista contraditórios e conflituosos e não aceitar a noção unitária de identidade. Ela refuta valores e princípios tradicionais das ciências humanas, dentre os quais, a noção de sujeito universal.¹⁶

O feminismo hodierno nutre-se da criatividade cultural das artes, da arquitetura, da filosofia, do exame de novas formas de produção e da distribuição econômica para desafiar as velhas estruturas dogmáticas e fazer prevalecer as experiências múltiplas e interseccionais de todas as mulheres.

Suas raízes emanam do pensamento de Derrida ¹⁷, Lacan ¹⁸ e Simone

¹⁶ Na pós-modernidade, “a luta feminista se transfere para o nível espectral e individual, [...] o ângulo analítico deve inspirar uma ação que encurte a distância entre o indivíduo, a encarnação do poder democrático e as condições sociais do exercício do poder.” FERREIRA, Virgínia. O Feminismo na pós-modernidade. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Faculdade de Coimbra. n. 24. mar. 1988, p. 104.

¹⁷ Partindo da desconstrução, o filósofo Jacques Derrida questionou as oposições binárias e metafísicas, nomeadamente, a que opõe o masculino e o feminino, abrindo espaço para indagações sobre a diferença sexual não subordinada à dualidade dos sexos. A propósito, ele escreveria: “Os movimentos de desconstrução não solicitam as estruturas do fora. Só são possíveis e eficazes, só ajustam seus golpes se habitam essas estruturas. Se as habitam de uma certa maneira, pois se habita sempre e principalmente quando nem se suspeita disso. Operando necessariamente do interior, emprestando da estrutura antiga todos os recursos estratégicos e econômicos da subversão, emprestando-os estruturalmente, isto é, sem poder isolar seus elementos e seus átomos, o empreendimento de desconstrução é sempre, de certo modo, arrebatado pelo seu próprio trabalho [...]” In: *Gramatologia*. 2ª ed. Tradução: Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2017, p.30. Consultar, ainda, *A escritura e a diferença*. 4ª ed. Tradução: Maria Beatriz Marques Nizza da Silva, Pedro Leite Lopes e Pérola de Carvalho. 2009. São Paulo: Perspectiva, 2014.

¹⁸ A ideia do “falocentrismo” é oriunda dos estudos psicanalíticos de Jacques Lacan (1901-1981), para quem a identificação do indivíduo é fixada na concepção binária de “ser” e “ter” o falo como uma distinção dual sobre a linguagem de gênero. “Ser” o falo é ser o objeto de desejo do outro (numa linguagem heterossexista) e “ter” o falo é, não apenas, possuir o órgão genital, mas necessitar da confirmação do ser feminino

de Beauvoir¹⁹, quando rejeitam a afirmação da existência de uma grande teoria explicativa sobre a posição das mulheres na sociedade ou de uma essência ou categoria única e universal de “mulher”. Como consequência, rejeitam, igualmente, as noções utilizadas para explicar a desigualdade de gênero – patriarcado, raça ou classe – como algo essencialista²⁰, e incentivavam a aceitação de variados pontos de vista dessemelhantes como válidos. Ao invés de reconhecerem somente um núcleo essencial do caráter feminino, admitem a existência de indivíduos e grupos com vivências distintas.

²¹ O ponto filosófico central está, pois, na diferença – da sexualidade, raça, idade, classe social.

Nessa perspectiva, mulheres negras, mulheres pobres, mulheres vitimizadas pela violência de gênero, merecem um corte analítico distinto, na medida em que as vivências de cada uma delas se sobrepõem e se intersecta às identidades sociais e aos sistemas de opressão e dominação relacionados. Dito de outro modo, para se entender como a injustiça e a desigualdade social sistêmica ocorrem em uma base multidimensional, criando múltiplas formas de sufocamento, imperioso considerar os critérios de interação identificadores das estruturas de subordinação em contextos que nada têm de neutro ou natural, ainda que cotidianos.²²

nas concepções simbólicas de “ser” o falo do masculino. Vide: LACAN, Jacques. *Encore* (1972-1973). Versão PDF- Escola da Letra Freudiana. Rio de Janeiro, 2010. Acesso: 03/05/2020.

¹⁹ A condição histórica da mulher foi assim definida por Simone de Beauvoir: “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino.” *O segundo sexo*. 2. *A Experiência de Vida*. Tradução de Sérgio Millet, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970, p. 9.

²⁰ Um estudo excelente filosófico sobre a fenomenologia do corpo na visão de diversos filósofos como Husserl, Merleau-Ponty, Heidegger está em: *Fenomenología del cuerpo y hermenéutica de la corporeidad*. XOLOCOTZI, Ángel e GIBU, Ricardo (coords). 1º ed. México: Plaza y Valdes - PYV Editores, 2014.

²¹ GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução: Ronaldo Cataldo Costa. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012, p. 444. Desse modo, a “ênfase no lado positivo da ‘alteridade’ é um tema importante no feminismo pós-moderno, e simboliza a pluralidade, diversidade, diferença e abertura: existem muitas verdades, muitos papéis e muitas construções da realidade”. *Ibidem*, p. 444.

²² RIOS, Roger Raupp e SILVA, Rodrigo da. Da Democracia e Direito da Antidiscriminação: Interseccionalidade e Discriminação Múltipla no Direito Brasileiro. In: *Revista da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – Gênero*. Ano 69 – Número 1 – Jan/Fev/Mar de 2017, p.45.

“É no contexto dos critérios proibidos de discriminação, em especial na sua concomitância e intersecção, que se apresenta o debate relativo à discriminação interseccional. Diante da complexidade da experiência humana, individual e social, em que as identidades não se vivenciam de modo isolado ou único, não há como fugir dessa realidade quando está em causa os critérios proibidos de discriminação, desafio que reclama a compreensão da interseccionalidade da discriminação e sua repercussão no cenário jurídico.

De fato, o fenômeno discriminatório é múltiplo e complexo. Os diferentes contextos, redes relacionais, fatores

Por esta razão, correntes filosóficas atuais defendem a impossibilidade de explicações generalistas, sem conceber a categoria mulher como uma construção social e discursiva²³.

A referência é Judith Butler, para quem a principal tarefa do feminismo é reconstruir o processo de formação das identidades de gênero. Seu pensamento conflui para interseccionalidade, por meio da desconstrução unitária da identidade compartilhada por todas as mulheres e da renúncia pela busca da estrutura universal de dominação.²⁴ Para ela, “a noção binária de masculino/feminino constitui não só a estrutura exclusiva em que essa especificidade pode ser reconhecida.” A especificidade do feminino, há ser contextualizada, analítica e politicamente, à “constituição de classe, raça, etnia e outros eixos de relações de poder, os quais tanto constituem a ‘identidade’ como tornam equívoca a noção singular de identidade.”²⁵ O gênero há, então, de ser retificado e o feminismo deve tornar-se autocrítico e reflexivo sobre os processos que produzem e desestabilizam marcas identitárias.²⁶

Nesse norte, a genealogia feminista e a dualidade sexual vem sendo culturalmente revisitadas.²⁷ O Pensamento do novo milênio propõe a reavaliação da racionalidade, para que a partir daí, seja possível associar a ambivalência teórica à uma tentativa de síntese, à uma terceira alternativa

intercorrentes e motivações que emergem, quando no trato social, indivíduos e grupos são discriminados, não se deixam reduzir a um ou outro critério isolado. Não basta, por exemplo, reprovar a discriminação racial e a discriminação sexual, pois a injustiça sofrida por mulheres brancas é diversa daquela vivida por mulheres negras, assim como a discriminação experimentada por homens negros e mulheres negras não é a mesma.” *Idem*, p.45.

²³ MENDES, Mary Alves. Estudos Feministas: Entre Perspectivas modernas e pós-modernas. *Cadernos de Estudos Sociais*, Recife, v. 18, n. 2, jul./dez de 2002, pp. 223-238.

Uma análise comparativa sobre o pensamento feminista na América Latina pode ser encontrada em; FEMENÍAS, María Luisa. *Perfiles del feminismo Iberoamericano*. 1ª ed. Buenos Aires: Catálogos S.R.L, 2002.

²⁴ Afinal, essa universalidade é ilusória não apenas quando se refere ao fundamento da dominação, mas também à própria identidade do dominado. Assim: “Uma teoria social comprometida com a disputa democrática dentro de um horizonte pós-colonial precisa encontrar uma maneira de pôr em questão os fundamentos que é obrigada a estabelecer”. BUTLER, Judith. *Contingent Foundations: Feminism and the Question of “Postmodernism”*. New York: University of California at Berkeley. 1990, p. 14-15. (tradução livre).

²⁵ BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero. Feminismo e subversão da identidade*. Tradução: Renato Aguiar. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p.22.

²⁶ BUTLER, Judith. *Contingent Foundations: Feminism and the Question of “Postmodernism”*. *Op. Cit.*, p. 24. (tradução livre).

²⁷ LAMEGO, Valéria. *Quando o feminismo é pós-moderno. Estudos feministas*, p. 219-220. Arquivo digital.

que não a moderna ou pós-moderna, para fixar uma justaposição e acomodação mútua entre as diversas narrativas culturais e políticas.²⁸

Uma síntese onde haja demanda por justiça social, conhecida por “política do reconhecimento”, cujo objetivo seja edificar um mundo amigo da diferença, no qual a assimilação à maioria ou às normas culturais dominantes não é mais o preço do igual respeito. Cite-se, exemplificativamente, as demandas pela inclusão das perspectivas das minorias étnicas, raciais, sexuais e de gênero²⁹, sendo que esta última, representa uma categoria pautada na política econômica e na cultura.³⁰

Tal como colocado, “a emancipação de papéis sociais opressores requer a formulação de princípios de justiça que condicionem a validade moral das narrativas que resultam desses diálogos”³¹, e para tanto, “é preciso que a luta contra a desigualdade não deságue numa repressão à diferença”³², a demandar políticas públicas coincidentes para todos nas arenas de discussão.

Naturalmente, “o que distingue a ciência androcêntrica e a ciência ginecêntrica não é serem ciências só para homens ou só para mulheres, mas a perspectiva de que cada uma delas ser, respectivamente, masculina e feminina”³³. O androcentrismo, concebido como valor cultural que privilegia traços associados à masculinidade, é uma das principais características da injustiça de gênero, cuja consequência é a visão da mulher subordinada e deficiente, incapaz de participar com desenvoltura na vida social.

²⁸ MENDES, Mary Alves. Estudos Feministas: Entre Perspectivas modernas e pós-modernas. In: *Cadernos de Estudos Sociais*, Recife, v. 18, n. 2, p. 223-238, jul./dez. 2002, p. 233.

²⁹ FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada de justiça. In: SARMENTO, D.; IKAWA D.; PIOVESAN, F. (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³⁰ Segundo BUTLER, “Se o sexo é, ele próprio, uma categoria tomada em seu gênero, não faz sentido definir o gênero como a interpretação cultural do sexo.” BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero. Feminismo e subversão da identidade*. Op. Cit, p. 27.

³¹ CHAMBOULEYRON, Ingrid Cyfer. *A tensão entre modernidade e pós-modernidade na crítica à exclusão no feminismo*. 2009. 140 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2009, p. 97.

³² *Ibidem*, p. 98.

³³ MIGNOLO, Walter D. Os esplendores e as misérias da “ciência: colonialidade, geopolítica do conhecimento e pluri-versalidade epistêmica. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisado*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 685.

Segundo Nancy Fraser, o gênero é uma coletividade bivalente que combina uma dimensão de classe, que o lança no âmbito da redistribuição com dimensão de *status*, que o lança no âmbito do reconhecimento. E, a solução para conflitos que o flagelam demanda alterações na estrutura econômica e na ordem de *status* da sociedade, ou seja, só é remediada por intermédio de uma abordagem que envolva tanto a política de redistribuição quanto a de reconhecimento.³⁴

Na visão hodierna as reivindicações feministas trouxeram à sua ilharga desafios inéditos à luta das mulheres na teoria e *práxis*, refletidas na crítica ao essencialismo e na necessidade do plural. Não obstante, importa preservar a perspectiva histórica da opressão, porquanto as relações de poder entre os sexos não se reduzem, apenas, a um aspecto da vida comunal.³⁵

Os direitos da mulher ao bem-estar (e os diretamente voltados para a promoção desse bem-estar) e à sua livre condição de agente a posiciona, cada vez mais, como protagonista ativa de transformações e responsável pela promoção dinâmica das ações sociais que alteram não apenas suas vidas, mas a dos homens.³⁶

As múltiplas atuações femininas, dentre as quais se destacam o seu papel econômico fora da família, seu nível de escolaridade, dentre fatores outros, descortinam contribuições positivas para o fortalecimento da voz ativa das mulheres.³⁷ Inolvidável, contudo, as privações e sofrimentos as quais são submetidas, a gerar uma necessidade urgente e básica de superação das estruturas hierarquizadas a serviço do domínio masculinista.

³⁴ *Ibidem*, p.685.

³⁵ No estudo **Gender and Power** (1987), R. W. Connell faz uma narrativa teórica sobre o gênero onde as masculinidades são uma parte crítica da ordem de gênero, avaliando como o poder social masculino cria e sustenta a desigualdade. Defende ser por meio de um campo organizado de prática e relações sociais humanas que as mulheres são mantidas em posições subordinadas. Nas Instituições e no Estado, tais práticas revelam os principais locais nos quais as relações de gênero são constituídas e contidas, onde o poder atua por meio de relações sociais como autoridade, violência e ideologia. CONNELL, Raewyn; CONNELL, Robert. *Gender and power: society, the person and sexual politics*. California: Stanford University Press, 1987.

³⁶ Uma pormenorização desta discussão está em: SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 246 et seq.

³⁷ *Ibidem*, p. 249.

4. A REALIDADE DA PRESENÇA DAS MULHERES NOS TRIBUNAIS DO BRASIL

Na magistratura nacional os homens predominam: representam 48,4% da população e 61,2% dos juízes.³⁸

Em 2014 as juízas correspondiam a 35,9% do universo de magistrados, conforme Censo do Poder Judiciário realizado pelo CNJ. A pesquisa em comento identificou que quanto mais elevada a posição na carreira, menor é a presença feminina, correspondendo em termos percentuais a 44% dos juízes substitutos, 39% dos juízes titulares, 23% dos desembargadores e apenas 16% dos ministros de Tribunais superiores.³⁹

Esta situação decorre de, nas instâncias superiores de maneira geral, os cargos serem providos por indicação política, pelo que diminuta a participação da mulher devido as dificuldades dela transitar em espaços historicamente ocupados por homens. Acresça-se que neste ponto da disputa a meritocracia não mais predomina, momento em que a ascensão feminina é dificultada ou mesmo obstaculizada.

Prova disto foi o Conselho Nacional de Justiça, avaliando os dados sobre a representatividade de gênero, constatar as flagrantes assimetrias entre os sexos na ocupação de cargos, razão pela qual editou a Resolução CNJ nº 255, de 4 de setembro de 2018, que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário para eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher.⁴⁰

Referida Política Nacional dispõe que todos os ramos e unidades do Judiciário deverão adotar medidas assecuratórias em favor da igualdade no ambiente institucional, propondo diretrizes e mecanismos que orientem os órgãos judiciais a incentivar a participação feminina nos cargos de chefia e assessoramento, em bancas de concurso e como expositoras em eventos institucionais.⁴¹

³⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2019, p.7.

³⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Censo do Poder Judiciário - VIDE: vetores iniciais e dados estatísticos*. Brasília: CNJ, 2014, p.6.

⁴⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 255 de 04/09/2018*. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. DJE/CNJ nº 167/2018, de 05/09/2018, p. 59.

⁴¹ Ainda, conforme art. 3º da Res. CNJ nº 255, a Política deverá ser implementada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da criação de grupo de trabalho, responsável pela elaboração de estudos, análise de cenários, eventos de capacitação e diálogo com os Tribunais sobre o cumprimento da Resolução, sob a

Ainda nesse contexto, em 2019, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Relatório de Diagnóstico da Participação Feminina no Poder Judiciário, analisando as informações sobre magistradas e magistrados que atuaram nos 68 Tribunais pesquisados, nos últimos 10 anos (2008-2018), incluindo aposentados e afastados da jurisdição.⁴² Concluiu a análise que a Judicatura Pátria é composta, majoritariamente, por homens, com apenas 38,8% de mulheres em atividade, conforme dados do Relatório *supra*. O índice diminuiu diante da totalidade dos julgadores que atuaram n, perfazendo 37,6%.⁴³

Nas instâncias superiores, as estatísticas são mais desfavoráveis. O percentual de magistradas nos cargos de Desembargadoras, Corregedoras, Vice-Presidentes e Presidentes aumentou nos últimos 10 anos, entretanto, permanecem no patamar de 25% a 30%.⁴⁴ Nos Tribunais superiores ele reduziu de 23,6% nos últimos 10 anos para 19,6%, se se considerar somente as que estão na ativa.⁴⁵

Quanto ao percentual de julgadoras por cargo e ramo da Justiça, a Trabalhista se destaca por apresentar na última década os maiores percentuais, com ênfase na composição de 41,25% de Presidentes do sexo feminino. Em oposição, a Militar Estadual revelou os menores percentuais de juízas⁴⁶. Na Justiça Eleitoral, a taxa no final de 2018 ficou abaixo da média nos últimos 10 anos, passando de 33,6% para 31,3%, sopesando-se apenas os juizes em atividade. Mais, em média, as mulheres preencheram somente de 15% a 23% dos cargos de Presidente, Vice-Presidente, Corregedora ou Ouvidora na última década.⁴⁷

Dessa forma, flagrante ser a participação feminina no Judiciário Nacional extremamente baixa, a despeito de crescente, já que girava em torno de 24,6%, em 1988, e aumentou para 38,8% em 2018.⁴⁸

supervisão de Conselheiro e de Juiz Auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça, indicados pela sua Presidência.

⁴² Relatório de Diagnóstico produzido pelo Conselho Nacional de Justiça aferiu, apenas 68 dos 90 Tribunais Brasileiros, uma vez que somente esses participaram do questionário.

⁴³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2019, p.7.

⁴⁴ *Ibidem*, p.9.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 17.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 42.

5. A MULHER NA MAGISTRATURA MILITAR FEDERAL

No Judiciário Federal Castrense de 1ª instância o número de juízas federais é significativamente reduzido, 12, incluindo a Juíza-Corregedora Auxiliar, num universo de 39 magistrados de primeiro grau. Diferentemente, e para pior, é a situação observada no âmbito do Superior Tribunal Militar, o órgão de cúpula desta Justiça Especializada, que conta com uma mulher, primeira e única a ocupar a vaga de ministro civil reservada à advocacia, nos 212 anos de existência da Corte. Aclare-se que a Justiça Militar da União detém jurisdição em todo o território nacional, e na instância de piso, é composta por 12 Circunscrições Judiciárias, divididas em 19 auditorias.

No caso específico do STM, para além das barreiras já conhecidas à indicação de mulheres à magistratura superior, reflete a situação existente no interior das Forças Armadas.

Isso porque, acorde a dicção constitucional insculpida no art. 123 da CF, o Superior Tribunal Militar é composto por 15 ministros vitalícios, sendo 3 oficiais-generais da Marinha, 4 oficiais-generais do Exército, 3 oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira. Integram-no, outrossim, 5 civis: 3 oriundos da advocacia, 1 do Ministério Público Militar e 1 da Magistratura Militar. Os Ministros são indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal.

Conforme exposto, por imposição magna, os generais devem estar no último posto e patente do oficialato. Fundamental, então, a integração feminina nas Forças Armadas em todas as latitudes; do contrário elas jamais chegarão à Corte Superior Castrense na vaga destinada aos brigadeiros, almirantes e generais, tal qual ocorre presentemente.

E a plena aceitação da mulher no Exército, Marinha e Força Aérea, foi e continua a ser uma jornada longa e inconclusa, a demandar avanços.

A título de informação, o ingresso da mulher no meio militar iniciou-se durante a 2ª Guerra Mundial, em 1942. Naquele momento, o país necessitou organizar a Força Expedicionária Brasileira, a FEB, para lutar nos campos de batalha e as Forças Armadas Brasileiras, sequer, contavam com enfermeiras em seus quadros, sendo elas urgentemente recrutadas e recebido treinamento para que pudessem acompanhar as tropas. Em 12 de julho de 1944, 67 mulheres partiram com destino aos Estados Unidos, antes de seguirem para a Itália. Lá chegando, em 7 de outubro de 1944, retornaram ao Brasil em 3 de julho de 1945, quando o grupo foi desmobilizado.

Somente após o término do conflito armado foram elas consideradas integrantes da Força Expedicionária Brasileira pelo Presidente Getúlio Vargas, passando a usufruir dos direitos concedidos aos militares da FEB.

Atualmente, na Força Aérea, a mulher poderá entrar para o quadro da aviação e ser promovida à patente de Tenente Brigadeiro do Ar, oficial de quatro estrelas, *conditio sine qua non*, para o cargo de Ministro no STM .

