

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1199

(Ano XVI)

(27/04/2024)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR Code do Volume 1199



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1199 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 220 *fls.*

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



O STJ, pela sua Sexta Turma, afasta in dubio pro societate na pronúncia e cassa decisão que submeteu acusado ao tribunal do júri exigindo a necessidade da alta probabilidade contra o réu para ser pronunciado

Valdinei Cordeiro Coimbra, 08.

ARTIGOS

A responsabilidade civil das empresas em face da Lei Geral de Proteção de Dados: a proteção dos dados pessoais sensíveis dos consumidores em tempos de massificação de dados

Thayanne Vieira Silva, 16.

Limitações constitucionais ao poder de tributar

Caio Wagner Siqueira de Moraes, 38.

A vulnerabilidade dos consumidores em relação ao comércio eletrônico

Daniele da Silva Nogueira, 52.

Método contábil de apuração de haveres de sociedade limitada quando não há previsão no contrato social

Guilherme Rauen Silva Jardim, 68.

Guarda dos filhos: o grande desafio na separação

Gustavo Cordeiro Lomba de Araujo, 83.

Aposentadoria rural pode ser prejudicada por cônjuge trabalhador urbano?

Desirée Evangelista da Silva, 98.

Assédio moral no trabalho e os prejuízos na saúde mental do trabalhador

Amanda de Oliveira Froes, 103.

É admissível a utilização do instituto da legítima defesa para tutela do meio ambiente? Uma análise acerca da possibilidade de aplicar a excludente de ilicitude para proteger e defender o meio ambiente

Angela Gabriele Nascimento Fernandes, 121.

A filosofia da religião e seus valores atuais

Marcos Antonio Duarte Silva, 133.

Métodos alternativos de solução de conflitos: o avanço da constelação familiar no Brasil

Gustavo Cordeiro Lomba de Araujo, 145.

A tecnologia e os meios probatórios sob a égide do Código de Processo Civil

Ronaldo Cavalcanti de Albuquerque, 159.

Atos legislativos, atos dos parlamentares no exercício da função legislativa e o dever de indenizar

Rafaela Neiva Fernandes, 174.

O caso Bámaca Velasquez e a inconvecionalidade do regime disciplinar diferenciado

Matheus Nobre Giuliasse, 189.

Relação de consumo e o acesso à justiça: breve narrativa consumerista de forma alienada

Jeff David Mac Donald da Silveira Carneiro e Osman Nasser Antunes Aguiar, 212.

O STJ, PELA SUA SEXTA TURMA, AFASTA IN DUBIO PRO SOCIETATE NA PRONÚNCIA E CASSA DECISÃO QUE SUBMETEU ACUSADO AO TRIBUNAL DO JÚRI EXIGINDO A NECESSIDADE DA ALTA PROBABILIDADE CONTRA O RÉU PARA SER PRONUNCIADO

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:

Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)¹.

Resumo: A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu afastar o preceito in dubio pro societate ao cassar a decisão que havia mandado um homem acusado de participação em homicídio a júri popular no Distrito Federal. A compreensão doutrinária de que a pronúncia não exigia prova cabal de autoria foi superada pelo colegiado, que ressaltou a necessidade de alta probabilidade de envolvimento do réu no crime. O artigo discute a importância dessa exigência e a necessidade de um maior grau de confirmação dos fatos em decisões mais graves.

Palavras-chave: sentença de pronúncia, in dubio pro societate, alta probabilidade, envolvimento do réu, júri popular.

Introdução

A sentença de pronúncia é uma etapa crucial do processo penal, na qual o juiz decide se o réu deve ser submetido a julgamento pelo tribunal do júri. Durante muito tempo, prevaleceu a compreensão de que, nessa fase, não era necessário apresentar prova cabal de autoria, sendo suficiente a existência de indícios mínimos para justificar a

¹ Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exerceu o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

submissão do acusado ao júri popular. No entanto, a Sexta Turma do STJ ao julgar o REsp 2.091.647 – DF, afastou esse entendimento, ressaltando a importância da alta probabilidade de envolvimento do réu no crime. Neste artigo, analisaremos a decisão da Sexta Turma do STJ, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz e os fundamentos dessa decisão que concluiu pela necessidade de um maior grau de confirmação dos fatos em decisões mais graves, como, no caso a pronúncia que submete o acusado ao Tribunal do Júri.

Desenvolvimento

No caso em questão, o réu era um motorista contratado por dois homens que cometeram um homicídio. Não havia evidências de que o motorista conhecesse previamente os autores do crime ou a vítima, nem de que ele soubesse da intenção criminosa de seus passageiros. Apesar disso, ele foi denunciado e pronunciado, com base no preceito *in dubio pro societate*, que estabelece que, em caso de dúvida, deve-se decidir em favor da sociedade e submeter o réu a júri popular.

No entanto, o relator do caso no STJ, ministro Rogerio Schietti Cruz, argumentou que os requisitos para a submissão de um acusado ao tribunal do júri devem ser analisados levando em conta os standards probatórios. Ou seja, à medida que a decisão a ser tomada pelo julgador tenha consequências mais graves para o acusado, é necessário um maior grau de confirmação sobre os fatos. A pronúncia, sendo uma medida consideravelmente danosa para o acusado, exige um standard razoavelmente elevado.

Na fundamentação do julgado, abriu um capítulo com o título “**O sistema da íntima convicção e o controle das decisões do tribunal do júri**”, por onde a doutrina de Michele Taruffo que aponta três condições para que uma decisão judicial possa ser considerada justa: a) acertada verificação sobre os fatos ocorridos; b) correta aplicação do direito às premissas fáticas estabelecidas e c) respeito às garantias do devido processo legal (TARUFFO, Michele. *Idee per una Teoria della Decisione Giusta*. In: *Sui Confini: Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224-225).

Segundo Rogerio Schietti Cruz:

A acurada reconstrução histórica dos fatos não é, portanto, o único nem o mais importante escopo do processo, mas é um dos pressupostos necessários para que se possa considerar adequada a prestação jurisdicional, dentro das balizas jurídicas estabelecidas pelo ordenamento.

Uma vez que a veracidade do juízo fático se faz essencial, também adquire fundamental relevância – a fim de evitar o arbítrio em um Estado Democrático de Direito – a possibilidade de exercer controle sobre tal juízo; e a garantia da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF) assume papel central como instrumento para permitir essa fiscalização, sobretudo porque “a justificação do juízo de fato é, na motivação, não menos importante do que a justificação do juízo de direito” (TARUFFO, Michele. *Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione*. In: *Participação e processo*, Coord. Ada P. Grinover et al. São Paulo: RT, 1988, p. 45).

Avoca os ensinamentos de Antônio Magalhães Gomes Filho – saudoso mestre das Arcadas –, o qual ensina que a motivação exerce quer uma função política, quer uma garantia processual. Como função política, a motivação das decisões judiciais “transcende o âmbito próprio do processo” (A motivação das decisões penais. São Paulo: RT, 2001, p. 80), alcançando o próprio povo em nome do qual a decisão é tomada, o que a legitima como ato típico de um regime democrático. Como garantia processual, dirige-se à dinâmica interna ou à técnica do processo, assegurando às partes um mecanismo formal de controle dos atos judiciais decisórios, de modo a “atender a certas necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional” (op. cit., p. 95).

Esclarece que a motivação das decisões jurisdicionais, a servir de controle, da sociedade e das partes, sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas e se bem aplicou o direito ao caso concreto. Serve, ainda, para “atuar preventivamente sobre o raciocínio probatório: ciente que deve justificar a decisão adotada sob parâmetros válidos, o julgador é impelido a orientar a atividade valorativa por bases racionais” (NARDELLI, Marcella Mascarenhas. *Perspectivas para uma valoração racional da prova no juízo por jurados*. In: Denis Sampaio. (Org.). *Manual do Tribunal do Júri: a reserva democrática da justiça brasileira*. 1ed. Florianópolis: Emais, 2021, v. 1, p. 319-326).

Faz uma chamada à Luigi Ferrajoli, no que se refere a garantia instrumental, garantia de segundo grau ou garantia das garantias, porquanto permite saber, pelo exame das razões indicadas na decisão, se os demais direitos e garantias do acusado (as garantias primárias) foram observados (Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. Tradução coletiva. São Paulo: RT, 2002, p. 492).

Explica a importância do Tribunal do Júri como instituição mais democrática do sistema de justiça, porém, que há um paradoxo aparentemente antidemocrático: formado por representantes da sociedade civil das mais diversas origens, o Tribunal do Júri – no exame fático que incumbe aos jurados – **não motiva suas decisões**. Deveras, em que pese a discussão sobre a constitucionalidade do sistema da íntima convicção no júri, à luz

do art. 93, IX, da CF, segundo o qual "*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]*" – objeto de candentes debates na doutrina –, fato é que na atual estrutura conferida ao júri pelo Código de Processo Penal, os jurados não motivam expressamente seu veredito.

Neste ponto, conclui que é necessário, contudo, a despeito disso, buscar conferir o máximo de racionalidade ao procedimento por meio dos mecanismos atualmente existentes, pois, **se, por um lado, a ausência de motivação dificulta o controle epistêmico das decisões do júri, por outro, não o inviabiliza por completo** (NARDELLI, Marcella Mascarenhas. A Garantia da Motivação das Decisões Judiciais à Luz do Direito ao Processo Justo e da Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, p. 349-376, 2015).

Em um segundo momento, o Schietti discute "**A falácia do *in dubio pro societate***", partindo do texto da Constituição Federal que determinou ao Tribunal do Júri a competência para julgar os **crimes dolosos contra a vida** e os delitos a eles conexos, conferindo-lhe a soberania de seus vereditos. Entretanto, a fim de reduzir o erro judiciário (art. 5º, LXXV, CF), seja para absolver, seja para condenar, **exige-se uma prévia instrução**, sob o crivo do contraditório e com a garantia da ampla defesa, perante o juiz togado, que encerra a primeira etapa do procedimento previsto no Código de Processo Penal, com a finalidade de submeter a julgamento no Tribunal do Júri somente os casos em que se verifiquem a comprovação da materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria, nos termos do art. 413, *caput* e § 1º, do CPP.

Explica que essa fase inicial do procedimento bifásico do Tribunal do Júri o objetivo de avaliar a suficiência ou não de razões para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (*judicium accusationis*) funciona como um **importante filtro pelo qual devem passar somente as acusações fundadas, viáveis, plausíveis e idôneas** a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (*judicium causae*).

Em seguida, avança na explicação sobre a sentença de pronúncia, afirmando que se consubstancia em um **juízo de admissibilidade** da acusação, razão pela qual o Juiz precisa estar "**convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação**" (art. 413, *caput*, do CPP). A leitura do referido dispositivo legal permite extrair **dois standards probatórios distintos**: um para a materialidade, outro para a autoria e a participação. **Ao usar a expressão "convencido da materialidade"**, o legislador impôs, nesse ponto, **a certeza de que o fato existiu; já em relação à autoria e à participação, esse convencimento diz respeito apenas à presença de indícios suficientes**, não à sua demonstração plena, exame que competirá somente aos jurados.

Nesse sentido, narra que a desnecessidade de prova cabal da autoria para a pronúncia levou parte da doutrina – acolhida durante tempo considerável pela

jurisprudência – defender a existência do *in dubio pro societate*, princípio que alegadamente se aplicaria a essa fase processual.

Avoca a decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal sobre o *in dubio pro societate*, ao ponderar: “*Ainda que se considere os elementos indicados para justificar a pronúncia em segundo grau e se reconheça um estado de dúvida diante de um lastro probatório que contenha elementos incriminatórios e absolutórios, igualmente a impronúncia se impõe. Se houver uma dúvida sobre a preponderância de provas, deve então ser aplicado o in dubio pro reo, imposto nos termos constitucionais (art. 5º, LVII, CF), convencionais (art. 8.2, CADH) e legais (arts. 413 e 414, CPP) no ordenamento brasileiro*” (ARE n. 1.067.392/AC, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª T., DJe 2/7/2020).

E conclui que o *in dubio pro societate* não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, devendo, então se definir qual é o standard probatório exigido para submeter o acusado a julgamento pelo júri quanto à autoria e à participação, ou seja, qual o grau necessário de confirmação da hipótese acusatória representado pela expressão “indícios suficientes de autoria ou de participação”, contida no art. 413, caput e § 1º, do CPP.

Nesse sentido, abre o capítulo do “**Standard probatório para a decisão de pronúncia quanto à autoria e à participação**”, por onde, esclarece inicialmente, que o termo “indícios”, no art. 413 do CPP, não é empregado na acepção de “prova indireta”, tal como definido no art. 239 do CPP, mas sim – da mesma forma que nos arts. 126 (determinação de sequestro de bens) e 312 do CPP (decretação de prisão preventiva) – como “elemento de prova de menor valor persuasivo ou **prova semiplena**, expressão herdada do velho sistema das provas legais” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *In: Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo: DPJ Ed, 2005, p. 311).

Nesse sentido, explica que:

A lei não fala em quaisquer indícios de autoria, mas sim em “indícios **suficientes**”, adjetivo que qualifica e reforça a exigência de demonstração, ainda que não cabal, da autoria ou da participação delitiva. Esse juízo de suficiência sobre o nível de exigência probatória necessário para superar a etapa de pronúncia no que se refere à autoria ou à participação, entre os autores que refutam a existência do *in dubio pro societate*, é objeto de duas correntes principais.

Explica que a primeira foi encampada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no mencionado **ARE 1.067.392/CE** e propõe que “a decisão de pronúncia requer uma **preponderância de provas**, produzidas em juízo, que sustentem a tese acusatória”.

Cita a defesa de Vinícius Vasconcellos, para quem esse *standard*, segundo o qual deve haver “**mais provas incriminatórias do que absolutórias**” [...], “diferenciaria tal etapa em relação à justa causa para recebimento da denúncia, a qual se pauta por elementos colhidos na fase investigativa com contraditório limitado”. Para o autor, exigir *standard* probatório mais rigoroso para a pronúncia seria incompatível com as limitações cognitivas da etapa de pronúncia e com a previsão constitucional da soberania dos veredictos (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Standard probatório para a decisão de pronúncia ao Tribunal do Júri e a inadmissibilidade do in dubio pro societate*. In: Denis Andrade Sampaio Junior. (Org.). *Manual do Tribunal do Júri: a reserva democrática da justiça brasileira*. Florianópolis: EMais, 2021, p. 235-242).

Cita o mestre Rafael Fecury, cujo tema de sua dissertação sustenta ser aplicável, para que a pronúncia cumpra adequadamente sua importante função de filtro contra possíveis condenações injustas, um **standard de elevada probabilidade**, representado pelo que se convencionou chamar no direito norte-americano de *clear and convincing evidence*, pois “ao operar entre a mera probabilidade e a certeza, o standard da prova clara e convincente reclama a alta probabilidade para a sua verificação, **estando na linha intermediária entre a preponderância da prova e a prova além da dúvida razoável**” (NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, pp. 178-179).

Pondera que no recebimento da denúncia, o julgador deve verificar não somente a presença da prova da materialidade e dos indícios de autoria, mas também analisar, ainda que em cognição sumária, se as provas indicadas para colheita na instrução permitirão amparar a hipótese acusatória a ponto de ensejar a condenação. Isso porque, não raro, apesar da presença de elementos suficientes para preencher o standard de mera probabilidade da denúncia, projeta-se na instrução processual somente a repetição judicial dos atos do inquérito, a qual nem sempre bastará para superar o standard exigido para a condenação. Nessas hipóteses, o exercício de uma ação penal nitidamente fadada ao insucesso só se presta a abarrotar, ainda mais, os escaninhos do sistema de justiça criminal, além de causar indevido e alongado constrangimento ao imputado (Nesse sentido: MACHADO, Luís Henrique. *A fase de recebimento da denúncia – críticas e perspectivas*. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti (Org.). *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters, p. 403-421, 2021).

Explica que na pronúncia, esse juízo prognóstico sobre a etapa vindoura (julgamento em plenário e condenação) seria ainda mais importante em virtude da ausência de fundamentação da decisão dos jurados; ou seja, considerando que, na etapa

final do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, o veredito é imotivado, adquire especial relevo o juízo prognóstico sobre a viabilidade da condenação. Isso esbarra, porém, em dois obstáculos impostos ao juiz togado: **a)** a impossibilidade de usurpar a competência constitucional dos jurados para o *judicium causae* e **b)** a necessidade de fundamentar de forma sucinta a decisão, sob pena de incorrer em excesso de linguagem, a teor do art. 413, § 1º, do CPP e influenciar negativamente os jurados contra o réu.

Diante desse impasse, a adoção de *standard* de **elevada probabilidade**, superior à mera preponderância de provas, mas inferior ao BARD (*beyond any reasonable doubt*) ou outro que se tenha como suficiente para a condenação final – a depender da concepção que se adote sobre o tema –, desponta como solução possível para conciliar os interesses em disputa dentro das balizas do ordenamento. Resguarda-se, assim, a função primordial de controle prévio da pronúncia sem invadir a competência dos jurados e sem permitir que o réu seja condenado pelo simples fato de a hipótese acusatória ser mais provável do que a sua negativa.

Explica que em outras palavras, “Para a pronúncia é **necessário uma prova ou mesmo um certo conjunto de prova que indique, com elevada probabilidade, a autoria, embora não se trate de certeza da autoria**. Trata-se do que, na doutrina norte-americana, se identifica com o *standard* probatório da *clear and convincing evidence*” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Da impronúncia e o *ne bis in idem*. In: Renato de Mello Jorge Silveira. (Org.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, v. 1, p. 177-181).

E conclui que, o *standard* probatório para a decisão de pronúncia, quanto à autoria e à participação, situa-se **entre o da simples preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias (mera probabilidade** ou hipótese acusatória mais provável que a defensiva) – típico do recebimento da denúncia – **e o da certeza** além de qualquer dúvida razoável (**BARD** ou outro *standard* que se tenha por equivalente) – necessário somente para a **condenação. Exige-se para a pronúncia, portanto, elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado**.

Avoca Guilherme Nucci, segundo o qual: “É preciso cessar, de uma vez por todas, ao menos em nome do Estado Democrático de Direito, a atuação jurisdicional frágil e insensível, que prefere pronunciar o acusado, sem provas firmes e livre de risco. Alguns magistrados, valendo-se do criativo brocardo *in dubio pro societate*, remetem à apreciação do Tribunal do Júri as mais infundadas causas – aquelas que, fosse ele o julgador, certamente, terminaria por absolver (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 2015, p. 87).

E conclui que não pode o juiz, na pronúncia, "lavar as mãos" – tal qual Pôncio Pilatos – e invocar o "in dubio pro societate" como escusa para eximir-se de sua responsabilidade de filtrar adequadamente a causa, submetendo ao Tribunal popular acusações não fundadas em indícios sólidos e robustos de autoria delitiva (nesse sentido: REIS, Rodrigo Casimiro. O descabimento de pronúncia a la Pilatos e a necessidade da fixação de um standard probatório constitucional ao final da instrução preliminar do rito do júri. In: AKERMAN, William; REIS, Rodrigo Casimiro; MAIA, Maurílio. Debates Contemporâneos da Justiça Penal: estudos em homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília: Editora Sobre direito, 2023, p. 59-76).

O ministro ressaltou que o risco de erro deve ser suportado mais pela acusação do que pela defesa, mesmo que não seja exigido um juízo de total certeza para submeter o réu ao tribunal do júri. Portanto, o juiz não pode invocar o in dubio pro societate como escusa para eximir-se de sua responsabilidade de filtrar adequadamente a causa e submeter ao júri acusações não fundamentadas em indícios sólidos e robustos de autoria delitiva.

Conclusão

A decisão da Sexta Turma do STJ de afastar o preceito in dubio pro societate na sentença de pronúncia é um importante marco no sistema de justiça criminal brasileiro. Ao exigir uma alta probabilidade de envolvimento do réu no crime, o tribunal reforça a **necessidade de um maior grau de confirmação dos fatos em decisões mais graves**. Isso evita que acusações infundadas sejam levadas a júri popular, protegendo os direitos do acusado e garantindo a justiça no processo penal.

Referências

STJ. Notícia: STJ afasta preceito in dubio pro societate e cassa pronúncia de acusado de homicídio. Disponível em: <
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/11102023-Sexta-Turma-afasta-in-dubio-pro-societate-na-pronuncia-e-cassa-decisao-que-submeteu-acusado-ao-tribunal-do-juri.aspx>>. Acesso em: 17out.2023

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS EM FACE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS DOS CONSUMIDORES EM TEMPOS DE MASSIFICAÇÃO DE DADOS

THAYANNE VIEIRA SILVA:
Graduanda do Curso de Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas de
Paraíso do Tocantins (FCJP)²

RÔMULO DE MORAIS E OLIVEIRA^[1]
(orientador)

RESUMO: A temática do trabalho possui como questão central o estudo da responsabilidade civil das empresas em face da Lei Geral de Proteção de Dados, dando-se ênfase à proteção dos dados pessoais sensíveis dos consumidores em tempos de massificação dos dados. Este estudo norteou-se a partir de um objetivo geral que foi o de verificar se a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) assegura a reparação dos danos sofridos por aqueles que possuem dados pessoais em poder de empresas. A metodologia empregada foi a pesquisa jurídica exploratória, sendo os dados levantados por pesquisa bibliográfica e documental, valendo-se do método dedutivo, com vistas a revelar como a LGPD atua na proteção do consumidor. Dentre os resultados alcançados tem-se que a LGPD não fez menção à adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, com exceção dos casos em que se aplicam claramente as normas de defesa do consumidor, ficando a cargo dos operadores do direito a tarefa de decidir qual seria o melhor instituto a ser aplicado na reparação dos danos causados no âmbito do tratamento de dados pessoais. Assim, concluiu-se que o silêncio da lei foi eloquente e que não cabe ao titular de dados a injusta tarefa de comprovar a culpa do agente de tratamento, sendo o instituto da responsabilidade civil objetiva o melhor caminho para garantir a reparação de danos no âmbito da LGPD e proteger de forma adequada os direitos dos titulares de dados pessoais.

Palavras-chave: Dados pessoais. Tratamento. Responsabilidade civil.

ABSTRACT: The theme of the work has as its central question the study of the civil liability of companies in the face of the General Law of Data Protection, emphasizing the protection of sensitive personal data of consumers in times of data massification. This study was guided by a general objective, which was to verify whether the General Law of Data Protection (LGPD) ensures the repair of damage suffered by those who have personal data held by companies. The methodology employed was exploratory legal

² E-mail: thyannevieira223@gmail.com

research, with data collected through bibliographic and documentary research, using the deductive method to reveal how the LGPD acts in consumer protection. Among the results achieved is that the LGPD made no mention of adopting the theory of objective or subjective liability, with the exception of cases in which the rules of consumer protection clearly apply, leaving it to the operators of the law to decide which would be the best institute to be applied in the repair of damage caused in the processing of personal data. Thus, it was concluded that the silence of the law was eloquent and that it is not up to the data subject the unfair task of proving the guilt of the processing agent, with the institute of strict liability being the best way to ensure the repair of damages under the LGPD and adequately protect the rights of personal data subjects.

Keywords: Personal data. Processing. Liability.

1 INTRODUÇÃO

O assunto abordado no presente trabalho envolve o estudo da responsabilidade civil das empresas em face da Lei Geral de Proteções de Dados (LGPD).

Assim, tem-se por tema desta pesquisa a análise do tratamento dado pelas empresas aos dados pessoais sensíveis dos consumidores, surgindo, assim, o seguinte problema de pesquisa: as empresas que não observarem as regras acerca do tratamento sobre os dados pessoais dos consumidores, a partir do marco legal da LGPD, estarão sujeitas às normas de responsabilidade civil, podendo esta responsabilidade ser objetiva?