Já no Exército, a despeito da reestruturação dos seus quadros, as mulheres ainda estão proibidas de ingressar na Artilharia, Infantaria, Cavalaria, Comunicações e Engenharia. Podem, somente, no Serviço de Intendência e no Material Bélico, sendo que apenas a última Arma – o Material Bélico – propicia o acesso ao último posto e patente do generalato, a saber: General de Exército. Consequentemente, elas só poderão disputar a promoção em um único quadro, juntamente com os oficiais do sexo masculino. Por óbvio, isso significa que, muito provavelmente, elas não serão indicadas Ministras do Superior Tribunal Militar.

Por último, na Marinha, devido a alteração promovida na Lei nº 9.519, de 1997 que reestruturou os Corpos de Oficiais e Praças da Força Naval, restou autorizado o ingresso do sexo feminino na Armada e nos Fuzileiros Navais, dantes vedada, pelo que elas poderão vir a ser promovidas a Almirantes de Esquadra e, tal qual a Aeronáutica, disputarem uma vaga no STM. Atente-se, contudo, que se ditas promoções eventualmente ocorrerem, somente o serão daqui a três décadas.

Incontestável a incorporação feminina nas Forças Armadas espelhar a equidade de gênero, que resulta na ampliação dos direitos civis e políticos em razão de a defesa da Pátria ser um dever de todos os cidadãos brasileiros. Proveitosa, também, a diversidade, pois repercutirá positivamente na magistratura castrense.⁴⁹

⁴⁹ Para uma análise mais aprofundada do tema consultar: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A integração da mulher nas Forças Armadas. In: *Constitucionalismo Feminista*. Organizadora: Bruna Nowak. Coordenadoras: Christine Oliveira Peter da Silva, Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Melina Girardi Fachin. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, pp.29-52.

6. UMA PROPOSTA PARA AMPLIAR O NÚMERO DE DESEMBARGADORAS E MINISTRAS

A constatada desigualdade das mulheres, em especial nos cargos de desembargadoras e ministras de Tribunais, sugere a necessidade da adoção de ações afirmativas.

A promoção dos juízes e juízas de última instância (no caso da Justiça Comum Estadual) ou dos juízes e juízas federais elegíveis, é feita respectivamente pelos Tribunais de Justiça e pelos Tribunais Regionais Federais, Cortes compostas, majoritariamente, por homens. A escolha de mulheres, portanto, passa a ser uma possibilidade menor, uma vez que é da natureza humana indicar os semelhantes.

Em se tratando de Tribunais superiores – à exceção do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Militar – a escolha é um ato jurídico complexo, somando as vontades das próprias Cortes e do Presidente da República.

Ela ocorre por cooptação, um dos campos mais férteis para a discriminação, pelo que ações afirmativas se fazem preeminentes nesta seara.

Analisando a Carta 1988, denota-se sua preocupação com a heterogeneidade no Judiciário, a traduzir-se na exigência de um “quinto constitucional” de membros do Ministério Público e da Advocacia para comporem-no. É o que se lê no art. 94 :

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação.

Referente ao Superior Tribunal de Justiça, a demanda por pluralidade alcança um terço dos ministros:

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

I - um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal;

II - um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94.

No tocante à Justiça Especializada do Trabalho:

Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo:

I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II - os demais dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, indicados pelo próprio Tribunal Superior.

Alfim, a Justiça Militar da União:

Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

Vale dizer, o Constituinte de 1º grau, seguindo a tradição de Cartas Políticas anteriores, considerou inadequado que os Tribunais pátrios fossem preenchidos segundo a adoção dos critérios de antiguidade e merecimento do juiz de carreira, tornando os demais operadores do Direito inelegíveis. Fê-lo para assegurar o “arejamento” no *iuris dicere* e evitar o corporativismo, inserindo cláusula institucional que agregasse critérios outros, para além do da promoção.

Neste norte, há de se reconhecer que o heterogêneo merece prevalecer, igualmente, para a clausura de gênero. O quinto constitucional ao estabelecer quotas para promotores e advogados, conquanto não seja uma ação afirmativa, mostra um caminho em busca da diversidade.

Ele inspira a constitucionalidade de uma proposta para que conste que *“alcançado o percentual superior a 70% (setenta por cento) de determinado gênero no Tribunal, as promoções por merecimento deverão recair sobre o outro, até assegurar-se o mínimo de 30% (trinta por cento)”*.⁵⁰

Ressalte-se que dita proposição, conquanto eficaz para os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, seria inaplicável ao TST e STJ, razão pela qual a fórmula seria outra para implementar o incremento da presença feminina no Judiciário e cuja redação poderia ser: *“alcançado o percentual superior a 70% (setenta por cento) de um gênero no Tribunal, as indicações deverão recair sobre o outro, até assegurar o mínimo de 30% (trinta por cento)”*.⁵¹

Tais medidas poderiam, inclusive, constar na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a Lei Complementar nº 35, de 1979, cuja alteração dependeria de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, à luz do disposto no artigo 93 da *Lex Magna*. Alternativamente, poderia, também, ser apresentada sob forma de proposição de emenda constitucional.

O percentual sugerido é inspirado em quota assemelhada, de lançamento de candidaturas proporcionais, trazida pela Lei 9.504/97 – a Lei das Eleições. Segundo dispõe seu artigo 11:

⁵⁰ Sabe-se que tal índice é um ponto de partida para a promoção da igualdade de gênero e que há Tribunais, inclusive, que já o superaram. Mas a quota se justifica tendo em vista que ainda há muitos outros com percentuais muito abaixo do mínimo.

⁵¹ O Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar, tendo em vista as regras específicas de nomeação dos seus ministros, demandariam estudo autônomo.

Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher (...):

§ 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.

Trata-se de reserva assecuratória de um percentual mínimo, que não garante, “à fórceps”, a paridade de gênero nos Tribunais, porquanto o critério de antiguidade que é neutro, poderá, possivelmente, ocasionar em algum momento a promoção de um maior número de homens ou mulheres. Daí, o que se almeja é garantir um índice mínimo de vagas de magistradas e despertar nos membros dos Tribunais a resplandecência do talento feminino.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intervenção do Poder Público, em contraposição à neutralidade estatal, reveste-se de função pedagógica porque não apenas coíbe a discriminação e promove o nivelamento, como serve de modelo ao setor privado para que adote iniciativas semelhantes. Longe de refletir um caráter assistencialista, reflete um ideal republicano que propõe romper estruturas arcaicas, caracterizando-se como uma conquista civilizatória.

Está mais que demonstrado que os indivíduos permanecem compulsoriamente confinados em lugares preestabelecidos na hierarquia social dos seres sexuados. E neste entrelaçamento do mundo natural com o mundo social, muitas vezes injusto e desigual, as mulheres se conscientizam daquilo que carecem e do que gostariam de ser.

A história do feminismo possibilita reflexões sobre a construção coletiva da identidade da mulher diferenciada e alheada de uma cultura patriarcal hegemônica, legitimando-a a enfrentar o novo milênio.

Hodiernamente, as dimensões políticas, teóricas e filosóficas do Humanismo, refutam reducionismos, pelo que é possível concluir inexistir definição única do ser mulher. A pós-modernidade reescreveu epistemologias feministas concordantes sobre a base unitária da identidade e das

experiências compartilhadas por todas as mulheres indistintamente, compreendendo-a com um *constructo* social.

Ao longo da história observou-se a capacidade de mobilização das mulheres nas transformações impulsionadas pela ideologia de gênero e pelas práticas participativas. Falar contemporâneo implica construir o processo de feminização, implica refutar estereótipos carcomidos pelo tempo e caminhar em direção à equidade entre humanos como condição indispensável da dignidade.

Certamente é esperado da mulher magistrada, sororidade. Há, por parte dela e de todas aquelas que romperam paradigmas, concreta responsabilidade em auxiliar as demais para alcançarem seus objetivos e aspirações. As mulheres com acesso ao poder não devem furtar-se de fazer valer o significado de sua condição no interior de uma cultura sexista e patriarcal.⁵²

Numa sociedade plural inexistente espaço para estamentos exclusivistas ou, tampouco, para posturas neutras. As distorções persistentes, não só no Judiciário, mas em todas as instituições, descortina o acentuado domínio do sexo masculino, notadamente de homens brancos e heterossexuais. Tais características, alusões do patriarcalismo, difundidas como se fossem gerais e representativas de todas as classes e pessoas, esbatem-se nas virtudes cívicas; e, neste momento, a Justiça torna-se enviesada. A presença de mulheres de gêneros e etnia variados no Poder Judiciário, não é concebida para que cada magistrado julgue seus “iguais”, mas para que a Justiça se torne um órgão plural e inclusivo, além, é claro, de significar chances idênticas de acesso.

Por certo, a nomeação de mais juízas terá um impacto positivo na prestação jurisdicional e no desenvolvimento da lei substantiva, uma vez que o feminino vê o mundo sob uma perspectiva diversa do masculino. Nada mais saudável para a democracia, sabido que a alteridade perspectiva uma humanidade mais fraterna, libertária e, sobretudo, filógina.

⁵² WAHL, Rosalie E. Some reflections on Women and the Judiciary. In: *Law & Inequality: a Journal of Theory and Practice*, v. 4, n. 1, 1986, pp. 153-157.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1981.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo. 2. A Experiência de Vida*. Tradução: Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1970.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 255 de 04/09/2018*. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. DJE/CNJ nº 167/2018, de 05/09/2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Censo do Poder Judiciário - VIDE: vetores iniciais e dados estatísticos*. Brasília: CNJ, 2014.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2018. Edição Comemorativa.

BRASIL. INEP. *Portal Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Mulheres são maioria na Educação Superior brasileira*. 08 mar. 2018. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/mulheres-sao-maioria-na-educacao-superior-brasileira/21206>. Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2019.

BUTLER, Judith. *Contingent Foundations: Feminism and the Question of "Postmodernism"*. New York: University of California at Berkeley, 1990.

_____. *Problemas de Gênero. Feminismo e subversão da identidade*. Tradução: Renato Aguiar. 8ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CHAMBOULEYRON, Ingrid Cyfer. *A tensão entre modernidade e pós-modernidade na crítica à exclusão no feminismo*. 2009. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2009.

CONNELL, Raewyn; CONELL, Robert. *Gender and power: society, the person and sexual politics*. California: Stanford University Press, 1987.

COROMINA, María Pérez-Ugena. *Igualdad entre Mujeres y Hombres. Instrumentos jurídicos y régimen de garantías*. Granada: Editorial Comares, S.L. 2015.

DERRIDA, Jacques. In: *Gramatologia*. 2ª ed. Tradução: Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro.. São Paulo: Perspectiva, 2017.

_____ *A escritura e a diferença*. 4ªed. Tradução: Maria Beatriz Marques Nizza da Silva, Pedro Leite Lopes e Pérola de Carvalho. 2009. São Paulo: Perspectiva, 2014.

EPPING, Léa; PRÁ, Jussara Reis. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. In: *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis, v. 20, n. 1, p. 33-51, abr. 2012 .

FEMENÍAS, María Luisa. *Perfiles del feminismo Iberoamericano*. 1ª ed. Buenos Aires: Catálogos S.R.L, 2002.

FERREIRA, Virgínia. O Feminismo na pós-modernidade. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Faculdade de Coimbra, n. 24, mar. 1988.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada de justiça. In: SARMENTO, D.; IKAWA D.; PIOVESAN, F. (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução: Ronaldo Cataldo Costa. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

LACAN, Jacques. *Encore (1972-1973)*. Versão PDF- Escola da Letra Freudiana. Rio de Janeiro, 2010. Acesso: 03/05/2020.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMEGO, Valéria. Quando o feminismo é pós-moderno. In: *Estudos feministas*, Arquivo digital. Acesso: 04/05/2020.

MENDES, Mary Alves. Estudos Feministas: Entre Perspectivas modernas e pós-modernas. In: *Cadernos de Estudos Sociais*. Recife, Vol. 18, n. 2, jul./dez. 2002.

MIGNOLO, Walter D. Os esplendores e as misérias da “ciência: colonialidade, geopolítica do conhecimento e pluri-versalidade epistêmica. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Conhecimento prudente para uma vida decente. ‘Um Discurso sobre as Ciências Revistado*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

PRIORE, Mary Del. *Histórias e conversas de mulher*. 1. ed. São Paulo: Planeta, 2013.

RAGO, Margareth. *Feminismo e Subjetividade em Tempos Pós-Modernos*. Dept. de História, UNICAMP. Disponível em: <http://historiacultural.mpbnet.com.br/feminismo/Feminismo_e_subjetividade.pdf>. Acesso: 02/06/2018.

RIOS, Roger Raupp e SILVA, Rodrigo da. Da Democracia e Direito da Antidiscriminação: Interseccionalidade e Discriminação Múltipla no Direito Brasileiro. In: *Revista da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – Gênero*. Ano 69 – Número 1 – Jan/Fev/Mar de 2017.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A integração da mulher nas Forças Armadas. In: *Constitucionalismo Feminista*. Organizadora: Bruna Nowak. Coordenadoras: Christine Oliveira Peter da Silva, Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Melina Girardi Fachin. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 48, 1997.

SARDENBERG, Cecília M. B. Estudos Feministas: um esboço crítico. In: GURGEL, Célia. (org.), *Teoria e Práxis dos Enfoques de Gênero*. Salvador: REDOR-NEGIF, 2004.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

WAHL, Rosalie E. Some reflections on Women and the Judiciary. In: *Law & Inequality: a Journal of Theory and Practice*, Vol. 4, n. 1, p. 153-157, 1986.

WILSON, Bertha. Will Women Judges really make a difference? In: *Osgoode Hall Law Journal*, v. 28, n. 3, 1990.

XOLOCOTZI, Ángel e GIBU, Ricardo (coords). *Fenomenología del cuerpo y hermenéutica de la corporeidad*. 1º ed. México: Plaza y Valdes – PYV Editores. 2014.

A DISCIPLINA LEGAL APLICADA AOS INVESTIDORES ESTRANGEIROS NO BRASIL

JOSÉ AUGUSTO DELGADO¹

1. COMANDOS CONSTITUCIONAIS SOBRE OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NO BRASIL

O Brasil adota política de incentivar os investimentos estrangeiros no Brasil. Estabelece, contudo, regras constitucionais e infraconstitucionais que visam disciplinar a atuação de pessoas físicas ou jurídicas não nacionais no processo econômico do país.

A Constituição Federal de 1988 está dotada de comandos imperativos regulando os investimentos de pessoas físicas e jurídicas estrangeiras no Brasil, a saber:

- a) De acordo com o art. 172 a “lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros”.
- b) A aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira só pode ser feita pela forma regulada em lei, conforme a redação do Art. 190^o: “A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira

¹ Advogado. Magistrado durante 43 anos. Aposentado. Especialista em Direito Civil. Ministro Aposentado do STJ. Ex-Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Doutor Honoris Causa pela Universidade ESTADUAL DO Rio Grande do Norte, sediada em Mossoró - RN. Idem pela Universidade Potiguar do RN. Acadêmico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Acadêmico da Academia Brasileira de Direito Tributário. Acadêmico da Academia de Direito Tributário das Américas. Acadêmico da Academia Norte-rio-grandense de Letras. Acadêmico da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte. Professor Aposentado da UFRN. Professor convidado do Curso de Especialização do CEUB - Brasília. Ex-Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Ex-Juiz Estadual. Ex-Juiz Federal. integrante do iadf. parecerista.

e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional”.

- c) O art. 192, conforme redação dada pela Emenda Constitucional n. 40, de 2002, impõe que “o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”. (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 40, de 2003) (Vide Lei n° 8.392, de 1991).
- d) O art. 199, embora afirme que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, impõe, contudo, em seu § 3º que “é vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei”.
- e) No referente à aquisição de propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, o art. 222 estabelece que ela é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País, conforme redação dada pela EC n. 36, de 2002, sendo que, no seu parágrafo 4º impõe que a lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º, redação dada pela EC n. 36, de 2002. O referido § 1º regula que “Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação”, (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 36, de 2002).

A doutrina reconhece que é complexo o quadro jurídico regulador do investimento estrangeiro no Brasil. O Ministério das Relações Exteriores e o Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA), conscientes da necessidade de facilitar a compreensão da legislação a ser seguida, no Brasil, pelo investidor estrangeiro, elaborou e fez publicar, em 2006, o “GUIA LEGAL PARA O INVESTIDOR ESTRANGEIRO NO BRASIL”. Este

documento contém informações sobre: sistema jurídico no Brasil; regime cambial brasileiro; formas de associação; sistema fiscal; legislação anti-truste, trabalhista e ambiental; privatizações; contencioso civil e comercial; direitos do consumidor no Brasil; etc. O seu conteúdo é facilmente localizado na internet.

2. A REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PARA A AQUISIÇÃO POR ESTRANGEIROS DE IMÓVEIS URBANOS E RURAIS.

Ressaltamos, por ser o aspecto que está a nos interessar no momento, as instruções constantes no referido Guia de Investidor Estrangeiro no Brasil no relativo aos procedimentos a serem adotados para a aquisição de imóveis urbanos e rurais por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras.

As instruções a respeito que estão registradas no Guia mencionado são as seguintes:

“12. Aquisição de Bens Imóveis no Brasil

12.1. Introdução

.....

Pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras podem adquirir propriedades imóveis da mesma forma que as nacionais. No entanto, é importante ressaltar que, de acordo com a Instrução Normativa n.º 200 da Secretaria da Receita Federal, pessoas físicas ou jurídicas não-residentes deverão – previamente à aquisição de quaisquer propriedades imóveis localizados no território nacional –, estar devidamente inscritas no Cadastro de Pessoas de Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas. Além disso, outras restrições deverão ser observadas, uma vez que os imóveis sujeitos da negociação não podem estar localizados na faixa costeira, em áreas fronteiriças ou em áreas designadas como sendo de segurança nacional.

Áreas rurais podem ser adquiridas, desde que observadas certas restrições, que são tratadas no item 12.3.3., a seguir. Pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras também podem adquirir direitos reais relativos a imóveis.

.....

12.3.2. Considerações e Requisitos Gerais para a Aquisição de Bem Imóvel

A aquisição por ato inter vivos de um bem imóvel no Brasil é acordada entre o vendedor e o comprador mediante um contrato de compra e venda. Se a propriedade é adquirida por um único comprador, ou seja, sem a constituição de condomínio, este tem então o direito de propriedade absoluto sobre o bem. No caso de aquisição por mais de um comprador, com a constituição de condomínio, cada condômino tem o direito de exercer todos os direitos de propriedade, desde que compatíveis com a indivisibilidade da coisa (por exemplo, um dos condôminos não pode alienar o bem sem a anuência dos demais, devendo ser distribuído entre todos eles o preço da venda do imóvel).

A Lei n.º 4.591/64 regulava o condomínio de apartamentos e/ou salas para escritórios, onde em único terreno são construídos vários apartamentos e/ou salas, constituindo cada um uma unidade autônoma e uma fração do terreno, inaplicável nesse caso a indivisibilidade anteriormente mencionada. O CCB alterou profundamente a Lei n.º 4.591/64, mantendo, no entanto, o mesmo conceito. Dentre as inovações, destaca-se a nova disciplina de aplicação de multas aos condôminos que deixam de cumprir os deveres inerentes à sua condição (contribuir para despesas comuns, não realizar obras que comprometam a segurança da edificação, não utilizar as suas partes de maneira prejudicial ao sossego, etc.). Além dos requisitos específicos para a transferência de propriedade imóvel no Brasil, a lei brasileira exige, como em qualquer tipo de contrato, que as partes de um contrato de compra e venda de bem imóvel possuam a capacidade geral para a realização de qualquer ato jurídico, ou seja, sejam maiores, capazes, ou estejam devidamente representadas.

12.3.3. Aquisição de Propriedade Rural por Estrangeiros

De acordo com a legislação brasileira, é considerado imóvel rural prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine à exploração extrativa, agrícola, pecuária ou agroindustrial, seja pela iniciativa privada ou por meio de planos públicos de valorização. A aquisição de propriedade rural por estrangeiros residentes no país ou pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a operar no Brasil é regulada pela Lei nº 5.709/71.

Essa lei estabelece que o estrangeiro pessoa física residente no Brasil não pode ser proprietário de terras que excedam à extensão equivalente a 50 (cinquenta) módulos rurais, cuja dimensão é determinada para cada zona de características econômicas e ecológicas homogêneas e pelo tipo de exploração rural que nela possa ocorrer.

O estrangeiro residente no exterior não pode adquirir terras no Brasil, não se aplicando tal restrição no caso de aquisição por sucessão legítima. Por outro lado, as restrições à aquisição de propriedades rurais por empresas brasileiras controladas por capital estrangeiro estão sendo questionadas, uma vez que a Emenda Constitucional de 1995 extinguiu a distinção entre empresas brasileiras e empresas brasileiras controladas por capital estrangeiro. Contudo, as restrições relativas a estrangeiros e empresas estrangeiras com autorização para operar no Brasil permanecem em vigor.