O estudo se justifica pois a difusão da tecnologia para os diversos campos da vida é algo inevitável, de forma que o ciberespaço, na contemporaneidade, passa a ser palco e meio pelo qual ocorre a chamada sociedade de informação. Por ser a vida tomada pela tecnologia, vê-se o consumidor compelido a transitar pelo meio virtual para o usufruto de produtos e serviços, tendo de se submeter a uma relação na qual, pela especial incapacidade técnica e controle acentuado dos fornecedores, deve ser considerado hipervulnerável.

A hipervulnerabilidade do consumidor na sociedade de informação é explorada de forma predatória, pois os seus dados são o novo ouro da contemporaneidade, uma vez que são utilizados para a tomada de decisões, estratégias de *marketing* e, em última instância, lucro. Por esse motivo, releva-se o estudo da tutela jurídica dos direitos da personalidade do consumidor na sociedade de informação pela LGPD.

Este estudo norteou-se a partir de um objetivo geral, que foi o de verificar se a Lei Geral de Proteção de Dados assegura a reparação dos danos sofridos por aqueles que possuem dados pessoais em poder de empresas.

O caminho percorrido para o desfecho da presente pesquisa guiou-se a partir de objetivos específicos que delinearão o trajeto metodológico adequado com o intuito de explorar pontos específicos e estratégicos da pesquisa, quais sejam: destacar o tratamento jurídico nacional dispensado aos dados pessoais dos indivíduos nos meios digitais a partir das disposições legais da LGPD; apontar quais os deveres recaem sobre as empresas detentoras de dados pessoais nas relações estabelecidas com os consumidores; e verificar como se dá a responsabilidade civil das empresas no tratamento dos dados pessoais dos consumidores a partir das regras normativas previstas na LGPD e no CDC, de modo a saber se esta responsabilidade é objetiva ou subjetiva.

Para fins didáticos, o trabalho foi dividido em três seções: na primeira seção foi estudado o tratamento jurídico sobre os dados pessoais dos indivíduos nos meios digitais. Na segunda, foi discutido o papel das empresas detentoras de dados pessoais a partir do marco legal da LGPD. Por fim, na terceira seção, foi abordado sobre o tratamento dos dados pessoais dos consumidores nos meios digitais e a responsabilidade civil das empresas.

Como metodologia foi empregado o método dedutivo, com vistas a revelar como a LGPD atua na proteção do consumidor, por meio de uma pesquisa documental, tendo como fonte a legislação brasileira, e bibliográfica, com a intenção de compreender o desenvolvimento da abordagem jurídica da matéria até o estágio atual. Para tanto, foram pesquisados artigos disponibilizados nos periódicos da Capes, livros e demais produções sobre a temática.

Assim, não restam dúvidas sobre a relevância deste estudo tendo em vista que a proteção de dados, cuja essencialidade já é rediscutida no cenário mundial, passou a ser abordada apenas recentemente no Brasil. Somente em setembro do ano de 2020 entrou em vigor a lei específica que tutela tão relevante segmento social, de forma que estudos sobre seus efeitos, em momento tão tenro, mostram-se pertinentes para a sociedade como um todo.

2 O TRATAMENTO JURÍDICO SOBRE OS DADOS PESSOAIS DOS INDIVÍDUOS NOS MEIOS DIGITAIS

Este capítulo aborda o tratamento jurídico sobre os dados pessoais dos indivíduos nos meios digitais. Para tanto, inicia trazendo a evolução histórica da proteção de dados no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, passando-se, na sequência, a expor sobre a relação de transparência entre o titular dos dados pessoais e os controladores.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DE DADOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE E DE PRIVACIDADE

No Brasil ainda não há previsão constitucional expressa acerca do direito à proteção de dados pessoais. O controle de dados pessoais iniciou com previsões genéricas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), encontrando-se albergado indiretamente no dispositivo que versa sobre a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas cujas definições integram a privacidade, tal como se verifica no dispositivo constitucional que dispõe sobre o *habeas data*.

Doneda (2006) enfatiza que não havia complexo normativo unitário em relação à temática, mas sim diversas disposições no ordenamento jurídico, cujo sentido deveria ser extraído da cláusula geral da personalidade.

Embora não existisse legislação específica para regular a proteção de dados no Brasil até a publicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), a proteção de dados pessoais era feita através de interpretação sistemática dos diplomas legais em vigência na época (SARTORI, 2016). A proteção de dados pessoais fora tratada na legislação nacional a partir de dispositivos constitucionais que balizaram tal proteção e por legislações especiais que tratam da temática de forma superficial.

No texto constitucional, o remédio constitucional denominado *habeas data*, previsto em seu art. 5º, inciso LXXII, é responsável por assegurar o direito de acesso às informações relativas ao cidadão que constam em registros e bancos de dados de entidades privadas, governamentais ou outros de caráter público, assim como o direito a ter referidos dados retificados. Doneda (2006) afirma, porém, que a utilização da ação constitucional não dispõe de instrumentos suficientes para garantir a proteção de dados devido ao seu caráter somente instrumental, corroborando a ausência de delineamento acerca do direito material à privacidade.

Na legislação infraconstitucional, a abordagem evolutiva da proteção de dados perpassou pela publicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC, pela Lei de Cadastro Positivo, pela Lei de Acesso à Informação e pelo Marco Civil da Internet (MCI) até culminar com a publicação da LGPD.

O CDC, em seu art. 43, disciplina os bancos de dados e o cadastro dos consumidores. Em consonância com o CDC e a fim de complementá-lo, foi publicada a Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo), que disciplina a formação de cadastro e banco de dados por meio de dados relacionados às operações financeiras e adimplemento para fins de concessão de crédito de certa pessoa.

Ainda em relação à sequência evolutiva da legislação infraconstitucional no que pertine à proteção de dados no Brasil, em novembro de 2011 foi publicada a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), que foi a primeira lei sobre o tratamento de dados na internet e regulamentou o inciso XXXIII do art. 5º da CRFB/1988, salvaguardando o direito fundamental de o indivíduo ter acesso às informações armazenadas em bancos de dados vinculados a órgãos públicos.

A regra geral que obrigue que se busque pelo consentimento do cidadão para acesso ou divulgação de seus dados é destaque da legislação em epígrafe, somente sendo dispensada nos casos de cumprimento de ordem judicial, proteção aos direitos humanos e estudos científicos relevantes à sociedade, de interesse da população, casos em que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado.

Em 2014, a Lei nº 12.965, que ficou conhecida como Marco Civil da Internet (MCI), inaugurou uma norma específica para princípios, garantias, direitos e deveres nas relações que ocorrem no ambiente eletrônico. Dentre os princípios previstos estão expressos em seu art. 3º a privacidade e a proteção de dados. Os pilares do MCI são a neutralidade da rede, a privacidade e a liberdade de expressão. Verifica-se na legislação menção expressa à necessidade do consentimento do usuário para a coleta, uso, armazenamento e tratamento de seus dados pessoais, tal como para a sua transferência para terceiros. Qualifica-se o consentimento como livre, expresso e informado.

Por não ser legislação específica sobre proteção de dados, muitos conceitos não foram contemplados no MCI. Por esta razão, o Decreto nº 8.771/2015 foi promulgado para regulamentar a lei e disciplinar a proteção e tratamento de dados, porém manteve-se silente no que diz respeito à definição de dados pessoais. O panorama jurídico nacional à época ainda não se mostrava suficiente e satisfatório para que se implemente uma tutela da privacidade informacional de fato efetiva, posto que os instrumentos jurídicos disponíveis não abordavam especificamente a tutela de dados pessoais, já que a privacidade informacional possui um caráter mais específico do que outros desdobramentos deste direito da personalidade.

Após divulgação do vazamento de dados pessoais de usuários da rede social denominada Facebook, com captação de tais dados pela empresa Cambridge Analytica, que utilizara informações contidas em mais de 50 milhões de perfis para fins da campanha eleitoral americana (CONFESSORE, 2018), e da acusação de comercialização de dados pessoais por uma empresa pública federal brasileira de processamento de dados, o Congresso brasileiro convocou audiência pública para discutir o tema de proteção de dados por intermédio da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do Senado (SENADO NOTÍCIAS, 2018).

O governo brasileiro, então, optou pela criação de um diploma legal específico sobre a proteção de dados pessoais com vistas ao preenchimento da lacuna legislativa existente no Brasil acerca do tema, processo que se iniciou com o Projeto de Lei 53/2018 da Câmara dos Deputados e culminou com a LGPD, Lei nº 13.709/2018. Segundo Bernardo Souza e Ingrid Oliveira:

A LGPD assegurou a proteção de dados pessoais das pessoas naturais por meio da garantia dos direitos fundamentais da privacidade e transparência. Com a Lei, o conceito de privacidade ganha um novo significado, menos relacionado com o direito ao anonimato em maior ou menor grau e mais ligado ao empoderamento do indivíduo com relação aos seus dados pessoais (SOUZA; OLIVEIRA, 2021, p. 14).

Desse modo, o indivíduo, titular dos dados pessoais, passa a ser protagonista no tocante à sua privacidade e detentor do direito à proteção de dados, possuindo controle ou, no mínimo, transparência sobre a coleta, o uso, o tratamento e a destinação de suas informações pessoais.

A LGPD versa sobre a coleta e tratamento de dados pessoais dos cidadãos, bem como sobre as punições aplicáveis em casos de eventuais transgressões. Fundamenta-se na livre iniciativa, no desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, tecnológico do país, em harmonia com a dignidade e com o exercício da cidadania.

Em seu art. 1º apresenta como objetivo a proteção da liberdade e privacidade, bem como a proteção ao livre desenvolvimento da pessoa natural. Trata-se segundo Souza e Oliveira,

[...] de uma nova abordagem do tema “privacidade”, baseada na boa-fé e no dever de informação, visa a estabelecer limites, garantir a segurança e total transparência no processo de coleta e tratamento de dados pessoais, garantindo, assim, a proteção de dados do indivíduo (SOUZA; OLIVEIRA, 2021, p. 15).

Ana Frazão (2019) afirma que não só a privacidade é posta em risco pela economia movida a dados, mas também a própria individualidade e autonomia, devendo o resgate da dignidade dos titulares de dados e o cumprimento de direitos relacionados à autodeterminação informativa serem objetivos centrais da LGPD.

Conhecer alguns conceitos e terminologias trazidos pela legislação é fundamental para facilitar o enquadramento de casos concretos em situações nas quais seja imperativa a aplicação da lei.

Maia (2019) conceitua o titular de dados como toda pessoa natural a quem os dados pessoais passíveis de tratamento se referem e faz reflexão acerca da adoção do termo titularidade ao invés de propriedade na legislação, asseverando que a noção de titularidade não está restrita ao direito de propriedade, uma vez que os dados pessoais possuem aspectos extrapatrimoniais, além dos patrimoniais. Portanto, entende que tal opção legislativa revela a intenção do legislador de imprimir ao exercício do direito à proteção de dados caráter direto e imediato, haja vista que representa o direito fundamental à privacidade.

Dados pessoais são definidos como qualquer informação relacionada à pessoa natural que viabilize a sua identificação ou a faça identificável como, por exemplo, nome e sobrenome, idade, domicílio, números de telefone, infrações administrativas e penais, placas de automóvel, perfis de consumidores, número do Internet Protocol (IP), dados acadêmicos, dentre outros (GUILHERME, 2021).

Dados sensíveis, por sua vez, são os que se relacionam às características da personalidade do indivíduo e de suas escolhas individuais, a exemplo da origem racial ou étnica, religião, opinião política, filiação a sindicato, filiação a organizações de natureza religiosa, filosófica ou política, condições de saúde, dados genéticos ou biométricos, se vinculado a uma pessoa natural, consoante o art. 5º, inc. II da LGPD (GUILHERME, 2021).

Dados anonimizados referem-se a dados relativos a um titular que não possa ser identificado, mesmo valendo-se de meios técnicos razoáveis à época de seu tratamento. A anonimização, a seu turno, é o emprego de meios técnicos, no instante do tratamento, que consigam desvincular o dado de seu titular, perdendo a possibilidade de associação a um indivíduo, mesmo que indiretamente (PINHEIRO, 2018). Ressalta-se que certo dado só é considerado efetivamente anonimizado se não for mais possível a reconstrução das informações de forma a vinculá-la novamente ao seu titular. Caso a identificação ocorra, então ele não é, de fato, um dado anonimizado e sim, apenas dado pseudonimizado e estará, então, sujeito à LGPD.

Consentimento, segundo Maia (2019) é a manifestação feita de forma livre, informada e inequívoca através da qual o titular externa sua concordância com o tratamento dispensado a seus dados pessoais para determinados fins, não sendo permitidas autorizações generalizadas e sendo proibido o tratamento em caso de autorização obtida mediante comprovado vício de consentimento. Por livre entenda-se a liberdade do titular de não ser obrigado a consentir tratamento de seus dados. Por informada entenda-se a transparência na informação sobre o que o titular exatamente

está consentindo para que ele possa tomar a decisão de forma consciente. Por fim, entende-se por inequívoca a manifestação do titular na qual não haja qualquer dúvida acerca da verdadeira aceitação das condições e repercussões do tratamento de seus dados.

Isto posto, esclarecidas as principais alterações trazidas pela LGPD no âmbito do direito à privacidade, passa-se à análise sobre a relação de transparência entre o titular dos dados pessoais e os controladores.

2.2 DA RELAÇÃO DE TRANSPARÊNCIA ENTRE O TITULAR DOS DADOS PESSOAIS E OS CONTROLADORES

O art. 6º é o responsável por listar importantes princípios que devem nortear a aplicação da LGPD assegurando a relação de transparência entre o titular dos dados pessoais e os controladores.

O art. 6º da LGPD tem a seguinte redação no seu caput: “Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...]” (BRASIL, 2018, s.p.).

Veja-se que a boa-fé é mencionada não como um princípio específico, mas como uma característica que deve ser aliada ao princípio da transparência e a todos os demais que dele decorrem.

O princípio da transparência é uma diretriz fundamental num projeto de LGPD, já que fazer com que o tratamento seja claro, preciso, sem obscuridades é fundamental (PINHEIRO, 2018). Sem transparência, não se pode proceder a qualquer tipo de tratamento, exceto os resguardados pelos sigilos comercial e industrial. Portanto, segundo Maldonado e Blum (2020, p. 25), “a transparência é necessária para garantir a confiança nos procedimentos, permitindo a compreensão dos titulares que, se necessário, poderão desafiá-los e exercer seus direitos”.

A transparência é tão importante que a LGPD declara que o consentimento será nulo se as informações transmitidas ao titular forem enganosas ou abusivas. Também se exige a transparência para tratamentos especialmente feitos com base no legítimo interesse (art. 10, § 2º) e quando os dados forem de crianças e adolescentes (art. 14, § 6º) (SOMBRA, 2019).

Decorrentes do princípio da transparência tem-se o princípio da finalidade, o princípio da adequação e o princípio do livre acesso.

A finalidade refere-se à realização do tratamento servindo a propósitos legítimos, específicos e informados ao titular, sem que seja possível o tratamento posterior de maneira incompatível com essas finalidades (SOMBRA, 2019). Nos dizeres de Maldonado e Blum:

O princípio da finalidade conta com grande relevância prática, pois, por meio dele, é garantido ao titular, mediante informação prévia, as fronteiras de legalidade do tratamento de seus dados, delimitando os propósitos do tratamento, desde que lícitos, e de terceiros que poderão ou não ter acesso aos dados. Visa mitigar o risco de uso secundário à revelia do titular (MALDONADO; BLUM, 2020, p. 26).

Assim, considera-se o princípio da finalidade um dos mais importantes, já que a própria lei repete a expressão por 30 vezes, ligando-a ao consentimento e também a outros princípios (adequação, necessidade por duas vezes e qualidade, incs. II, III e V todos do art. 6º).

Este é o princípio que dará claro direcionamento ao titular do que será feito com seus dados e tem grande importância prática na medida em que pretende impedir tratamentos de dados à revelia do titular. Quanto aos propósitos legítimos, trata-se de atividades permeadas pela legalidade, bons costumes e boa-fé. É o atuar no sentido diametralmente oposto de atividades ilícitas, de má-fé (CRESPO, 2019).

A adequação refere-se à compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, conforme o contexto do tratamento e nada mais é que a correlação das finalidades do tratamento de dados com o contexto do tratamento, evitando desvirtuação. É, assim, o vínculo lógico de pertinência entre a finalidade objetivada do modo que foi informada ao titular dos dados (SOMBRA, 2019).

Há, aqui, uma clara necessidade de observação da finalidade objetivada, o que foi transmitido ao titular dos dados e como efetivamente ocorre o tratamento dos dados.

Já com o princípio do livre acesso almeja-se permitir que o titular de dados exerça um direito seu: o de ter acesso aos dados tratados pelo controlador. E isso deve ser feito de modo facilitado, sem obstáculos ou impedimentos, para a totalidade dos dados constantes nos registros do controlador (PENNA, 2020). Está, portanto, relacionado ao artigo 9º, que indica quais são os direitos do titular de dados, como saber qual a finalidade do tratamento, a duração, dados do controlador, com quem seus dados são compartilhados, etc.

Tem-se, por fim, o princípio da qualidade dos dados que também goza de grande importância, pois, segundo Maldonado e Blum:

Qualquer imprecisão, seja um dado pessoal equivocado, seja desatualizado, pode ser catastrófico ao titular, como ocasionar um erro de tratamento médico, recusa de crédito, vedação de participação em concursos públicos, eliminação em processo seletivo, ou, até mesmo, uma prisão injusta (MALDONADO; BLUM, 2020, p. 28).

Pior, uma vez coletado e tratado o dado pessoal impreciso, sem que seja sanada a respectiva imprecisão na fonte, o risco de que esse dado viciado seja tratado de forma permanentemente incorreta é bastante elevado (MALDONADO; BLUM, 2020). Assim, os controladores precisam adotar medidas, desde o momento da coleta, que, por padrão, garantam a precisão e, quando necessário, a atualização dos dados.

3 O PAPEL DAS EMPRESAS DETENTORAS DE DADOS PESSOAIS A PARTIR DO MARCO LEGAL DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Este capítulo aborda o papel das empresas detentoras de dados pessoais a partir do marco legal da LGPD. Para tanto, inicia expondo a situação jurídica dos agentes de tratamento de dados pessoais e os direitos dos consumidores como titulares dos dados pessoais em poder das empresas.

3.1 DA SITUAÇÃO JURÍDICA DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

Os agentes de tratamento são o controlador, que recebe e mantém o registro dos dados pessoais dos titulares valendo-se do consentimento ou de hipóteses de exceção, e o operador é aquele que realiza tratamento de dados pessoais motivado por contrato ou obrigação legal (art. 5º, inc. IX, da LGPD). Ambos os agentes podem ser pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado. Já o encarregado é a pessoa natural, recomendada pelo controlador e deverá executar tarefas relacionadas ao público em geral, titulares de dados, com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, além de funcionários e fornecedores de sua empresa (PINHEIRO, 2018).

A legislação é aplicável a todos que tratam dados pessoais em território nacional, nas hipóteses em que os dados tenham sido capturados no território nacional, mesmo que o tratamento não seja feito no Brasil, ou quando empresas objetivem ofertar ou fornecer bens ou serviços ou o tratamento de dados de pessoas que se encontram no território nacional. Tais empresas podem ser pessoas físicas ou jurídicas, organizações públicas ou privadas.

Sobre os agentes de tratamento de dados, explicam Francoski e Tasso que:

Os Agentes de Tratamento terão a atenção voltada para a classificação dos bancos de dados, assim como dos campos de informação, avaliando se determinado dado é sensível ou não, qual foi o objetivo de coletá-lo e se é necessário mantê-lo ainda e por quanto tempo. Coletar informação desnecessária, ainda que não seja sensível, é aumentar seu risco no tratamento (FRANCOSKI; TASSO, 2021, s.p.).

Mais que cumprir a lei, é necessário ter meios para comprovar que todo o tratamento de dados é praticado adequadamente. O agente de tratamento de dados deverá, assim, demonstrar ter adotado procedimentos autorizados e exigidos pela lei, mas, principalmente, ser capaz de comprovar terem sido eficazmente implementados na organização. É que, mesmo tendo agido imbuído de boa-fé, sem se poder demonstrar esse intuito, de nada valerá perante autoridades de fiscalização ou em demandas administrativas e judiciais para, de alguma forma, atenuar sua responsabilidade (SOUZA; SILVA, 2019).

Além disso, o art. 42 da LGPD traz as hipóteses de responsabilização dos agentes de tratamentos quando causarem danos patrimoniais, morais, individuais ou coletivos, em razão do tratamento de dados que realizarem. E as exclusões de responsabilidade são limitadas à demonstração de que não fizeram o tratamento, que o dano aconteceu em razão de culpa exclusiva da vítima ou que nos termos do art. 43, “embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados” (BRASIL, 2018, s.p.). Isso só se poderá demonstrar, se houver boas práticas de governança, de *compliance* e de *accountability*. Sem estas, a exclusão da responsabilidade muito dificilmente será declarada.

O *accountability* é a responsabilização e prestação de contas como elementos a serem concretizados para demonstrar a conformidade com a lei (PENNA, 2020).

Accountability é um termo bastante comum na língua inglesa, sem tradução exata para o vernáculo. É comumente traduzido como responsabilidade das organizações e seus membros pelas atividades que praticam. É uma prestação de contas sobre o que fazem, como fazem e os efeitos destas ações, mas não em termos numéricos e sim com foco num viés de desempenho relativo à governança (CRESPO, 2019).

O conceito de *accountability* foi bastante estendido com o tempo, com divisões materiais e de alcance sobre sua aplicação. No entanto, aqui assume-se o conceito como a possibilidade de responsabilizar agente públicos ou privados em razão das suas atividades.

O *General Data Protection Regulation* (GDPR) trouxe o conceito de *accountability* para a proteção de dados e, na legislação brasileira, está insculpido no art. 6º, X, e foi denominado princípio da responsabilização e da prestação de contas.

Como dito alhures, é por este princípio que se impõe mais do que o cumprimento da lei, havendo a obrigação de se adotar medidas para que seja possível comprovar a efetivação da implementação de um programa de *privacy compliance* na organização. Desta forma, cabe ao agente de tratamento de dados fazer tudo o que for possível para cumprir as obrigações legais (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2020).

Claro que não se pode exigir perfeição nem nada que esteja em absoluta desproporcionalidade com os recursos financeiros e técnicos disponíveis. Mas é preciso providenciar uma estrutura de governança corporativa que garanta o cumprimento das normas de proteção de dados e que disponibilize um conjunto de documentos que podem provar que estas obrigações estão realmente sendo satisfeitas. Não basta, portanto, uma atuação imbuída de boa-fé, sendo imprescindível demonstrá-la de forma objetiva.

Os elementos concretos que podem personificar a existência de responsabilidade pelo tratamento de dados pessoais pode ser enxergada pela existência de políticas, normativas e procedimentos, pela existência de controles internos, pelo constante monitoramento para evitar falhas e para impedir sua reincidência, pela existência de procedimentos de auditoria, dos registros das atividades processantes (art. 37 da LGPD), dos registros da atuação independente de um encarregado de proteção de dados ou de um encarregado de proteção de dados - DPO (art. 41 da LGPD), da realização de *assessments* e relatórios de impacto (art. 38), de registros de incidentes de segurança (art. 48 da LGPD) e de violação de dados, além de treinamentos e planos de respostas a incidentes. Isso tudo pode ser extraído do art. 50 da LGPD, que trata dos programas de *privacy compliance* e das boas práticas nacionais e internacionais de um robusto programa de *compliance* (BRASIL, 2018).

Tudo isso, posto em prática, tenderá a evitar que existam punições em patamares altos, já que no juízo de gravidade de uma violação deverão ser levadas em conta as medidas técnicas adotadas (art. 48, § 3º, c.c. art. 50 da LGPD).

Como resumo, o dever de responsabilidade ou *accountability* imporá às organizações que, além de alterar suas rotinas em fluxos de tratamentos de dados pessoais, providenciem a estruturação de um verdadeiro programa de *compliance* com foco nos dados pessoais, de modo a demonstrar efetivamente sua implementação por meio de registros robustos e coerentes de atividades voltadas à proteção de dados pessoais (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2020).