A Lei nº 5.709/71 dispõe que as empresas estrangeiras somente podem adquirir propriedade rural para fins de desenvolvimento e implementação de projetos agropecuários, de industrialização ou de colonização, e somente é concedida a autorização para a aquisição da propriedade rural se o desenvolvimento de tais projetos faz parte do objeto social das empresas estrangeiras interessadas. Os projetos dependem de aprovação do Ministério da Agricultura ou do Departamento de Comércio e Indústria do Brasil, conforme o caso, para sua implementação. O Presidente da República, por meio de decreto especial, pode autorizar a aquisição de propriedade rural por empresas estrangeiras sob condições não previstas na lei em vigor, nos casos em que tal aquisição seja importante para a implementação de projetos para o desenvolvimento nacional.

12.4. Tributação

O Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) é o imposto de competência dos municípios que incide sobre todas as transmissões inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis por natureza, ou a cessão física e de direitos reais a eles relativos (exceto os direitos reais de garantia), bem como a cessão de direitos a sua aquisição. Por exemplo, a alíquota estabelecida para o Município de São Paulo pela Lei Municipal nº 11.154 varia de 2% a 6% sobre o valor da transferência, dependendo do valor da propriedade.

O ITBI não incide quando a transferência do bem imóvel ou dos direitos a ele relativos é realizada para integralização do capital social de empresas, ou quando decorrente de uma fusão, incorporação, cisão ou extinção de uma pessoa jurídica, exceto se a comercialização e locação de bens imóveis for a atividade principal da pessoa jurídica incorporada, fundida, cindida ou extinta.

12.5. Fundos de Investimento Imobiliário

Os Fundos de Investimentos Imobiliários foram criados com o objetivo de incentivar o desenvolvimento de empreendimentos imobiliários para posterior venda ou locação. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) precisa autorizar, regulamentar e inspecionar a administração e operação dos Fundos de Investimentos Imobiliários.

Os Fundos de Investimento Imobiliário têm sido muito utilizados ultimamente como meio de angariar recursos para a construção de Shopping Centers por todo o Brasil. Anteriormente, eram utilizados para esses fins os recursos dos Fundos de Pensão, mas atualmente os Fundos de Pensão estão investindo nesse setor indiretamente, por meio de transações realizadas por meio das participações nos Fundos de Investimentos Imobiliários.

Tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas estrangeiras podem adquirir essas participações. O investimento estrangeiro, devidamente registrado perante o Banco Central do Brasil, possibilita a posterior remessa do investimento e dos respectivos ganhos para o exterior. Os ganhos de capital decorrentes do investimento em Fundos Imobiliários estão sujeitos ao IR, à alíquota de até 20%, incidente sobre o valor da venda de quotas de Fundos de Investimento Imobiliários”.

Há, como examinado acima, disposições específicas na legislação brasileira ordinária, conforme permite a Constituição Federal de 1988 (art. 190), estabelecendo condições para a aquisição de imóvel rural, no território brasileiro, por estrangeiro.

Passamos, em razão do que acabamos de afirmar, a examinar a legislação ordinária sobre a aquisição de imóveis rurais no Brasil por pessoas físicas e jurídicas estrangeiras.

Em face do referido art. 190 da Constituição Federal de 1988, houve recepção pelo nosso ordenamento jurídico da LEI No 5.709, DE 7 DE OUTUBRO DE 1971, que Regula a Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro

Residente no País ou Pessoa Jurídica Estrangeira Autorizada a Funcionar no Brasil, e dá outras Providências.

O texto do mencionado diploma é o seguinte:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei.

§ 1º - Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a

§ 2º As restrições estabelecidas nesta Lei não se aplicam: (Redação dada pela Lei nº 13.986, de 2020

I - aos casos de sucessão legítima, ressalvado o disposto no art. 7º desta Lei; (Incluído pela Lei nº 13.986, de 2020).

II - às hipóteses de constituição de garantia real, inclusive a transmissão da propriedade fiduciária em favor de pessoa jurídica, nacional ou estrangeira; (Incluído pela Lei nº 13.986, de 2020).

III - aos casos de recebimento de imóvel em liquidação de transação com pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, ou pessoa jurídica nacional da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e que residam ou tenham sede no exterior, por meio de realização de garantia real, de dação em pagamento ou de qualquer outra forma. (Incluído pela Lei nº 13.986, de 2020).

Art. 3º - A aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua.

§ 1º - Quando se tratar de imóvel com área não superior a 3 (três) módulos, a aquisição será livre, independentemente de qualquer autorização ou licença, ressalvadas as exigências gerais determinadas em lei.

§ 2º - O Poder Executivo baixará normas para a aquisição de área compreendida entre 3 (três) e 50 (cinquenta) módulos de explo-

ração indefinida. (Vide Lei nº 8.629, de 1993)

§ 3º - O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá aumentar o limite fixado neste artigo.

Art. 4º - Nos loteamentos rurais efetuados por empresas particulares de colonização, a aquisição e ocupação de, no mínimo, 30% (trinta por cento) da área total serão feitas obrigatoriamente por brasileiros.

Art. 5º - As pessoas jurídicas estrangeiras referidas no art. 1º desta Lei só poderão adquirir imóveis rurais destinados à implantação de projetos agrícolas, pecuários, industriais, ou de colonização, vinculados aos seus objetivos estatutários.

§ 1º - Os projetos de que trata este artigo deverão ser aprovados pelo Ministério da Agricultura, ouvido o órgão federal competente de desenvolvimento regional na respectiva área.

§ 2º - Sobre os projetos de caráter industrial será ouvido o Ministério da Indústria e Comércio.

Art. 6º - Adotarão obrigatoriamente a forma nominativa as ações de sociedades anônimas:

I - que se dediquem a loteamento rural;

II - que explorem diretamente áreas rurais; e

III - que sejam proprietárias de imóveis rurais não vinculados a suas atividades estatutárias.

Parágrafo único. A norma deste artigo não se aplica às entidades mencionadas no art. 4º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969.

Art. 7º - A aquisição de imóvel situado em área considerada indispensável à segurança nacional por pessoa estrangeira, física ou jurídica, depende do assentimento prévio da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional.

Art. 8º - Na aquisição de imóvel rural por pessoa estrangeira, física ou jurídica, é da essência do ato a escritura pública.

Art. 9º - Da escritura relativa à aquisição de área rural por pessoas físicas estrangeiras constará, obrigatoriamente:

I - menção do documento de identidade do adquirente;

II - prova de residência no território nacional; e

III - quando for o caso, autorização do órgão competente ou assentimento prévio da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa jurídica estrangeira, constará da escritura a transcrição do ato que concedeu autorização para a aquisição da área rural, bem como dos documentos comprobatórios de sua constituição e de licença para seu funcionamento no Brasil.

Art. 10 - Os Cartórios de Registro de Imóveis manterão cadastro especial, em livro auxiliar, das aquisições de terras rurais por pessoas estrangeiras, físicas e jurídicas, no qual deverá constar:

I - menção do documento de identidade das partes contratantes ou dos respectivos atos de constituição, se pessoas jurídicas;

II - memorial descritivo do imóvel, com área, características, limites e confrontações; e

III - transcrição da autorização do órgão competente, quando for o caso.

Art. 11 - Trimestralmente, os Cartórios de Registros de Imóveis remeterão, sob pena de perda do cargo, à Corregedoria da Justiça dos Estados a que estiverem subordinados e ao Ministério da Agricultura, relação das aquisições de áreas rurais por pessoas estrangeiras, da qual constem os dados enumerados no artigo anterior.

Parágrafo único. Quando se tratar de imóvel situado em área indispensável à segurança nacional, a relação mencionada neste artigo deverá ser remetida também à Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional.

Art. 12 - A soma das áreas rurais pertencentes a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, não poderá ultrapassar a um quarto da superfície dos Municípios onde se situem, comprovada por cer-

tidão do Registro de Imóveis, com base no livro auxiliar de que trata o art. 10.

§ 1º - As pessoas da mesma nacionalidade não poderão ser proprietárias, em cada Município, de mais de 40% (quarenta por cento) do limite fixado neste artigo.

§ 2º - Ficam excluídas das restrições deste artigo as aquisições de áreas rurais:

I - inferiores a 3 (três) módulos;

II - que tiverem sido objeto de compra e venda, de promessa de compra e venda, de cessão ou de promessa de cessão, mediante escritura pública ou instrumento particular devidamente protocolado no Registro competente, e que tiverem sido cadastradas no INCRA em nome do promitente comprador, antes de 10 de março de 1969;

III - quando o adquirente tiver filho brasileiro ou for casado com pessoa brasileira sob o regime de comunhão de bens.

§ 3º - O Presidente da República poderá, mediante decreto, autorizar a aquisição além dos limites fixados neste artigo, quando se tratar de imóvel rural vinculado a projetos julgados prioritários em face dos planos de desenvolvimento do País.

Art. 13 - O art. 60 da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 60. Para os efeitos desta Lei, consideram-se empresas particulares de colonização as pessoas físicas, nacionais ou estrangeiras, residentes ou domiciliadas no Brasil, ou jurídicas, constituídas e sediadas no País, que tiverem por finalidade executar programa de valorização de área ou distribuição de terras”.

Art. 14 - Salvo nos casos previstos em legislação de núcleos coloniais, onde se estabeleçam em lotes rurais, como agricultores, estrangeiros imigrantes, é vedada, a qualquer título, a doação de terras da União ou dos Estados a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas.

Art. 15 - A aquisição de imóvel rural, que viole as prescrições desta Lei, é nula de pleno direito. O tabelião que lavrar a escritura e o oficial de registro que a transcrever responderão civilmente

pelos danos que causarem aos contratantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal por prevaricação ou falsidade ideológica. O alienante está obrigado a restituir ao adquirente o preço do imóvel.

Art. 16 - As sociedades anônimas, compreendidas em quaisquer dos incisos do caput do art. 6º, que já estiverem constituídas à data do início da vigência desta Lei, comunicarão, no prazo de 6 (seis) meses, ao Ministério da Agricultura a relação das áreas rurais de sua propriedade ou exploração.

§ 1º - As sociedades anônimas, indicadas neste artigo, que não converterem em nominativas suas ações ao portador, no prazo de 1 (um) ano do início da vigência desta Lei, reputar-se-ão irregulares, ficando sujeitas à dissolução, na forma da lei, por iniciativa do Ministério Público.

§ 2º - No caso de empresas concessionárias de serviço público, que possuam imóveis rurais não vinculados aos fins da concessão, o prazo de conversão das ações será de 3 (três) anos.

§ 3º - As empresas concessionárias de serviço público não estão obrigadas a converter em nominativas as ações ao portador, se dentro do prazo de 3 (três) anos, contados da vigência desta Lei, alienarem os imóveis rurais não vinculados aos fins da concessão.

Art. 17 - As pessoas jurídicas brasileiras que, até 30 de janeiro de 1969, tiverem projetos de colonização aprovados nos termos do art. 61 da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, poderão, mediante autorização do Presidente da República, ouvido o Ministério da Agricultura, concluí-los e outorgar escrituras definitivas, desde que o façam dentro de 3 (três) anos e que a área não exceda, para cada adquirente, 3 (três) módulos de exploração indefinida.

Art. 18 - São mantidas em vigor as autorizações concedidas, com base nos Decretos-leis nºs 494, de 10 de março de 1969, e 924, de 10 de outubro de 1969, em estudos e processos já concluídos, cujos projetos tenham sido aprovados pelos órgãos competentes.

Art. 19 - O Poder Executivo baixará, dentro de 90 (noventa) dias, o regulamento para execução desta Lei.

Art. 20 - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 21 - Revogam-se os Decretos-leis nº 494, de 10 de março de 1969, e 924, de 10 de outubro de 1969, e demais disposições em contrário.

EMÍLIO G. MÉDICI

Alfredo Buzaid - L. F. Cirne Lima - Marcus Vinícius Pratini de Moraes

A mencionada Lei foi regulamentada pelo DECRETO No 74.965, DE 26 DE NOVEMBRO DE 1974. Este normativo, ao regulamentar a Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, que dispõe sobre a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no País ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil, fixou as regras seguintes:

DECRETO No 74.965, DE 26 DE NOVEMBRO DE 1974.

Regulamenta a Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, que dispõe sobre a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no País ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 81, item III, da Constituição, e tendo em vista o disposto no artigo 19, da Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971,

DECRETA:

Art. 1º O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista neste regulamento.

§ 1º Fica também sujeita ao regime estabelecido por este regulamento a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior.

§ 2º As restrições estabelecidas neste regulamento não se aplicam aos casos de transmissão causa mortis.

Art. 2º A pessoa estrangeira, física ou jurídica, só poderá adquirir imóvel situado em área considerada indisponível à segurança nacional mediante assentimento prévio da Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional.

Art. 3º Na aquisição de imóvel rural por pessoa estrangeira, física ou jurídica, é da essência do ato a escritura pública.

Art. 4º Compete ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) fixar, para cada região, o módulo de exploração indefinida, podendo modificá-lo sempre que houver alteração das condições econômicas e sociais da região.

Art. 5º A soma das áreas rurais pertencentes a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, não poderá ultrapassar 1/4 (um quarto) da superfície dos Municípios onde se situem comprovada por certidão do Registro de Imóveis, com base no livro auxiliar de que trata o artigo 15.

§ 1º As pessoas de mesma nacionalidade não poderão ser proprietárias, em cada Município, de mais de 40% (quarenta por cento) do limite fixado neste artigo.

§ 2º Ficam excluídas das restrições deste artigo as aquisições de áreas rurais:

I - Inferiores a 3 (três) módulos;

II - Que tiveram sido objeto de compra e venda, de promessa de compra e venda, de cessão ou de promessa de cessão, constante de escritura pública ou de documento particular devidamente protocolado na circunscrição imobiliária competente, e cadastrada no INCRA em nome do promitente-comprador, antes de 10 de março de 1969;

III - Quando o adquirente tiver filho brasileiro ou for casado com pessoa brasileira sob o regime de comunhão de bens.

§ 3º Será autorizada por Decreto, em cada caso, a aquisição além dos limites fixados neste artigo, quando se tratar de imóvel rural vinculado a projetos julgados prioritários em face dos planos de desenvolvimento do País.

Art. 6º Ao estrangeiro que pretende imigrar para o Brasil é facultado celebrar, ainda em seu país de origem, compromisso de compra e venda do imóvel rural desde que, dentro de 3 (três) anos, contados da data do contrato, venha fixar domicílio no Brasil e explorar o imóvel.

§ 1º Se o compromissário comprador descumprir qualquer das condições estabelecidas neste artigo, reputar-se-á absolutamente ineficaz o compromisso de compra e venda, sendo-lhe defeso adquirir, por qualquer modo, a propriedade do imóvel.

§ 2º No caso previsto no parágrafo antecedente, caberá ao promitente-vendedor propor a ação para declarar a ineficácia do compromisso, estando desobrigado de restituir as importâncias que recebeu do compromissário comprador.

§ 3º O prazo referido neste artigo poderá ser prorrogado pelo Ministério da Agricultura, ouvido o INCRA, se o promitente-comprador embora sem transferir seu domicílio para o Brasil por motivo justificado, utilizou o imóvel na implantação de projeto de culturas permanentes.

§ 4º Dos compromissos de compra e venda devem constar obrigatoriamente, sob pena de nulidade, as cláusulas estabelecidas neste artigo.

Art. 7º A aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua.

§ 1º Quando se tratar de imóvel com área não superior a 3 (três) módulos, a aquisição será livre, independentemente de qualquer autorização ou licença, ressalvadas as exigências gerais determinadas em lei.

§ 2º A aquisição de imóvel rural entre 3 (três) e 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida dependerá de autorização do INCRA, ressalvado o disposto no artigo 2º.

§ 3º Dependerá também de autorização a aquisição de mais de um imóvel, com área não superior a três módulos, feita por uma pessoa física.

§ 4º A autorização para aquisição por pessoa física condicionar-se-á, se o imóvel for de área superior a 20 (vinte) módulos, à aprovação do projeto de exploração correspondente.

§ 5º O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá aumentar o limite fixado neste artigo.

Art. 8º Nos loteamentos rurais efetuados por empresas particulares de colonização, a aquisição e ocupação de, no mínimo, 30%

(trinta por cento) da área total, serão feitas obrigatoriamente por brasileiros.

§ 1º A empresa colonizadora é responsável pelo encaminhamento dos processos referentes à aquisição do imóvel rural por estrangeiro, observadas as disposições da legislação vigente, até que seja lavrada a escritura pública.

§ 2º Semestralmente a empresa colonizadora deverá encaminhar, ao órgão estadual do INCRA, relação dos adquirentes, mencionando a percentagem atualizada das áreas rurais pertencentes a estrangeiros, no loteamento.

Art. 9º O interessado que pretender obter autorização para adquirir imóvel rural formulará requerimento ao INCRA, declarando:

- a) se possui, ou não, outros imóveis rurais;
- b) se, com a nova aquisição, suas propriedades não excedem 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua;
- c) a destinação a ser dada ao imóvel, através do projeto de exploração, se a área for superior a 20 (vinte) módulos.

Parágrafo único. O requerimento de autorização será instruído por documentos que provem:

- 1) a residência do interessado no território nacional;
- 2) a área total do município onde se situa o imóvel a ser adquirido;
- 3) a soma das áreas rurais transcritas em nome de estrangeiros, no município, por grupos de nacionalidade;
- 4) qualquer das circunstâncias mencionadas nos incisos do § 2º do artigo 5º deste Regulamento.

Art. 10. Concedida a autorização pelo INCRA, que ouvirá previamente a Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional, quando for o caso, poderá o Tabelião lavrar a escritura, nela mencionando obrigatoriamente:

I - O documento de identidade do adquirente;

II - Prova de residência no território nacional;

III - A autorização do INCRA.

Parágrafo único. O prazo de validade da autorização é de 30 dias, dentro do qual deverá ser lavrada a escritura pública, seguindo-se a transcrição na Circunscrição Imobiliária, no prazo de 15 dias.

Art. 11. A pessoa jurídica estrangeira, autorizada a funcionar no Brasil, ou a pessoa jurídica brasileira, na hipótese do artigo 1º § 1º, só poderão adquirir imóveis rurais quando estes se destinem à implantação de projetos agrícolas pecuários, industriais, ou de colonização vinculados aos seus objetivos estatutários.

§ 1º A aquisição dependerá da aprovação dos projetos pelo Ministério da Agricultura, ouvido o órgão federal competente.

§ 2º São competentes para apreciar os projetos:

- a) o INCRA, para os de colonização;
- b) a SUDAM e a SUDENE, para os agrícolas e pecuários situados nas respectivas áreas;
- c) O Ministério da Indústria e do Comércio, para os industriais e turísticos, por intermédio do Conselho do Desenvolvimento Industrial e da Empresa Brasileira de Turismo, respectivamente.

Art. 12. A pessoa jurídica que pretender aprovação de projeto deverá apresentá-lo ao órgão competente, instruindo o pedido com documentos que provem:

- a) a área total do município, onde se situa o imóvel a ser adquirido;
- b) a soma das áreas rurais transcritas em nome de estrangeiros, no município, por grupos de nacionalidade;
- c) o assentimento prévio da Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional, no caso de o imóvel situar-se em área considerada indispensável à segurança nacional;
- d) o arquivamento do contrato social ou estatuto no Registro de Comércio;

- e) a adoção de forma nominativa de suas ações, feita por certidão do Registro de Comércio, nas hipóteses previstas no artigo 13 deste regulamento.

Parágrafo único. Observar-se-á o mesmo procedimento nos casos previstos no § 3º, do artigo 5º, deste regulamento, hipótese em que o projeto, depois da manifestação do Ministério da Agricultura, será encaminhado ao Presidente da República para decisão.

Art. 13. Adotarão obrigatoriamente a forma nominativa as ações de sociedades anônimas:

I - Que se dediquem a loteamento rural;

II - Que explorem diretamente áreas rurais;

III - Que sejam proprietárias de imóveis rurais não-vinculados a suas atividades estatutárias.

Parágrafo único. A norma deste artigo não se aplica às autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, mencionadas, no artigo 4º do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com a redação que foi dada pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1967.

Art. 14. Deferido o pedido, lavrar-se-á escritura pública, dela constando obrigatoriamente:

- a) a aprovação pelo Ministério da Agricultura;
- b) os documentos comprobatórios de sua constituição e de licença para seu funcionamento no Brasil;
- c) a autorização do Presidente da República, nos casos previstos no § 3º do artigo 5º, deste regulamento.

§ 1º No caso de o adquirente ser sociedade anônima brasileira, constará a prova de adoção da forma nominativa de suas ações.

§ 2º O prazo de validade do deferimento do pedido é de 30 dias, dentro do qual deverá ser lavrada a escritura pública, seguindo-se a transcrição na Circunscrição Imobiliária, no prazo de 15 dias.

Art. 15. Os Cartórios de Registro de Imóveis manterão cadastro especial em livro auxiliar das aquisições de terras rurais por pessoas estrangeiras, físicas e jurídicas, no qual se mencionará:

I - o documento de identidade das partes contratantes ou dos respectivos atos de constituição, se pessoas jurídicas;

II - memorial descritivo do imóvel, com área, características, limites e confrontações;

III - a autorização do órgão competente, quando for o caso;

IV - as circunstâncias mencionadas no § 2º, do artigo 5º.

Parágrafo único. O livro (modelo anexo) terá páginas duplas, divididas em 5 colunas, com 3,5cm 9,5cm, 14cm, 12cm e 15cm, encimadas com os dizeres “nº” “Adquirente e Transmitente”, “Descrição do Imóvel”, “Certidões e Autorizações” e “Averbações” respectivamente, e nele registrar-se-ão as aquisições referidas neste regulamento, na data da transcrição do título.

Art. 16. Trimestralmente, os Cartórios de Registro de Imóveis remeterão, sob pena de perda de cargo, à Corregedoria da Justiça dos Estados a que estiverem subordinados e à repartição estadual do INCRA, relação das aquisições de áreas rurais por pessoas estrangeiras, da qual constem os dados enumerados no artigo anterior.

Parágrafo único. Quando se tratar de imóvel situado em área indispensável à segurança nacional, a relação mencionada neste artigo deverá ser remetida também à Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional.

Art. 17. Para os efeitos da Lei número 4.504, de 30 de novembro de 1964 e deste regulamento, consideram-se empresas particulares de colonização as pessoas físicas nacionais ou estrangeiras, residentes ou domiciliadas no Brasil, ou jurídicas, constituídas e sediadas no País, que tiverem por finalidade executar programa de valorização de área ou distribuição de terras.

Art. 18. Salvo nos casos previstos em legislação de núcleos coloniais onde se estabeleçam em lotes rurais, como agricultores, estrangeiros imigrantes, é vedada, a qualquer título a doação de terras da União ou dos Estados a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas.

Art. 19. É nula de pleno direito a aquisição de imóvel rural que viole as prescrições legais: o Tabelião que lavrará a escritura e o oficial de registro que a transcrever responderão civilmente pelos danos que causarem aos contratantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal por prevaricação ou falsidade ideológica; o alienante ficará obrigado a restituir ao adquirente o preço do imóvel, ou as quantias recebidas a este título, como parte do pagamento.

Art. 20. As normas regulamento aplicam-se a qualquer alienação de imóvel rural para pessoa física ou jurídica estrangeira, em casos como o de fusão ou incorporação de empresas, de alteração do controle acionário da sociedade, ou de transformação de pessoa jurídica nacional para pessoa jurídica estrangeira.

Parágrafo único. O Oficial de Registro de Imóveis só fará a transcrição de documentos relativos aos negócios de que trata este artigo, se neles houver a reprodução das autorizações correspondentes.

Art. 21. Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 26 de novembro de 1974; 153º da Independência e 86º da República.

ERNESTO GEISEL - Armando Falcão. Alysson Paulinelli Severo Fagundes Gomes

O exame da legislação acima anotada revela que os negócios jurídicos de promessa de compra e venda consumados pelo procurador do consulente, pessoa física de nacionalidade portuguesa não residente no Brasil, devem obedecer às regras impostas pela Lei n. 5.709, de 7 de outubro de 1971. Idem a compra e venda definitiva, tudo tendo por objeto o mesmo imóvel e o mesmo vendedor e como parte compradora a empresa que tem seu capital constituído, de modo majoritário, por uma outra empresa que tem o consulente como sócio controlador, tendo em vista que o art. 1º e § 1º da lei 5.709/71 determinam:

“Art. 1º - O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei.

§ 1º - Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior”.

O regulamento da Lei n. 5.709, de 07 de outubro de 1971, o Decreto acima mencionado, exige, ainda, que a empresa, quando constituída em forma de sociedade anônima, adote, obrigatoriamente, a forma de ações nominativas quando explorarem loteamento rural, áreas rurais ou sejam proprietárias de imóveis rurais não-vinculados a suas atividades estatutárias.

A escritura pública e o ato do seu registro no livro próprio só podem ser consumados após o deferimento do pedido formulado ao Ministério da Agricultura ou outro órgão competente, conforme determina o art. 14 do já tantas vezes citado decreto regulamentador da Lei n. 5.709, de 07 de outubro de 1971. Na referida escritura pública deverá constar, obrigatoriamente, a aprovação do projeto agrícola e/ou pecuário; os documentos comprobatórios da constituição da empresa e da licença para seu funcionamento no Brasil, neste caso quando a empresa for estrangeira; a autorização do Presidente da República, nas situações previstas no § 3º do artigo 5º, do regulamento, que não é a situação da empresa do consulente; a comprovação, em sendo a empresa uma sociedade anônima brasileira, de adoção de forma nominativa de suas ações.

A aprovação dos projetos só tem validade por 30 dias, prazo no qual deverá ser lavrada a escritura pública, fazendo-se a transcrição na Circunscrição Imobiliária, no prazo de 15 dias, sob pena de nulidade de pleno direito do negócio jurídico celebrado, conforme dispõe o art. 19 do normativo já referido:

“Art. 19: É nula de pleno direito a aquisição de imóvel rural que viole as prescrições legais: o Tabelião que lavrar a escritura e o oficial de registro que a transcrever responderão civilmente pelos danos que causarem aos contratantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal por prevaricação ou falsidade ideológica; o alienante ficará obrigado a restituir ao adquirente o preço do imóvel, ou as quantias recebidas a este título, como parte do pagamento”.

A nulidade de pleno direito reconhecida pela lei produz, além do efeito de desconstituição do negócio jurídico celebrado, o de fixar a responsabilidade civil do Tabelião que lavrar a escritura e do Oficial de Registro de

Imóveis que a transcrever, por terem cometido grave violação aos preceitos legais revelados. Respondem, ainda, o Tabelião e o Oficial de Registro de Imóveis, no âmbito criminal, pelos delitos de prevaricação ou de falsidade ideológica.

A nulidade de pleno direito da compra e venda do imóvel rural sem obediência aos preceitos legais acima apontados gera, ainda, a obrigação do alienante, no caso, o vendedor, a restituir ao adquirente o preço do imóvel, ou qualquer quantia que a tal título tenha recebido.

Considerando o panorama suso descrito, a doutrina jurídica brasileira tem afirmado que “As pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóveis rurais destinados à implantação de projetos agrícolas, pecuários industriais ou de colonização, vinculados a seus objetivos estatutários, onde tais projetos devem ser aprovados pelo Ministério da Agricultura, ouvido o órgão federal competente de desenvolvimento regional na respectiva área, e, caso se trate de projeto de caráter industrial será ouvido o Ministério da Indústria e Comércio . Quanto ao limite de área, a pessoa jurídica estrangeira só poderá adquirir imóveis rurais cuja soma não ultrapasse 1/4 (um quarto) da superfície do município onde se situe, ou, caso se trata de pessoas jurídicas da mesma nacionalidade, não podem ser proprietárias de mais de 40% (quarenta por cento) do limite de 1/4 (um quarto) da superfície em cada município (11 Art. 5º, §§ 1º e 2º do Decreto n. 74.965/74). Cuidando-se de adquirente de imóvel rural a pessoa jurídica estrangeira, a escritura conterà a transcrição do ato que lhe concedeu a autorização para a aquisição da área, dos documentos comprobatórios de sua constituição e da licença para seu funcionamento no Brasil. Aplica-se tais requisitos inclusive nos casos de fusão ou incorporação de empresa, de alteração do controle acionário da sociedade, ou transferência de pessoa jurídica nacional para pessoa jurídica estrangeira”.

As conclusões que estamos a anunciar decorrem do nosso entendimento de que o § 1º do art. 1º da Lei n. 5.709, de 1971, não saiu do nosso ordenamento jurídico em face da Constituição Federal, especialmente quando o imóvel rural é adquirido por pessoa jurídica estrangeira. Filiamo-nos, so-

² “Aquisição e uso de imóvel rural por estrangeiro”, de Marcos Roberto Haddad Camolesi - Notário e Registrador do Segundo Ofício Extrajudicial de Nova Xavantina- MT Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade de Cuiabá. Pós-graduando em Direito Notarial e Registral pelo Instituto Brasileiro de Estudos-IBEST. Foi advogado em Cuiabá-MT, no período de 2.000 até 2.004. Artigo publicado no site: www.boletimjuridico.com.br, acessado em 10 de junho de 2009.

bre o assunto, à corrente doutrinária que foi analisada por Marcos Roberto Haddad Camolesi (Notário e Registrador do Segundo Ofício Extrajudicial de Nova Xavantina- MT Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade de Cuiabá. Pós-graduando em Direito Notarial e Registral pelo Instituto Brasileiro de Estudos-IBEST. Foi advogado em Cuiabá-MT, no período de 2.000 até 2.004) em artigo³ sobre o tema, quando escreveu:

“10 REVOGAÇÃO OU NÃO DO §1º DO ART. 1º DA LEI Nº 5.709/71, SEGUNDO O PARECER GQ-181 E A CORRENTE DOUTRINÁRIA. REEXAME DO PARECER N. AGU/LA- 04/94. O Parecer nº AGU/LA-01/97 da Advocacia Geral da União diz respeito sobre a revogação do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709/71, em face da Constituição Federal Brasileira de 1988. Tal parágrafo da citada lei fala da aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica brasileira da qual participem pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas. Diz o § 1º desse art. 1º da Lei nº 5.709/71, verbis: “Art. 1º.
 § 1º. Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior.” No reexame do parecer nº AGU/LA-04/94, Processo nº 21400.001082/93-02, assim ficou redigido a Ementa do Parecer nº GQ-181, verbis: EMENTA: 1. A conclusão do Parecer nº AGU/LA-04/94, relativa à revogação do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, permanece inalterada, apesar da revogação do art. 171 da Constituição de 1988.

De acordo com o parecer o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, conflita com o conceito exarado no inciso I do art. 171 da Constituição Federal, não tendo sido recepcionado, assim como não vislumbrou guarida para a sobrevivência daquele dispositivo legal no art. 190 da Constituição. Tal entendimento encontrou respaldo de parte da doutrina pátria, com nomes consagrados como José Cretella Júnior, Celso Ribeiro Bastos, Estevão Mallet, entre outros. Ainda segundo o parecer, a Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, em seu art. 3º, revogou o art. 171 da Constituição, sendo que essa revogação não tem o condão de repriminar a norma que se entendera revogada. Desse modo, continua revogado o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709/71, permanecendo inalterada a conclusão do referido parecer nº AGU/LA-04/94. Parece que essa linha de raciocínio é a mais correta.

³ In: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1866>

Por outro lado, há corrente doutrinária que entende que, como o art. 190 da Constituição Federal não foi revogado pela EC nº 6/95, a qual revogou somente o art. 171 do mesmo diploma legal, continua guarnecendo a Lei nº 5.709/71, não podendo falar em recepção ou repristinação. Darcy Wal-mor Zibetti, ao comentar o Parecer GQ-181, assim se manifestou, verbis: 'E, como o art. 171 da CF/88 não foi revogado pela EC nº: 6/95 (que revogou o art. 171 da CF/88), o qual mantém seu manto protetor constitucional sobre a Lei nº 5.709/71, (que define sociedade estrangeira no seu §1º do art. 1º), não há o que se falar do instituto da recepção e do instituto da repristinação, invocados de forma equivocada pelo douto parecerista da AGU. O equívoco reside nos pressupostos e fundamentos teleológicos, utilizados pelo douto parecerista, na exegese da mens legis, e mens legislatoris da Lei nº 5.709/71, do §1º do art. 1º, conjugado com os arts. 171 (revogado, 190 e 5º da CF/88).'

Conclui tal corrente doutrinária que também deve ser observado o princípio da livre concorrência de mercado e o princípio da soberania do Estado, no caso o Brasil.

Face à legislação vigente no Brasil, constata-se que somente o estrangeiro com permanência regularizada poderá adquirir imóvel rural, não falando a mesma se trata de estrangeiro em caráter permanente ou provisório. Justifica-se tal legislação a defesa da integridade do território nacional, a segurança do Estado.

Verifica-se como requisitos para livre aquisição de imóvel por pessoa física estrangeira que o imóvel a ser adquirido tenha área menor que três MEI; e que o adquirente não tenha outro imóvel rural no Brasil; que o adquirente tenha compromissado a compra, por escritura pública ou instrumento particular registrado no Registro de Imóveis e cadastrado em seu nome, no Incra, até 10 de março de 1969; que o adquirente tenha filho brasileiro ou seja casado com pessoa brasileira, sob o regime de comunhão universal de bens. Como requisito para aquisição de imóvel maior que três e menor que cinquenta MEI, ou de um segundo imóvel por pessoa física estrangeira será obrigatória a autorização do Incra. Que no caso de imóvel rural maior que cinquenta MEI, por pessoa física estrangeira, ou quando os limites de percentagens pertencentes a estrangeiro, no município forem ultrapassados, mister se faz a autorização dada pelo Presidente da República por decreto, obviamente, ouvidos os órgãos competentes, como o Conselho de Defesa Nacional. No arrendamento rural por estrangeiro serão observados os requisitos e limitações impostas pela Lei nº 5.709/71.

Na escritura relativa à aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira constará, obrigatoriamente, o documento de identidade do adquirente, prova de sua residência no território nacional e, quando for o caso, a autorização do INCRA.

Na aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica estrangeira dependerá sempre de autorização do Ministro da Agricultura, mesmo para imóveis com área inferior a três módulos de exploração indefinida. A escritura conterá a transcrição do ato que lhe concedeu na autorização para a aquisição da área rural, dos documentos comprobatórios de sua constituição e da licença para seu funcionamento no Brasil, constando a aprovação pelo Ministério da Agricultura e a autorização do Presidente da República, nos casos previstos no Decreto 74.965/74.

A mesma seriedade dos requisitos de aquisição e uso de imóvel rural por estrangeiro deve ser observado pelo tabelião que lavrar a escritura e o oficial que a transcrever, respondendo civil e criminalmente pelos danos que causarem.

Quanto aos cidadãos portugueses que adquiriram a igualdade de direitos e obrigações civis, podem adquirir livremente imóvel rural, salvo se localizado na faixa de fronteira, onde não só o português, mas todos os estrangeiros devem estar autorizados pelo Conselho de Defesa Nacional.

No que se refere à manutenção da revogação do §1º do art. 1º da Lei nº 5.709/71, mesmo face à revogação do art. 171 da Constituição de 1988, destaca-se a divergência da doutrina pátria e o Parecer AGU/LA- 04/94, cujo reexame pelo parecerista da Advocacia Geral da União manteve o entendimento de tal revogação, não ripristinando a norma que se entendera derogada pela não recepção”.

Entendemos, conclusivamente, que, em princípio, aplicando-se e interpretando-se restritivamente o art. Art. 15 (A aquisição de imóvel rural, que viole as prescrições desta Lei, é nula de pleno direito. O tabelião que lavrar a escritura e o oficial de registro que a transcrever responderão civilmente pelos danos que causarem aos contratantes, sem prejuízo da responsabilidade restituir ao adquirente o preço do imóvel) da Lei n. 5.709, de 1971, apresenta-se como nulo de pleno direito o negócio jurídico de compra e venda do imóvel rural que violar qualquer regra essencial do mencionado dispositivo legal.

Registramos, contudo, que o posicionamento acima mencionado não é pacífico. Existe corrente doutrinária apoiando entendimento de natureza administrativa entendendo que o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, con-

flita com o conceito exarado no inciso I do art. 171 da Constituição Federal, não tendo sido recepcionado, conforme, aliás, a tanto fizemos referência.

Acrescentamos que, a favor de não ter sido recepcionado o § 1º do art. 1º da Lei n. 5.709, de 1971, temos os pronunciamentos doutrinários a seguir citados na íntegra, bem como parecer da Advocacia Geral da União. Passamos a registrá-los de modo integral, começando pelo parecer referido:

“PROCESSO: Nº 21400.001082/93-02

ORIGEM: Ministério da Agricultura e da Abastecimento

ASSUNTO: Reexame do Parecer nº AGU/LA-04/94, diante da revogação da art. 171 da Constituição da 1988.

Parecer nº GQ – 181

Adoto, para os fins da art. 41 da Lei Complementar nº 73, da 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/LA-01/97, da 17 de março de 1997, da lavra da Consultor da União, da. LUIZ ALBERTO da SILVA, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE da REPÚBLICA, para os efeitos da art. 40 da referida Lei Complementar.

Brasília, 17 de dezembro de 1998. GERALDO MAGELA da CRUZ QUINTÃO.

Advogado-Geral da União.

PARECER N. AGU/LA-01/97 (Anexo ao Parecer GQ-181)
PROCESSO N. 21400.001082/93-02.

ASSUNTO: Reexame da Parecer nº AGU/LA-04/94, diante da revogação da art. 171 da Constituição da 1988.

EMENTA: 1. A conclusão da Parecer nº AGU/LA-04/94, relativa à revogação da § 1º da art. 1º da Lei nº 5.709, da 7 de outubro de 1971, permanece inalterada, apesar da revogação da art. 171 da Constituição da 1988.

2. Possibilidade da legislação infraconstitucional futura, em razão da fundamentos relevantes, impor limitações ao capital estrangeiro em determinados casos.

PARECER

I .RELATÓRIO

1. Em janeiro da 1994, o Ex.mo Sr. Ministro da Estado da Agricultura, da Abastecimento e da Reforma Agrária, Interino, solicitou, ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, a audiência da Advocacia-Geral da União sobre a questão referente à recepção, pela Constituição Federal da 1988, da § 1º da art. 1º da Lei nº 5.709, da 7 de outubro da 1971.

2. Essa solicitação foi acolhida, e, em atenção a ela, proferi o Parecer nº AGU/LA-04/94, de 7 do junho da 1994, que foi adotado pelo Parecer nº GQ-22, da Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, e aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

3. O Parecer nº AGU/LA-04/94, no entanto, não foi publicado, não havendo, assim, adquirido força normativa para toda a Administração Federal, conforme previsto no § 1º da art. 40 da Lei Complementar nº 73, da 10 de fevereiro da 1993, obrigando, apenas, as repartições interessadas naquele processo, a teor da § 2º da art. 40 da mesma Lei Complementar.

4. Anote-se, por relevante, que o citado Parecer foi proferido no bojo do processo no qual encontrava-se reproduzido, mais da uma vez, o aludido § 1º da art. 1º da Lei nº 5.709/71. Em razão disso, não foi ele transcrito no Parecer. No entanto, desvinculado, agora, daquele processo, e para que se tome conhecimento da seu texto, impõe-se transcrevê-lo.

5. A mencionada Lei nº 5.709/71, como informa sua ementa, visou regular a aquisição do imóvel rural por estrangeiro residente no País ou pessoa jurídica estrangeiro autorizada a funcionar no Brasil e dar outras providências. No caput da art. 1º, estabeleceu que essas pessoas somente poderiam adquirir imóvel rural na forma prevista na lei. E o discutido § 1º desse art. 1º ficou assim redigido, verbis:

“Art. 1º

§ 1º. Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria da seu capital social e residam ou tenham sede no exterior.”

6. O Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, recentemente, por despacho datado da 21 de janeiro da 1997, determinou, com funda-

mento no art. 4º, inciso X, da referida Lei Complementar nº 73/93, o reexame da mencionado Parecer, à luz da revogação da art. 171 da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 6, da 1995.

7. Desse modo, antes da passar-se ao reexame determinado, impõe-se transcrever, na íntegra, o citado Parecer, uma vez que, como já se disse, não foi ele publicado.

II - PARECER Nº AGU/LA-04/94

8. O Parecer em questão é da seguinte teor:

“PARECER Nº AGU/LA-04/94 (Anexo ao Parecer GQ-22) PROCESSO Nº 21.400.001082/93-02 (com Processo nº 21.460.000440/91, apenso).

ASSUNTO: aquisição ou arrendamento da propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeiro.

EMENTA: aquisição, por empresa brasileira da capital estrangeiro, da controle acionário da empresa com as mesmas características. Não recepção, pela Constituição da 1988, da § 1º da art. 1º da Lei nº 5.709, da 1971. Desnecessidade, no caso, da autorização da Congresso Nacional, por inaplicável o § 2º da art. 23 da Lei nº 8.629, da 1993.

I- RELATÓRIO - O Exmo. Sr. Ministro da Estado da Agricultura, da Abastecimento e da Reforma Agrária, Interino, encaminhou ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República a Exposição da Motivos nº 019, da 19 de janeiro da 1994, solicitando a audiência da Advocacia-Geral da União sobre a questão referente à recepção, pela Constituição da 1988, da § 1º da art. 1º da Lei nº 5.709, da 7 de outubro da 1971.

2. O Ex.mo Sr. Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República, da ordem, submeteu o assunto à apreciação deste órgão.