Os desafios, portanto, vão muito além de seguir normas previstas em lei, passando pela necessidade de ter uma forte organização interna, desenhar processos, treinar pessoas, classificar informações e saber quais devem ser preservadas, por quanto tempo, quais devem ser descartadas e como isso é realizado, bem como estruturar as atividades para atender às diversas entidades que poderão fiscalizar as atividades de tratamento de dados pessoais, como também implementar formas de atendimento aos direitos dos titulares de dados pessoais.

Estes pontos supracomentados podem não exaurir tudo o que é preciso fazer para se proporcionar elementos de *accountability*, mas, certamente, já são desafios grandes o suficiente para trazer dificuldades de implementação pela grande maioria das organizações.

3.2 DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES COMO TITULARES DOS DADOS PESSOAIS EM PODER DAS EMPRESAS

Referente aos direitos dos titulares de dados, conforme art. 17 da LGPD, são direitos fundamentais dos titulares de dados o direito de liberdade, de intimidade e de privacidade, considerados gerais e exemplificativos, devendo ser interpretados conforme os dispositivos da legislação. Já o art. 18 da LGPD arrola no corpo de seus nove incisos direitos específicos dos titulares de dados. Os agentes de tratamento são os responsáveis pela verificação da manutenção desses direitos.

Dentre os direitos estabelecidos pela lei, diferenciam-se os já anteriormente previstos nas legislações referentes à proteção de dados dos direitos enumerados pela LGPD ainda não previstos anteriormente em legislação nacional. Citam-se como direitos considerados tradicionais, com previsão anterior expressa, dentre os enumerados no art. 18, a confirmação de que houve tratamento; o acesso aos dados; a correção/atualização de dados que se encontram incompletos, inexatos ou desatualizados. Os demais direitos são considerados novos (PINHEIRO, 2018).

Embora intitulado como direitos no próprio corpo da lei, Souza e Silva (2019) revelam que as disposições não representam propriamente direitos, uma vez que versam sobre questões procedimentais e instrumentais que podem ser adotadas pelos titulares de dados visando garantir o seu direito à privacidade. Tratam-se, dessa forma, de mecanismos constitucionais com o objetivo de prevenir, mitigar e sanar danos, bem como garantir o exercício do direito à proteção de dados.

Não há, portanto, inovação de direitos atribuídos aos titulares de dados pessoais. O rol de direitos elencado no art. 18 representa conteúdo acerca da noção contemporânea de privacidade composta pela correção na coleta e no tratamento das informações; pela segurança física e lógica da coletânea dos dados; pela publicidade dos

bancos de dados pessoais; pelo acesso aos dados pessoais; pela exatidão dos dados coletados e obrigatoriedade de sua atualização; pelo respeito ao princípio da finalidade e ao direito ao esquecimento (SOUZA; SILVA, 2019).

Com o objetivo de fortalecimento da garantia de segurança dos dados, várias obrigações aos agentes de tratamento são arroladas na LGPD, que vão desde procedimentos a serem cumpridos a mecanismos de prevenção e controle de danos. Ficam sujeitos a sanções em caso de infrações cometidas que perpassam por advertências, multas, suspensão ou até mesmo proibição de atividades de tratamento de dados, dependendo da gravidade do caso. No que tange à responsabilidade civil pela ocasião de danos, o diploma cumulado a possibilidade de responsabilizar o responsável pelo tratamento juntamente com os subcontratantes e responsabilidade solidária, sendo possível o direito de regressar sobre os demais agentes (CRESPO, 2019).

Aponta-se como ponto negativo da LGPD em relação à responsabilidade civil o fato de o ônus da comprovação do preenchimento dos três requisitos para a responsabilização, quais sejam ilicitude, dano e nexo de causalidade, ser dos lesados, conforme exposto no art. 82. Entende-se que o ideal seria atribuir responsabilidade objetiva à pessoa física ou jurídica detentora dos dados de terceiros, uma vez que elevaria o comprometimento com o tratamento adequado de dados, devendo sempre ser possível a inversão do ônus da prova.

4 O TRATAMENTO DOS DADOS PESSOAIS DOS CONSUMIDORES NOS MEIOS DIGITAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS

O artigo 42 é a principal disposição da LGPD que trata da responsabilidade civil dos agentes de tratamento, ou seja, controlador e operador. O encarregado não é considerado agente de tratamento, por força do inc. VIII do art. 5º da LGPD, respondendo de maneira diferenciada por seus próprios atos.

Já o controlador é aquele que detém todo o poder decisório sobre o tratamento de dados, enquanto o operador apenas executa as instruções passadas pelo primeiro, geralmente por força de contrato de prestação de serviços, parceria, sociedade em conta de participação etc. (SOMBRA, 2019).

A premissa do art. 42 é de que o controlador ou o operador respondem pelos danos que causarem, sejam eles materiais ou morais, individuais ou coletivos, por violação à LGPD. Segundo Frazão (2019), o uso da palavra “ou” entre controlador e operador destaca a ideia de que cada um é responsável pelos atos que praticou e pelos danos que causou, não havendo, por via de regra, a aplicação de responsabilidade civil solidária ou subsidiária entre eles.

A responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados se orienta pela regra geral contida nos arts. 186[2], 187[3] e 927[4] do Código Civil.

O nexo causal do dano encontra-se intrinsecamente ligado à violação da LGPD, sendo que, se não houve violação, não se torna aplicável o art. 42, não se configurando ato ilícito.

Na doutrina pátria clássica, o conceito de responsabilidade civil pode ser entendido como:

[...] a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou de animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal (DINIZ, 2020, p. 3).

Do desdobramento do conceito acima, é apresentada a responsabilidade civil objetiva, consoante predispõe o parágrafo único do art. 927 do CC, como aquela responsabilidade que resta caracterizada independentemente da existência da culpa, bastando apenas que se comprove a ocorrência do dano e do nexo de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2010).

Já a responsabilidade civil subjetiva tem os seus fundamentos na caracterização da culpa do agente (DINIZ, 2020). Assim, a culpa deve ser comprovada pela parte que sofreu o dano. A doutrina ensina que:

A responsabilidade civil subjetiva é caracterizada pela consubstanciação da culpa, uma concepção clássica do agente causador do dano através da caracterização da culpa. De modo que a prova da culpa do agente causador é indispensável para que surja o dever de indenizar. A responsabilidade é subjetiva pois depende do comportamento do indivíduo .

Os pressupostos para a ocorrência da responsabilidade civil objetiva apontam três fatos necessários para sua caracterização: a) ação (comissiva ou omissiva); b) dano; c) nexo de causalidade (entre o dano e a ação).

[...]

Não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão.

c) Nexo de causalidade entre o dano e a ação (fato gerador da responsabilidade), pois a responsabilidade civil não poderá existir sem o vínculo entre a ação e o dano. Se o lesado experimenta um dano, mas este não resultou da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente [...]. (DINIZ, 2020, p. 33-34).

Tem-se pois que a responsabilidade civil objetiva independe da culpa. Nessa situação a culpa é presumida.

Segundo Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 67), nexos causal é o “elemento referencial entre a conduta e o resultado. É através dele que poderemos concluir quem foi o causador do dano”.

Contudo, a LGPD criou duas hipóteses de responsabilidade solidária nas quais o operador responderá junto com o controlador pelos danos causados, prevista no § 1º, quais sejam: (i) quando o operador violar da LGPD; e, (ii) quando o operador não seguiu as instruções de tratamento estabelecidas pelo controlador. As duas hipóteses não são cumulativas, apesar de na maioria das vezes o ato de não seguir as instruções impacte diretamente nos princípios estabelecidos na LGPD, ou seja, geram violação indireta da lei (por exemplo, o operador que diferentemente das instruções, compartilhou os dados pessoais em vez de apenas os armazenar, violou o princípio da finalidade e adequação) (FERREIRA; FREITAS, 2020).

Na responsabilidade solidária, pode o credor da indenização cobrar o valor total da dívida toda de qualquer um dos responsáveis solidários, tal como preconiza o art. 264 do Código Civil.

Segundo Tepedino, Frazão e Oliva (2020, s.p.), “ao não seguir as instruções do controlador, o operador se equipara a ele por usurpar o poder decisório sobre o tratamento de dados, daí sua responsabilização, conforme o § 1º do inciso I”.

A primeira hipótese destaca a importância de o operador conhecer e aplicar a LGPD, não podendo depender do controlador para determinar suas ações, do ponto de vista do cumprimento da lei (SOMBRA, 2019).

A segunda hipótese de responsabilização solidária do operador se dá pelo não seguimento das instruções do controlador quanto ao tratamento de dados, o que aumenta a relevância de que tais instruções sejam claras e precisas, não podendo se permitir a existência de obscuridades ou dúvidas. Assim, a comunicação das instruções passará a ser a pedra de torque nas relações jurídicas entre controlador e operador no que toca ao tratamento de dados pessoais (TEPEDINO; FRAZÃO; OLIVA, 2020).

Por fim, se no tratamento de dados houver a participação de mais de um controlador, ambos serão solidariamente responsáveis pelo ressarcimento de dados, mas entre eles poderá haver ação de regresso, nos termos do art. 934 do Código Civil e do § 4º do mesmo artigo.

Assim, é importante observar que à primeira vista, a LGPD pode parecer apontar para uma possível escolha pela responsabilidade civil de ordem subjetiva, visto que não há qualquer menção expressa ao risco inerente à atividade de tratamento de dados e, por outro lado, como expõem Francoski e Tasso (2020), a inversão do ônus da prova, prevista no § 2º do referido artigo, parece ser uma exceção concedida mediante decisão judicial que considerar o titular do dado hipossuficiente na relação com o agente de tratamento para fins de produção de prova.

O art. 43[5] da LGPD traz as excludentes de responsabilidades. O inc. III deste artigo, ao incluir a culpa do titular dos dados, ou de terceiros, como excludente de responsabilidade, também pode levar à conclusão de que a indicação do culpado, seja ele o titular do dado, o controlador ou operador, seria elemento indispensável para a caracterização do dano.

Entretanto, ao analisar os dispositivos citados, percebe-se que a LGPD não declara expressamente qual seria a responsabilidade a ser aplicada. Não há indícios diretos da aplicabilidade de uma conduta negligente, imperita ou imprudente; bem como não há indícios de uma responsabilização independente da culpa. Assim, segundo Ferreira e Freitas (2020), qualquer conclusão é um exercício de hermenêutica a ser realizado pelos operadores do direito.

O art. 45[6] da LGPD, por sua vez, não deixa dúvidas de que quando o tratamento de dados se dá em situações consumeristas aplica-se o CDC.

Também, o CDC é claro no que concerne à adoção do instituto da responsabilidade civil objetiva, conforme pode ser observado nos arts. 12 a 14. Assim, o que se pode deduzir da aplicabilidade do art. 45 da LGPD é que sempre que o titular do dado for qualificado como consumidor poderá invocar a responsabilidade objetiva para pleitear o seu direito.

Do exposto, respondendo ao questionamento levantado para este capítulo - as empresas que não observarem as regras acerca do tratamento sobre os dados pessoais dos consumidores, a partir do marco legal da LGPD, estarão sujeitas às normas de responsabilidade civil, podendo esta responsabilidade ser objetiva? – tem-se que embora em um primeiro momento, a responsabilidade pareça subjetiva por não ser feita menção ao risco inerente à atividade de tratamento de dados, o que parece mais plausível é que

seja aplicada a responsabilidade objetiva já que não cabe ao titular de dados a tarefa de fazer prova da culpa do agente de tratamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa norteou-se a partir de um objetivo geral que foi o de verificar se a Lei Geral de Proteção de Dados assegura a reparação dos danos sofridos por aqueles que possuem dados pessoais em poder de empresas.

O caminho percorrido para o desfecho da presente pesquisa guiou-se a partir de objetivos específicos que delinearão o trajeto metodológico adequado com o intuito de explorar pontos específicos e estratégicos da pesquisa. Para tanto, foi dado destaque ao tratamento jurídico nacional dispensado aos dados pessoais dos indivíduos nos meios digitais a partir das disposições legais da LGPD; e, na sequência, apontou-se quais os deveres recaem sobre as empresas detentoras de dados pessoais nas relações estabelecidas com os consumidores.

Outros paradigmas nortearão a presente pesquisa, e um objetivo específico fundamental para se chegar à conclusão deste estudo foi o de verificar como se dá a responsabilidade civil das empresas no tratamento dos dados pessoais dos consumidores a partir das regras normativas previstas na LGPD e no CDC, de modo a saber se esta responsabilidade é objetiva ou subjetiva.

Verificou-se que a vida em sociedade depende de um complexo arcabouço jurídico capaz de determinar direitos e obrigações, além de garantir que as vítimas de lesões injustas sejam compensadas por quem lhes causou danos. Nos casos dos danos civis, o instituto da responsabilidade civil é indispensável para determinar quais as medidas necessárias para garantir sua reparação.

Na sequência constatou-se que a responsabilidade civil encontra na culpa a sua raiz e impingiu por muito tempo às vítimas o dever de provar que seu algoz, por ação, omissão, imprudência, negligência ou imperícia, realizou, voluntariamente, atitude capaz de lhe causar dano, características inerentes à responsabilidade subjetiva. No entanto, foi destacado que a teoria do risco foi a evolução necessária para a recepção da responsabilidade objetiva, onde não se faz mais necessária a comprovação do elemento culpa, mas apenas a existência do dano e o nexo de causalidade.

Tal teoria foi recepcionada irrestritamente pelo CDC, diante da hipossuficiência da relação de consumo. Com o surgimento de novas tecnologias, tem sido sugerida também como solução eficaz nos casos de decisões automatizadas, determinadas por

algoritmos e inteligência artificial, que tenha o potencial de causar prejuízos a direitos humanos fundamentais, portanto, tem um risco alto inerente à sua operação.

Demonstrou-se também que embora a teoria da culpa ainda tenha destaque no art. 927 do Código Civil, o diploma também acolheu a teoria objetiva, em determinadas hipóteses, onde o risco inerente à atividade impõe a obrigação de reparar os danos eventualmente causados, independentemente da comprovação de culpa pelo agente que causou o dano.

Observou-se que a LGPD, por sua vez, não fez menção à adoção da teoria da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, com exceção dos casos em que se aplicam claramente as normas de defesa do consumidor, ficando a cargo dos operadores do direito a tarefa de decidir qual seria o melhor instituto a ser aplicado na reparação dos danos causados no âmbito do tratamento de dados pessoais.

Desta feita, para solucionar o caso, reputou-se importante considerar todos os princípios e fundamentos da lei que demonstram claramente a relação de hipossuficiência do titular de dados pessoais diante do agente de tratamento, bem como o fato de que o direito, principalmente no campo da tecnologia, evoluiu da responsabilidade subjetiva, que tem a reparação fundada na culpa, para uma tendência moderna à objetivação do instituto na teoria do risco. Não obstante, deve-se observar igualmente a obrigação que os agentes de tratamento têm em prestar contas de maneira proativa quanto à adoção de todas as medidas eficazes para o cumprimento da Lei.

Por fim, como desfecho, foi possível concluir que o silêncio da lei foi eloquente e que, neste contexto, não cabe ao titular de dados a injusta tarefa de comprovar a culpa do agente de tratamento, sendo o instituto da responsabilidade civil objetiva o melhor caminho para garantir a reparação de danos no âmbito da LGPD e proteger de forma adequada os direitos dos titulares de dados pessoais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 3 Set. 2021.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CONFESSORE, Nicholas. Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal and the Fallout So Far. **The New York Times**, Nova York, 04 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>. Acesso em: 3 Set. 2021.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2021.

CRESPO, M.X.F. Compliance Digital. In: CRESPO, M.X.F. **Governança, Compliance e Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** 37 ed. São Paulo: Saraiva. 2020. v. 7.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FRANCOSKI, Denise; TASSO, Fernando. Os Agentes de Tratamento e as Novas Perspectivas do Encarregado nos Órgãos Públicos - Parte I - A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Setor Público. In: FRANCOSKI, Denise; TASSO, Fernando. **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Lgpd**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2021.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

GUILHERME, Luís Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Proteção de Dados: LGPD comentada**. São Paulo: Almedina, 2021.

MAIA, Roberta Mauro Medina. A titularidade de dados pessoais prevista no art. 17 da LGPD: direito real ou pessoal? In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

MALDONADO, Viviane; BLUM, Renato. Art. 1º - Capítulo I. Disposições Preliminares. In: MALDONADO, Viviane; BLUM, Renato. **LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2020.

PENNA, Thomás Murta. Proteção de Dados vs *blockchain*: o armazenamento *off-chain* como garantia de direitos dos titulares de dados pessoais no Brasil. In: PEDROSA, Clara Bonaparte. **Direito e Tecnologia: discussões para o século XXI**. Belo Horizonte: Legal Hackers, 2020. p. 131-158.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Considerações iniciais sobre a proteção jurídica das bases de dados. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords.). **Direito & Internet**, v. II (Aspectos Jurídicos Relevantes). Bauru: Edipro, 2000.

SARTORI, Ellen Carina Mattias. Privacidade e dados pessoais: a proteção contratual da personalidade do consumidor na internet. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 9, ano 3, p. 49-104, out./dez., 2016.

SENADO NOTÍCIAS. **Projeto de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é aprovado no Senado**. 15.08.2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/10/projeto-de-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-e-aprovado-no-senado>. Acesso em: 7 set. 2021.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Fundamentos da regulação da privacidade de proteção de dados**: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SOUZA, Bernardo; OLIVEIRA, Ingrid. Ícones de Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados. In: SOUZA, Bernardo; OLIVEIRA, Ingrid. **Visual Law**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2021. p. 7-23.

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Direitos do titular de dados pessoais na Lei 13.709/2018: uma abordagem sistemática. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (Coords.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. (*e-book*).

NOTAS:

[1] Titulação: Mestre em Prestação Jurisdicional e Direito Humanos (UFT) Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: romulodireito1@gmail.com

[2] 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.

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

[4] 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.

[5] Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem: I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

[6] Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente.

LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR

CAIO WAGNER SIQUEIRA DE MORAIS: Delegado de Polícia do Estado de Pernambuco, especialista em Direito Penal e em Direito Processual Penal pela Uninassau³.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo descrever as limitações constitucionais ao poder de tributar. As limitações, doravante analisadas entre princípios e imunidades tributárias, consistem em normas que dão validade aos preceitos estabelecidos pelo legislador constituinte e servirão de parâmetro para a atuação do Estado na cobrança dos tributos. Sendo assim, o poder de tributar desses entes não é absoluto pois está condicionado aos limites constitucionalmente previstos, também denominados de competência tributária negativa. O poder de exação do Estado é mitigado visando resguardar o contribuinte de possíveis excessos por parte do ente público o que acaba tornando a tributação uma forma de confisco, vedado pelo ordenamento jurídico. Desta forma, analisa-se a seção II do título VI da Constituição Federal e os seus desdobramentos.

PALAVRAS-CHAVE: Limitações. Princípios constitucionais. Imunidades tributárias.

ABSTRACT: The present work aims to describe the constitutional limitations on the taxing power. The limitations now analysed between principles and tax immunities, consist of rules that give validity to the precepts laid down by the legislator constituent and will serve as a parameter for the action of the State in the recovery of taxes. Thus, the power to tax these loved is not absolute because it is constitutionally prescribed limits, conditioning also called negative tax jurisdiction. The exação power of the State is mitigated in order to protect the taxpayer from possible excesses on the part of the public entity which ends up making taxation a form of confiscation, sealed by the legal system. In this way, the section II of title VI of the Federal Constitution and its developments.

KEYWORDS: Limitations. Constitutional principles. Tax immunities.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa abordar a temática das Limitações ao Poder de Tributar previstas pela Constituição Federal, sendo caracterizada como o conjunto de princípios e imunidades que disciplinam os balizamentos da competência tributária do fisco, isto é, a

³ E-mail: caiwagner@gmail.com

delimitação do poder tributário do Estado de criar e arrecadar tributos. Eduardo Sabbag aduz que:

A Constituição Federal impõe *limites ao poder de tributar*, ou seja, limites à invasão patrimonial tendente à percepção estatal do tributo. Essas limitações advêm, basicamente, dos princípios e das imunidades constitucionais tributárias que estão inseridas nos arts. 150, 151, e 152 da Carta Magna (SAABAG, 2012, pag. 56)

No primeiro momento haverá uma breve explanação acerca da introdução ao estudo do direito tributário, a fim de promover uma melhor compreensão das limitações constitucionais ao poder de tributar, objeto central do presente artigo.

Em segundo momento, serão analisados minuciosamente cada princípio limitador bem como as imunidades tributárias com o objetivo de esclarecer a sua relevância para o funcionamento da atividade do Fisco e o impacto que constitui para os contribuintes. Por fim, serão expostos de maneira genérica os princípios oponíveis à União como forma de evitar a tributação desleal entre os entes da federação.

A temática trazida pelo presente artigo é de suma importância pois traz à baila proteções constitucionais asseguradas ao contribuinte como medidas eficazes contra a sede arrecadatória do Estado tendentes a causar prejuízos patrimoniais irreparáveis aos cidadãos. Acaba por contribuir, desta forma, para a segurança jurídica e o equilíbrio fiscal.

1. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA

O poder de tributar emana do Estado e configura a principal fonte de arrecadação de valores aos cofres públicos. As receitas públicas são originariamente divididas entre originárias e derivadas.

Entende-se por receitas originárias aquelas provenientes da exploração do próprio patrimônio do Estado, relação em que o ente político estará no mesmo nível obrigacional do particular com quem se relaciona.

Já as receitas derivadas, são aquelas advindas da exploração do patrimônio do particular, como, entre outros, a tributação. Neste caso estarão presentes as normas de direito público de superioridade, indisponibilidade e supremacia do interesse público, por isso o interesse público deve se sobrepor ao interesse privado.

Para o respeitável doutrinador Eduardo Sabbag (2012, 58):

É cediço que o Estado necessita, em sua atividade financeira, captar recursos materiais para manter sua estrutura, disponibilizando ao cidadão-contribuinte os serviços que lhe compete, como autêntico provedor das necessidades coletivas. A cobrança de tributos se mostra como uma inexorável forma de geração de receitas, permitindo que o Estado suporte as despesas necessárias à consecução de seus objetivos.

Aplicando-se a máxima da legalidade tributária e temendo a utilização arbitrária do poder de tributar conferido ao Estado, o legislador editou o Código Tributário Nacional, para regulamentar as diretrizes fixadas na carta magna. Apesar de editado como uma mera lei sabe-se que hoje o Código Tributário Nacional foi recepcionado pela atual Constituição de 1988 com status de lei complementar.

Destarte, é de suma importância ressaltar o conceito de tributo estampado no artigo 3º do Código Tributário Nacional:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Através dessa definição é possível extrair importantes parâmetros que o legislador fixou para que só assim seja possível haver a tributação.

Primeiramente, tributo é algo compulsório, ou seja, independe da vontade do contribuinte por ser algo instituído em lei. Segundo, não poderá constituir sanção de ato ilícito, pois para esse tipo de situação são instituídas as multas.

O tributo não será sanção por ato ilícito, mas não será levada em consideração para fins de tributação a origem que desencadeou o fato gerador. Ou seja, se trata do princípio tributário do "*Pecunia non olet*", em que é possível a tributação de atividade com origem ilícita. Portanto, basta que haja a prática de um fato gerador para que a tributação se faça presente.

Tal princípio encontra fundamento no artigo 118 do Código Tributário Nacional, que prevê que o fato gerador do tributo será interpretado abstraindo-se da validade jurídica bem como da natureza do seu objeto ou seus efeitos.

Por fim, o tributo será cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, pois, por se tratar de crédito público, é do interesse de toda a população. Não pode o gestor público dispor sobre a cobrança de tributos, pois é algo que já foi previamente estabelecido em lei.

A preocupação do legislador originário em estabelecer limites ao poder conferido ao Estado de cobrar tributos é assegurada pela criação da seção II dos artigos 150 ao 152 da Constituição Federal. Tais dispositivos estão relacionados com a competência tributária negativa e trarão princípios e regras constitucionais que servirão como base para a tributação pelos entes públicos.