3. Na realidade, trata-se da solicitar a manifestação da V. Ex.^{aa}, como órgão da cúpula da Advocacia-Geral da União, e não desta instituição, uma vez que já foi ouvida a Consultoria Jurídica da referido Ministério, órgão esse que integra a Advocacia-Geral da União, nos termos da Lei Complementar nº 73, da 10 de fevereiro da 1993.

4. A mencionada Lei Complementar estabelece que o Advogado-Geral da União constitui órgão da direção superior da AGU (art. 2º, inciso I, alínea a) e que as Consultorias Jurídicas dos Minis-

térios são órgãos da execução (art. 2º, inciso II, alínea b). No art. 11, a lei estabelece que compete às Consultorias Jurídicas “fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa da Advogado-geral da União (art. 11, inciso III). Finalmente, o art. 42 estabelece: “Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro da Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.”

5. Desse modo, caso houvesse o ilustre titular da Pasta da Agricultura, da Abastecimento e da Reforma Agrária aprovado a Manifestação Conclusiva/CJ/MAARA - Nº 16/94 (fls. 191 a 197 do processo), nada haveria a ser examinado, pois a citada manifestação teria efeito vinculativo na área.

6. No entanto, o ilustre titular daquela Pasta, tendo em vista a existência dos pronunciamentos divergentes dentro do processo, entendeu ser conveniente ouvir-se a cúpula da Advocacia-Geral da União, havendo, como se viu, encaminhado Exposição de Motivos ao Chefe do Poder Executivo, para aqui despachada, da ordem. Desse modo, impõe-se o exame da questão, o que farei a seguir.

II. OS PRONUNCIAMENTOS CONSTANTES do PROCESSO

7. Encontram-se, nos mencionados processos, vários pronunciamentos, a maior parte dos órgãos jurídicos. Assim, no Processo nº 21.460.000440/91, anotam-se os seguintes:

- a) Informação DTF-1/Nº 035/93, da 17/06/93 (fls. 129/130);
- b) Informação PRJ/Nº 71/93, da 22/07/93 (fls. 132/133);
- c) OF/Nº 453/P, da 18/08/93 (fls. 136);
- d) Parecer CAS/CJ Nº 645/93 (MAARA), da 25/10/93 (fls. 138/140);
- e) Parecer da Ministro Aldir Passarinho, da 24/09/93 (fls. 143/162).

8. No Processo nº 21.400.001028/93-02, encontram-se as seguintes manifestações:

- a) Parecer/CJ N° 646/93, da ilustre Coordenador da CAS/CJ - MAARA, da 30/12/93 (fls. 171/188);
- b) Manifestação Conclusiva/CJ/MAARA - N° 16/94, da 21/03/94 (fls. 191/197);
- c) Parecer/CAS/CJ/N° 584/93 - MAARA, da 22/11/93 (fls. 164/170);
- d) Parecer da Ministro Aldir Passarinho, da 15/04/94 (fls. 207/213).

9. Em todos os pronunciamentos referidos nos itens 7 e 8, exceto na Manifestação Conclusiva/CJ/MAARA- N° 16/94 e nos dois Pareceres da Ministro Aldir Passarinho, conclui-se que foi recepcionado, pela Constituição da 1988, o § 1º da art. 1º da Lei n° 5.709, da 7 de outubro da 1971, que sujeita ao regime dessa lei a pessoa jurídica brasileira controlada por pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas residentes ou com sede no exterior, aplicando-se a essas pessoas, em consequência, o disposto no art. 23 da Lei n° 8.629, da 25 de fevereiro da 1993, inclusive seu § 2º, razão por que a operação postulada nos processos depende da autorização da Congresso Nacional.

10. Em sentido contrário, ou seja, da que o citado dispositivo da lei n° 5.709, da 1971, não foi recepcionado pela Constituição da 1988, são os pronunciamentos da Consultor Jurídico da Ministério da Agricultura, da Abastecimento e da Reforma Agrária (Manifestação Conclusiva/CJ/MAARA - N° 16/94) e os dois Pareceres da Ministro Aldir Passarinho.

III - ANÁLISE da QUESTÃO

11. Entendo que estão corretos os pronunciamentos no sentido da que o § 1º da art. 1º da Lei n° 5.709, da 1971, não foi recepcionado pela Constituição da 1988, e isso pelas razões que passo a expor.

12. Antes do advento da Constituição da 1988, o conceito da empresa brasileira ou da sociedade nacional estava inserido em normas infraconstitucionais. Assim, o Decreto-lei n° 2.627, da 26 de setembro da 1940, no art. 60, mantido pelo art. 300 da Lei n° 6.404, da 15 de dezembro da 1976, estabelece:

“Art. 60. São nacionais as sociedades organizadas na conformidade da lei brasileira e que têm no País a sede da sua administração.”

13. Sempre se entendeu que o conceito da sociedade estrangeiro era fornecido por exclusão, ou seja, sociedade estrangeiro era aquela que não preenchia os requisitos legais da empresa brasileira. por outro lado, a lei poderia, em determinados casos, exigir que todos os acionistas ou certo número deles fossem brasileiros, por expressa referência da parágrafo único do mesmo art. 60.

14. Além disso, tendo em vista a inexistência da qualquer norma de nível constitucional que dispusesse sobre o assunto, era admissível que norma jurídica da mesma hierarquia pudesse alterar o conceito legal antes referido, da maneira geral ou parcial, isto é, apenas para determinados efeitos. Assim, havendo a Lei nº 5.709, da 1971, sido editada sob a égide da Constituição da 69, que nada dispunha sobre conceito da empresa brasileira ou sociedade nacional, parece-me que nada se poderia opor, àquela época, à validade da § 1º da art. 1º da Lei nº 5.709/71, que, em última análise, para os efeitos dessa lei, equiparava a pessoa jurídica brasileira, com participação majoritária da estrangeiro, pessoas físicas ou jurídicas, à empresa estrangeiro.

15. Observe-se, inclusive, que a Constituição da 69, no § 34 da art. 153, no que se refere à aquisição da propriedade rural, deixou ampla margem da atuação ao legislador infraconstitucional, como se observa, verbis:

“Art. 153.

§ 34. A lei disporá sobre a aquisição da propriedade rural por brasileiro e estrangeiro residente no País, assim como por pessoa natural ou jurídica, estabelecendo condições, restrições, limitações e demais exigências, para a defesa da integridade da território, a segurança do Estado e a justa distribuição da propriedade.”

16. Com a promulgação da Constituição da 1988, porém, a situação alterou-se profundamente. A própria Constituição, no art. 171, estabeleceu o conceito da empresa brasileira (inciso I) e da empresa brasileira da capital nacional (inciso II). No primeiro caso - empresa brasileira - manteve, em linhas gerais, o conceito da art. 60 da Decreto-lei 2.627, da 1940, com pequenas alterações. No segundo caso - empresa brasileira da capital nacional - adotou, também em linhas gerais, o conceito da empresa nacional constante da art. 12 da Lei nº 7.232, da 29 de outubro da 1984 (antiga Lei da Informática).

17. O conceito da empresa estrangeiro continuou a ser fornecido por exclusão, ou seja, empresa estrangeiro será aquela que não preencher os requisitos da empresa brasileira.

18. Estabelecido, na própria Constituição, o conceito da empresa brasileira, qualquer restrição às empresas que preencham os requisitos nela referidos somente poderão existir nos casos expressamente previstos na mesma Constituição. Da análise da art. 171 da Constituição resulta a convicção de que ela não deixou margem ao legislador infraconstitucional para estabelecer restrições à empresa brasileira. O que se verifica, dos §§ 1º e 2º da mesmo artigo, é que se estabelecem vantagens para a empresa brasileira da capital nacional, sem qualquer referência, porém, a restrições à empresa brasileira.

19. Por outro lado, o art. 190 da Constituição da 1988 estabelece: “Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento da propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeiro e estabelecerá os casos que dependerão da autorização da Congresso Nacional.”

20. Verifica-se, de plano, que o que cabe à lei é regular e limitar a aquisição da propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeiro. Parece-me indubitoso, também, que os casos que dependerão da autorização da Congresso Nacional, a serem estabelecidas por lei, dizem respeito àquelas mesmas pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras, e não a quaisquer outros casos. A análise comparativa entre o § 34 da art. 153 da Constituição da 69, já transcrito, e o art. 190 da atual Constituição demonstra, à saciedade, que o último é significativamente restrito em relação ao primeiro.

21. Dentro desse enfoque, parece-me indiscutível que o § 1º da art. 1º da Lei nº 5.709, da 1971, conflita com o conceito exarado no inciso I da art. 171 da Constituição Federal, não tendo sido recepcionado. Não vejo, igualmente, guarida para a sobrevivência daquele dispositivo legal no art. 190 da Constituição. Em consequência, o art. 23 da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro da 1993, inclusive seu § 2º, não tem aplicação a sociedades que não sejam estrangeiras, como as empresas brasileiras controladas por pessoas jurídicas estrangeiras.

22. O entendimento aqui manifestado encontra respaldo na doutrina pátria. A propósito, tive ocasião de examinar os seguintes doutrinadores, alguns dos quais se encontram entre nossos maiores constitucionalistas modernos:

- a) WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA. Comentários à Constituição da 1988, v. 2º, 1ª ed., São Paulo, Julex Livros Ltda, 1989: art. 171 - p. 962/966; art. 190 - v. 3º, p. 1.015.
- b) JOSÉ CRETELLA JÚNIOR. Comentários à Constituição Brasileira da 1988, v. VIII, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1993: art. 171 - p. 3990/3998; art. 190 - p. 4.281.
- c) VICENTE CARLOS LÚCIO. Constituição Federal Comentada, 1ª ed., São Paulo, Ed. Jalovi Ltda., 1990: art. 171 - p. 201/202.
- d) JOSÉ AFONSO da SILVA. Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991: art. 171 - p. 668/671; art. 190 - p. 691.
- e) CELSO RIBEIRO BASTOS. Comentários à Constituição da Brasil, 7º v., São Paulo, Saraiva, 1990: art. 171 - p. 40/51; art. 190 - p. 333/335.
- f) ESTEVÃO MALLET. Aquisição de imóvel rural por empresa nacional de capital estrangeiro. Revista da Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 14, nº 52, ABRIL/JUNHO/1990: ambos os artigos - p. 113/114.

23. Dos autores pesquisados, a que me referi no item anterior, JOSÉ AFONSO da SILVA e WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA não abordam o problema da recepção, aqui analisado. VICENTE CARLOS LÚCIO nada diz quanto ao art. 190. No entanto, quanto ao art. 171, afirma, peremptoriamente, que é vedado, ao legislador ordinário, estabelecer condições ou requisitos adicionais aos postos na Constituição (obra citada, p. 202). JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ao comentar o art. 171, afirma: “Pode o capital ser estrangeiro, desde que presentes os três pressupostos enumerados. Lei infraconstitucional de nenhuma espécie poderá exigir mais do que a regra jurídica constitucional estabeleceu. Lei, nesse sentido, é inconstitucional” (Obra citada, p. 3991). Ao comentar o art. 190, o mesmo autor refere-se à Lei nº 5.709/71, afirmando haver divergência quanto à sua recepção, no todo ou em parte, mas não firma posição sobre a controvérsia. Já CELSO RIBEIRO BASTOS, que mais se deteve sobre o assunto, ao comentar o art. 190 conclui pela não recepção do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709/71 (Obra citada, p. 334). No mesmo sentido é a manifestação categórica da ESTEVÃO MALLET (Obra e locais citados).

24. Antes de passar à conclusão, observo que no Parecer/CJ N° 646/93, citado no item 8 deste, são levantadas dúvidas sobre determinados aspectos formais do processo, referentes à procuração outorgada, à alteração contratual celebrada antes do contrato original estar registrado, à não participação das pessoas jurídicas estrangeiras no contrato original, à designação do sócio retirante como procurador dos novos sócios (item II, alíneas aa

- e) Na Manifestação Conclusiva/CJ/MAARA-N° 16/94, citada no mesmo item 8 deste, há também referência aos mencionados aspectos formais. No entanto, em nenhum desses pronunciamentos faz-se a demonstração clara da existência de ilegalidades, capazes de viciar o processo. Diante dessa não demonstração, não caberia a este órgão opinar, primariamente, sobre as possíveis irregularidades, que são tratadas, pelos pareceristas, mais como procedimentos estranháveis que ilegais. De qualquer sorte, parecem-me satisfatórios os esclarecimentos constantes do segundo Parecer da eminente Ministro Aldir Passarinho (referido no item 8 deste), quando trata da questão, no item I - Questões Preliminares. De fato, não vejo, nos casos mencionados, irregularidades capazes de viciar o processo, razão por que entendo caber, apenas, o exame do mérito, como aqui se fez.

IV – CONCLUSÃO

25. À vista do exposto, verifica-se que a doutrina pesquisada está acorde com a posição por mim manifestada. Parece-me que a interpretação conjunta dos arts. 171 e 190 da Constituição leva, seguramente, à conclusão de que o § 1º do art. 1º da Lei n° 5.709, de 1971, não foi recepcionado pela Carta Magna, por colidir frontalmente com ela. Por outro lado, o art. 23 da Lei n° 8.629, de 1993, não socorre interpretação em sentido contrário. De fato, a referência desse dispositivo legal à Lei n° 5.709, de 1971, só pode ser entendida em relação aos dispositivos desta última que tenham sido recepcionados pela Constituição da 1988, o que não é o caso do § 1º do art. 1º. Entendimento contrário levaria à inconstitucionalidade da última lei. Observe-se, ainda, que o art. 190 da Constituição, que a Lei, entre outras normas constitucionais, visou regular, não ampara, como se viu, a tese. É de concluir-se, portanto, que não cabe autorização do Congresso Nacional no caso da aquisição ou arrendamento da propriedade rural por empresa brasileira, controlada por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras. Encerro esta análise, por pertinentes com as palavras da ESTEVÃO MALLET: “Sendo assim, pode-se afirmar, com segurança, não existir, desde

a promulgação do vigente texto constitucional, qualquer impedimento à aquisição de imóvel rural por empresa brasileira de capital estrangeiro. Se a conveniência dessa situação pode ser politicamente questionada, não há como negá-la, em face do direito positivo atual.”

À consideração superior.

Brasília, 7 de junho de 1994.”

III - REEXAME do PARECER Nº AGU/LA-04/94, À LUZ da REVOGAÇÃO , PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 06, de 1995, da ART. 171 da CONSTITUIÇÃO FEDERAL

9. Passa-se, agora, ao reexame determinado pelo Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, no sentido de verificar se a revogação do art. 171 da Constituição, efetivada pelo art. 2º da Emenda Constitucional nº 06, de 1995, altera as conclusões do Parecer nº AGU/LA-04/94, antes transcrito.

10. Nesse Parecer, entendi que o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 7/10/71, conflitava com o conceito exarado no inciso I do art. 171 da Constituição Federal, não tendo, em consequência, sido recepcionado, não sendo, igualmente, guardada para a sobrevivência daquele dispositivo legal no art. 190 da Constituição. «Em consequência», disse então, «o art. 23 da Lei nº 8.629, de 25/2/93, inclusive seu § 2º, não tem aplicação a sociedades que não sejam estrangeiras, como as empresas brasileiras controladas por pessoas jurídicas estrangeiras”(item 21 do Parecer).

11. A teoria da recepção, como se sabe, significa, em síntese, que as normas anteriores à vigência de uma nova ordem constitucional, quando não conflitam materialmente com a nova Constituição, são por esta recepcionadas, passando a ter seu fundamento na nova ordem. Ao contrário, quando as normas anteriores conflitam materialmente com a nova Constituição, as normas são tidas como revogadas.

12. Ora, como entendi, no referido Parecer, que o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709/71 conflitava com o inciso I do art. 171 da Constituição de 1988, a conclusão inafastável é que o citado dispositivo foi revogado.

13. A Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, em seu art. 3º, revogou o art. 171 da Constituição. Essa revogação, pura e simples, qualquer que seja a interpretação que se dá, para outros fins, ao dispositivo constitucional, não tem o condão de repristinar a norma que se entendera revogada. Desse modo, continua revogado o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709/71, permanecendo inalterada a conclusão do referido Parecer nº AGU/LA-04/94.

14. O que caberá discutir, em razão da mencionada revogação, é se lei futura poderá dispor sobre o assunto, estabelecendo limitações ao capital estrangeiro.

15. Em 20 de novembro de 1995, foi publicado, no Diário Oficial da União, o Parecer CONJUR nº 231/95, da Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia, aprovado pelo ilustre titular dessa Pasta .

16. Nesse Parecer, no inciso V, fazem-se considerações sobre as implicações decorrentes da revogação do art. 171 da Constituição. Após longa análise da matéria, esclarece que a mens legis da EC 6/95 é permitir o tratamento igualitário dos capitais, independentemente da sua origem. Em prol dessa afirmação, transcreve-se trecho da E.M. nº 37/95, que deu origem à citada Emenda Constitucional. Observe-se que tal entendimento foi encampado pelo Parecer PGFN/CAT/Nº 1615/96, publicado no D.O.U. de 10/10/96.

17. Da leitura da argumentação expendida no citado inciso V do Parecer em questão, poderia parecer, à primeira vista, que seria impossível que lei ordinária, posterior à EC nº 6/95, pudesse estabelecer restrições à aplicação do capital estrangeiro em qualquer atividade a ser desenvolvida no País. Não parece correto tal entendimento, porém.

18. Seria ele correto se o Congresso houvesse acatado a proposta da Executivo, como informa o Parecer, dando nova redação ao caput do art. 171 da Constituição, no sentido de considerar “empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede e administração no País”. Aí, sim, mantida a conceituação em nível constitucional, seria duvidosa a possibilidade de a legislação ordinária criar restrições em função da origem do capital.

19. No entanto, o Congresso optou pela revogação, pura e simples, do art. 171, desconstitucionalizando o conceito de empresa brasileira.

20. Observe-se que a Constituição da 1988, apesar da revogação do aludido art. 171, trata da questão relativa a participação dos estrangeiros ou do capital estrangeiro em vários dispositivos, ora de maneira específica, ora genérica, ora absoluta, ora dependente da legislação infraconstitucional.

21. Assim, por exemplo, no caput do art. 222, torna privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos a propriedade da empresa jornalística e da radiodifusão sonora e de sons e imagens. E, no § 1º do mesmo art. 222, ressalta que a participação da sociedade, no capital dessas empresas, só é permitida se o capital da sociedade participante delas pertencer exclusiva e nominalmente a brasileiros.

22. Também no § 3º do art. 199 da Constituição é vedada a participação direta ou indireta das empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. Aqui, deixa-se ao legislador ordinário campo para atenuar a proibição.

23. Além disso, o art. 192 da Constituição, relativo ao sistema financeiro nacional, prevê a regulação deste, por lei complementar, que disporá, entre vários assuntos, sobre as condições da participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente, os interesses nacionais e os acordos internacionais (art. 192, inciso III).

24. Dir-se-á que, fora desses casos especificamente referidos na Constituição, não é permitido o estabelecimento de restrições à participação estrangeira no País, sob pretexto algum. Assim não parece, porém. Entendo que a matéria relativa ao tratamento a ser dado ao capital estrangeiro encontra-se, também, de maneira genérica, referida no art. 172 da Constituição, que estabelece:

“Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos estrangeiros, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.”

25. Enquanto vigente o art. 171 da Constituição, quando foi proferido o Parecer ora reexaminado, pareceu-me que ele limitava o alcance do transcrito art. 172, razão por que a este não fiz referência. Revogado, porém, o art. 171, entendo que o art. 172 adquiriu maior amplitude, capaz de fundamentar o entendimento que se exporá.

26. Está em vigor, no País, a Lei nº 4.131, da 3 de setembro de 1962, que “disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências”. Seus arts. 1º e 2º são importantes para se verificar o alcance das suas regras. Transcrevo-os:

“Art. 1º Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas, desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

Art. 2º Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.”(Grifei).

27. Observa-se, pelo enunciado do art. 1º, que a conceituação de capital estrangeiro não está vinculada à nacionalidade de seu proprietário, mas sim ao fato de esse proprietário ser residente ou domiciliado no exterior, ou ter sede no exterior. Assim, é capital nacional o capital de estrangeiro residente no Brasil, cumprindo-se o mandamento do caput da art. 5º da Constituição, que igualiza os brasileiros e os estrangeiros residentes no País, para efeito da gozo dos direitos individuais.

28. Por outro lado, os capitais dos brasileiros, residentes ou domiciliados no exterior, são capitais estrangeiros.

29. Quanto ao art. 2º, parece-me claro que a regra da igualdade aí estabelecida diz respeito a capitais que se investirem, segundo a legislação, e a vedação a discriminações não previstas na lei refere-se a normas infra legais, uma vez que o legislador ordinário não pode opor restrições ao poder de legislar do legislador ordinário futuro.

30. Assim, parece evidente que a EC nº 6/95 não constitui empecilho a que o legislador ordinário limite, no futuro, a aplicação do capital estrangeiro em determinadas atividades reputadas estratégicas para o País, com fundamento na soberania, na independência ou no interesse nacionais, estabelecendo, por exemplo, que em determinada atividade o capital estrangeiro fique limitado a determinado percentual do capital social ou do capital com direi-

to a voto, ou que se submeta a determinadas exigências, ressalvados, quando cabível, casos de reciprocidade nos países da origem.

31. Tal limitação, acentue-se, encontra respaldo no transcrito art. 172 da Constituição, quando se refere ao interesse nacional, nos mesmos moldes do já citado art. 192, bem como nos arts. 1º (inciso I), 4º (inciso I) e 170 (inciso I), todos da Constituição da 1988, quando se referem, respectivamente, a soberania, independência nacional e soberania nacional.

32. Não parece, realmente, admissível que a simples revogação da art. 171 da Constituição possa ser interpretada como impedimento para que o legislador ordinário, presentes razões ligadas à soberania, à independência e ao interesse nacionais, estabeleça, em determinados casos, limitações à aplicação do capital estrangeiro no País. O engessamento, antes criado pela Constituição, ao definir empresa brasileira e empresa brasileira do capital nacional, era, de fato, inconveniente. Assim, a desconstitucionalização da matéria atende aos interesses nacionais. Mas esse atendimento encontra-se fundamentado, justamente, na possibilidade da atuação do legislador ordinário, o que, de resto, é prática reconhecida nos países civilizados.

33. Esclareça-se, finalmente, que o exposto nos itens 18 a 32 deste Parecer diz respeito, exclusivamente, à possibilidade de, em certos casos, a legislação ordinária estabelecer limitações à aplicação do capital estrangeiro no País. No entanto, o exame da conveniência e da oportunidade do estabelecimento dessas limitações cabe aos Poderes Legislativo e Executivo, tendo presentes razões de natureza política.

É o parecer, salvo melhor juízo .

Brasília, 17 de março de 1997.

LUIZ ALBERTO da SILVA

Consultor da União

PARECER: GQ - 181

NOTA: A respeito deste parecer o Excelentíssimo Senhor Presidente da República exarou o seguinte despacho: "Aprovo. Em 17.XII.98". Publicado na íntegra no Diário Oficial da 22 de janeiro de 1999, p.7-10.

No mesmo sentido do parecer, temos a doutrinação seguinte:

“05/11/2008

A EMPRESA BRASILEIRA DE CAPITAL ESTRANGEIRO E OS IMÓVEIS RURAIS, POR MARCELO TERRA.

O aquecido mercado imobiliário brasileiro pôs à baila um assunto que havia deixado de ser tratado, há certo tempo, pelos corredores políticos de Brasília, qual seja: o controle à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros. A preocupação do poder público brasileiro, fundada na necessidade de garantir a soberania nacional, é subsidiada pelo cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) que manifesta a existência de 5,5 milhões de hectares adquiridos por estrangeiros.

Segundo sucessivas notícias veiculadas pela imprensa, a atenção política se volta para as situações em que a pessoa jurídica adquirente se caracteriza como empresa constituída sob as leis brasileiras, aqui se localizando sua sede, mas seu controle está em nome de pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras.

O § 1º, do art. 1º, da Lei Federal nº. 5.709/71, regulamentada pelo Decreto Federal nº. 74.965/74, condicionava à prévia autorização administrativa as aquisições de imóveis rurais por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras ou pessoas jurídicas brasileiras, da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, que detenham a maioria de seu capital social e residam ou que tenham sede no exterior.

Exatamente há vinte anos (1988), a ordem constitucional brasileira se alterou. O art. 190 de nossa Constituição rege que “A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional”.

A lei regulamentadora e limitadora de tais direitos por pessoa física ou jurídica estrangeira é, sem dúvida, a já citada Lei Federal n.º 5.709/71 e, também, a Lei Federal n.º. 6.634/79, ambas recepcionadas (no geral) pela Constituição.

Em sua redação original, o art. 171, da Constituição Federal, distinguia a empresa brasileira (a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País – inciso I), da empresa brasileira de capital nacional (aquela cujo controle efetivo

esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades – inciso II). Entretanto, tal distinção normativa está, hoje, revogada pela Emenda Constitucional n.º 6/95. Agora, temos empresas brasileiras e empresas não-brasileiras, sem distinção quanto à origem dos respectivos capitais e o domicílio e nacionalidade de seus controladores. A nova ordem constitucional gerou duas possibilidades de interpretação da legislação infraconstitucional, a saber: a) – primeiramente, a manutenção da constitucionalidade da distinção, neste ou naquele caso, entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional; b) – em segundo lugar, a inconstitucionalidade de qualquer diferenciação prevista em legislação – anterior ou posterior.

Em 17 de dezembro de 1998, a Advocacia – Geral da União (Parecer GQ-181/98. Publicado no DOU, edição de 22 de janeiro de 1999) ratificou entendimento previamente exarado (Parecer LA-04/94), concluindo assim: a) – o § 1.º, do art. 1.º, da Lei Federal n.º 5.709/71, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988; b) – o art. 190, da Constituição Federal de 1988, não dá guarida a referido § 1.º, do art. 1.º, da Lei Federal n.º 5.709/71; c) – em consequência, o art. 23, da Lei Federal n.º 8.629/93, inclusive seu § 2.º, não tem aplicação a sociedades que não sejam estrangeiras, como as empresas brasileiras controladas por pessoas jurídicas estrangeiras; d) – a revogação do art. 171, pela Emenda Constitucional n.º 06/95, não tem o condão de ripristinar (revigorar) a norma que se entendera revogada (§ 1.º, do art. 1.º, da Lei Federal n.º 5.709/71); e) – mas, não há qualquer impedimento constitucional a que uma nova lei infraconstitucional faça a distinção, para fins de aquisição ou arrendamento de imóvel rural, entre empresa nacional ou empresa nacional de capital estrangeiro.

O vigente entendimento da AGU influenciou, inclusive, a edição de decisões ou de atos normativos pelas Corregedorias Gerais da Justiça de alguns Estados (São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul), orientadores da possibilidade de lavratura e de registro de escrituras de aquisição de imóveis rurais por empresa brasileira, sem necessidade de indagação quanto à origem de seu capital e à nacionalidade de seus controladores.

Esse é o quadro jurídico vigente. Sua alteração, mediante nova interpretação e emissão de um outro Parecer da AGU, em sentido

contrário àquele de 1999, conforme fartamente espalhado pela mídia nacional, gerará uma indesejada segurança jurídica, uma absolutamente não conveniente alteração de marcos regulatórios em momento econômico de suma importância para o Brasil comprovar a seus cidadãos e ao mundo ser um porto seguro para os investimentos, uma alternativa de prosperidade e de atração de capitais produtivos. (In: http://www.dgcgt.com.br/web/ler_noticia_imprimir.asp?id=5688&tipo=6&idioma=1).

Idem o artigo seguinte:

“AQUISIÇÃO DE IMÓVEL RURAL POR EMPRESA ESTRANGEIRA

Autoria: Maria Fernanda Pecora Gedeon , Gustavo Morel Leite e Flavia Bailoni Marcílio. Publicado: 3.05.2004

A aquisição de imóvel rural por empresa estrangeira está prevista na Lei nº 5.709/71, regulamentada pelo Decreto nº 74.965/74. De acordo com esta legislação, somente os imóveis rurais destinados à implantação de projetos agrícolas, pecuários, industriais, ou de colonização, devidamente aprovados pelo Ministério da Agricultura ou Ministério da Indústria e do Comércio, conforme o caso, e desde que vinculados aos objetivos sociais da empresa, poderão ser adquiridos por empresas brasileiras de capital estrangeiro.

Para os imóveis situados em áreas consideradas indispensáveis à segurança nacional, tais como as regiões fronteiriças, a aquisição por empresas brasileiras de capital estrangeiro também dependerá de aprovação prévia do Ministério da Defesa.

Ainda nos termos da lei mencionada acima, o limite territorial das áreas rurais adquiridas por empresa de capital estrangeiro não poderá ultrapassar a um quarto da superfície dos Municípios onde se situem, salvo as áreas que não atinjam 3 (três) módulos rurais.

Aquisições além desse limite poderão ser autorizadas pelo Presidente da República, quando se tratar de imóvel rural vinculado a projetos julgados prioritários em face dos planos de desenvolvimento do País. No conceito de empresa estrangeira, a Lei nº 5.709/71 incluía a empresa brasileira na qual participassem pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras que detivessem a maioria do capital social ou que residissem ou estivessem sediadas no exterior.

Vale lembrar que o contexto histórico em que esta legislação foi criada remonta à época do regime militar, período em que a no-

ção de soberania e proteção do território nacional levava a extremos as restrições ao estrangeiro que procurasse investir no País.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, tal previsão não foi recepcionada. O artigo 171 da própria Constituição estabeleceu o conceito de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, revogando o conceito jurídico de empresa estrangeira previsto pela Lei nº 5.709/71, ou seja, empresas brasileiras constituídas com capital estrangeiro.

Movidos por um interesse em tratar de maneira isonômica as empresas brasileiras, quer seja de capital estrangeiro ou nacional, em 15 de agosto de 1995, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 6, que revogou o artigo 171 da Constituição Federal, suprimindo o conceito de empresa brasileira. Vale ressaltar que o tratamento jurídico dispensado ao capital estrangeiro deve corresponder ao tratamento dado ao capital nacional, sendo vedadas quaisquer discriminações nesse sentido.

Assim, segundo parecer da Advocacia Geral da União, vinculante aos órgãos da administração pública, somente as empresas estrangeiras que não tenham sede e administração no Brasil estariam sujeitas às restrições previstas pela Lei 5.709/71.

Desta forma, procura-se garantir que o investidor estrangeiro possa, dentro dos limites estabelecidos na Lei, por meio de empresas brasileiras adquirir imóvel rural no território brasileiro para consecução de seu objeto social. (http://www.veirano.com.br/veirano/portals/_default/Skins/veirano/pop_up_artigo.html

8/7/2009) “

Por fim, anotamos que o INCRA, em seu site, responde a um questionamento a respeito de quais são os requisitos para aquisição de imóvel rural por estrangeiros no Brasil. Eis o seu teor:

“Quais os requisitos para aquisição de imóvel rural por estrangeiros no Brasil?

Estar o imóvel rural cadastrado no Sistema Nacional de Cadastro Rural (SNCR);

Ter residência permanente no País e ser possuidor de carteira de identidade de estrangeiro, quando se tratar de pessoa física;

Possuir autorização para funcionar no País, quando se tratar de pessoa jurídica

Vedação de aquisição por estrangeiros em percentual superior a 70% da área destinada às colonizações particulares;

Requerer ao Incra autorização para a aquisição de imóvel rural quando a área for:

- a) Igual ou inferior a três Módulos de Exploração Indefinida (MEI), objeto de segunda aquisição;
- b) Superior a 20 (vinte) MEI, com o projeto de exploração agrícola, pecuário, florestal, industrial ou de colonização, vinculados aos seus objetivos contratuais, devidamente aprovado pelo Incra.

§ 1.º - As aquisições de área superior a 100 (cem) MEI para pessoa jurídica e 50 (cinquenta) MEI para pessoa física dependerão de autorização do Congresso Nacional.

§ 2.º - Se o pretendente a aquisição do imóvel rural for de nacionalidade portuguesa com certificado de reciprocidade nos termos do § 1º do art. 12 da Constituição Federal, de 1988 e inciso 5º do art. 14, do Decreto nº 70.436, de 18 de abril de 1972 não será necessário solicitar a autorização ao Incra.

A relação dos documentos a serem apresentados no ato do requerimento de autorização para aquisição de imóvel rural por estrangeiro encontra-se disponível na fiscalização cadastral da Divisão de Ordenamento da Estrutura Fundiária das Superintendências Regionais.

A RESPONSABILIDADE SOCIAL E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA

MARCELA M^a FURST SIGNORI PRADO¹

Resumo: A sociedade em geral possui uma visão restrita do que é o Princípio da Fraternidade, reconhecendo apenas como algo filosófico, porém, este princípio tem a sua importância dentro do contexto jurídico. E o Direito de Família, ramo do Direito Civil, trata das relações familiares e abrange a proteção dos seus envolvidos. Sendo o primeiro contato com o social, de uma pessoa, começa dentro da sua família, surge a preocupação com a sua proteção.

Palavras-chave: Fraternidade. Sociedade. Família. Proteção. Evolução.

INTRODUÇÃO

No período pós Segunda Guerra Mundial, em 1945, onde milhares de pessoas foram mortas, mutiladas, e desrespeitadas nos mais básicos dos seus direitos, com países devastados, criou-se a Organização das Nações Unidas – ONU², uma organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente com intuito de encontrar uma forma de manter os países ao redor do mundo, em paz.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos³, - elaborada por representantes de diversas regiões do mundo preocupadas com a violação dos os direitos das pessoas—aprovada na ONU, trouxe o entendimento da Fraternidade, como uma regra em face da necessidade de se efetivar os Direitos Humanos e não apenas como um referencial de boa conduta:

¹ Advogada especialista em Direito de Família. Membro do IADF. Presidente da Comissão de Direito de Família da Subseção de Taguatinga/DF. Vice-Presidente da Comissão do Advogado de Família do IBDFAM/DF.

² <https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>

³ <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>

“Artigo I: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

No Brasil, a Constituição Federal⁴, de 1988, também incluiu a importância do Princípio da Fraternidade no seu preâmbulo (grifos meus):

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

DESENVOLVIMENTO

A sociedade em geral possui uma visão restrita do que é o Princípio da Fraternidade, reconhecendo apenas como algo filosófico, com sentido de bondade.

Porém, este princípio tem a sua importância dentro do contexto jurídico e na efetivação dos Direitos Fundamentais, tendo como objetivo o reconhecimento à igualdade entre todos, de forma que a pessoa entenda sua participação em comunidade e no meio social.

E, o primeiro contato com o social, de uma pessoa, começa e se desenvolve dentro da sua família, sendo de extrema importância que ali ele aprenda a conviver com os demais da sociedade.

Na acima citada Declaração Universal dos Direitos Humanos, demonstra-se a preocupação com a proteção da família, como um direito humano essencial e fundamental para sociedade, como verifica-se no artigo XVI, item 3:

“A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

A legislação brasileira se preocupa com a proteção das famílias. Como base, em nossa Constituição Federal assim dispõe:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

O Direito de Família, ramo do Direito Civil, trata das relações familiares e abrange a proteção dos seus envolvidos, ou seja, idoso, mulher, pessoa com deficiência, criança e adolescente, envolvendo legislações extravagantes correlatas. Sendo que, a multidisciplinaridade se torna automática, em que pese o Direito Penal com a violência doméstica, o Direito Sistêmico com técnicas de mediação, conciliação e métodos alternativos de resolução de conflitos.

Uma grande preocupação, por exemplo, é com a primeira infância, que pela Lei nº 13.257/2016, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 anos completos de vida da criança, período em que o indivíduo desenvolve sua personalidade.

A Lei nº 13.257/2016 prevê a formulação e implementação de políticas públicas voltadas para estas crianças que estão na primeira infância, trazendo preocupações como o direito à saúde, nutrição, educação infantil, maior convivência com os pais, após o seu nascimento, ampliando as possibilidades das licenças maternidade e paternidade, prioridade para prisão domiciliar das gestantes e que possuem filhos menores de 12 anos, trazendo proteções contra toda forma de violência e de pressão consumista, protegendo o direito daquela mãe que queira dar o seu filho para adoção sem constrangimento, dentre outros.

Temos, ainda, legislações que visam o combate à violência doméstica e familiar, o abandono afetivo - quando há a indiferença afetiva em relação ao filho, ainda que não exista abandono material, às vezes o genitor paga apenas a pensão alimentícia mas não convive com o filho -, e a alienação parental - considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância -. Temas importantes e que merecem enfrentamento pois suas consequências são comprovadamente graves para as crianças e adolescentes que vivem tais situações e podem ter consequências sérias no seu comportamento social.

Em nossa Constituição Federal, há inúmeros direitos e deveres individuais e coletivos instituídos, especialmente elencados no artigo 5º. Pre-

ocupando-se com a igualdade e peculiaridade de cada, promovendo a isonomia e dando tratamento diferenciado aos desiguais que precisam de condições diferentes para que possam concorrer de forma igual com os demais que não possuem barreiras pessoais, como as pessoas com deficiências, por exemplo.

Aplicando o sentido da responsabilidade social e princípio da fraternidade no âmbito familiar temos o desenvolvimento do princípio da solidariedade, de forma explícita, como por exemplo: o pagamento a título de pensão alimentícia:

O Código Civil assim disciplina:

“Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.”

“Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.”

“Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.”

Como define Rodrigo Pereira da Cunha⁵:

“Mais que moral, a solidariedade transforma-se em dever ético de relações humanizadoras. Por outro lado, obrigação solidária, em sentido técnico-jurídico, significa pluralidade de sujeitos ativos e passivos de uma obrigação, para que se possa cumprir por inteiro ou fracionada, por uma ou mais pessoas.

Pode-se dizer que, o Direito de Família foi o ramo do Direito que mais evoluiu nos últimos anos, a partir das mudanças sociais, que trouxeram mudanças legislativas, visando homologar, proteger e respaldar, direitos e garantias não descritos nas normas, advindos da mudança dos comportamentos da sociedade. Havendo então, uma materialização ao direito e às normas, do que já existia de fato na sociedade.

⁵ Pereira, Rodrigo da Cunha. Dicionário de Direito de Família e Sucessões. 2ª Edição. Editora Saraiva Jur. Pág. 643.

Segundo Hans Kelsen:⁶

“Quando dizemos que uma sociedade determinada é constituída através de uma ordem normativa que regula a conduta recíproca de uma pluralidade de indivíduos, devemos ter consciência de que ordem e sociedade não são coisas diferentes uma da outra, mas uma e a mesma coisa, de que a sociedade não consiste senão nesta ordem e de que, quando a sociedade é designada como comunidade, a ordem que regula a conduta recíproca dos indivíduos é, no essencial, o que há de comum entre esses indivíduos.”

São vários os exemplos, dentro do Direito de Família:

- I) O divórcio direito: A EC 66/10 suprimiu o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 anos, além de retirar a discussão pela culpa da separação por parte de um dos cônjuges, podendo ser realizado inclusive em Cartório, tornando-se um direito potestativo com fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. É inimaginável alguém ter que ficar casado com alguém que não ama mais, ou alguém que não mais respeita você, ou até mesmo com alguém que age de forma violenta contra você.
- II) Instituição do “poder familiar”: O Código Civil de 2002 trouxe a utilização do termo “poder familiar” no lugar de “pátrio poder”, como era utilizado, no Código Civil de 1916. Os direitos e deveres competem aos pais em relação aos filhos menores de 18 anos, em igualdade de condições. A expressão “pátrio poder” remetia apenas ao homem, marido, pai. Baseando-se, aqui, em momento histórico e cultural em que as mulheres antigamente não tinham direitos ao voto, ao trabalho, à tomada de decisões, não eram dotadas de capacidade civil, inclusive. Ao logo dos anos, a luta pela igualdade de gênero, na sociedade, é longa e vem ganhando cada vez mais força, passando-se a valorizar cada vez mais o papel da mulher dentro e fora da família.

Tanto o divórcio como a alteração da expressão do poder familiar, tratam-se de mudanças que deram mais poderes, participação e visibilidade, de fato para as mulheres, que antes viviam em situação de estarem às

⁶ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. Editora Martins Fontes. Pág. 96/97.

sombras de seus maridos, em que as tomadas de decisões eram apenas feitas pelo homem da casa.

III) Reconhecimento e direitos iguais aos filhos tidos fora do casamento:

Trazendo aqui novamente o contexto histórico cultural do machismo e da desigualdade de gênero, havia nas famílias, a figura da esposa e a figura da amante e, havendo um filho de um homem casado com sua amante, o filho era chamado de bastardo.

No dicionário, temos, para palavra bastardo, a significação de: designativo do filho que nasceu fora do matrimônio; adúltero; que degenerou de sua origem ou natureza⁷.

Sendo que, na época dos grandes Senhores de Engenho, grandes Fazendeiros, estes filhos, por exemplo, não podiam frequentar a casa principal, não podiam se misturar aos irmãos (filhos frutos do casamento), sendo tratados de maneira discriminatória, muitas vezes não tendo o seu reconhecimento formal e deixando assim de ter direitos, como no âmbito sucessório.

O artigo 227 da Constituição Federal, em seu § 6º assim disciplina:

“Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Não podendo haver discriminação ou distinção entre os filhos.

IV) Guarda compartilhada: No Código Civil de 1.916, e a Lei do Divórcio de 1.977, que estabelecia a influência da culpa no divórcio para fixação da guarda, então os filhos menores ficariam com o cônjuge que não tivesse dado causa à dissolução conjugal. No Código Civil de 2002, as regras para guarda tinham como base os artigos 1.583 e 1.584, que dizia que no caso de dissolução do vínculo conjugal com mutuo consentimento, observava-se o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos; e no caso de separação e divórcio sem acordo entre as partes, a guarda dos filhos era atribuída a quem revelasse ter melhores condições para exercê-la.