Vale ressaltar que tais limitações presentes na Constituição Federal são um rol meramente exemplificativo e não taxativo. Ou seja, o próprio artigo 150 da carta magna em seu texto deixa claro que as garantias ali asseguradas não geram prejuízo de outras garantias que por ventura possam existir para o contribuinte.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal na ADI 839-2/DF definiu que tais limitações constitucionais ao poder de tributar são formas de garantias dos direitos individuais e serão tratadas como cláusulas pétreas, não podendo, portanto, ser livremente suprimidas ou diminuídas. Conforme prevê o artigo 60 parágrafo 4º IV da Constituição Federal.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONALMENTE LIMITADORES DO PODER DE TRIBUTAR

Iniciaremos agora o estudo detalhado dos conceitos e princípios elencados na Constituição Federal que servem como obstáculo para a ânsia arrecadatória do estado e protegem o contribuinte contra possíveis abusividades do poder de exação do Estado.

O exímio professor Sacha Calmon Navarro Coelho traz a seguinte reflexão acerca dos princípios limitadores:

Os princípios constitucionais dizem como devem ser feitas as leis tributárias, condicionando o legislador sob o guante dos juízes, zeladores que são do texto dirigente da Constituição Federal. (COELHO, 2006, pag. 171)

O artigo 150 da Constituição Federal em seu caput traz o seguinte comando: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: O primeiro inciso corresponderá ao Princípio da Legalidade, que é justamente o conceito trazido pela própria constituição em seu artigo 5º II que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Se tratando da legalidade tributária, o aumento ou criação dos tributos está condicionado à edição de uma lei prévia, em regra ordinária, aprovada com quórum de maioria simples e admitindo a utilização da medida provisória.

Há casos excepcionais trazidos pela própria constituição em que somente a edição de uma lei complementar poderá tratar sobre casos que envolvam Empréstimo

compulsório, Imposto sobre grandes fortunas, impostos ou contribuições residuais. Vale ressaltar que em tais situações é vedada a utilização da medida provisória.

O texto constitucional apenas menciona o princípio da reserva legal para a exigência ou aumento de tributos. Entretanto, utilizando-se do paralelismo das formas, é possível afirmar que para a extinção ou redução dos tributos também é exigido o respeito a esse princípio.

O código tributário nacional em seu artigo 97 incisos I e II também reserva à lei a competência de instituir os tributos, extinguir, majorar ou reduzir estes.

Apesar da extrema legalidade presente no ramo do direito tributário, há específicas exceções que é imprescindível mencioná-las. São exceções ao princípio da legalidade e podem ser alteradas por meio de ato do poder executivo como, por exemplo, o decreto: as alíquotas do Imposto de importação (II), imposto de exportação (IE), imposto sobre produtos industrializados (IPI) e o imposto sobre operações financeiras (IOF). Com o advento da Emenda Constitucional 33/2001 a CIDE combustíveis e o ICMS Combustíveis também não respeitarão o princípio da legalidade para que possa sofrer redução ou restabelecimento em suas alíquotas.

Existem mais duas exceções não abrangidas pelo princípio da legalidade, são elas: a fixação de prazo para recolhimento do tributo e a atualização monetária da base de cálculo dos tributos dentro dos índices oficiais

Para essa última exceção, vale mencionar a súmula 160 do STJ que traz o seguinte texto: "É defeso, ao Município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária".

O código tributário Nacional também menciona essa exceção da atualização monetária no artigo 97 parágrafo 2º.

Será abordado agora o princípio da isonomia, consagrado no inciso II do artigo 150 da Constituição Federal como sendo mais uma das limitações ao poder de tributar.

O princípio da isonomia na seara tributária é justamente a proibição de tratar de forma desigual contribuintes que estejam em situação equivalente.

Logo, deve-se levar em consideração outro princípio, denominado de capacidade contributiva, em que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados de acordo com as condições econômicas do contribuinte. Esse entendimento encontra-se no artigo 145 da carta magna.

O imposto de renda é dotado de progressividade, ou seja, suas alíquotas serão alteradas de acordo com o grau de riqueza manifestado pelo contribuinte, exemplo fidedigno que respeita a capacidade contributiva e o princípio da isonomia.

Outro ponto importante de tal artigo é a proibição de haver distinção de tributação em razão da ocupação ou função exercida, independente da denominação jurídica que lhes foi dada. O objetivo dessa imposição é evitar que fossem dados indevidos benefícios fiscais e que fosse respeitada a justiça social.

Vale salientar que os incentivos fiscais não são proibidos como um todo pelo ordenamento jurídico, sendo autorizados como forma de se alcançar o princípio da isonomia, igualando os que se encontram em situação de desigualdade. Um exemplo disso é a zona franca de Manaus, em que foram dados incentivos fiscais como forma de desenvolvimento regional e social daquela região menos favorecida.

Outra importante forma de limitação tributária é o princípio da segurança jurídica ou da não surpresa, que se desdobra em três regras em favor do contribuinte, sendo elas: Irretroatividade, anterioridade anual e anterioridade nonagesimal. Essas regras surgem como forma de assegurar o respeito à segurança jurídica nas relações de tributação, sendo elas com relação a fatos passados ou futuros.

Um dos corolários desse princípio é a irretroatividade, que consagra o respeito do ordenamento jurídico aos sistemas jurídicos passados. Logo, é vedado que uma nova lei seja aplicada a fatos geradores ocorridos anteriormente a sua vigência. Sem ela, não haveria a menor segurança jurídica, e, por isso, o código tributário nacional no seu artigo 105 acentua esse entendimento e afirma que a "a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes".

Com isso, a fundamentação legal a ser usada será a vigente à época do lançamento tributário.

O princípio da anterioridade anual é uma das principais formas de proteção ao contribuinte, pois veda expressamente em seu texto que sejam cobrados tributos no mesmo exercício financeiro que este houver sido instituído. Exercício financeiro coincidirá com o ano civil, ou seja, de 1 de Janeiro a 31 de Dezembro. É uma forma de ajudar o contribuinte a ter mais tempo para se organizar financeiramente e para que ele não seja pego de surpresa com a cobrança inesperada de um novo tributo.

Outrossim, o princípio da anterioridade nonagesimal ou da noventena, surgiu com a Emenda Constitucional 42/2003 e estabelece o lapso temporal mínimo de 90 dias para que um novo tributo possa ser cobrado pelo ente público.

O professor Rafael Novais, faz a seguinte explanação acerca da aplicação das anterioridades:

Ambas as anterioridades (anual e nonagesimal) existem como regra no nosso ordenamento e contam-se do mesmo momento: a publicação da lei. A aplicação não consistirá na inicial utilização da anterioridade (anual) para, só após, iniciar-se a outra (noventena). Ambas serão aplicadas ao mesmo tempo e iniciando-se no mesmo momento da publicação. (NOVAIS, 2018, pag. 116)

Ou seja, será aplicada a anterioridade que for mais benéfica ao contribuinte a depender do caso concreto.

Os princípios das anterioridades comportarão pontuais exceções objetivando dar maior flexibilidade a determinados tipos de impostos, que recebem a denominação de "extrafiscais". Um exemplo de tais exceções ocorre na instituição de empréstimos compulsórios em caso de guerra externa ou calamidade pública e no imposto extraordinário de guerra, que pela urgência de tais situações não necessitam respeitar ambas as anterioridades.

Outra limitação ao poder de tributar surge com o artigo 150 inciso IV da Constituição federal, com o princípio denominado de Vedação ao Confisco. Tal garantia está respaldada no direito de propriedade, não podendo a população ter o seu patrimônio lapidado de forma abusiva para manutenção da máquina pública.

Sobre tal vedação, afirma Ricardo Alexandre (2016, pág. 149):

Tributo confiscatório seria um tributo que servisse como punição; já tributo com efeito confiscatório seria o tributo com incidência exagerada e forma que, absorvendo parcela considerável do patrimônio ou da renda produzida pelo particular, gerasse neste e na sociedade em geral uma sensação de verdadeira punição. As duas situações estão proibidas, a primeira (confisco) pela definição de tributo (CTN, art 3º); a segunda (efeito confiscatório) pelo art. 150 IV da CF/1988.

Para saber se um tributo tem fim de confisco ou não, deve-se analisar o mesmo sob o princípio da capacidade contributiva juntamente com as especificidades do caso concreto.

Apesar da literalidade do texto constitucional não mencionar as multas, atualmente o Supremo Tribunal Federal entende se aplicar também a estas o princípio da vedação ao confisco.

O princípio da liberdade de tráfego protege a liberdade de locomoção, garantia individual, de pessoas ou de bens, não podendo esta ser restringida por meio da cobrança de tributos interestaduais ou intermunicipais. O dispositivo faz uma ressalva quanto à cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo poder público. Entretanto, sabe-se hoje que o entendimento da Suprema corte quanto ao pedágio é que este tem natureza de tarifa, seja cobrado por empresa privada ou pelo próprio poder público. Portanto, tal ressalva atualmente se faz desnecessária, pois o pedágio não tem mais natureza de tributo.

3.IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

As imunidades tributárias surgem como complemento aos princípios elencados no capítulo das limitações ao poder de tributar, presentes no bojo do artigo 150 da Constituição Federal.

O professor Sacha Calmon Navarro Coelho também traz importante definição acerca das imunidades tributárias:

As imunidades expressas dizem o que não pode ser tributado, proibindo ao legislador o exercício da sua competência tributária sobre certos fatos, pessoas ou situações por expressa determinação da Constituição (não-incidência constitucionalmente qualificada) (COELHO, 2006, pág. 171)

A hipótese de incidência consiste na previsão legal de situações eleitas como, tributáveis pelo legislador. As imunidades tributárias serão casos em que haverá uma não incidência em situações delimitadas pela norma constitucional.

É importante deixar claro que as imunidades não se confundem com as isenções. Esta surgirá como forma de exclusão do crédito tributário previsto no artigo 175 do Código tributário nacional enquanto que aquela é hipótese de não incidência que detém previsão constitucional. Ademais, a interpretação das isenções será de forma literal e não geram direito adquirido, enquanto que as imunidades tributárias admitem a inclusão de jurisprudência e analogia e tem caráter de cláusulas pétreas.

Visto aspectos fundamentais acerca do conceito das imunidades tributárias, passaremos a tratar das cinco imunidades genéricas trazidas pelas alíneas do inciso VI do artigo 150 da carta magna. Vale ressaltar que tais imunidades serão aplicadas exclusivamente aos impostos. Logo, as demais espécies de tributos não serão imunes à cobrança de tributos.

A primeira espécie trazida pela alínea a do dispositivo acima mencionado é denominada de imunidade recíproca, em que a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal entes autônomos entre si, se comprometem a não cobrar impostos entre si acerca de seus patrimônios, rendas e serviços. A desoneração também será extensiva às autarquias e fundações mantidas pelo poder público no tocante as suas finalidades essenciais, conforme previsto no parágrafo 2º do artigo 150 da constituição federal. Tal imunidade visa proteger o patrimônio público e toda a estrutura administrativa na prestação do serviço público.

Segundo Alexandre de Moraes (2009, pág. 882):

No intuito de assegurar a permanência do equilíbrio no Pacto Federativo brasileiro, a Constituição repetiu tradicional regra impeditiva de cobrança recíproca de impostos entre os entes federativos.

Outra forma de limitação é a imunidade religiosa, que abrange templos de qualquer culto. Tal imunidade visa proteger o direito à liberdade de culto sem preconceitos ou dogmas.

Acerca do termo "templo", usado pelo legislador constituinte, o Supremo Tribunal Federal, no RE 325.822/SP pacificou o entendimento conforme demonstrado na ementa a seguir:

Instituição religiosa. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. A imunidade prevista no art. 150, VI, 'b', CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas. O § 4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas 'b' e 'c' do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas.

A próxima imunidade a ser exaurida é a das instituições, em que será desonerado da cobrança de impostos os partidos políticos e suas fundações, entidades dos trabalhadores, entidades de educação e assistência social sem fins lucrativos. Tal benefício visa prestigiar a atuação social de cada uma dessas instituições.

Essas imunidades não são autoaplicáveis, pois devem respeitar os seguintes requisitos trazidos pelo artigo 14 do Código tributário nacional:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Preenchidos esses requisitos, será possível a aplicação do benefício da imunidade tributária.

Um importante entendimento sobre tal temática é o que está disposto na súmula vinculante 52, que aduz:

Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, "c", da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas.

Vale ressaltar que o teor de tal súmula também é aplicável à imunidade religiosa.

A imunidade cultural corresponde àquela concedida aos livros, jornais e periódicos e ao papel destinado à sua impressão, vislumbrada na alínea d do artigo 150 VI da constituição federal. Tal imunidade foi pensada como forma de expandir o acesso à cultura ao baratear a aquisição de tais obras.

Em seus julgados, a Suprema corte expande a aplicação da imunidade cultural a apostilas, lista telefônica, álbum de figurinhas e nos recentes entendimentos compreende também a imunidade aos livros, jornais e periódicos em formato digital.

Por fim, a última imunidade corresponde a uma inovação acrescentada pela Emenda Constitucional 75/2013, denominada de imunidade musical nacional. Esse benefício alcançará somente os fonogramas e videofonogramas nacionais que contenham obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros ou obras em geral, mas que sejam interpretadas por artistas brasileiros. Os suportes materiais ou arquivos digitais também gozam de imunidade, exceto a etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser. A replicação das demais formas de mídias serão sim beneficiadas com a imunidade.

Ante o exposto, foram exaustivamente explanadas todas as imunidades genéricas trazidas no bojo da carta magna. Entretanto, além das imunidades previstas na Constituição, é importante registrar que há também imunidades específicas que irão retirar a incidência de alguns tributos em situações pontuais de acordo com as

necessidades identificadas pelo legislador. Como exemplo da imunidade do Imposto sobre produtos industrializados (IPI) destinados ao exterior.

4. PRINCÍPIOS OPONÍVEIS À UNIÃO

O legislador constituinte na seção das limitações ao poder de tributar delimitou princípios que serão destinados exclusivamente à união. Tal especificidade justifica-se pelo vasto poder de tributar da união em todo território nacional e para assegurar a isonomia e autonomia dos entes federados.

Tais princípios estão dispostos nos incisos I, II e III do artigo 151 da Constituição Federal, sendo estes denominados pela doutrina como: Princípio da unidade geográfica, princípio da uniformidade na tributação da renda e princípio da proibição de isenções heterônomas.

Conceituaremos a seguir de forma breve e objetiva cada um desses princípios. O primeiro deles, denominado de unidade geográfica, institui uma vedação de tributação não uniforme entre os entes da federação por parte da União.

Sobre tal assunto, o professor Rafael Novais traz a seguinte reflexão:

Entre os entes tributantes, a União detém do poder de tributar em todo o território nacional e, desse modo, não poderá realizar discriminações, beneficiando ou prejudicando Estados, Distrito federal ou Municípios. A realização de diferenciações tributárias poderia ferir a noção de “pacto federativo” estabelecida no art. 1º da Carta Magna, pois alguns entes se beneficiariam em detrimento de outros, cultivando a existência de desigualdades. (NOVAIS, 2018, pág. 127)

Entretanto, o mesmo inciso faz a ressalva de que serão permitidos incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país.

O exemplo mais claro em que se vislumbra essa exceção é a Zona Franca de Manaus, incentivo fiscal concedido pelo artigo 40 do ADCT tornando área de livre comércio de exportação e importação.

O princípio da uniformidade da tributação da renda, o exímio professor Ricardo Alexandre se posiciona no seguinte sentido:

A restrição aplicável exclusivamente ao imposto sobre a renda, visa evitar que a União utilize o tributo como um meio de concorrer

deslealmente no “mercado” de títulos da dívida pública e na seleção de servidores públicos. (ALEXANDRE, 2014, pág. 134)

A vedação trazida pelo inciso II do artigo 150 da Carta Magna tem o condão de evitar que a União utilize de forma arbitrária a sua competência tributária ativa quanto ao imposto de renda e venha a se beneficiar de forma ilícita e desleal.

Por fim, o princípio da proibição de isenções heterônomas é a vedação que a União tem de instituir isenção de tributos de competência dos Estados, Distrito federal ou municípios pois assim estaria usurpando da capacidade tributária ativa desses entes e ferindo a autonomia federativa.

Entretanto, há três situações em que é plenamente possível que a União institua isenções heterônomas. A primeira delas, é a isenção do ICMS sobre operações ao exterior, de competência dos Estados, mas que por meio de lei complementar a União poderá dispensá-lo, segundo estabelecido pelo artigo 155 parágrafo 2º XII e da Constituição federal.

Um exemplo dessa isenção está na Súmula 71 do STJ: O bacalhau importado de país signatário do GATT é isento do ICM.

A segunda exceção está prevista também na carta magna em seu artigo 156 parágrafo 3º II, dispõe que na cobrança do ISSQN sobre exportações, originalmente de competência dos Municípios, a União por meio de lei complementar poderá isentá-lo.

Por fim, a última exceção é proveniente de decisões das cortes superiores que entenderam que quando a União, representada pela figura do Presidente da república agindo como chefe de estado, no âmbito externo, na celebração de tratados e convenções internacionais, não será aplicado as isenções heterônomas.

Nesse sentido, a ADI 1.600/UF dispõe que:

Âmbito de aplicação do art. 151, CF, é o das relações das entidades federadas entre si. Não tem por objeto a União quando esta se apresenta na ordem externa. Não incidência sobre a prestação de serviços de transporte aéreo de passageiros – intermunicipal, interestadual e internacional.

O artigo 152 encerra a seção das limitações constitucionais ao poder de tributar, e prevê que é terminantemente proibido que os Estados, Distrito Federal ou Municípios institua qualquer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. Tal vedação não se aplica à União, que poderá

realizar tratativa diferenciada buscando equalizar o desenvolvimento entre os estados da federação.

O Supremo Tribunal Federal se posicionou acerca de relevante discussão envolvendo tal princípio, sobre o IPVA e a impossibilidade na diferença das alíquotas quanto a procedência dos veículos importados, afirmou que se o artigo 152 da Constituição Federal estabelece a isonomia tributária, impedindo tratamento diferenciado dos contribuintes em razão da procedência e destino de bens e serviços, vinculando Estados e Municípios, não se pode conceder que a alíquota do IPVA seja uma para os veículos de procedência nacional e outra, maior, para os importados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É incontestável a necessidade de o Estado cobrar tributos ao cidadão-contribuinte com a finalidade de captar recursos necessários à manutenção das entidades públicas e dos serviços por elas prestados à população. A tributação constitui a principal forma de receita derivada do Estado e provavelmente sem ela levaria a uma profunda desordem econômica e o conseqüente falecimento do *Estado* Democrático de Direito Brasileiro.

Contudo, a tributação de natureza confiscatória é um ilícito e configura uma forma de violação a liberdade individual e à propriedade privada, devido à característica impositiva dos tributos. É partindo desta linha de raciocínio que o legislador criou institutos no Texto Maior visando impedir que esta faculdade do Estado tivesse uma acentuada natureza confiscatória para o contribuinte.

Portanto, se verifica que a própria Constituição Federal cria maneiras para impedir a excessiva tributação para que ela não apresente caráter confiscatório, de forma que o legislador o fez por meio de limitações explícitas, implícitas e também por meio dos princípios que regem toda e qualquer ciência.

Mesmo com essas limitações constitucionais a carga tributária brasileira é altíssima e não existe equilíbrio no sistema tributário, que está longe de atender as necessidades da sociedade como um todo. A população não recebe o devido retorno do dinheiro gasto com os impostos e essa ausência de políticas públicas faz com que a inadimplência e a prática de ilícitos para burlar a tributação seja cada vez mais crescente.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 8º ed. rev., atual. e ampl. RJ: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

AMARO, Luciano . **Direito tributário brasileiro**. 20º ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 out. 2018.

BRASIL. Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966 (Código tributário Nacional). **Planalto**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em 01.11.2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 325.822/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 18.12.2002. DJ. 14.05.2004, p. 33.

COELHO. Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 9º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NOVAIS, Rafael . **Direito tributário facilitado** . 3º edição. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 839. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14778592/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-839-df-stf>. Acesso em novembro de 2018

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1600. Relator Ministro Sydney Sanches. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1442>. Acesso em novembro de 2018

A VULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES EM RELAÇÃO AO COMÉRCIO ELETRÔNICO

DANIELE DA SILVA NOGUEIRA:
Graduanda em Direito pela Faculdade metropolitana de Manaus - FAMETRO4

RESUMO: O presente trabalho tem a ideia central de estudar a vulnerabilidade dos consumidores brasileiros no que tange ao comércio eletrônico, dissertando sobre as garantias fundamentais no direito pátrio e discorrendo sobre a relevância de sua eficiência e eficácia, apresentando as fragilidades dos consumeristas. Descreve sobre os termos: consumidor e fornecedor, empregando-se dos conteúdos retirados da legislação brasileira de consumo. Ademais, apresenta a parte da conjectura a qual o consumidor é um sujeito exposto ao adquirir produtos e serviços ou simplesmente se expor a práticas do mercado. Ressalta em relação as novas tecnologias de informação o que trouxeram consigo um novo modelo de relação comercial e dessa forma a sociedade contemporânea foi obrigada a acompanhar tal inovação, no entanto é nítido que os instrumentos de proteção nesse cenário são deficientes, assentindo várias lacunas à serem completas. Aborda o contexto contemporâneo no qual está inserido o comércio eletrônico e de seus reflexos no agravamento da vulnerabilidade. Examina a respeito da evolução histórica e criação do Código de Defesa do Consumidor que se trata de uma norma de ordem pública e interesse social, a qual foi elaborado pela Constituição Federal com o objetivo de resguardar os direitos básicos do cidadão. Além disto, sendo elucidados neste tema os princípios norteadores desta diretriz.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Defesa do Consumidor. Comércio Eletrônico. Vulnerabilidade. Consumidor. Constituição Federal.

ABSTRACT: The present work has the central idea of studying the vulnerability of Brazilian consumers in relation to electronic commerce, discussing the fundamental guarantees in Brazilian law and discussing the relevance of its efficiency and effectiveness, presenting the weaknesses of consumerists. Describes the terms: consumer and supplier, using the contents taken from the Brazilian consumer legislation. Furthermore, it presents the part of the conjecture to which the consumer is an exposed subject when purchasing products and services or simply being exposed to market practices. It emphasizes in relation to new information technologies that they brought with them a new model of commercial relationship and thus contemporary society was forced to follow this innovation, however it is clear that the protection instruments in this scenario are deficient, allowing for several gaps to be complete. It addresses the contemporary context in which electronic commerce is inserted and its consequences in the worsening

4 E-mail: 98.danielenogueira@gmail.com

of vulnerability. It examines the historical evolution and creation of the Consumer Defense Code, which is a rule of public order and social interest, which was elaborated by the Federal Constitution with the objective of safeguarding the basic rights of citizens. In addition, the guiding principles of this guideline are elucidated in this theme.

KEYWORDS: Consumer Protection Code. E-commerce. Vulnerability. Consumer. Federal Constitution.

SUMÁRIO: Introdução, 1. Como surgiu o direito consumerista, 1.1 Definição de consumidor conforme a lei nº 8.078/90 e na concepção de alguns autores, 1.2 Conceitos legais de fornecedor; 2. Da vulnerabilidade como princípio básico fundamental, 2.1 A vulnerabilidade Técnica informal no comércio eletrônico, 2.2 A vulnerabilidade fática ou sócio econômica no comércio eletrônico, 2.3 A vulnerabilidade jurídica no comércio eletrônico; 3. Os direitos do consumidor e o comércio eletrônico, 3.1 Direitos básicos protetivos fundamentais aos consumidores; 4. Da Jurisprudência sobre o princípio da vulnerabilidade no comércio virtual, 4.1 Casos concretos de dano sofrido no comércio eletrônico ao consumerista; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O tema elaborado é de suma importância para contemporaneidade, pois com o avanço tecnológico, o comércio virtual ademais cresceu de forma que essa expansão inopinada conclui por trazer tais benefícios como danos para o consumidor.