⁷ <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=V8mz>

Anteriormente, a guarda materna era quase que natural, e os pais ficavam apenas com o direito de visitas. Contudo, homens que procuram ser mais presentes na vida de seus filhos têm lutado incansavelmente para que lhes seja conferida a guarda deles.

Em 2008, veio a Lei nº 11.698, que alterava aqueles artigos do Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada, mas dizia que a guarda compartilhada seria instituída “sempre que possível”. Mas foi em 2014 que veio a Lei da Guarda Compartilhada, Lei nº 13.058, tornando-se obrigatória a guarda compartilhada, mesmo quando não houver acordo entre os pais, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar.

A proposta do instituto da guarda compartilhada é manter os laços de afetividade, buscando abrandar os efeitos que a separação pode acarretar nos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função e responsabilidades de ambos os pais, para que não haja uma quebra repentina de convívio entre pais e filhos.

- V) Paternidade socioafetiva e a multiparentalidade: Traz a legitimação da paternidade/maternidade do padrasto ou madrasta que ama, cria e cuida de seu enteado (a) como se seu filho fosse, enquanto que ao mesmo tempo o enteado (a) o ama e o (a) tem como pai/mãe, sem que para isso, se desconsidere o pai ou mãe biológicos. Assim, há a inclusão no registro de nascimento do pai ou mãe socioafetivo permanecendo o nome de ambos os pais biológicos.
- VI) Adoção unilateral e a adoção por pessoas homoafetivas: Antigamente apenas pessoas casadas, podiam adotar, agora também podem as pessoas solteira e em união estável. Também, os homoafetivos não podiam adotar, havia e ainda há muito preconceito, mas a situação vai mudando, até porque o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, não faz nenhuma menção de que a orientação sexual deva ser um fator a ser considerado no processo de adoção, e a possibilidade de casais do mesmo sexo poder adotar uma criança. Além disso, os direitos das crianças e dos adolescentes de serem postos em uma família substituta em vez de não terem nenhuma expectativa de vida futura, são priorizados, como o melhor interesse do menor, em ter uma família.

Como leciona Rolf Madaleno, sobre a diversidade familiar, em seu livro de Direito de Família⁸:

“A nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade.

Não é admissível preordenar espécies estanques de unidade familiar e destiná-las como emissárias únicas de proteção estatal, quando a sociedade claramente acolhe outros dignificantes modelos de núcleo familiares e demonstra que aquelas previamente taxadas não espelham todo o alicerce social da família brasileira.”

Colaciono aqui, jurisprudência, com grifos meus, que trazem lição de vida demonstrando a função social do judiciário:

Direito civil. Família. Adoção de menores por casal homossexual. Situação já consolidada. Estabilidade da família. Presença de fortes vínculos afetivos entre os menores e a requerente. Imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores. Relatório da assistente social favorável ao pedido. Reais vantagens para os adotandos. Artigos 1º da lei 12.010/09 e 43 do estatuto da criança e do adolescente. Deferimento da medida. 1. A questão diz respeito à possibilidade de adoção de crianças por parte de requerente que vive em união homoafetiva com companheira que antes já adotara os mesmos filhos, circunstância a particularizar o caso em julgamento. 2. Em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo as culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. 3. O artigo 1º da Lei 12.010/09 prevê a “garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes”. Por sua vez, o artigo 43 do ECA estabelece que “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda

⁸ Madaleno, Rolf. Direito de Família. 8ª Edição. Editora Forense. Págs. 6/7.

a vida de qualquer indivíduo. 5. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. 6. Os diversos e respeitadíssimos estudos especializados sobre o tema, fundados em fortes bases científicas (realizados na Universidade de Virgínia, na Universidade de Valência, na Academia Americana de Pediatria), “não indicam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga a seus cuidadores.” 7. Existência de consistente relatório social elaborado por assistente social favorável ao pedido da requerente, ante a constatação da estabilidade da família. Acórdão que se posiciona a favor do pedido, bem como parecer do Ministério Público Federal pelo acolhimento da tese autoral. 8. É incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade o aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento. 9. Se os estudos científicos não sinalizam qualquer prejuízo de qualquer natureza para as crianças, se elas vêm sendo criadas com amor e se cabe ao Estado, ao mesmo tempo, assegurar seus direitos, o deferimento da adoção é medida que se impõe. 10. O Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade fenomênica. Vale dizer, no plano da “realidade”, são ambas, a requerente e sua companheira, responsáveis pela criação e educação dos dois infantes, de modo que a elas, solidariamente, compete a responsabilidade. 11. Não se pode olvidar que se trata de situação fática consolidada, pois as crianças já chamam as duas mulheres de mães e são cuidadas por ambas como filhos. Existe dupla maternidade desde o nascimento das crianças, e não houve qualquer prejuízo em suas criações. 12. Com o deferimento da adoção, fica preservado o direito de convívio dos filhos com a requerente no caso de separação ou falecimento de sua companheira. Asseguram-se os direitos relativos a alimentos e sucessão, viabilizando-se, ainda, a inclusão dos adotandos em convênios de saúde da requerente e no ensino básico e superior, por ela ser professora universitária. 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua

intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. (STJ, RESP N° 889.852, Relator: Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, 27/04/2010).

- VII) O casamento entre pessoas homoafetivas: Primeiramente, o Supremo Tribunal Federal – julgou, em 2011, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n° 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n° 132⁹, reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo.

Relacionamentos sempre existentes não podem ter seus direitos suprimidos e haver insegurança, por não trazerem normatização jurídica ou mesmo por argumentações preconceituosas, muitas vezes com cunho religioso e histórico-cultural.

Como falado acima, há inúmeras formas de amar, formas de constituir família, e todas devem ter proteção do Estado.

- VIII) Equiparação entre união estável e casamento: A Constituição Federal concede a mesma e igual proteção à família, independentemente da sua formatação: se por meio do casamento ou da união estável.

Em 2017, o STF concluiu julgamento que discutia a equiparação entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios, inclusive em uniões homoafetivas, dos Recursos Extraordinários n° 646721 e n° 878694¹⁰, ambos com repercussão geral reconhecida, declarando, assim, inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelecia diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens:

“Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

⁹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>

¹⁰ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

Em seu voto, o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, argumentou com brilhantismo quando disse que:

“O Código Civil é de 2002, mas ele chegou atrasado relativamente às questões de família”. Quando o Código Civil desequiparou o casamento e as uniões estáveis, promoveu um retrocesso e promoveu uma hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite.”

Uma vez que, ao longo dos anos, a estrutura familiar passou e passa por grandes modificações, sofrendo, assim, alterações em sua composição e no seu tratamento jurídico. O direito sempre acompanha e acompanhará o desenvolvimento constante da sociedade e, por isso, é intrínseco a sua existência ser dinâmico.

CONCLUSÃO

O Princípio da Fraternidade se relaciona à solidariedade, onde se faz necessário a cooperação de todos para que possam igualmente ter uma vida digna.

A solidariedade, no Direito de Família, implica respeito e consideração mútuos em relação aos membros da entidade familiar, não sendo apenas patrimonial, mas também afetiva e emocional.

Sendo, portanto, a dignidade da pessoa humana, o valor mais procurado por toda a sociedade. E havendo uma aproximação entre o Estado e a sociedade, o indivíduo terá condições adequadas para o seu desenvolvimento enquanto cidadão, e este, engajado com a mudança social. Sendo o Direito, um instrumento fundamental para propiciar relações mais adequadas entre os seres humanos.

REFERÊNCIAS:

Direito de Família. Rolf Madaleno. 8ª Edição. Editora Forense.

Dicionário de Direito de Família e Sucessões. Rodrigo da Cunha Pereira. 2ª Edição. Editora Saraiva Jur.

Teoria Pura do Direito. Hans Kelsen. Editora Martins Fontes.

A LEI DO SEGURO SOB A ANÁLISE DA PRINCIPIOLOGIA LEGISLATIVA

VOLTAIRE MARENSI¹

1. INTRODUÇÃO

“A lei do seguro sob a análise da *principiologia legislativa*”, objeto deste ensaio, guarda sintonia com o que doutrinou o **Professor Humberto Ávila**, em sua primorosa obra “Teoria dos Princípios”, quando, em sede de Considerações Introdutórias, enfatiza:

“É até mesmo plausível afirmar que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico”. E, ato contínuo, arremata: “Trata-se, em especial e paradoxalmente, da efetividade de elementos chamados fundamentais - os princípios jurídicos”²

Em verdade, estes princípios jurídicos também se esgarçam em regras comportamentais de grande valia para balizar o legislador na busca de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, insertos no art. 3º, inciso I, da CF de 88, objetivando “construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação: quando ocorre essa situação, a norma tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (**Dworkin**). Quando duas regras colidem, fala-se “em conflito”; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral. De sua vez, os princípios são mais amplos. Seu espectro é muito mais elástico que o das regras.³ Cuida-se, aqui, digo eu, de uma interpretação mais teleológica.

¹ Advogado e Professor

² Obra citada, 16ª edição, Malheiros Editores, 2015, pág. 43.

³ Âmbito Jurídico.com.br. O seu portal jurídico na Internet. princípios e regras:diferenças.

No contrato de seguro, adverte “**Maurício Gravina**”, afirmam-se princípios gerais constitucionais como a livre iniciativa, legalidade, propriedade privada, livre concorrência e defesa do consumidor; princípios de direito civil e comercial, especialmente no campo das obrigações; assim como atuam princípios específicos do Direito dos Seguros, com aplicação direcionada a esse microsistema.”⁴

Antônio Menezes Cordeiro, festejado jurista português, doutrina em sua obra sobre o tema que “o direito dos seguros sistematiza as normas e os princípios conexionsados com os contratos de seguro. E em paralelo, a mesma expressão designa a correspondente disciplina jurídica, nas vertentes teórica e prática.”⁵

Dessarte, princípios jurídicos securitários como o da anterioridade do risco, do interesse, da indenização em razão do sinistro, do pagamento do prêmio, assim como comportamentos estribados na boa-fé dos contratantes, notadamente do segurado, *de lege lata*, previsto a partir do art. 765 do Código Civil de 2002, entre outros, estão permeados em toda a estrutura jurídica da legislação de seguros.

2. OS ELEMENTOS DO CONTRATO DE SEGURO

(a) As Partes e os Terceiros.

“O contrato de seguro é celebrado entre o segurador e o tomador do seguro, relativamente a um certo risco. Esse risco pode reportar-se à esfera do próprio tomador ou à de outra pessoa. Tal eventualidade obriga a isolar outro figurante: o segurado.”⁶

O **PLC nº 29/2017** - antigo **PL 3.555/2004** -, que tramita, atualmente, no Senado da República, sob a relatoria do senador Armando Monteiro, sistematiza com normas mais precisas os princípios jurídicos do contrato de seguro, ao tratar com mais requinte o que está disciplinado no atual artigo 757 do Código Civil, quando, em redação paralela, insere no artigo 6º do aludido projeto, dispõe:

⁴ Princípios Jurídicos do Contrato de Seguro, 2ª edição, 2018, pág. 24.

⁵ Direito dos Seguros, 2016, 2ª edição, pág. 33.

⁶ Antônio Menezes Cordeiro, ob. citada, págs. 530/531.

“**Art. 6º.** Pelo contrato de seguro, a seguradora se obriga, mediante o pagamento do prêmio equivalente, a garantir interesse legítimo do segurado ou do beneficiário contra riscos predeterminados.

Parágrafo único. As partes, os beneficiários e os intervenientes devem conduzir-se segundo os princípios de probidade e boa-fé, desde os atos pré-contratuais até a fase pós contratual”.

E, no artigo subsequente deste PLC, vale dizer, 7º, está dito, *verbis*:

“Só podem pactuar contratos de seguros sociedades que se encontram devidamente autorizadas na forma da lei e que tenham elaborado e aprovado as condições contratuais e as respectivas notas técnicas e atuariais perante o órgão supervisor e fiscalizador de seguros”.

Aliás, tal redação lembra o que se encontrava expresso no parágrafo primeiro do artigo 20 do Código Civil de 1916, hoje, mais enxuto na previsão legal do parágrafo único do art. 757 do CC de 2002.

(b) Do Interesse.

Assim, também, a figura jurídica, *rectius*, o princípio do interesse está melhor explicitado no PLC nº 29/2017, a saber:

“**Art. 10.** A eficácia do contrato de seguro depende da existência de interesse legítimo.

§ 1º. A superveniência de interesse legítimo torna eficaz o contrato desde então.

§ 2º. Se for parcial o interesse legítimo, a ineficácia não atingirá a parte útil.

§ 3º. Se for impossível a existência do interesse o contrato será nulo”.

É preciso que se faça, aqui, à guisa de diletantismo, um pequeno registro daquilo que nos ensinou mestre Pontes de Miranda ao tratar da dicotomia entre os planos da existência, validade e eficácia dos Atos Jurídicos em sua monumental obra Tratado de Direito Privado, posteriormente exposta, a meu sentir, em nova roupagem desenvolvida por Miguel Reale em

sua conhecida Teoria Tridimensional, quando tratou de abordar o Direito sob três aspectos básicos e primordiais, ou seja, (i) o aspecto fático, (ii) o axiológico e (iii) o normativo.

(c) O Risco.

Secundado em renomados autores estrangeiros, “**Gravina**” aduz que o “risco é um elemento causal do contrato de seguro. Está na gênese deste contrato, ao lado do interesse, legitimidade e demais circunstâncias necessárias à contratação”.⁷

Ele, risco, está neste particular melhor explicitado nos artigos 14 a 20 do PLC nº 29/2017.

Ao azo, externei meu posicionamento ao tratar “do risco” em ensinamentos hauridos do mestre espanhol **Garrigues**, ao registrar “*que a seguradora não responde propriamente pelo risco em si causado pelo segurado, a não ser nos casos de responsabilidade civil, no qual ela, seguradora, obriga-se a reembolsar as despesas que seu segurado, por ato culposo, tenha lesado terceiro*”.⁸

3. DEMAIS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DO CONTRATO DE SEGURO

A relação do contrato de seguro envolve outros princípios jurídicos, que se acham imbricados aos acima expostos, tais como “**o prêmio**”, “**indenização securitária**” e “**boa-fé**”.

Sem todos eles juntos, o contrato de seguro não se sustenta.

De acordo com **Pontes de Miranda**, jurista do século passado, o “**prêmio** é a prestação do contraente que quer o seguro. O segurador assume o risco; para que isso ocorra, o contraente promete prestar ou presta desde logo o prêmio. O étimo parece mostrar que o sentido de prêmio, no seguro, é mais próprio, do que o de premiar algum ato já praticado ou obra feita (*praiemiom*).”⁹

⁷ Maurício Gravina, ob citada, pág. 33.

⁸ Voltaire Marensi, O Seguro no Direito Brasileiro, 9ª edição, pág. 23.

⁹ Miranda, Pontes, Tratado de Direito Privado, V. 45, Ed. 1964, p. 311.

O artigo 763 do Código Civil, assim disciplina:

“**Art. 763.** Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.”

À guisa de ilustração, por exemplo, o recebimento «**da indenização securitária**», em ocorrendo o **sinistro** - o termo sinistro - advém do latim *sinister*, que significa o lado esquerdo,¹⁰ o Superior Tribunal de Justiça tem mitigado este princípio através de inúmeras decisões que entendem, que quando o segurado deixa de pagar o prêmio do seguro na época e tempo convenicionado, é imprescindível sua notificação para que se dê o cancelamento da apólice, posto que a simples mora no adimplemento contratual não é causa, em si, de negativa do pagamento da indenização securitária. Neste sentir, o brocardo lançado na obra do Professor de Gênova, **Umberto Pipia**, na parte que trata do risco não se faz mais presente às inteiras o adágio de que *nullo rischio senza premio*, hoje, sem o abrandamento daquela máxima frente a reiterados precedentes da Corte infraconstitucional.¹¹

Dessarte, a mora, no pagamento do prêmio, foi alvitrada no PLC 29/2017 nos artigos 22 e 23.

De outra banda, os princípios da boa-fé e da probidade estão presentes desde a conclusão do contrato, como em sua execução, *ex vi legis*, art 422 do Código Civil.

No seguro ela, boa-fé, é ressaltada a partir do atual art. 765 do nosso diploma substantivo, já que no PLC em comento, “o contrato de seguro deve ser executado e interpretado segundo a boa-fé”.¹²

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, eminente jurista, em obra com outros renomados autores, ao discorrer sobre a Boa- Fé no Direito Brasileiro invocando precedentes do Superior Tribunal de Justiça, adverte: “Por exemplo, o dever de lealdade em:

¹⁰ Menezes Cordeiro, ob citada, pág. 577.

¹¹ Umberto Pipia, Trattato Delle Assicurazioni Terrestri, pág. 226.

¹² Vide art. 62 do PLC nº 29/2017.

...contrato de seguro de vida é renovado ano a ano, por longo período, não pode a seguradora modificar subitamente as condições da avença nem deixar de renová-las em razão do fator de idade, sem que ofenda os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade”.¹³

Gravina diz: “do latim *bonae fidei*. Segundo Moreira Alves, a definição data do direito pós-clássico, relacionada aos contratos tutelados por ação de boa-fé (*iudicium bona fidei*), que conferiam ao juiz um poder de apreciação mais amplo do que nas ações de direito estrito (*iudicium stricti iuris*)”. Recorda o referido jurista securitário que a boa-fé se encontra no Título I das Institutas, do Imperador Justiniano.¹⁴ Aliás, estes adágios encontram-se impregnados em normas de conduta, viver honestamente (*honeste vivere*), não causar dano a outrem (*alterum non laedere*) e dar a cada um o que lhe pertence (*suum cuique tribuere*).

Este princípio está previsto no BGB (Código Civil Alemão) - do ano 1.900, através da cunhada expressão germânica *Treu und Glauben* - insculpida em seu § 242.

4. ALGUNS OUTROS INSTITUTOS JURÍDICOS QUE INTEGRAM O CONTRATO DE SEGURO

O **Seguro de Danos** e o **Seguro de Pessoas**, além do **Seguro de Responsabilidade Civil**, entre outros, aqui não explanados neste tema, mas, que se encontram previstos no **PLC nº 29/2017**, integram a estrutura do contrato de seguro. Aliás, apenas para registrar, a meu juízo, alguns desacertos no sobredito projeto, manifestei em sede doutrinária minha preocupação e inconformidade quanto à figura do litisconsorte em desfavor dos prejudicados no item que cuida “Do Seguro de Responsabilidade Civil”,¹⁵ embora versado *de iure constituto* em um único dispositivo no atual Código Civil, ou seja, no artigo 787. Ao ensejo disse: “ O *caput* do art. 103 é, em sede infraconstitucional, a meu juízo, o que causa maior perplexidade, ou seja, é o *punctum dolens* desta modalidade securitária de vez que ressalta que “os prejudicados poderão exercer seu direito de ação contra a seguradora,

¹³ Direito Civil, Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência, Luis Felipe Salomão e Flávio Tartuce, Atlas, 2017, pág. 194.

¹⁴ Maurício Gravina, *bis in idem*, pág. 65.

¹⁵ Artigo 103 do PLC nº 29/2017.

desde que em **litisconsórcio passivo com o segurado**". (Grifo meu). Pergunta-se: o segurado pode entender que a culpa do evento é de responsabilidade do terceiro e, ato contínuo, promover a ação de cobrança da franquia prevista na apólice de seguro. *Quid Juris?*¹⁶

Ademais, há, talvez, por "um cochilo" dos legisladores desse projeto uma inconstitucionalidade flagrante estampada no § 2º, do artigo 113, quando afirma que "se o segurado for separado, ainda que de fato, caberá ao companheiro a metade do que caberia ao cônjuge".

Tal assertiva foi definida pelo plenário do STF, ao determinar que o artigo 1.790 do Código Civil ao estabelecer diferenciação dos direitos dos cônjuges e companheiros para fins sucessórios é inconstitucional. Acerca do tema, foi fixada a seguinte tese, de autoria do ministro Luís Roberto Barroso: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do CC/02".

5. CONCLUSÃO

Embora o PLC nº 29/2017, que objetiva revogar o contrato de seguro no atual Código Civil além de um único dispositivo que trata da prescrição neste tema, defina melhor certos princípios jurídicos, essa mudança, de resto, deveria, a meu pensar, ser mais abrangente no sentido de albergar, em um diploma novo, regras que abarcassem figuras legais dispersas em um mosaico securitário, hoje, já bastante fragmentado.

Em síntese apertada, a revogação pura e simples do contrato de seguro do Código Civil de 2002, é, como disse em outros comentários sob o tema em pauta, data vênia, por demais parcimoniosa em um sistema legal que, alhures, pretendia - **PL 3.555/2004** e substitutivos - ser bem mais dilargado que, só para se falar em um só texto legal - *verbi gratia* - **Decreto-Lei nº 73**, de 21 de novembro de 1966, que conta atualmente com mais de meio século de existência.