O reconhecimento do consumidor, como pessoa alvo de atenção e cuidados especiais no mercado, porta base na Carta Constitucional e no Código de Defesa do consumidor, causa pela qual está proteção é simples e notória: o consumidor é o elo mais fraco da economia e é relevante que uma norma venha lhe atribuir uma tutela maior.

A pesquisa elaborada tem como finalidade ajudar a fim de que haja um melhor entendimento sobre a demanda pleiteada, realizando um estudo historial em cima do assunto e salientar sobre os importantes aspectos conceituais e doutrinários.

O Código de Defesa do Consumidor, tem função de regulamentar as relações entre os fornecedores e consumidores. O comércio eletrônico teve uma representação, a qual o CDC não estava pronto. O crescimento neste meio de comércio, também teve um aumento nas demandas judiciais, envolvendo consumidores que se sentiam prejudicados.

A mudança das relações de consumo para o mundo on-line, alterou o comportamento do consumidor, em especial no que tange a forma como compra, busca meio de entretenimento, se comunica e paga pelos bens e serviços adquiridos.

Não obstante da disponibilidade e aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, realizados com a intenção de proteger os usuários do comércio eletrônico, garantindo-lhes a proteção e as garantias básicas ao cidadão, também assegurando o desenvolvimento do comércio digital, entretanto é de suma importância o surgimento de uma legislação mais específica.

O comércio eletrônico, se tornou importante meio de consumo nos dias atuais. Nesse contexto, as inovações surgem a cada dia e, claramente, a legislação acompanha um ritmo muito mais lento do que os necessários para regulamentar de forma efetiva as relações no cenário virtual.

Ante o exposto, o presente trabalho analisa de forma jurídica como a jurisprudência em suas decisões trata os casos concretos consumeristas em relação ao comércio virtual.

1. COMO SURTIU O DIREITO CONSUMERISTA

A constituição Federal a qual estabelece em seu (art. 1º, III, CF) a dignidade da pessoa humana, que é um dos princípios fundamentais para o Direito do cidadão brasileiro, exigindo que cada pessoa seja respeitada em sua individualidade, atentando-se para suas necessidades especiais, e que cada um venha receber um tratamento igualitário. (MOURA E BESSA, 2010, p. 37).

Deste modo, a Constituição Federal de 1988 introduziu um novo patamar de proteção ao consumidor, estabelecendo como direito fundamental (art. 5º, XXXII) a necessidade do Estado promover a sua defesa e concedendo prazo de 120 (cento e vinte dias) dias para que o Código de Defesa do Consumidor fosse elaborado (art. 48 do ADCT).

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1090) foi elaborado, a qual é uma norma de ordem pública e interesse social que se destacou de modo especial, individual de outras leis vigentes no país, segundo os autores. (MOURA E BESSA, 2010, p. 17).

A Carta Magna em seu artigo 170, determinou que toda e qualquer atividade econômica desenvolvida no Brasil levará em conta a defesa do consumidor, visando para o consumidor como destinatário de atenção e cuidados especiais. (MOURA E BESSA, 2010, p. 37).

Sendo assim, as atividades econômicas brasileiras devem se organizar de modo que haja equilíbrio nas relações consumeristas, e respeito a fragilidade do consumidor seja ela qual for, bem como obedecendo a ordem pública constitucional. (Art. 170, inc. V, CF).

1.1 Definição de consumidor conforme a lei nº 8.078/90 e na concepção de alguns autores

O consumidor é aquele que adquire ou utiliza produtos ou serviços para fins próprios. O Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu artigo 2º define como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Assim, a lei de consumo deixa dúvidas de que o cidadão individualmente considerado (pessoa jurídica ou física) é consumidor nos termos da lei.

O autor José Geraldo Brito Filomeno (2018, p. 70) em sua concepção relata que há três acepções para o consumidor:

Sob o ponto de vista econômico, consumidor é considerado todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de outros bens. Trata-se, como se observa, da noção asséptica e seca que vê no consumidor tão somente o homo econômico, e como partícipe de uma dada relação de consumo, sem qualquer consideração de ordem política, social ou mesmo filosófico-ideológica.

Do ponto de vista psicológico, considera-se consumidor o sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo. Nesse aspecto, pois, perscruta-se das circunstâncias subjetivas que levam determinado indivíduo ou grupo de indivíduos a ter preferência por este ou aquele tipo de produto ou serviço, preocupando-se com tal aspecto certamente a ciência do marketing e da publicidade, assumindo especial interesse quando se trata sobretudo dos devastadores efeitos dessa, se enganosa ou tendenciosa, diante das modernas e sofisticadas técnicas do mencionado marketing e merchandising.

Já do ponto de vista sociológico é considerado consumidor qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, mas pertencente a uma determinada categoria ou classe social. Eis aí

o elo entre o chamado “movimento trabalhista ou obreiro” ou ainda “sindicalista” e o “movimento consumerista”, vez que, por razões evidentes, a noção de melhor qualidade de vida pressupõe certamente o próprio pode aquisitivo para dar vazão ao desejo de consumir produtos e contrata serviços, em maior escala, e igualmente de melhor qualidade. (2018, p 70).

Na concepção de Diniz, é definida esta categoria em quatro pontos os quais são: pessoa jurídica ou física que adquire produto ou serviço sendo o receptor final, a coletividade de pessoas que intervém na relação de consumo, aquele que usufruir do produto ou serviço e por último o cidadão que adquire produtos para uso próprio, sem a pretensão de vendê-los. (DINIZ, 1998, p. 818).

Assim é a cognição de Cláudia Lima, a respeito do artigo 2º do (CDC), sendo o destinatário final como destinatário fático do produto, tornando-se aquele que adquire do mercado e de imediato o utiliza, o consome, este é o destinatário fático. (MARQUES, 2002, p. 254).

Desta forma, podemos concluir de que o consumidor é classificado como pessoa jurídica ou física, que compra produtos ou serviços para o seu próprio benefício, a qual o produto não pode mais ser revendido e nem tampouco pode ser transformado em outros produtos para a revenda, a lei é bastante clara em seu artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), ao dizer que deve ser utilizado para o uso próprio do consumidor, onde este é o destinatário final.

1.2 Conceitos legais de fornecedor

O código de Defesa do consumidor em seu art. 3º expressa o conceito de fornecedor, que este é definido como:

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

Na visão do autor Joao Batista de Almeida, o conceito de fornecedor não é somente quem realiza produção ou fabrica, como também quem comercializa milhares de produtos em pontos de vendas no território. Diante disso, o conceito de fornecedor se afasta da definição de consumidor, pois o consumidor é o destinatário final, mas o

fornecedor pode ser o fabricante, intermediário ou o comerciante, basta que esta atividade seja sua profissão principal. (ALMEIDA, 2015, p. 65).

Diante disso, o fornecedor é o indivíduo que se entrega em caráter habitual em promover produtos ou serviços ao consumidor, visando como objetivo acarretar lucros sobre esta atividade. Acontecendo então a relação de consumo.

2. DA VULNERABILIDADE COMO PRINCÍPIO BÁSICO FUNDAMENTAL

No artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, podemos notar os princípios básicos nas relações de consumo, que buscam o equilíbrio nas relações consumeristas. Todos os princípios fundamentais estão compostos neste artigo, os quais visam as necessidades dos consumidores, consideração por sua saúde, dignidade, segurança, assim como, seus interesses econômicos melhoria na qualidade de vida, transparência e harmonia nas relações entre eles.

O primeiro princípio básico da Política Nacional de Defesa do Consumidor na norma consumerista a ser referido em seu artigo 4º, inciso I do (CDC) é a vulnerabilidade, que é reconhecida a fragilidade do consumidor em frente à relação de consumo. Este princípio é a fortaleza da matéria consumerista.

A vulnerabilidade é o ponto fundamental do Código de Defesa do Consumidor, a lei nº 8.078/1090, parte da ideia de que o consumidor é sempre a parte vulnerável ao se expor a prática do mercado de consumo, e na realidade, isso é traduzido na insuficiência, na fragilidade de o consumidor se manter ileso das práticas lesivas sem alguma interferência auxiliadora. (MOURA E BESSA, 2010, p. 39).

João Batista de Almeida (2015, p.72), apresenta o princípio da vulnerabilidade:

Trata-se do pilar básico que envolve a problemática do consumidor, a servir de justificativa eficiente de sua tutela. Além do reconhecimento universal desse princípio por manifestação da ONU, há, no plano interno, aceitação implícita na Constituição da República e expressa no CDC (art. 4º, I). Os consumidores devem ser tratados de forma desigual pelo CDC e pela legislação em geral a fim de que consigam chegar à igualdade real. Nos termos do art. 5º da Constituição Federal todos são iguais perante a lei entendendo-se daí que se devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de suas desigualdades. O sancionamento e interpretação das cláusulas e das normas jurídicas, por força do qual se objetiva alcançar a situação mais

favorável para o consumidor, quer em razão do cunho protetivo da legislação, quer pela aceitação de sua inexperiência e vulnerabilidade de modo a alcançar-se efetividade na tutela. (2015, p. 72).

Assim sendo, observamos que este princípio da vulnerabilidade está na norma brasileira com a finalidade de proteger os mais frágeis nesta relação, bem como tutelar o seu direito, caso sofra na prática algum dano.

O estado de vulnerabilidade do consumidor pode ser compreendido por vários aspectos, é um conceito plurifacetário (SILVA, 2012, p. 20) que se reporta diretamente ao meio social no qual o sujeito está inserido.

Diante do exposto, a vulnerabilidade é o princípio fundamental básico protetivo assegurado por lei ao consumidor ante a relação de consumo. Este princípio básico, tem como objetivo assegurar o direito de proteção aos consumidores e parte da ideia de que em uma relação consumerista, o consumidor é sempre a parte mais frágil.

2.1 A vulnerabilidade Técnica informal no comércio eletrônico

Guilherme Magalhães Martins (2016, p. 272), faz uma concepção sobre a vulnerabilidade técnica informal:

A vulnerabilidade do consumidor, do ponto de vista técnico e informacional, decorre do fato de que a grande maioria da população ainda desconhece as potencialidades técnicas oferecidas pelos meios informáticos, sequer tendo noção do uso que deles pode fazer o fornecedor. (2016, p. 272).

No comércio eletrônico a vulnerabilidade técnica, em que o consumidor tem uma falta de conhecimento sobre os produtos ou serviços que estão adquirindo através da internet e devido a isso, existe uma facilidade do fornecedor para enganar esse consumidor. Já o fornecedor, ao contrário, tem um certo conhecimento específico sobre os produtos ou serviços que disponibiliza digitalmente para o consumidor (MIRAGEM, 2016, p. 129).

2.2 A vulnerabilidade fática ou sócio econômica no comércio eletrônico

A vulnerabilidade fática ou sócio econômica, onde sua concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que por sua posição e por seu grande poder econômico, ou essencialidade do serviço, impõe a sua superioridade aos que com ele contratam. (MARQUES, 2002, p. 273).

2.3 A vulnerabilidade jurídica no comércio eletrônico

Para o comércio eletrônico a vulnerabilidade jurídica acontece devido à falta de conhecimento jurídico do consumidor, além do desconhecimento na área de contabilidade e economia, e com isso, envolve uma grande parte dos consumidores. (MARQUES, 2002, p. 271).

3.OS DIREITOS DO CONSUMIDOR E O COMÉRCIO ELETRÔNICO

O autor Jorge José Lawand em sua concepção conceitua o comércio eletrônico como:

O comércio realizado através de diversos meios eletrônicos, e principalmente pela Web, se apresenta como um campo de expansão notável. Isto se deve, (...), a fortes incentivos econômicos: uma redução dos custos administrativos, com o encurtamento de prazo entre a distribuição e intermediação, haja vista a possibilidade de poder operar durante todo o dia; a transposição de barreiras nacionais, facilitando o comércio exterior; maior celeridade nas transações comerciais (2003, p.31).

A autora Claudia Lima Marques, relata em sua obra Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor, que o comércio eletrônico pode ser conceituado de feição estrita e de forma ampla, a forma de maneira estrita, como sendo uma das modalidades de contratação não presencial ou à distância para o adquirimento de produtos e serviços através do meio eletrônico. O de maneira ampla, refere-se em visualizar o e-commerce como uma nova ordem de fazer transações por meio de sistemas de redes eletrônicas (MARQUES, 2004, p. 38/39).

3.1 Direitos básicos protetivos fundamentais aos consumidores

O artigo 6º da lei de nº 8.078 de 1990 do Código de Defesa do Consumidor, expressa os direitos básicos protetivos ao consumidor frente a relação de consumo, dispõe sobre:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) Vigência

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

Na visão do autor João Batista de Almeida, o inciso primeiro do art. 6º do CDC, trata-se de proteção a vida, saúde e segurança, dispõe:

O CDC contém normas que garantem a proteção à saúde e segurança dos consumidores, garantido que “ os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis” (art. 8º), ao mesmo tempo em que estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor (fabricante, produtor, construtor e importador) pela reparação dos danos causados (art. 12º). Há assim, correlativamente, a enunciação do direito de “ proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos e nocivos” (art. 6º). Se há um direito de consumir produtos seguros e eficientes, há o dever do Estado outorgar a proteção correspondente. (2015, p. 69).

Outrossim, temos o Marco Civil da Internet, que traz uma segurança sobre os dados pessoais dos usuários da internet e traz uma segurança para a utilização dessa rede digital, bem como o Decreto 7962/13, que estabelece normas em relação ao comércio eletrônico, principalmente o direito da informação e do arrependimento, que ambas são essenciais para afastar a vulnerabilidade do consumidor.

À vista disso, é nítido que a vulnerabilidade do consumidor acontece em certos momentos de uma relação de consumo digital, mas diante dessas legislações citadas, há uma aproximação do equilíbrio entre as partes dessa relação de consumo, distanciando a vulnerabilidade do consumidor digital, pois no comércio eletrônico as leis são

aplicáveis como se fosse uma relação de consumo em que o consumidor realiza por meio presencial.

4.DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE NO COMÉRCIO VIRTUAL

Analisaremos alguns casos concretos de decisões judiciais favoráveis ao consumidor no que tange ao princípio da vulnerabilidade frente a relação de consumo virtual.

4.1 Casos concretos de dano sofrido no comercio eletrônico ao consumerista

O primeiro caso, a ser reltado é uma apelação cível, solicitada pelo apelante Sr. LUIS FELIPE DE OLIVEIRA em face da empresa LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICADE S/A, relator: MILTON FERNANDES DE SOUZA, julgamento no dia 21 de Julho de 2015.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PREVENÇÃO. SÚMULA 313 DO PJERJ. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INVERSÃO. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. REQUISITOS. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. HIPOSSUFICIENCA TÉCNICA. 1- Os elementos dos autos evidenciam tratar-se de matéria consumerista. 2- Recurso distribuído a este Órgão Julgador em decorrência de prevenção. 3- Dispõe a súmula 313 do PJERJ: Há prevenção da Câmara Cível não Especializada, para julgar ações mandamentais, incidentes e recursos a ela distribuídos antes de 02 de setembro de 2013, ainda que versem sobre matéria atinente a relações de consumo 4- A responsabilidade objetiva é afastada caso comprovado a inexistência do defeito no produto ou serviço ou, ainda, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros. 5- A inversão do ônus da prova é um direito básico do consumidor (artigo 6º, VIII, do CDC). 6- O referido instituto possui natureza processual e, em vista do princípio da vulnerabilidade do consumidor, almeja equilibrar a posição das partes no procehygbssso, sujeitando-se à verificação de seus requisitos autorizadores, a saber: a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência técnica do consumidor. 7- O direito à inversão do ônus da prova não tem por finalidade excluir qualquer dever de prova do demandante, mas apenas facilitar de sua defesa, não podendo ser aplicado indistintamente. 8- A inversão do ônus da prova não é automática, dependendo de circunstâncias concretas a serem apuradas pelo Magistrado no

contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor. (TJ-RJ - APL: 00525944220128190203 RIO DE JANEIRO JACAREPAGUA REGIONAL 3 VARA CÍVEL, Relator: MILTON FERNANDES DE SOUZA, Data de Julgamento:21/07/2015, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/07/2015).

O segundo caso, a ser citado é um recurso inominado, solicitado pela apelante Sr^a. DAIANA FAGUNDES DOS SANTOS CARBONI, em face da empresa ITAÚ SEGUROS S.A, relator: FABIO VIEIRA HEERDT, julgamento realizado no dia 21 de fevereiro de 2019.

RECURSO INOMINADO. OBRIGACIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO INDENITÁRIA. SEGURO. RELAÇÃO DE CONSUMO. PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. VULNERABILIDADE TÉCNICO-JURÍDICA DO CONSUMIDOR. REVELIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA EM PARTE. OBRIGAÇÃO DE PAGAR O VALOR SEGURADO. DANOS MORAIS INOCORRENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.(TJ-RS - Recurso Cível: 71007712854 RS, Relator: Fabio Vieira Heerdt, Data de Julgamento: 21/02/2019, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/02/2019).

O terceiro caso, a ser explanado é um recurso inominado em face da empresa Banco ITAÚ, relatora: SUELI PEREIRA PINI, julgamento realizado no dia 4 de Julho de 2013.

CONSUMIDOR. COMPRA COM CARTÃO DE DÉBITO. DUPLICIDADE DE LANÇAMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. SOLIDARIEDADE. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE. DEVOLUÇÃO NA DOBRA LEGAL. DANO MORAL NÃO INCIDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. 1) A autora comprovou a duplicidade do débito em favor da Recorrente. A Recorrente por sua vez, embora tente imputar a falha na prestação do serviço a outra entidade (Banco Itaú), não logrou demonstrar o não recebimento dos valores em duplicidade. 2). Ao consumidor não é dado o dever de conhecer a cadeia da prestação do serviço, ante sua vulnerabilidade presumida no mercado de consumo, na exata inteligência do art. 4º, inciso I, da Lei 8.078/90 (CDC). 3) A falha na prestação do serviço caracteriza-se como vício que é atingido pela solidariedade prevista no art. 18, do CDC. Portanto, responde perante o consumidor o fornecedor acionado, cabendo-lhe buscar eventual reparação de forma regressiva, nos termos da lei consumerista. 4). Assegura-se ao consumidor lesado a restituição

em dobro (art. 42, parágrafo único, do CDC) pela repetição do indébito, mormente quando não evidenciada a hipótese de engano justificável, independentemente de perquirição da má-fé (elemento subjetivo) daquele que recebeu de forma indevida os valores pagos por configurar enriquecimento ilícito e desvantagem ao consumidor. 5) A devolução em dobro (art. 42, parágrafo único, do CDC) é a penalidade aplicada pela cobrança indevida de valores, não restando demonstrado nos autos reflexos maiores na situação concreta, pois conforme se verifica a quantia é de pequena monta, não sendo crível que isso por si só tenha sido fundamental para a não realização do tratamento da saúde da autora, também não houve inclusão em cadastros de proteção de crédito, a ponto de ter causado à recorrida constrangimentos e sérios aborrecimentos passíveis de indenização na esfera moral com mácula aos direitos da personalidade da demandante. Os dissabores mencionados pela autora não caracterizam abalo moral indenizável, revelando-se apenas como meros aborrecimentos do cotidiano, devendo a indenização a esse título ser excluída da condenação. 6) Recurso conhecido e provido em parte. Sentença parcialmente reformada. (TJ-AP - RI: 00292908220128030001 AP, Relator: SUELI PEREIRA PINI, Data de Julgamento: 04/07/2013, TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS).

O quarto caso, a ser relatado é uma apelação de ação de indenização por danos materiais requisitado pelo apelante ARTHUR PRADO SIMOES PIRES, contra a empresa MERCADO LIVRE COM ATIVIDADES DE INTERNET LTDA, relator: SANDRA NEVES, julgamento realizado no dia 12 de fevereiro de 2020.

APELAÇÃO. CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. SERVIÇO DE INTERMEDIÇÃO DE COMÉRCIO ELETRÔNICO. FRAUDE. FALHA DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FORNECEDORA. RISCO INERENTE À ATIVIDADE COMERCIAL. FORTUITO INTERNO. RECURSO RECONHECIDO E PROVIDO. 1). À luz dos arts. 2º e 3º do CDC, afigura-se que há relação de consumo entre a ré, fornecedora de serviço intermediação de comércio eletrônico, e o vendedor de produto anunciado, consumidor destinatário final do aludido serviço. 2) O autor, após anunciar produtos no site da ré, recebeu mensagens eletrônicas com aspectos gráficos idênticos àqueles exibidos nas mensagens enviadas pela fornecedora, hábeis a convencer o

consumidor, além de apresentar informação inidônea quanto. À realização do pagamento do comprador, acarretando o envio das mercadorias ao endereço indicado. 3) A par de tal quadro, desprende-se que a fraude somente foi perpetrada em razão da falta de disponibilização de segurança adequada ao serviço oferecido pela ré, pois, por meio deste, o fraudador obteve dados pessoais do vendedor e contactou-o em seu endereço eletrônico. Assim, constatada a falha na prestação dos serviços, a fornecedora deve indenizar o consumidor pelos prejuízos sofridos, nos termos do art. 14 do CDC. 4) Recurso conhecido e provido. (TJ-DF: 07022220420198070020 DF 0702222-04.2019.8.07.0020, Relator: SANDRA NEVES, Data da publicação: Publicado no DJE:03/03/2020).

Por fim, a tendência é que haja uma adaptação do direito no e-commerce, ao mesmo tempo a abertura de normas específicas, com o intuito de que o consumidor tenha segurança neste meio comercial contemporâneo e inovador.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o propósito deste trabalho é mostrar que o direito consumerista detendo meio de realização o e-commerce, obtém peculiaridades no que se diz respeito como proteção do consumidor com o objetivo de distinguir o princípio da imparcialidade, ofertando um amplo patamar de equidade entre ambas partes, quer dizer, consumidor e fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor, possui o cargo de regimentar as relações entre os fornecedores e consumidores. O comércio virtual trouxe uma representação, que o Código de Defesa do Consumidor não estava preparado. Ocorreu um enorme avanço neste meio comercial, ademais teve um aumento nas demandas judiciais, abrangendo consumeristas que se sentiam lesados.

Desta forma, o fornecedor não pode expirar com precaução, no entanto sim obter um regulamento de direitos e responsabilidades, que globaliza todos os elementos, como concepção de consumidor envolvendo terceiros, que não realizaram o consumo do produto ou serviço, todavia tiveram problemas com produtos defeituosos e serviços de má qualidade, e o fornecedor responde, inobstante de culpa, pelos danos causados aos consumidores.

A retidão do fornecedor é um compromisso de esmero, em outras palavras, a ação de realizar serviços judiciais fora dos tribunais. O conjunto de normas ou regras do

comércio eletrônico não assegura total proteção em razão da vulnerabilidade do consumidor nesse meio digital, exclusivamente, pela falta de conhecimento técnico.

Ademais, o conjunto de normas necessita de reformas, trazendo maior proteção ao consumidor, com isso é necessário meio de penalidade ao fornecedor de má-fé, além disto, medidas protetivas tomadas para fortalecer tal regulamentação.

Portanto, mesmo com a disponibilidade e aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, e com avanço de decretos, realizados com a intenção de proteger os usuários do comércio eletrônico, garantindo-lhes a proteção e as garantias básicas ao cidadão, também assegurando o desenvolvimento do comércio digital, entretanto é de suma importância o surgimento de uma legislação mais específica para tratar do assunto com mais indubitabilidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm, Acesso em: 1 de jun. de 2021.

BRASIL, **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, Acesso em: 1 de jun. de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.962**, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm, Acesso em: 1 de jun de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, (TJ-RJ - APL: 00525944220128190203 RIO DE JANEIRO JACAREPAGUA REGIONAL 3ª VARA CIVEL, Relator: MILTON FERNANDES DE SOUZA, Data de Julgamento: 21/07/2015, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/07/2015, Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/359536941/apelacao-apl525944220128190203-rio-de-janeiro-jacarepagua-regional-3-vara-civel>, Acesso em: 1 de jun de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, TJ-RS - **Recurso Cível: 71007712854 RS, Relator: Fabio Vieira Heerdt**, Data de Julgamento: 21/02/2019, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/02/2019, Disponível em: <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/521953922/recurso-civel-71007132384-rs>, Acesso em: 1 de jun de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **TJ-AP - RI: 00292908220128030001 AP, Relator: SUELI PEREIRA PINI**, Data de Julgamento: 04/07/2013, TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS, Disponível em: <https://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381633939/recursoinominado-ri-292908220128030001-ap>, Acesso em 1 de jun de 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **TJ-DF: 07022220420198070020 DF 0702222-04.2019.8.07.0020, Relator: SANDRA NEVES**, Data da publicação: 03/03/2020, Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649171599/20161610080749-segredo-de-justica-0005216-5120168070020>, Acesso em: 1 de jun de 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico** – Vol. 2, 3ª ed, São Paulo, Saraiva, 1998.

FILOMENO, José Geraldo. **Direitos do Consumidor**, 15ª ed, São Paulo, Atlas, 2018.

LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Contratos eletrônicos de consumo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no novo Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das Relações Contratuais**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das Relações Contratuais**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOURA, Walter; BESSA, Leonardo. **Manual de Direito do Consumidor**. 3ª ed. Brasília, DF: Brasil, 2010.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **A tutela administrativa do consumidor: uma análise crítica acerca do panorama atual em busca da necessária efetividade**, in: DIDIER

JUNIOR, Fredie Souza (editor). Homenagem à professora Marília Muricy Machado pinto. Revista do programa de pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, vol. 24, jan. /Jun. 2012, Salvador. Disponível em: <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/rppg'd/article/viewFile/118>. Acesso em: 1 de jun de 2021.

MÉTODO CONTÁBIL DE APURAÇÃO DE HAVERES DE SOCIEDADE LIMITADA QUANDO NÃO HÁ PREVISÃO NO CONTRATO SOCIAL

GUILHERME RAUEN SILVA JARDIM: Advogado sócio do escritório Lazzareschi, Hilal, Bolina & Rocha advogados, em São Paulo, com atuação em Direito Civil, Direito do Consumidor, Contratos, Processo Civil, Direito Comercial e Direito Societário. É Pós Graduado em Direito dos Contratos (FGV), É bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), Bacharel em História pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas (USP), Licenciado em História pela Faculdade de Educação (USP) e Técnico em Gestão de Comércio Exterior, com ênfase em Administração de Empresas, Fundação Porto Seguro (CVPS).

O presente trabalho visa identificar como se deve apurar os haveres de sócio retirante de sociedade limitada quando o contrato social não disciplina o tema.

Para identificar o método mais adequado, destacaremos as diferenças constitutivas entre o fato jurídico da saída de um sócio do ato jurídico de alienação de participação societária, identificando a relevância de considerar (ou não) o goodwill e a expectativa de lucros futuros no cálculo contábil. Por fim, apresentaremos as distinções entre os modelos de apuração pelo fluxo de caixa descontado (que afere o valor *econômico* da quota) e o método do balanço especial ou de determinação, que calcula o valor *patrimonial* da participação do sócio retirante ou falecido, expondo nossas conclusões e a atual orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Qualquer sociedade pode ser avaliada por duas perspectivas distintas, valor econômico ou patrimonial, podendo-se privilegiar *“a história da sociedade, ou seja, o que ela amechou, em seu patrimônio, em razão da atividade econômica explorada até o momento da dissolução”* – mensuração do valor patrimonial das quotas ou ações –, ou então avaliar mirando o futuro, procurando *“estimar quanto a sociedade tende a gerar de lucros aos seus sócios num determinado horizonte temporal”*, caso de mensuração do valor econômico das quotas[1].

Em 2015, no julgamento do REsp nº 1.335.619/SP, a 3ª Turma do STJ decidiu que, em caso de dissenso (ou silêncio do contrato social) acerca da modalidade de cálculo da apuração de haveres: (i) *“o balanço de determinação é o critério que melhor reflete o valor patrimonial da empresa”*; (ii) *“o fluxo de caixa descontado, por representar a metodologia que melhor revela a situação econômica e a capacidade de geração de riqueza de uma empresa, pode ser aplicado juntamente com o balanço de determinação na apuração de haveres do sócio dissidente”*; e; (iii) *“a saída do dissidente*

ontologicamente não difere da alienação da participação societária. Vale dizer, também na dissolução parcial há alienação das quotas sociais; a única diferença é que a adquirente é a própria sociedade"[2].

As hipóteses de saída do dissidente e de alienação de participação, no entanto, parecem-nos ontologicamente distintas porque, na alienação, duas partes manifestam a vontade de celebrar um negócio jurídico para aquisição de quotas de uma empresa e aceitam pagar determinado valor de mercado pela participação. Já nos casos de resolução da sociedade em relação a um sócio (= dissolução parcial), há um fato jurídico independente da vontade da sociedade, que se sujeita a reembolsar ao sócio retirante (ou aos seus herdeiros) o valor patrimonial que a ele cabia.

Enquanto o adquirente de quotas, em uma alienação, paga o valor de mercado visando ao lucro futuro que aquele bem irá lhe proporcionar[3], a sociedade, ao perder um de seus sócios, nada lucra; ao revés, passa a ter um passivo a pagar. Assim, enquanto na retirada de sócio, a sociedade lhe reembolsa o valor patrimonial das quotas sociais – diminuindo seu próprio patrimônio para adimplir esse débito para com o sócio retirante (ou seus herdeiros) –, no caso de alienação das quotas a um terceiro, nada se altera na sociedade, nem no patrimônio desta, ocorrendo a transferência patrimonial apenas entre o alienante e o adquirente.

Dada essa relevante distinção entre o negócio jurídico da alienação e o fato jurídico da retirada de sócio, reputamos que, em contraposição ao decidido no REsp nº 1.335.619/SP acima citado, o critério de avaliação das quotas em um caso e noutro deve ser diferente, posição que também é defendida por FÁBIO ULHOA COELHO:

“quando a participação societária é objeto de negociação entre partes racionais e livres, atribuem-lhes os contratantes um preço em montante que tende a se aproximar do valor econômico. Este valor, contudo, não é necessariamente o mais adequado quando a obrigação de pagar pelas quotas ou ações não deriva de negociação racional e livre, visando a assinatura de um contrato de compra e venda; mas sim, de um fato jurídico de natureza não contratual (retirada, exclusão ou morte de sócio na sociedade contratual ou heterotopia institucional). Neste último caso, o melhor critério de avaliação das quotas ou ações é sempre o patrimonial”[4].

De fato, as situações são distintas e, na alienação de quotas, é perfeitamente admissível utilizar critérios destinados a aferir o valor econômico da sociedade (que continuará a operar) e o resultado futuro que ela será capaz de gerar. Mas cuidando-se

de dissolução parcial de sociedade, reputamos que o valor a ser aferido é o patrimonial da quota, partindo-se do pressuposto de que a avaliação deve ocorrer como se de dissolução total se tratasse, ou seja, como se a sociedade fosse cessar suas atividades, como já decidiu o STF:

“dar-se-á a apuração de haveres do sócio dissidente de maneira que a aproxime do resultado que poderia ele obter com a dissolução total, isto é, com plena verificação física e contábil dos valores do ativo, e atualizados ditos haveres, em seu valor monetário, até a data do pagamento” (RExt. nº 91.044/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Décio Miranda, 08/08/1979).

Segundo o art. 1.031 do Código Civil, *“nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor de sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado”*. Significa dizer que a norma do Código Civil – como também a do art. 606 do Código de Processo Civil[5] (aplicável apenas na hipótese de inexistir disposição contratual a respeito) – ordena que se levante um *“balanço de determinação”* no qual cada bem do ativo e cada item do passivo é lançado a valor de mercado, refletindo a situação patrimonial da empresa na data da sua dissolução parcial. Cuida-se, pois, de um balanço especial da sociedade em certa data, não de uma avaliação econômica da empresa na mesma data, para fins de alienação.

Na avaliação de uma sociedade, ao revés, avalia-se o conjunto dos bens, direitos e obrigações, não a sua situação patrimonial no presente, mas o quanto esses mesmos bens, organizados economicamente, são capazes de propiciar no futuro a quem se interessar por adquiri-los para dar continuidade ao negócio.

Os bens da empresa não correspondem a uma reunião díspar e ilógica de coisas e direitos; são bens de produção, individualmente, mas, no todo, são considerados um universo voltado para a produção, organizados com um fim específico que faz crescer certo valor ao valor de cada elemento individualmente considerado. Essa reunião, denominada *“aviamento”* pelo Direito Comercial, pode ser caracterizada como *“o resultado de um conjunto de variados fatores pessoais, materiais e imateriais, que conferem a dado estabelecimento in concreto a aptidão de produzir lucros”*[6]. Também destacando que a soma das partes de uma sociedade não é igual ao valor do todo economicamente organizado, RUBENS REQUIÃO assenta que,

“sendo um fato evidente que a empresa constitui uma atividade organizada contendo vários elementos, ou o estabelecimento comercial vários bens, o valor decorrente desse completo, é maior

do que a soma dos elementos isolados. Essa *'mais valia'* constitui, precisamente, o que o direito denomina de aviamento" ... [ou seja] "a aptidão da empresa de produzir lucros, decorrente da qualidade e da melhor perfeição de sua organização" [7]

Embora evidenciando as divergências existentes mesmo entre os contadores, MASSANORI MONOBE destacou, em 1986, que *"a maioria dos autores, entretanto, concorda atualmente em que o goodwill é um resultando de valor da empresa como um todo, em termos de sua capacidade de geração de lucros futuros, e do valor econômico dos seus ativos identificados e contabilizados"*[8], expectativa de lucros futuros que também é acentuada na definição contábil de *goodwill*, apresentada pelo CPC04[9].

Focalizando especificamente a combinação de negócios segundo o conceito de *arm's length*[10], SÉRGIO IUDÍCIBUS *et al* destacam que, em combinações de negócios como as operações de aquisição participações societárias, *"é comum o surgimento de um valor pago a mais sobre o valor de patrimônio líquido contábil da ação ou quota da sociedade investida"*, montante extra que resulta da *"diferença entre o valor de mercado de um imobilizado e o seu valor contábil líquido"*[11]. No mesmo sentido MARTINHO ORNELAS, para quem, *"o goodwill adquirido, como a própria terminologia já indica, corresponde à parte do preço da alienação de determinado negócio, não identificada com os próprios ativos adquiridos, normalmente, materializado sob a figura de um ágio pago e registrado nos livros da sociedade adquirente"*[12].

O entendimento de que a combinação de determinado conjunto de ativos em uma atividade produtiva gera uma dinâmica de resultados econômicos diferente daquela existente em cada um dos ativos considerados *per se* levou MASSANORI MONOBE a considerar a existência do que denominou *goodwill sinérgico*[13], concluindo que, *"ocorrendo sinergia positiva, o valor da empresa seria sempre maior que a soma dos valores econômicos de todos os ativos utilizados, sem exceção. Assim, se o contador fosse onisciente, o goodwill seria atribuível à sinergia da organização, um conceito muito mais útil para avaliação do comportamento da empresa e suas potencialidades"*[14].

De fato,

"a fórmula de cálculo do goodwill leva em conta que é necessário transmitir a seus usuários a visão de que o goodwill ou aviamento corresponde ao efeito sinérgico, ou seja, a avaliação do todo patrimonial pode ser superior à avaliação individual de cada um de seus componentes; corresponde esse efeito à capacidade que a sociedade possui de gerar lucros acima daquele considerado

normal; tem, portanto, caráter do algo mais, do plus, do sobrevalor”[15].

O goodwill, portanto, representa uma expectativa de rentabilidade futura[16], um conjunto de benefícios econômicos efetivamente pagos por alguém na aquisição da participação societária, *“um conjunto de intangíveis não identificáveis no processo de aquisição (inclusive a sinergia de ativos e a capacidade de gestão de novos administradores), para os quais objetivamente não é possível proceder-se a uma contabilização em separado”*[17], correspondendo *“à capacidade que determinado patrimônio tem de gerar valor acima do que se possa considerar como normal; constitui-se no sobrevalor ou plus”*[18].

Justamente em razão de o goodwill ser identificado como a capacidade de geração de lucros futuros, impõe-se verificar qual a forma mais correta de apurar os haveres do sócio retirante, se se deve considerar essa projeção ou não, e qual é o método contábil mais adequado para evidenciar o que se procura demonstrar.

Tratando do caso de dissolução total, quando não é apenas um sócio que se retira, mas a própria sociedade que deixa de existir, MATINHO ORNELAS aponta que *“a descontinuidade voluntária ou por decreto judicial gera procedimento avaliatório específico”*, no qual *“o acervo patrimonial é avaliado por seus valores prováveis de realização”*. Não se trata, portanto, da aferição do valor econômico da sociedade, mas de avaliação patrimonial aferido conforme o *fair value*, ou seja, o valor de mercado. De fato, tratando-se de dissolução total de sociedade, deve-se abandonar o princípio do custo como base de valor para proceder à avaliação do acervo patrimonial pelos valores de saída, mais especificamente pelos valores prováveis de realização: *“procedemos ao inventário e balanço dos ativos e passivos pertencentes à sociedade dissolvenda. Formamos o balanço de liquidação”*[19], no qual *“devem ser consignados, apenas, os ativos e passivos suscetíveis de realização monetária, em processo de liquidação ordenada”*[20].

A mesma opinião é compartilhada por FÁBIO ULHOA COELHO, para quem,

“no balanço de determinação, além da atualização dos fatos contábeis verificados entre a data do encerramento do último exercício e a data do seu levantamento, alteram-se os critérios de avaliação e apropriação dos bens do ativo e passivo, de sorte a contabilizá-los a valor de saída ('valor de mercado'). O balanço de determinação é, bem vistas as coisas, um instrumento contábil desenvolvido exclusivamente para atender à jurisprudência dominante sobre apuração de haveres.”[21]

Dissolução total é liquidação, procedimento no qual não se pode falar em goodwill ou aviamento, pois o fundo de comércio é extinto: a sinergia da universalidade de bens esvai-se, *“não há futuro a ser considerado e, conseqüentemente, não haveria goodwill ou aviamento a ser mensurado”, “esse sobrevalor, sob a óptica contábil, somente pode ser objeto de mensuração, quando em continuidade a sociedade”*[22].

Em suma, no caso de dissolução total, *“não há materialização do valor do aviamento ou do goodwill nem para os sócios remanescentes nem para a sociedade, dado que aqueles valores não existem de forma autônoma”*[23].

E porque, conforme já decidiu o STJ em 2009, *“a apuração de haveres de sócio que se retira da sociedade não pode levar em consideração o sucesso ou o fracasso do empreendimento, por causas posteriores à sua retirada”*[24], é descabido avaliar o fundo de comércio a partir de critério que tem como base a projeção de resultados para o futuro, e isso mesmo para os casos de dissolução parcial.

Permitir, ao revés, que os haveres do sócio que exercer o direito de retirada sejam calculados da mesma forma que em uma compra e venda de participação societária – pelo método do fluxo de caixa descontado – seria lhe conferir direito a uma opção de venda a qualquer tempo. Assim, ao sócio que quisesse se desfazer de sua participação, bastaria, a qualquer tempo, exercer o direito de retirada para, à custa da sociedade e em detrimento dos sócios ficantes, receber o preço (valor econômico) dessas quotas, isentando-o dos riscos da continuidade do negócio pela retirada da álea do sucesso ou insucesso da entidade:

“não parece razoável entender que se está diante de uma situação análoga à da alienação da participação do sócio retirante. Se fosse o caso, estar-se-ia consagrando um evento de liquidez da participação societária, como um substituto de um mecanismo de saída não fornecido pelo mercado. Uma verdadeira opção de venda do sócio contra a sociedade, ‘a preço de mercado’”[25].

E pior, admitir-se-ia o pagamento, ao sócio retirante, em bases contingentes e meramente projetadas para o futuro[26], salientando WILSON HOOG que

“o fluxo de caixa descontado avalia o negócio em si (...) não na data do reembolso aos sócios, mas sim em data futura, pois está lastreado em eventos futuros, que pode ser uma projeção de caixa para 5 ou 10 anos trazidos a valor presente, por uma taxa de desconto, mais um valor residual a título de perpetuidade, logo, não se trata de um justo valor ou justa base referencial para um

reembolso ao acionista que se desliga, e sim de uma expectativa, quiçá, uma especulação, ou premonição de um resultado que não é o presente, e sim um futuro presumido pela via da premonição, desde que várias hipóteses venham a ocorrer no futuro”[27].

Conclui-se, portanto, que caso a lei prescrevesse que o reembolso do sócio retirante deveria ser calculado com base em um valor potencial de venda da empresa, possivelmente estaria criando *“um estímulo para que os demais sócios optassem pela dissolução da sociedade, como lhes faculta o parágrafo único do art. 1.029 [do Código Civil]. Além disso, o sócio que se retirasse e tivesse o valor de reembolso calculado com base nas expectativas de rentabilidade futura da sociedade receberia o valor correspondente às suas quotas imediatamente, como se estivesse isento dos riscos futuros inerentes à atividade social”*[28].

A respeito dos perigos e do desvirtuamento que um posicionamento como esse geraria, a doutrina de FÁBIO ULHOA COELHO é bastante elucidativa:

“A avaliação das quotas pelo valor econômico, no momento da dissolução parcial da sociedade, não é o mais apropriado, por conduzir a distorções irremediáveis nos fundamentos econômicos da própria figura do investimento em atividade econômica. Explico. Como o valor econômico tenta captar o quanto os sócios lucrarão com a sociedade no futuro, fixado determinado prazo para o cálculo, o pagamento do reembolso a partir desse critério implicaria a estranha noção de alguém que lucra com determinada empresa sem correr risco nenhum.

Se a sociedade fica obrigada a pagar àquele que a deixa o mesmo valor que receberia caso não a deixasse, o lucro em investimento empresarial passa a não depender mais do risco, e isto é uma distorção profunda no conceito. Se lucro é o retorno da disposição de alguém em assumir certo risco, ele não pode desvincular-se dos reveses que o risco empresarial embute. E tal desvinculação é inevitável se à sociedade for imposta a obrigação de pagar o que ela tende a gerar de lucro a quem, por não fazer mais parte dela, encontra-se a salvo de qualquer prejuízo derivado dos riscos empresariais. O valor patrimonial, assim, e não o econômico, é o critério mais ajustado à avaliação das quotas da sociedade limitada, quando se trata de apurar haveres de sócio retirante, excluído ou dos sucessores do falecido”[29]

Se fosse o caso de, ao contrário do aqui sustentado, permitir a apuração dos haveres pelo valor de avaliação econômica da sociedade, dever-se-ia utilizar não o balanço especial de determinação, mas o fluxo de caixa descontado, procedimento no qual os resultados passados são projetados para o futuro, apurando-se a capacidade da sociedade de gerar riqueza, quantificando, de forma justa e correta, o valor do fundo de comércio.

Nessa forma de avaliação, não interessa diretamente o valor dos ativos e passivos da sociedade (ou o seu valor patrimonial), mas apenas a riqueza, a renda, o caixa que este conjunto de bens pode produzir em determinado período de tempo no futuro e, como bem explicam ERASMO VALLADÃO NOVAES E FRANÇA e MARCELO ADAMEK, o critério do fluxo de caixa descontado *“avalia indiretamente todos os ativos, inclusive os intangíveis, desde que sejam operacionais (...), justamente na medida em que os ativos operacionais influem ou repercutem na capacidade que a empresa tem de gerar fluxos de caixa positivos”*[30].

Sendo assim, avaliar parte dos ativos intangíveis por critério que, indiretamente, já considerou o valor destes e dos demais ativos operacionais, significaria verdadeiro *bis in idem*, na medida em que há dupla valoração dos ativos: diretamente, avaliando-se os bens individualmente a valor de mercado e, indiretamente, pelo método do fluxo de caixa descontado, avaliando-os como conjunto de bens capazes de gerar riqueza em determinado período de tempo futuro – o que não se pode admitir para os casos de dissolução parcial da sociedade, salvo sob pena de enriquecimento sem causa. De fato, segundo MASSANORI MONOBE, *“ao se avaliar os ativos pelo seu valor econômico máximo, eles trarão embutidos o valor do goodwill da empresa que, até prova em contrário, constitui-se em um ativo distinto e como tal merece registro em separado”*[31].

Tendo em vista que os haveres devem ser apurados como se de dissolução total se tratasse, o herdeiro do sócio retirante ou falecido não deve receber nem mais nem menos do que receberia em caso de dissolução total, sob pena de se beneficiá-lo em detrimento dos sócios remanescentes, ou vice-versa. [32].

Frise-se, no entanto, que as conclusões aqui expostas não são unânimes entre a doutrina comercialista e contábil, sendo possível identificar o entendimento de GONÇALVES NETO, para quem deve-se incluir o fundo de comércio nos haveres e, conseqüentemente, no balanço especial, conforme a justificativa de que:

“Deixar de conceder essa verba ao sócio que falece, retira-se da sociedade ou dela é excluído, implicaria referendar o enriquecimento da sociedade e dos sócios remanescentes às custas do empobrecimento daquele que também contribuiu com sua

quota e participação para a formação desse findo, que, muitas vezes, possui valor econômico superior ao dos demais bens corpóreos que, como ele, integram o patrimônio social”[33].

Temos por certo, no entanto, que o fluxo de caixa descontado não deve ser aplicado para a apuração de haveres na dissolução parcial[34] e a conclusão de que o sócio que se retira (ou seus herdeiros) não têm direito ao que a sociedade poderá vir a lucrar no futuro já foi adotada pelo STJ em momento anterior ao já citado e criticado REsp nº 1.335.619/SP, tendo essas inquietações constado do voto vencido nesse julgado, proferido pelo Min. Villas Bôas Cueva[35].

O tema foi finalmente revisitado pela 3ª Turma do STJ no recente REsp nº 1.877.331/SP, cujo julgamento foi finalizado em 14/05/2021 e, dessa vez, o voto do Min. Villa Bôas Cueva sagrou-se vencedor, constando do voto algumas de nossas conclusões, em especial as abaixo coladas:

“a metodologia de fluxo de caixa descontado está associada à aferição do valor econômico com objetivo de orientar negociações, mensurando o quanto seria racional alguém pagar para se tornar seu titular

(...)

Ora, da análise dos precedentes acerca do tema, constata-se sempre presente a preocupação de que o valor da quota do sócio retirante corresponda ao mais próximo possível do real valor dos ativos da sociedade, de modo a refletir o seu valor patrimonial real.

Para tanto não se presta a avaliação, com base no valor econômico, feita por modelos como o de fluxo de caixa descontado, destinado a nortear negociações ou investimentos, porquanto comporta, como visto, relevante grau de incerteza e prognose, sem total fidelidade aos valores reais dos ativos.

(...)

Comprador e vendedor fazem, na verdade, uma aposta de que determinada sociedade continuará a se comportar de certa maneira no futuro, com certa rentabilidade, estável ou crescente, tudo baseado em avaliações de especialistas, por vezes discrepantes quanto ao desempenho futuro da empresa e do setor. A álea, portanto, é parte essencial do negócio que se resolve graças à bilateralidade e ao acordo de vontades.

Na determinação do preço a pagar ao sócio retirante, por outro lado, só haverá encontro de vontades se estipulada cláusula contratual prevendo o cálculo na respectiva apuração de haveres. Caso contrário, ocorrerá imposição de valor, que deve ser, por força da lei, da doutrina e da jurisprudência, o mais próximo possível do real, ou seja, sem elementos arbitrários como as prognoses acerca de eventos futuros e incertos (faturamento e lucratividade futuros, taxa de juros utilizada no desconto, etc.).