¹⁶ Revista Brasileira de Direito Comercial Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, nº 19, Out/Nov 2017, pág. 86.

Por fim, há de se fazer um registro importante: ventila-se no Congresso Nacional que os resseguradores não estão de acordo com a inclusão pura e simples no projeto em pauta, posto que na relação jurídica formada no resseguro há contratos internacionais que deveriam ser tratados de uma forma mais particular e, sobretudo, com maior casuística pelo fato de envolver esferas jurídicas que extrapolam o ordenamento jurídico interno.

“GUARDA DE QUATEIRÃO” – ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DE LEI 1.179/2020 QUE ESTABELECE O REGIME JURÍDICO EMERGENCIAL E TRANSITÓRIO AOS SÍNDICOS

NATALY EVELIN KONNO ROCHOLL¹

Resumo: a aprovação pela Câmara dos Deputados do Projeto de Lei 1179/20, que criava regras transitórias para as relações jurídicas privadas durante a pandemia de Covid-19, se tivessido sido convertida em lei, duraria até o dia 30 de outubro de 2020 e nesse interstício afetaria contratos vigentes, o direito de família, as relações de consumo e a relação entre condôminos. O projeto em si tinha sido aprovado de forma simbólica pela Casa, no entanto, em razão de um destaque apresentado pelo Partido Novo, houve votação nominal do trecho do texto que delegava ao síndico poderes para restringir o uso de áreas comuns, limitar ou proibir a realização de reuniões, festas e o uso do estacionamento por terceiros, conforme o inciso II, do art. 11 do Substitutivo do PL 1179/2020, com vistas à sua supressão. O destaque do Partido Novo visava uprimir do texto a expressão *inclusive nas áreas de propriedade exclusiva dos condôminos*. Dessa forma, quem votava sim mantinha o texto como estava. Quem votava não, se alinhava ao Partido Novo alterando o projeto original. Apenas seis partidos orientaram-se pelo não. Foram eles: PSL, MDB, Republicanos, PSB, Podemos e o Partido Novo. Já os outros 16 partidos, orientaram-se pelo sim. O quórum de votação foi de 464 parlamentares e o resultado foi o seguinte: 253 sim e 210 não. Aprofundemos a discussão quanto a esse projeto de lei, apelidado de “Guarda de Quarteirão”, analisando isentamente se ecoava ou não como herança dos regimes totalitários. E se o apreço pelos direitos individuais seriam mantidos.

Palavras-chave: Projeto de Lei 1179/20; supressão; direitos individuais.

¹ Advogada, doutoramento e mestrado em Direito, sócia do escritório Paulo Victor Freire Advocacia e Consultoria Jurídica, Árbitra da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – FIEPR, Presidente da Comissão de Direito Internacional do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias, Professora e Tutora da Fundação Getúlio Vargas – FGV.

1. DO PROJETO DE LEI 1.179/2020

O Projeto de Lei 1.179/2020, estabelecia Regime Jurídico Emergencial e Transitório, conferindo ao(s) síndico(s) superpoderes sem que fosse revogada ou alterada qualquer norma por ela afetada, ainda que suspendesse alguns de seus efeitos, portanto, sem eficácia retroativa, conforme descrito no seu artigo 2º.²

Sinteticamente, no Projeto, exorbitavam-se os poderes descritos nos artigos 1.277³, 1.331, §1º e 1.348 inciso V⁵ do Código Civil, pois conferiam ao síndico competências além das previstas nesses dispositivos legais. Dúvida razoável é a que impinge se o síndico poderia responder pessoalmente pela sua omissão ou inércia (arts. 186⁶ e 927⁷, do CC).

Seguindo a ponderação, fica nítida a colisão de direitos fundamentais analisados à luz dessas circunstâncias fáticas. Para logarmos a otimização devemos identificar qual é o mais importante na situação concreta, de modo que a sua importância justifique o não cumprimento do outro.⁸

² Art. 2º A suspensão da aplicação das normas referidas nesta Lei não implica sua revogação ou alteração.

³ Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

⁴ Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

§ 1º As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio. (Redação dada pela Lei nº 12.607, de 2012).

⁵ Art. 1.348. Compete ao síndico:

V - diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores;

⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁷ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁸ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. Revista de Direito privado, São Paulo, nº 24, outubro/dezembro de 2005. pp.338- 339.

O artigo 5º do PL trazia a possibilidade da convocação de assembleia virtual ou, ao menos, da anuência do conselho fiscal, baliza para o síndico fundamentar as suas decisões, como uma espécie de salvaguarda para os seus atos apoiados pelo uso hermenêutico dos Princípios Jurídicos da vida, da saúde e da supremacia dos interesses públicos sobre os particulares, ratificando-as quando as assembleias forem retomadas.⁹

2. DA LEI N.º 13.979/2020 – MEDIDAS PARA ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA

Destaca-se, para melhor compreensão, que em nome do apreço aos direitos fundamentais de terceira geração, voltados para a proteção dos direitos coletivos¹⁰, em meio à calamidade pública causada pelo vírus COVID-19 – denominado CORONAVÍRUS, o governo brasileiro aprovou a Lei nº 13.979/2020, regulamentada pelos Decretos nº 10.282/2020, nº 10.292/2020 e a Portaria Nº 356/2020 do Ministério da Saúde, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública.

À título ilustrativo e para podermos contextualizar a discussão sobre os direitos coletivos temos que por excelência estão voltados para o todo. *Tal qual direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. O primeiro destinatário é o gênero humano mesmo, em um momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.*¹¹

O art. 5º da mencionada Lei previa que: “*toda pessoa colaborará com as autoridades sanitárias na comunicação imediata de: I – possíveis contatos com agentes infecciosos do Coronavírus; e II – circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação pelo Coronavírus.*”

⁹ Art. 5º A assembleia geral, inclusive para os fins do art. 59 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), até 30 de outubro de 2020, poderá ser realizada por meios eletrônicos, independentemente de previsão nos atos constitutivos da pessoa jurídica. Parágrafo único. A manifestação dos participantes poderá ocorrer por qualquer meio eletrônico indicado pelo administrador que assegure a identificação do participante e a segurança do voto e produzirá todos os efeitos legais de uma assinatura presencial.

¹⁰ MARCHI, William Ricardo de Almeida. UMA REFLEXÃO SOBRE A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. [periódico na Internet], disponível em: < <http://inest.org.br/portal/images/stories/revista/juridica/marchi%20w.r.a.pdf>>, acesso em 22 de maio de 2020.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57.

Sem cometer o atropelo na nossa análise, frisa-se que, por intermédio desses comandos legais, o síndico sendo comunicado sobre a suspeita ou a confirmação de casos, deveria agir com cautela, ampliando os cuidados, evitando a exposição dos nomes dos moradores sem deixar de comunicar à Vigilância Epidemiológica para receber as orientações adequadas.

A ausência de adoção dessas medidas de prevenção poderiam ensejar penalidades previstas tanto na convenção ou no regimento interno do condomínio, como na responsabilização civil do síndico (por infringir os deveres descritos no artigo 1.348 do CC), quanto pelos danos, nos moldes dos artigos 186 e 187 do mesmo diploma legal, bem como da previsão dos artigos 132¹² e 268¹³ do Código Penal Brasileiro, pelos quais poderia ser responsabilizado, criminalmente, por expor a vida ou a saúde de outrem e infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa. Para aprofundar esta nossa análise, cabe destacar, pela Lei Maior e pela lei civil, por meio dos artigos supracitados, quem é o síndico e qual é a sua atribuição.

3. ATRIBUIÇÕES, CONCEITOS E COMPETÊNCIAS DO SÍNDICO DE ACORDO COM O NOSSO MARCO LEGAL

O síndico é aquele que desempenha a função de administrador exercendo o seu múnus em conformidade aos interesses comuns dos condôminos e cumprindo os seus deveres impostos pela lei e complementados pela convenção e pelo regimento interno do condomínio. O síndico deve agir com cautela e bom senso, analisando o caso concreto sempre que possível, recomendando-se que as suas decisões busquem garantir a segurança jurídica de todos.¹⁴

¹² Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 1998)

¹³ Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

¹⁴ KOJRANSKI, Nelson. Condomínio Edilício. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p.233.

Ressalte-se o quanto a atuação do síndico, em tempos de isolamento, responsabilidades e poderes, é mais desafiadora neste cenário de COVID-19 e que são inúmeras as dúvidas acerca dos seus poderes e responsabilidades quanto à adequação das regras condominiais às orientações oriundas do Poder Público.

Diante do que a legislação pátria entende por “síndico”, é de conhecimento popular que, no contexto da criminalidade brasileira, e, em especial, no Rio de Janeiro, há a figura da milícia. Trata-se de uma realidade e designa um *modus operandi* de organizações criminosas presentes em comunidades urbanas de baixa renda, como conjuntos habitacionais e favelas. Essas autodefesas comunitárias chegam a cobrar dos moradores a chamada taxa de proteção. Ademais, já existem o toque de recolher e as regras rígidas nas comunidades, sob pena de castigos até violentos em caso de descumprimento, atuando com suas próprias regras e julgamentos. No contexto dos estados do Nordeste, persiste a figura histórica do Coronel, indivíduo dotado de poder local desproporcional e, muitas vezes, à margem e com danosa influência no aparato institucional, do qual se utiliza para a opressão política e social de populações em estado de miséria ou de severa necessidade econômica e de falta de apoio estatal.

Cabe sublinhar que a pandemia já é sopesada tanto pelos operadores do Direito, quanto pelos juízes, porém, caberia ao síndico, neste contexto, estabelecer as novas regras de convivência para que as atividades condominiais se adaptem à realidade vigente, sendo de extrema importância que se conscientize aos moradores sobre a obediência das normas públicas que tratam da pandemia.

Temos diametralmente a defesa da tolerância e, mais tarde, os argumentos legais utilizados na defesa da liberdade perante as novas imposições e a interferência do Estado.¹⁵

Partundo dessas premissas temos o cotejo com o que prevê o “direito achado na rua”, que parte de uma concepção teórica da chamada Nova Escola Jurídica Brasileira, desenvolvida a partir das ideias de Roberto Lyra Filho. Pensa-se o Direito derivado da ação dos movimentos sociais, a partir de uma perspectiva que entende o direito como uma “legítima organização social da liberdade”.¹⁶

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 74.

¹⁶ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 14ª reimp. da 17ª ed. de 1995, 2006.

Esse modo de pensar o direito aponta para o espaço onde acontecem as relações sociais em relação ao direito; definindo o sujeito coletivo como capaz de transformar sua realidade social, afirmando-se como sujeito de direito, propondo novas teorias de relações sociais. Neste contexto de pandemia o que se requer é o apreço pela liberdade, sem opressão, na qual o atue com o objetivo de alcançar uma organização social livre, legitimamente.

O “direito achado na rua” encontra terreno fértil ao que temos nos estados do Rio de Janeiro e da região Nordeste do país, que de certo modo, se espriam por outras regiões do Brasil. De fato, espriam-se notícias de que milicianos efetuam práticas ilegais sob a alegação de combater o crime do narcotráfico.

Ocorre que esses grupos se mantêm com os recursos financeiros provenientes da extorsão da população e da exploração clandestina de serviços como o fornecimento de gás de cozinha, televisão a cabo, máquinas caça níqueis, agiotagem, ágio sobre imóveis, e etc. Por essa razão uma “síntese legislativa homologada institucionalmente” pode perigosamente legitimar aspectos nocivos desse “direito achado na rua”, atentando contra bens inalienáveis.

O Estado não pode, em absoluto, cancelar medidas que possam minimamente rascunhar a possibilidade de dilapidar direitos e garantias individuais, afinal, são os bens jurídicos fundamentais dos seres humanos que estão em jogo, a saber: vida, honra, liberdade e patrimônio.

Fato é que a situação de pandemia exige a tomada de decisões inéditas, difíceis e de caráter excepcional, com o intuito de manter a integridade dos moradores e, ao mesmo tempo, evitar o pânico em duas esferas:

a da saúde, incluindo as diligências relacionadas à limpeza, ao estabelecimento de novos hábitos e regras de convivência e à conscientização acerca das normas regulamentadoras que tratam da situação; e

a da administração, referente aos poderes excepcionais conferidos ao síndico para dar efetividade às ações necessárias na tomada de decisões relativas à estrutura, ao financeiro e à mão-de-obra interna e externa.

O síndico exerce a polícia interna do condomínio, compelindo os coproprietários a deixar de realizar atos contrários ao previsto na Convenção, ou que sejam capazes de molestar os consortes. Considerando as atribuições do síndico impostas pelo artigo 1.348¹⁷ do Código Civil, sobretudo

¹⁷ Art. 1.348. Compete ao síndico:

I - convocar a assembléia dos condôminos;

pelo dever de zelar e fiscalizar o uso das áreas comuns, bem como defender os interesses dos condôminos, independentemente da existência de artigo em específico na convenção prevendo limitação aos espaços comuns, medidas tomadas em situações excepcionais, tais como a ocasionada pela COVID-19, visam assegurar justamente a saúde coletiva dos moradores.

As limitações constantes no Projeto de Lei 1.179/20¹⁸ deixavam, de forma clara, a atribuição do síndico em fiscalizar e diligenciar o uso das áreas comuns, assegurando a salubridade e saúde de toda a coletividade.

A limitação do uso das áreas comuns seria para defender os interesses dos moradores, o Direito à vida imposto pelo Constituição Federal no seu artigo V¹⁹, e para cumprir as exigências em relação ao Sossego, a Salubridade e Segurança impostos pelo artigo 1.277 do Código Civil.

O direito à vida é pressuposto básico de todos os demais direitos e liberdades do ser humano, ou seja, é um bem jurídico maior.

Ocorre que o acesso à unidade privativa, e aos logradouros públicos, são a essência do Condomínio Edilício, e caso haja qualquer limitação, tal situação é de todo modo inconstitucional. O art. 1.331, §1º do Código Civil de-

II - representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns;

III - dar imediato conhecimento à assembléia da existência de procedimento judicial ou administrativo, de interesse do condomínio;

IV - cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembléia;

V - diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores;

VI - elaborar o orçamento da receita e da despesa relativa a cada ano;

VII - cobrar dos condôminos as suas contribuições, bem como impor e cobrar as multas devidas;

VIII - prestar contas à assembléia, anualmente e quando exigidas;

IX - realizar o seguro da edificação.

§ 1º Poderá a assembléia investir outra pessoa, em lugar do síndico, em poderes de representação.

§ 2º O síndico pode transferir a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembléia, salvo disposição em contrário da convenção.

¹⁸ Art. 11. Em caráter emergencial, até 30 de outubro de 2020, além dos poderes conferidos ao síndico pelo art. 1.348 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), compete-lhe: I - restringir a utilização das áreas comuns para evitar a propagação da Covid-19, respeitado o acesso à propriedade exclusiva dos condôminos; II - restringir ou proibir a realização de reuniões e festividades e o uso dos abrigos de veículos por terceiros, inclusive nas áreas de propriedade exclusiva dos condôminos, como medida provisoriamente necessária para evitar a propagação da Covid-19, vedada qualquer restrição ao uso exclusivo pelos condôminos e pelo possuidor direto de cada unidade. Parágrafo único. As restrições e proibições contidas neste artigo não se aplicam aos casos de atendimento médico, à realização de obras de natureza estrutural ou à realização de benfeitorias necessárias

¹⁹ 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:

termina que o Síndico poderá somente restringir a circulação, obviamente, se a disposição constar da Convenção do Condomínio garantido o acesso à unidade privativa exclusiva dos condôminos.

A Constituição Federal e o Código Civil devem ser observados no tocante aos princípios da função social da propriedade e da função social do contrato. E por esse motivo as restrições devem ser temporárias, redigidas de forma clara e objetivas, e dirigida a todos os condôminos indistintamente.

O Projeto de Lei 1.179/20 pretendia conferir a um só tempo segurança jurídica aos condomínios, assegurando em âmbito interno, a salubridade, como se nota de forma nítida da leitura do seu artigo 11, inciso II.²⁰

Contudo, o projeto necessitava ser aperfeiçoado pela Câmara dos Deputados, e por essa razão, o afã de resolução precipitada devia ser afastado. E foi. Isso porque, para as questões tecnicamente urgentes, deve-se observar a norma estadual e/ou municipal (p. ex. decretos) e o que preveem como medidas de enfrentamento, tendo em vista que a Lei nº 13.979/2020 estabeleceu competência concorrente para legislar sobre tais matérias e o agir hodiernamente não poderia incorrer em vícios de iniciativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Caso o Projeto de Lei 1.179/2020, que tramita no Congresso Nacional, tivesse sido convertido em lei, teríamos estabelecido um Regime Jurídico Emergencial e Transitório conferindo ao síndico superpoderes, sem que seja revogada ou alterada qualquer norma por ela afetada. Fato é que teríamos suspenso alguns de seus efeitos, sem eficácia retroativa, o que seria temerário sim, pois haveria infringente legalidade aos que desempenham o papel de síndicos nos conjuntos habitacionais, favelas e comunidades carentes, nas cidades e nas regiões interioranas do nosso país.

E o que, hodiernamente, é tão preocupante quanto: até o dia 30 de outubro de 2020, haveria a supressão de direitos. Ainda que a estipulação

20 Art. 11

II - restringir ou proibir a realização de reuniões e festividades e o uso dos abrigos de veículos por terceiros, inclusive nas áreas de propriedade exclusiva dos condôminos, como medida provisoriamente necessária para evitar a propagação da Covid-19, vedada qualquer restrição ao uso exclusivo pelos condôminos e pelo possuidor direto de cada unidade. Parágrafo único. As restrições e proibições contidas neste artigo não se aplicam aos casos de atendimento médico, à realização de obras de natureza estrutural ou à realização de benfeitorias necessárias.

legal fosse transitória, não haveria como precisar o quanto essa temporariedade afetaria a todos, afinal, até a presente data, nenhum modelo científico mostrou-se capaz de determinar, com confiança e exatidão, a data de conclusão da pandemia vigente no Brasil e em escala global. Se abriria margem à restrição de liberdade, de ir e vir, aos moradores? Pode-se dizer que sim, certo? Neste contexto de redução de moeda circulante o exercício de direitos pode ser mais uma moeda de troca para a extorsão. Não? Como podemos afirmar ou discordar?

O “direito achado na rua”, à partir de uma perspectiva que entende o direito como uma “legítima organização social da liberdade” encontra terreno fértil ao que temos nos estados do Rio de Janeiro e na Região Nordeste do país, e de certo modo, se espalha por outras regiões do Brasil. De fato, espalham-se notícias de que milicianos efetuam práticas ilegais sob a alegação de combater o crime do narcotráfico. Ocorre que esses grupos se mantêm com os recursos financeiros provenientes da extorsão da população e da exploração clandestina de serviços como o fornecimento de gás de cozinha, televisão a cabo, máquinas caça níqueis, agiotagem, ágio sobre imóveis, e etc.

Nessa realidade, a síntese legislativa homologada institucionalmente poderia perigosamente legitimar aspectos nocivos desse “direito achado na rua”, que atentariam contra os bens inalienáveis. A contradição entre a injustiça real das normas que se dizem justas e a injustiça que se encontra e pertence ao processo gera um embate constante, que é parte do próprio Direito, posto que é por essência um processo de construção permanente. Nesse cotejo, não pode o Estado, em absoluto, cancelar medidas que possam dilapidar direitos e garantias individuais. Bens jurídicos fundamentais dos seres humanos é que estariam em jogo, à saber: vida, honra, liberdade e patrimônio.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. Revista de Direito privado, São Paulo, n° 24, outubro/dezembro de 2005.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Código Civil Brasileiro, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htmAcesso em: 22 de maio de 2020.

BRASIL. Código Penal Brasileiro, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htmAcesso em: 22 de maio de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 de maio de 2020.

BRASIL. Lei n.º 13.979, Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. [2020]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1894311 Acesso em: 22 de maio de 2020.

BRASIL. PROJETO DE LEI Nº 1.179-A DE 2020 DO SENADO FEDERAL, [2020]. Disponível em: Acesso em: 22 de maio de 2020.

KOJRANSKI, Nelson. Condomínio Edilício. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito. São Paulo: Brasiliense, 14ª reimp. da 17ª ed. de 1995, 2006.

MARCHI, William Ricardo de Almeida. UMA REFLEXÃO SOBRE A CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. [periódico na Internet], disponível em:< <http://inest.org.br/portal/images/stories/revista/juridica/marchi%20w.r.a.pdf>>, acesso em 22 de maio de 2020.

O **Instituto dos Advogados do Distrito Federal – IADF** é uma instituição que se dedica ao estudo e a difusão da Ciência Jurídica, na defesa do Estado Democrático de Direito, na colaboração com o Poder Público no aperfeiçoamento das práticas jurídico-administrativas, e no aperfeiçoamento do exercício profissional das carreiras jurídicas.



SEPN Q. 516 bloco B LT. 7
4º andar – Ed. Sede da OAB
CEP: 70770-525
Brasília-DF
www.iadf.org.br