Essa incerteza - que advém de fatores macroeconômicos (taxa de crescimento do PIB, taxa de juros, taxa de desemprego), jurídicos (normas regulatórias e normas que criem ou ampliem incidências tributárias) e também internos (a própria gestão da empresa) - torna, a meu ver, a metodologia do fluxo de caixa descontado desaconselhável na apuração de haveres do sócio dissidente.

Nesse sentido, vale citar a mais recente doutrina, produzida já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, a corroborar que o critério legal patrimonial) continua sendo o mais acertado, ao passo que o econômico (do qual deflui a metodologia do fluxo de caixa descontado), além de inadequado para o contexto da apuração de haveres, pode ensejar consequências perniciosas, tais como (i) desestímulo ao cumprimento dos deveres dos sócios minoritários; (ii) incentivo ao exercício do direito de retirada, em prejuízo da estabilidade das empresas, e (iii) enriquecimento indevido do sócio desligado em detrimento daqueles que permanecem na sociedade.

(...)

Logo, o método amplamente indicado, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, na verificação da apuração de haveres dos sócios é o do valor patrimonial com base no balanço de determinação

(...)

Acrescente-se, por fim, que, segundo os precisos comentários da doutrina, a expressão legal "*bens intangíveis*" (artigo 606, *caput*, do CPC/2015) não comporta o aviamento, que consiste na subjetiva capacidade do estabelecimento gerar lucros futuros, o que reforça o

entendimento adotado pelo Tribunal local no sentido de excluir as expectativas futuras do cálculo do valor do fundo de comércio”.

Contra o acórdão acima, foram interpostos os embargos de divergência ainda não julgados, indicativo de que o tema em breve será definitivamente uniformizado pelo STJ. Aguardemos.

De toda forma, pelo que foi exposto, conclui-se que o balanço de determinação especialmente levantado para a apuração de haveres no caso de dissolução parcial de sociedade limitada quando o contrato social é silente somente pode levar em consideração a situação da sociedade naquela ocasião, eliminando-se do cálculo toda e qualquer expectativa de lucros ou prejuízos futuros. Isso significa que não se pode proceder ao cálculo do “sobrevvalor” do fundo de comércio em função da expectativa de lucros futuros (goodwill) – verdadeiro pressuposto do método do fluxo de caixa descontado.

NOTAS:

[1] COELHO, Fabio Ulhoa. A dissolução de sociedades no Código de Processo Civil. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo societário, vol. III, São Paulo, Quartier Latin, 2018. p. 159-160.

[2] STJ, REsp nº 1.335.619/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03/05/2015.

[3] A pretensão de auferir lucros futuros é evidente no caso da alienação, como salientado por MARTINHO MAURÍCIO GOMES DE ORNELAS: *“o comprador estará interessado em dimensionar suas possibilidades de ganhos futuros em confronto coma aplicação de seus recursos, indagando qual a melhor alternativa de investimento, se adquirir determinado em prendimento ou carrear-los para outros mais rentáveis”* (Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 26).

[4] COELHO, Fabio Ulhoa. A dissolução de sociedades no Código de Processo Civil. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo societário, vol. III, São Paulo, Quartier Latin, 2018, p. 159-160.

[5] Art. 606, CPC/2015: *“em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma”*.

[6] BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do estabelecimento comercial. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 169.

[7] REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 236-237.

[8] Contribuição à mensuração e contabilização do goodwill não adquirido. Tese de Doutorado, Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 56.

[9] Item nº 11 do CPC 04 (R1): *“o ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (goodwill) reconhecido em uma combinação de negócios é um ativo que representa benefícios econômicos futuros gerados por outros ativos adquiridos em uma combinação de negócios, que não são identificados individualmente e reconhecidos separadamente (...)”*

[10] *“princípio que norteia acordos e transações comerciais realizados sob condições de equilíbrio e independência das partes envolvidas, predispostas a negociar com habilidade para barganhar”* (IUDÍCIBUS, Sérgio, et al, Manual de Contabilidade Societária, São Paulo, Atlas, 2010, p. 262).

[11] Manual de Contabilidade Societária, São Paulo, Atlas, 2010, p. 263. Mas mesmo depois da consideração dessa “mais valia”, remanesceria ainda um ativo residual, que recebe a denominação amplamente aceita de goodwill (ou fundo de comércio).

[12] Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 135.

[13] MAURÍCIO ORNELAS destaca que *“o goodwill formado internamente vai concretizando-se ao longo do tempo, por meio de diversas ações, cujos gastos, quando os há, são geralmente considerados como despesas do período, além do que os registros contábeis tradicionais obedecem ao ‘Princípio do custo como base de valor’, olvidando o valor econômico dos ativos”*. Daí resulta uma crítica contundente às diferentes opções contábeis das companhias, pois, a depender do reconhecimento do *“goodwill adquirido e não do outro (formado internamente)”*, sociedades semelhantes seriam contabilmente distintas em grave distorção, e *“aquela que tem goodwill formado internamente estaria prejudica em sua análise”* (Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 136).

[14] MONOBE, Massanori. Contribuição à mensuração e contabilização do goodwill não adquirido, p. 61

[15] ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 146.

[16] No ponto, assenta a doutrina que *“para fixar o valor do fundo de comércio levam em conta o lucro médio apurado pela empresa nos exercícios mais recentes, projetando tal taxa para os exercícios futuros e capitalizando o montante para obter o valor atual da expectativa razoável do lucro futuro. O equivalente jurídico da organização empresarial, do aviamento dos intangíveis da empresa, é assim quantificado e definido como a creditibilidade da empresa. Esta capacidade de obter créditos resulta seja da localização do estabelecimento, seja da qualidade dos seus produtos ou serviços, ou da eficácia da veiculação publicitária; é aquilo capaz de captar, entre os concorrentes igualmente disputando o mesmo mercado, a boa vontade da clientela. É o goodwill do direito anglo-saxão, ou a clientela na versão latina”*, cf. BARBOSA, Denis Borges. Da conferência de bens intangíveis ao capital das sociedades anônimas. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 19/2003, p. 19-55, Jan-Mar, 2003.

[17] IUDÍCIBUS, Sérgio, *et al*, Manual de Contabilidade Societária, São Paulo, Atlas, 2010, p. 263

[18] ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 25.

[19] ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 62

[20] *idem*, p. 64

[21] COELHO, Fabio Ulhoa. O valor patrimonial das quotas da sociedade limitada. In: Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 59-60.

[22] ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 109

[23] TRINDADE, Marcelo Fernandez; TANNOUS, Thiago Saddi. O art. 1.031 do Código Civil e a sua interpretação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo societário, vol. II, São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 505.

[24] AgRg no REsp nº 995.475/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 17/3/2009.

[25] MENDES, Rodrigo Otávio Broglia. Apuração de haveres na retirada do sócio e fundo de comércio (aviamento). In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012. P. 664.

[26] MATINHO ORNELAS relembra que *“a questão que se põe quanto aos resultados econômicos futuros é a de que se trata de uma estimativa, já que apenas são esperados,*

ou seja, trata-se de uma expectativa diagnosticada com base em determinados parâmetros adotados por quem elabora a estimativa. Consequentemente, resulta de uma análise subjetiva”, cf. Avaliação de sociedades: apuração de haveres em processos judiciais, São Paulo, Atlas, 2001, p. 34.

[27] HOOG, Wilson Alberto Zappa. Balanço especial ou determinação para apuração de haveres e reembolso de ações. Curitiba, Juruá, 2017, p. 64.

[28] TRINDADE, Marcelo Fernandez; TANNOUS, Thiago Saddi. O art. 1.031 do Código Civil e a sua interpretação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo societário II. São Paulo: Quartier Latin, 2015. P. 503.

[29] A dissolução de sociedades no Código de Processo Civil. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo societário, vol. III, São Paulo, Quartier Latin, 2018, p. 159-160.

[30] FRANÇA, Erasmo Valladão Novaes e; ADAMEK, Marcelo. Da ação de dissolução parcial de sociedade: comentários breves ao CPC/2015, São Paulo, Malheiros, 2016. p. 71.

[31] Contribuição à mensuração e contabilização do goodwill não adquirido. Tese de Doutorado, Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 81.

[32] No mesmo sentido a inquietação de PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA, para quem *“a dissolução parcial é deferida ao sócio como sucedâneo da pleiteada – mas inconveniente – dissolução total. Ora, se a demandada dissolução total não propicia ao sócio o pagamento de qualquer quantia a título de fundo de comércio, por que deferi-la quando da concessão da dissolução parcial? Em suma, ao sócio que pede a dissolução total e que sabe não fazer jus ao intangível, por que cogitar de seu recebimento na dissolução parcial?”* (Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio. São Paulo, Atlas, 2012, p. 200).

[33] GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito de Empresa - Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 255.

[34] No mesmo sentido a doutrina de FERNANDO SACCO NETO, para quem *“a opção do legislador pelo valor patrimonial – na hipótese de omissão do contrato social –, além de manter-se sintonizada com o art. 1.031 do CC, é a mais acertada na medida em que a apuração de haveres – e consequentemente obrigação de pagamento das cotas – não decorre de ato de livre iniciativa de ambas as partes, e sim por força de fato jurídico consistente na exclusão, retirada ou falecimento de sócio”* (Da ação de dissolução parcial

de sociedade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et. al. (Coord.). Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo, RT, 2015, p. 1512).

[35] Na ementa do REsp 958116/PR, 4ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJE 6/3/2013 consta: *“Deve-se fazer o levantamento do patrimônio da sociedade por meio de balanço patrimonial confeccionado com tal finalidade – se outra hipótese não estiver prevista no estatuto social – apurando-se o que caberia a cada sócio se a sociedade fosse extinta, o que difere da avaliação para alienação, situação em que se mensuram expectativas de resultados futuros”*. Na ocasião, manifestou-se o Min. Villas Bôas Cueva que o valor da quota do sócio retirante deve corresponder *“o mais próximo possível ao real valor dos ativos da sociedade, de modo a refletir o seu valor patrimonial real. Para tanto não se presta a avaliação, com base no valor econômico, feita por modelos como o de fluxo de caixa descontado, destinado a nortear negociações ou investimentos, porquanto comporta, como visto, relevante grau de incerteza e prognose, sem total fidelidade aos valores reais dos ativos”*.

GUARDA DOS FILHOS: O GRANDE DESAFIO NA SEPARAÇÃO.

GUSTAVO CORDEIRO LOMBA DE ARAUJO:

Advogado, formado pela UFRJ⁵.

RESUMO: A partir de um método dialético, com análise bibliográfica, consultiva e jurisprudencial, o presente estudo foca sua atenção em um segmento extremamente sensível e delicado, sob o ponto de vista das relações humanas, dentro do Direito de Família: a guarda dos filhos quando ocorre a separação do casal. Antes, porém, de discorrer sobre a guarda em si, são elencadas as formas existentes para a separação conjugal, pois pode ressoar na questão da guarda. Em seguida, o estudo aborda o processo da guarda, seus tipos e consequências práticas na vida da criança. A atuação contemporânea do Judiciário frente a conflitos nos processos de guarda de filhos é tratada por fim.

PALAVRAS CHAVES: Guarda, Separação, Divórcio, Conflito, Mediação, Constelação Familiar

INTRODUÇÃO:

As relações sociais estão se modificando em ritmo acelerado. O conceito de família se alargou, e o número de separações conjugais aumenta a cada dia. Quando isso ocorre em um relacionamento conjugal, seja num casamento civil ou em uma união estável, a questão da guarda dos filhos é crucial. Ambos os cônjuges têm obrigações, ambos têm o mesmo direito ao convívio. Isso inclui casais homoafetivos.

Nesse sentido, o Código Civil aponta claramente que a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal não altera os deveres e direitos dos pais com relação aos filhos. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.632, afirma que:

"Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos."

E, ainda, nem mesmo o pai ou a mãe que se casa novamente ou estabelece uma nova união estável perde os direitos e deveres que possui com relação aos filhos de relacionamento anterior, como também estabelece o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.636:

⁵ E-mail: gustavoldearaujo@gmail.com

"Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável."

Fundamental que a guarda seja escolhida visando o melhor para a criança, com o objetivo de garantir a convivência familiar com ambos os pais e a divisão de responsabilidades, assegurando assim uma boa formação e seu desenvolvimento integral. Essa é a maior preocupação que os pais devem levar consigo durante o processo de separação, a despeito de problemas de relação e sentimentos que estejam presentes entre eles durante o processo. Essa também deve ser a maior preocupação e o maior cuidado do Judiciário, e de outros Órgãos eventualmente envolvidos, ao decidir sobre a guarda.

1- TIPOS DE SEPARAÇÃO CONJUGAL:

No ordenamento jurídico brasileiro, há previsão das formas que o casal deve utilizar para proceder ao encerramento oficial do relacionamento conjugal, seja ele um casamento civil ou uma união estável. No caso de um casamento civil, o Código Civil prevê o instituto da separação (propriamente dita) e do divórcio. Para a união estável, existe a figura da dissolução da união.

Entretanto, e isso significa mudança significativa, após recente decisão do STF, em novembro de 2023, a separação judicial não subsiste como figura autônoma no ordenamento jurídico. O tópico Separação, abaixo, aborda tal decisão, mas também, como registro histórico, o que ainda consta do Código Civil.

1.1 DIVÓRCIO

O instituto do divórcio existe desde 1977 no Brasil e sofreu alterações ao longo do tempo, como com a Emenda Constitucional 66/2010.

O divórcio é forma de fim de casamento com ambos em vida. Subdivide-se em litigioso e consensual, sendo que esse último ainda se divide em judicial e extrajudicial.

O divórcio consensual ocorre quando ambas as partes querem se divorciar e também estão de acordo com os termos.

A realização extrajudicial do divórcio consensual é em cartório, por meio de escritura pública. O art. 733 do CPC elenca as condições para tal: não estar a mulher grávida e inexistência de filho menor ou incapaz, além da necessidade de assistência por

advogado ou defensor público. Nenhum outro procedimento é necessário, bastando a escritura pública. Diz o CPC:

"Art. 733: O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731 .

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

O divórcio consensual realizado de forma judicial se dá quando as condições necessárias para o extrajudicial não são atendidas, como a existência de filho menor, ou por livre opção do casal, quando mesmo preenchendo as condições para o extrajudicial, prefira o rito judicial. O casal deve estar assistido por advogado ou defensor público.

Já o divórcio litigioso ocorre quando somente uma das partes o deseja, sem necessidade de aquiescência da outra parte, ou quando ambas as partes o desejam, mas não estão de acordo com os termos, havendo também previsão para quando uma das partes não foi encontrada. As normas do divórcio litigioso estão elencadas no art. 693 do CPC.

Portanto, nos casos de divórcio judicial, consensual ou litigioso, os termos do divórcio estarão na sentença judicial. Os termos abrangerão questões como nome, partilha (pode ser feita posteriormente), pensão alimentícia para o ex-cônjuge (temporária e pode ser pedida posteriormente em ação autônoma), pensão alimentícia para filhos, guarda do filhos, guarda de pet, plano de convivência (visitas), administração de imóveis alugados anteriormente e sociedade empresarial, dentre outros.

Conforme art. 1.582 do Código Civil Brasileiro, o pedido de divórcio compete aos cônjuges, mas, se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão.

Divórcio é averbado no registro de casamento (Art. 10,I, do CCB). Para novo casamento, é necessária apresentação da certidão de averbação (Art. 1.525,V, do CCB).

No caso de divórcio judicial consensual, se diz que foi homologado. No caso de divórcio judicial litigioso, se diz que foi decretado.

Não se discute culpa no divórcio e sim se o quer ou não e os termos dele. A culpa pode ser levada para ação autônoma de perdas e danos.

Não há prazo mínimo para o divórcio desde a Emenda Constitucional 66/2010, que suprimiu o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

1.2 SEPARAÇÃO

1.2.1 APÓS DECISÃO, EM NOVEMBRO DE 2023, DO STF:

O Recurso Extraordinário (RE) 1167478 (Tema 1.053) contestou decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) que manteve sentença decretando o divórcio sem que tenha havido a separação prévia do casal. Segundo o TJRJ, a EC 66/2010 afastou essa exigência, bastando manifestar a vontade de romper o vínculo conjugal. No recurso, um dos cônjuges alegou que a alteração constitucional não afastou as regras do Código Civil.

Em decisão proferida em 08/11/2023, o STF entendeu que as normas do Código Civil que tratam da separação judicial perderam a validade com a entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010. Segundo essa decisão, de repercussão geral, depois que a exigência temporal foi retirada da Constituição Federal, a efetivação do divórcio deixou de ter qualquer requisito, a não ser a vontade dos cônjuges. E mais, a figura da separação judicial não pode continuar a existir como norma autônoma.

Ainda segundo a decisão, o estado civil das pessoas que atualmente estão separadas, por decisão judicial ou por escritura pública, permanece o mesmo, por se tratar de um ato jurídico perfeito.

1.2.2 SEPARAÇÃO COMO AINDA CONSTA DO CÓDIGO CIVIL:

Como registro histórico, e para conhecimento mais integral sobre o tema, são colocadas as previsões ainda constantes do Código Civil sobre o instituto da separação.

O instituto da separação não dissolve o casamento civil. O casal se separa legalmente, mas o casamento persiste. Há a dissolução da sociedade conjugal.

A separação só põe fim a três deveres do casamento: fidelidade, coabitação e regime de bens (Art. 1.576 do CCB).

A qualquer momento o casal pode continuar o casamento, não sendo um novo casamento (Art. 1.577 do CCB). Os cônjuges não estão livres para casar novamente com outros.

Os tipos de separação são: Judicial, Extrajudicial e De fato.

A separação judicial ocorre quando um ou os dois cônjuges não querem mais continuar casados. Quando somente uma das partes quer a separação, a separação será litigiosa. Quando ambas as partes desejam a separação, a separação será consensual (Art. 1.571 ao 1.574 do CCB).

separação. Já se faz logo a partilha de bens e deve conter os termos da separação (art. 1.575 do CCB).

A separação extrajudicial é feita em cartório, por escritura pública, quando estiverem presentes as condições de haver acordo, não haver nascituro e não haver filho menor ou incapaz, devendo ser assistida por advogado ou defensor público (Art. 733 do CPC).

A separação de fato é o nome dado à situação em que um casal já não convive em uma relação conjugal propriamente dita, morando juntos ou não, mas ainda não se divorciou oficialmente. Ou seja, as pessoas estão, na prática, já separadas, mas ainda estão oficialmente sob a determinação de um casamento. Muitos casais assim procedem em fase anterior ao divórcio, a fim de terem tempo de se estruturarem. O principal efeito jurídico de uma separação de fato diz respeito à interrupção dos deveres e responsabilidades típicos do casamento, incluindo os patrimoniais, sem que se altere o estado social do casal. Os bens em comum deixam de serem compartilhados de forma integral a partir do momento da separação de fato. Com o passar do tempo (como em dois anos, cinco anos) surgem outras consequências jurídicas, principalmente patrimoniais.

1C) DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL:

Sendo a união estável uma situação de fato, que garante direitos como os do casamento civil, seu fim não é caso de divórcio porque esse dissolve casamento civil. Tem-se, então, o instituto da dissolução, que pode ser por ação judicial ou não, conforme o caso.

A dissolução extrajudicial, ou em cartório, é aquela em que há consenso entre as duas partes e ela é simples de ser feita, mediante a elaboração de Escritura Pública de Dissolução de União Estável. Além de acordo entre as partes, inclusive em relação à partilha de bens e pensão, há as condições de não haver filhos menores ou incapazes, não haver nascituro e haver presença de advogado ou defensor público.

Caso não exista consenso na dissolução da união estável, ou seja, se uma das partes não quiser a separação ou não houver acordo, ou ainda se os conviventes tiverem filhos menores de 18 anos ou incapazes ou nascituro, é necessário acionar a Justiça para a ação, assistidos por advogado ou defensor público.

A união estável não precisa ser necessariamente registrada em um cartório para ter validade. Porém, mesmo que um casal não possua a Declaração de União Estável, eles podem solicitar a dissolução da união.

2- GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Um processo de separação conjugal gera muitas mudanças na vida do casal. No entanto, a responsabilidade dos pais em relação aos filhos permanece inalterada e a definição da guarda objetiva garantir o cumprimento dos deveres e a observação dos direitos relacionados aos pais e aos filhos, principalmente aos filhos.

A guarda pode ser definida de várias formas. Existem vários tipos de regimes, modelos de guarda. Vamos definir esses tipos e verificar quais são os adotados no ordenamento jurídico brasileiro. Em teoria, resumidamente, temos:

- Guarda unilateral, onde questões decisórias diárias dos filhos ficam na responsabilidade de um dos genitores. É essa pessoa quem vai ficar com o filho e administrar sua vida. Vai definir sua escola, seu plano de saúde, dar consentimentos do dia-a-dia, etc. Ao outro genitor cabe o direito de visitas e o de acompanhar e supervisionar as decisões quanto à criação do filho. Neste caso, quem não estiver com a guarda deverá contribuir para o sustento do filho, mediante o pagamento de pensão alimentícia.

- Guarda compartilhada, onde a responsabilidade pelas decisões, todas, é conjunta. É preciso definir o lar de referência da criança, até necessário para questões de Direito, como jurisdição. Pode haver dias em que a criança fique com o outro genitor, que não seja aquele do lar de referência, pois a questão central aqui é que as decisões são conjuntas. Pode existir guarda compartilhada com regime de convivência alternado ou até com residência alternada. Isso quer dizer que a criança dorme um tempo com um genitor e outro tempo com o outro, mas, em cada um desses tempos, o outro genitor ainda detém a guarda compartilhada, sendo as decisões conjuntas.

- Guarda alternada, onde cada genitor possui a guarda por determinado tempo. Por um tempo, um dos genitores possui individualmente e totalmente a guarda. Após, e também por tempo determinado, o outro genitor possuirá a guarda, da mesma forma individual e integral. E assim alternadamente.

- Guarda nidal, ou nidação, ou aninhamento, é a possibilidade dos genitores manterem sempre a criança em um mesmo lar, o antigo dela onde morava o casal preferencialmente. São os cônjuges que se deslocam. Nesse tipo, pode haver várias combinações quanto à responsabilidade pela guarda e quanto à convivência em si.

Em seguida, o estudo se volta a aspectos do ordenamento jurídico brasileiro, mostrando direitos e deveres dos pais e como se dá a guarda dos filhos na separação conjugal. Para maior clareza, desde já é conveniente destacar que somente há previsão da guarda unilateral ou compartilhada.

Dentre os deveres dos cônjuges, estão o sustento, a guarda e educação dos filhos (Art. 1566, IV, do CC). Não há alteração disso nos casos de separação conjugal, até mesmo quando ocorre novo casamento. O Código Civil assim prevê:

“Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”

“Art. 1.588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.”

Como ressaltado anteriormente, o ordenamento jurídico prevê o guarda unilateral e a compartilhada (art. 1.583 do CC), sendo em regra, a princípio, a guarda compartilhada. Quando os genitores não decidirem sobre a guarda, ela será compartilhada. Isso quer dizer que os genitores podem decidir que a guarda será unilateral. Pelo art. 1.584 do CC, quando ambos querem a guarda unilateral ou não se decidem, a guarda será compartilhada, a não ser que haja demonstração para o juiz de elementos que provem a impossibilidade de um genitor exercer também a guarda. Isso gera muita divergência na doutrina pois uma guarda compartilhada com pais que não entram em acordo, que brigam muito, não seria ideal para o filho. Também, um dos genitores pode declarar que não deseja a guarda do filho. A decisão judicial pode levar em conta orientações técnico-profissionais, questões de afinidade, local da escola, etc., sempre visando como será melhor para a criança.

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

(...)

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda da criança ou do adolescente ou quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.”

Em julgamento, ocorrido em 25/05/2021, do REsp 1.878.041/SP, ficou decidido pelo STJ que mesmo para genitores que residam em cidades ou países distintos é possível haver a guarda compartilhada do filho. Isso leva em conta que o avanço tecnológico possibilitou meios para que à distância decisões possam ser compartilhadas. Outro importante ponto da decisão é ressaltar o aspecto flexível na implantação da guarda compartilhada, adequando cada caso às necessidades específicas, de acordo com o melhor para o filho.

Ementa Oficial

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. OBRIGATORIEDADE. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. GUARDA ALTERNADA. DISTINÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA DOS GENITORES EM CIDADES DIVERSAS. POSSIBILIDADE.

(...)

3- O termo “será”, contido no § 2º do art. 1.584, não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção relativa de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

4- Apenas duas condições podem impedir a aplicação obrigatória da guarda compartilhada, a saber: a) a inexistência de interesse de um dos cônjuges; e b) a incapacidade de um dos genitores de exercer o poder familiar.

5- Os únicos mecanismos admitidos em lei para se afastar a imposição da guarda compartilhada são a suspensão ou a perda do poder familiar, situações que evidenciam a absoluta inaptidão para o exercício da guarda e que exigem, pela relevância da posição jurídica atingida, prévia decretação judicial.

6- A guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada e não demanda custódia física conjunta, tampouco tempo de convívio igualitário dos filhos com os pais, sendo certo, ademais, que, dada sua flexibilidade, esta modalidade de guarda comporta as fórmulas mais diversas para sua implementação concreta, notadamente para o regime de convivência ou de visitas, a serem fixadas pelo juiz ou por acordo entre as partes em atenção às circunstâncias fáticas de cada família individualmente considerada.

7- É admissível a fixação da guarda compartilhada na hipótese em que os genitores residem em cidades, estados, ou, até mesmo, países diferentes, máxime tendo em vista que, com o avanço tecnológico, é plenamente possível que, à distância, os pais compartilhem a responsabilidade sobre a prole, participando ativamente das decisões acerca da vida dos filhos.

8- Recurso especial provido. ”

Importante pontuar que o tipo de guarda adotado e o regime de convivência estabelecido podem ser alterados com o tempo. Mesmo em caso de consenso entre as partes, pode sempre o juiz decretar diversamente, se assim entender, novamente e sempre, que é o melhor para o filho.

Apesar de não inserido explicitamente no Código Civil, é obrigatório registrar que há decisões judiciais que indicam para o caso específico um tipo de guarda diverso do estritamente previsto pelo Código. Aqui elencamos, para efeito de conhecimento, casos como:

-TJMA, disponível em <
<https://www.tjma.jus.br/midia/cgj/noticia/509719/crc32>>:

“Pais garantem guarda compartilhada na modalidade "ninho”:

Um acordo firmado esta semana entre o pai e a mãe de duas crianças, no Centro de Conciliação e Mediação de Família do Fórum Des. Sarney Costa (Calhau), garantiu a guarda compartilhada, na modalidade ninho (guarda nidal). A medida, inédita no Maranhão, é resultado de ação de reconhecimento e dissolução de união estável com guarda e alimentos, proposta pelo casal. Com a decisão, as filhas – de seis e dois anos de idade – continuam morando na residência onde o casal vivia, alternando-se a presença dos genitores. (...) A juíza Joseane de Jesus Corrêa disse que a guarda nidal, também chamada de aninhamento, é muito favorável e bastante utilizada em países da Europa e nos Estados Unidos. No Maranhão é a primeira guarda concedida nessa modalidade.”

- TJMG: guarda alternada concedida já que consolidada na prática, observando o melhor interesse da criança.

“TJ/MG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0153.08.072716-4/001, RELATOR DES. ALBERTO VILAS BOAS, julgado em 02/08/2011 FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SITUAÇÃO DE ALTERNÂNCIA QUE, EMBORA NÃO ACONSELHÁVEL PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA, SE CONSOLIDOU NO TEMPO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ESTUDOS PSICOSSOCIAIS. PROVA SEGURA. CRIANÇA ADAPTADA E FELIZ. SENTENÇA MANTIDA- A guarda alternada de filho entre pais não é providência que se recomenda quando a autoridade judiciária irá, pela primeira vez, definir quem conservará a prole consigo. - No entanto, se a guarda alternada consolidou-se por mais de três anos e os estudos sociais realizados indicam que o filho encontra-se saudável, feliz e com desenvolvimento emocional normal, não é razoável modificá-la para estabelecer a guarda unilateral.”

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/943535013/inteiro-teor-43535150>>.

3- INICIATIVAS E UM OLHAR CUIDADOSO DO JUDICIÁRIO NA GUARDA.

Uma vez que a prestação da tutela jurisdicional veio, ao longo do tempo, perdendo sua eficiência em dirimir os conflitos oriundos das relações do Direito de Família, posto sua complexidade e transformações, surgiu a necessidade de composição de forma mais célere e, respeitando o princípio da afetividade, e principalmente priorizando o princípio do superior interesse da criança.

A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade, foi instituída no Brasil através da publicação da Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, no qual um dos pontos principais está na promoção da autocomposição. Nesse sentido, foram criados os CEJUSCs, Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

A principal finalidade dos CEJUSCs é fornecer à população, gratuitamente, um serviço de conciliação e mediação de qualidade, por meio de profissionais capacitados, seja na fase processual ou ainda quando não há processo na Justiça. Tanto a conciliação como a mediação são métodos reconhecidos e utilizados para soluções de conflitos.

A conciliação e a mediação utilizam a figura de um terceiro imparcial, intervindo no processo de negociação, com o intuito de auxiliar as partes a construir uma solução para o conflito. Na mediação, o mediador atua facilitando a comunicação entre as partes, as quais mantêm uma relação continuada no tempo e não devem ser entendidas como adversárias, identificando seus interesses e questões para que ambas cheguem, com seu auxílio, a uma composição satisfatória. Na conciliação, há atuação mais efetiva do conciliador que pode sugerir soluções. Nela, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial.

Mediação Familiar revela sua importância para o desenvolvimento da sociedade, pois seu objetivo está na busca do comportamento apropriado entre as partes, sendo um novo desafio do Direito de Família contemporâneo.

Como visto em capítulo anterior, a guarda compartilhada é tida como a mais adequada para o filho. Não havendo consenso entre as partes, será aplicada a guarda compartilhada, sempre que possível. Tal medida tende a repercutir de forma não tão positiva para as partes que estão litigando, pois a guarda compartilhada requer entendimento e cooperação. Portanto, a fase da mediação nos processos de guarda tem grande relevância, pois nela se busca a solução pacífica do conflito, de forma a priorizar o bem-estar e a garantia dos direitos da criança.

Conta-se com a intervenção de uma equipe multiprofissional, dispondo de técnicas especializadas para entender o sofrimento, acompanhar a decisão e ajudar na organização da separação por meio de uma integração do saber. Tem por finalidade o gerenciamento do conflito e não a reconciliação ou modificação das decisões tomadas pelos cônjuges. Amenizando o conflito entre as partes, processo se mostra menos traumático, principalmente para os filhos.

Iniciativas diversas, no sentido de promover maior número de acordos para guarda, são realizadas nos Tribunais de Justiça pelo país, como:

-TJDFT: Realizou Mutirão de Família, conforme notícia disponível em <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2024/janeiro>>, para questões como guarda, visando soluções céleres e desburocratizadas. Durante os seis dias de mutirão de família, que teve início dia 20 de dezembro de 2023, o TJDFT atendeu cerca de mil pessoas, realizou 400 audiências de mediação e a taxa de acordo foi acima de 90%.

-TJMA: Realiza também mutirão itinerante para tratar questões como a guarda, quando agendava audiências de mediação, a serem realizadas presencialmente ou por videoconferência, conforme notícia disponível em <<https://www.tjma.jus.br/midia/portal/noticia/503739/cidadaos-podem-solucionar-conflitos>>.

- Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com os tribunais, realiza anualmente a Semana Nacional de Conciliação, iniciativa visa incentivar a solução de questões por meio do diálogo, do acordo, com vistas à pacificação social.

Outro método empregado para solucionar conflito relativo à guarda é a Constelação Familiar. Trata-se de uma técnica vivencial, que pode revelar dinâmicas ocultas das relações familiares, possibilitando um conhecimento mais pleno do conflito para o indivíduo.

A Constelação Familiar foi desenvolvida pelo filósofo alemão Bert Hellinger na década de 1970 e foi aplicada no Judiciário inicialmente pelo Tribunal de Justiça da Bahia, a partir de 2012. É utilizada ao menos em 16 estados e Distrito Federal, pois muitos estão em fase de implementação.

É uma técnica de autocomposição e conscientização. Além da pessoa a ser constelada, há a figura do constelador, capacitado, que conduz a prática, e participação de pessoas convidadas a representar papéis de familiares ou de relacionados com o participante constelado. Nessa técnica, as partes recriam suas relações por meio de representações, que também podem ser feitas por bonecos. A ideia é que os litigantes

compreendam a origem de seus desentendimentos e busquem encontrar uma saída amigável para a questão

O emprego da Constelação Familiar no Judiciário surge como uma forma efetiva de atendimento humanizado, a fim de propiciar às partes uma melhor percepção acerca do conflito.

Ainda há dificuldades para que haja CEJUSCs em todas as comarcas. Tanto o CNJ quanto os Tribunais se esforçam no sentido de implementar eficazmente um programa voltado à solução de conflitos. Onde há maior concentração de centros de atendimentos (CEJUSCs), o percentual de acordos homologados é expressivamente superior ao resultado dos locais com menor concentração.

CONCLUSÃO:

É sabido que o número de casamentos cresce no Brasil. É sabido que o número de separações cresce no Brasil. É de se esperar que o número de conflitos gerados a partir da separação igualmente cresça. A partir da forma como se deu uma separação, há indícios de maior ou menor número de conflitos gerados.

Esforços no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário são feitos ao longo do tempo para diminuir efeitos nocivos gerados na separação conjugal, especialmente no tocante ao bem-estar dos filhos. A guarda tornou-se instituto a ser melhor tratado, estudado, pensado e até mesmo sentido. Tudo que possa contribuir positivamente para o desenvolvimento da criança deve ser perseguido.

Priorizar o Princípio do Superior Interesse da Criança e o olhar mais humanizado e individualizado nas ações e decisões do Estado tornam-se cada vez mais necessários e presentes.

A mudança de uma antiga cultura litigiosa, tutelada pelo Poder Judiciário, para uma cultura mais consensual deve ser fortemente estimulada, sob pena de efeitos cada vez mais danosos para a sociedade. Se as gerações se formam observando e vivendo conflitos, mais deles existirão progressivamente.

A priorização da guarda compartilhada e a previsão da mediação de conflitos como um instrumento de concretização de seu exercício, representa uma verdadeira conquista para a sociedade brasileira. Filhos formados por pais alinhados e preocupados, acima de tudo, com o bem-estar integral deles resultarão em adultos mais conscientes, em melhores cidadãos, em melhores pessoas.

BIBLIOGRAFIA:

BENTO, Angelo Suliano. A evolução da guarda compartilhada no direito brasileiro. Disponível em: <<https://jus.com.br>>. Acesso em: 09 de mar. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional 66/2010. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em 26/02/2024.

BRASIL. Código Civil 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em: 25.03.2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25.03.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.878.041 - SP (2020/0021208-9). Relatora: Ministra Nancy Andrighi . Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 25 de maio de 2021. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000212089&dt_publicacao=31/05/2021. Acesso em: 26/02/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1167478 (Tema 1.053) Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=518572&ori=1#:~:text=Na%20decis%C3%A3o%20de%20hoje%2C%20o,terem%20permanecido%20no%20%C3%B3digo%20Civil.>>>. Acesso em 26/02/2024.

CHAVES, Mara Julinaide. Guarda Compartilhada. Disponível em: <<http://www.pergamum.univale.br>>. Acesso em: 09 de mar. de 2024.

COSTAL Renata Louro, TEIXEIRA Alcântara de Eliane. A lei sobre a guarda compartilhada. Disponível em: <<https://www.rkladvocacia.com>>. Acesso em: 11 de mar. 2024.

DIAS, Maria Berenice. Manual do direito das famílias. 13. ed. Ver. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DOLTO, Françoise. Quando os pais se separam. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

FERREIRA, Francinária. Um estudo acerca da guarda compartilhada na relação entre pais e filhos. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 10 de mar. 2024.

GALINDO, Cristiano Rodrigo. A evolução da guarda dos filhos no direito brasileiro: um olhar sobre os aspectos históricos e contemporâneos sobre o instituto da guarda dos

filhos na perspectiva do princípio do melhor interesse do menor. Disponível em: <<https://aberto.univem.edu.br>>. Acesso em: 10 de mar. 2024.

LÔBO, Paulo Diniz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). Direito de família e o novo código civil. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: famílias. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 5 v.

MEDINA, José Miguel Garcia. Código civil comentado. 2. ed. São Paulo: RT, 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil: direito de família. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Famílias. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVANA, Maria Carbonera. Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada, p. 64. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

APOSENTADORIA RURAL PODE SER PREJUDICADA POR CÔNJUGE TRABALHADOR URBANO?

DESIRÉE EVANGELISTA DA SILVA:
Advogada. Bacharel em Direito e pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário.⁶

Resumo: A aposentadoria rural é um direito fundamental para os trabalhadores que dedicam suas vidas à agricultura e à pecuária. No entanto, a interação entre a aposentadoria rural e a situação de um cônjuge que trabalha no setor urbano pode criar desafios e até mesmo prejudicar a segurança financeira do aposentado rural. Este artigo explora os impactos dessa dinâmica e propõe possíveis soluções para mitigar tais efeitos negativos.

Palavras-chave: Aposentadoria. Rural. Trabalho Urbano. Instituto Nacional do Seguro Social.

Abstract: Rural retirement is a fundamental right for workers who dedicate their lives to agriculture and livestock. However, the interaction between rural retirement and the situation of a spouse working in the urban sector can create challenges and even harm the rural retiree's financial security. This article explores the impacts of this dynamic and proposes possible solutions to mitigate such negative effects.

Keywords: Retirement. Rural. Urban Work. National Social Security Institute

Introdução

A aposentadoria rural é um componente essencial da rede de segurança social em muitos países, reconhecendo a contribuição vital dos trabalhadores do campo para a economia e a sociedade. No entanto, em muitos casos, os benefícios da aposentadoria rural podem ser afetados pela situação do cônjuge que trabalha no setor urbano. Esta interação entre diferentes regimes previdenciários pode gerar desigualdades e injustiças que merecem atenção e análise aprofundadas.

A pesquisa será desenvolvida com base Constituição Federal Brasileira de 1988 e na Lei 8.213 de 1991 que regula a Previdência Social e nos entendimentos da Turma Nacional de Uniformização.

1. Disparidades nos Regimes de Previdência Social

⁶ E-mail: desireeevangelistasilva@gmail.com

Os sistemas de previdência social frequentemente variam entre áreas urbanas e rurais, refletindo as diferentes realidades econômicas e sociais desses ambientes. Enquanto os trabalhadores urbanos podem contribuir para regimes previdenciários mais abrangentes e estruturados, os trabalhadores rurais muitas vezes estão sujeitos a sistemas previdenciários mais fragmentados e menos abrangentes. Essas disparidades nos regimes previdenciários podem levar a diferenças significativas nos benefícios de aposentadoria entre trabalhadores urbanos e rurais, exacerbando as desigualdades socioeconômicas.

Além disso, os benefícios de aposentadoria oferecidos pelos regimes previdenciários rural e urbano podem variar em termos de valor e abrangência. Os trabalhadores urbanos, muitas vezes, têm acesso a benefícios mais generosos, uma vez que contribuem com uma parte maior de sua renda para os sistemas previdenciários e podem acumular mais tempo de contribuição ao longo de suas carreiras.

Por outro lado, os benefícios de aposentadoria para trabalhadores rurais podem ser mais modestos, refletindo níveis de contribuição mais baixos e uma expectativa de vida potencialmente menor em áreas rurais. Essa discrepância nos níveis de benefícios pode contribuir para desigualdades econômicas entre trabalhadores urbanos e rurais na aposentadoria, colocando os últimos em uma posição de maior vulnerabilidade financeira.

Dessa forma, essas disparidades nos regimes de previdência social entre áreas urbanas e rurais destacam a necessidade de políticas que visem reduzir as desigualdades e garantir uma proteção social adequada para todos os trabalhadores, independentemente de sua ocupação ou local de residência. Isso pode incluir medidas para aumentar a cobertura e os benefícios dos regimes previdenciários rurais, bem como iniciativas para melhorar o acesso e a informação sobre os programas de previdência social nas áreas rurais.

2. Impacto Financeiro do Cônjuge Urbano

A situação financeira do cônjuge que trabalha no setor urbano pode ter um impacto significativo na aposentadoria do cônjuge que trabalha na área rural. Essa interação pode resultar em diversos efeitos, desde a redução dos benefícios de aposentadoria até a perda completa de certos direitos previdenciários.

Porém, a legislação não se mostra clara quanto a esse assunto. A legislação previdenciária, em especial na Lei n. 8.213/1991 ou no Decreto n. 3.048/1999, não traz nenhuma exigência informando que o cônjuge do segurado especial deve ser também um trabalhador rural.

O art. 11, inciso VII, alínea “a” da Lei de Benefícios menciona que:

“Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;

(...) c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.”

Vejamos que embora do inciso VII, alínea “c” do art. 11 da Lei 8.213/1991 estenda a condição de segurado especial ao cônjuge do produtor rural, isso não significa que, no caso do esposo ou esposa ser um trabalhador urbano, não possa existir a caracterização.

Em tese, a autarquia previdenciária não pode exigir que todos os membros da família sejam segurados rurais. Assim, para dirigir quaisquer dúvidas sobre a matéria, a Turma Nacional de Uniformização fixou teses, que estão no Tema nº 23 e Súmula nº 41. Vejamos:

Tema n. 23 TNU

“A condição de segurada especial em regime de economia familiar não é descaracterizada pelo trabalho urbano do marido da autora ou mesmo pela paga, posterior, de pensão alimentícia, em razão de separação.”

Súmula n. 41 TNU

“A circunstância de um dos integrantes do núcleo familiar desempenhar atividade urbana não implica, por si só, a descaracterização do trabalhador rural como segurado especial, condição que deve ser analisada no caso concreto.”

Portanto, conforme entendimentos da TNU acostados anteriormente, se esclarece que apesar do cônjuge laborar em ambiente urbano, não necessariamente o outro cônjuge terá seu direito suprimido.

3.Desafios de Comprovação de Atividade Rural

Para os trabalhadores rurais que buscam acesso à aposentadoria rural, a comprovação de sua atividade no campo pode ser um desafio significativo. Isso se deve a uma série de fatores que complicam a documentação e a verificação de sua contribuição para a economia rural.

O primeiro fator contributivo é a informalidade e falta de registros formais, tendo em vista que, muitos trabalhadores rurais estão envolvidos em atividades agrícolas e pecuárias que são altamente informais e não estão sujeitas a registros formais. Isso pode dificultar a produção de documentos oficiais, como contratos de trabalho ou registros de pagamento, que são frequentemente usados para comprovar a atividade laboral em sistemas previdenciários.

O segundo fator determinante é a independência financeira dos lares rurais, pois é comum que os membros da família contribuam para várias atividades agrícolas e pecuárias de forma colaborativa. Isso pode dificultar a atribuição precisa de contribuições individuais e complicar a documentação do trabalho de cada membro da família.

Além disso, em muitos casos, a renda e os recursos financeiros da família são combinados e geridos de forma conjunta, tornando difícil distinguir a contribuição de um cônjuge rural em relação ao trabalho realizado pelo cônjuge urbano ou outros membros da família.

E como último fator determinante tem-se a falta de educação previdenciária e ausência de conhecimento sobre os programas de previdência social disponíveis e os procedimentos necessários para acessar esses benefícios. Isso pode resultar em trabalhadores rurais não estarem cientes dos documentos necessários ou dos passos a serem seguidos para solicitar a aposentadoria rural.

4.E na prática, qual seria a resolução?

Ao se deparar com essa determinada situação, o especialista em Direito Previdenciário deverá analisar minuciosamente o processo administrativo que ensejou o indeferimento do benefício de Aposentadoria Rural pleiteado. Em todo caso, será necessário ajuizar uma ação judicial, perante o órgão competente, e requerer o auxílio jurisdicional.

O caso será dirimido por meio de audiência de instrução e julgamento, onde o advogado deverá comprovar por meio de documentos e testemunhas acerca do labor rural e que não se comunica e se descaracteriza pelo labor urbano do cônjuge.

Importa salientar que o caso é complexo e para uma chance de êxito o processo deverá estar "fechado", ou seja, com uma documentação comprobatória robusta e testemunhas hábeis a comprovar o direito do postulante.

Faz-se necessário guardar alguns exemplos de documentos rurais necessários para o ajuizamento de uma demanda assim, que seriam, contratos de arrendamento ou parceria rural, declarações de sindicatos rurais, notas fiscais de venda de produtos agrícolas, recibos de compra de insumos agrícolas, declarações de sindicatos rurais, documentos de registro de propriedade rural, além das declarações de testemunhas.

Considerações Finais

Em suma, a interação entre aposentadoria rural e a situação de um cônjuge trabalhador urbano pode criar desafios significativos para quem deseja gozar do benefício futuramente, colocando em risco sua segurança financeira e bem-estar. É crucial que os especialistas em Direito Previdenciário tenham cautela ao ajuizar a ação e reconheçam a natureza única do trabalho rural e adaptem seus critérios de elegibilidade e procedimentos de verificação para atender às necessidades dos trabalhadores rurais. Isso pode ajudar a garantir que os trabalhadores rurais tenham acesso equitativo aos benefícios de aposentadoria e possam desfrutar de uma vida digna na velhice.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

BRASIL. Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. Lei de Benefícios e Serviços https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 15 fev. 2024.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; Lazzari, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. Editora Conceito Editorial, 2020.

ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO E OS PREJUÍZOS NA SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR

AMANDA DE OLIVEIRA FROES:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário UNA Contagem⁷.

Resumo: O presente artigo, intitulado "Assédio moral no trabalho e os prejuízos na saúde mental do trabalhador" tem por objetivo compreender o impacto negativo que o assédio moral causa na vida do trabalhador e os prejuízos que as organizações sofrem mediante um trabalhador com baixo rendimento nas atividades, absenteísmos e consequentemente afastamentos de longo prazo. Além de abordar as doenças psíquicas causadas pelo assédio moral no ambiente de trabalho. O trabalho foi feito por meio de revisão bibliográfica, baseado em artigos, livros e jurisprudências. Por fim, foi observado o olhar da jurisprudência sobre o assédio moral no ambiente de trabalho. Conclui-se que o assédio moral vem sendo bem discutido pelos tribunais brasileiros, porém ainda há muito que se avançar em relação a fixação de critérios mais objetivos na configuração para caracterização do assédio moral.

Palavras-chave: Assédio moral, saúde mental no trabalho, doenças psíquicas, consequências e impactos, jurisprudência.

Abstract: This article, entitled "Moral harassment at work and damage to the worker's mental health, aims to understand the negative impact that bullying causes in the worker's life and the damage that organizations suffer from a worker with low income in activities, absenteeism and consequently long-term absences. In addition to addressing mental illnesses caused by bullying in the workplace. The work was done through a bibliographic review, based on articles, books and jurisprudence. Finally, the view of jurisprudence on moral harassment in the workplace was observed. It is concluded that moral harassment has been well discussed by Brazilian courts, but there is still a long way to go in relation to setting more objective criteria in the configuration for characterizing moral harassment.

Key-words: Bullying, mental health at work, mental illness, consequences and impacts, jurisprudence.

SUMÁRIO: 1) Considerações iniciais. 2) Definição de assédio moral. 2.1) Doenças psíquicas decorrentes do assédio moral. 2.1.1) Transtorno de estresse pós-traumático. 2.1.2.) Depressão. 2.1.3) Síndrome de bournout. 2.2.) Consequências relacionadas às

⁷ E-mail: amanda.olliveira03@gmail.com

doenças psíquicas decorrentes do assédio moral. 3) Impactos relacionados ao assédio moral. 4) Assédio Moral a Luz da Jurisprudência 5) Considerações finais. 6) Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca compreender o impacto negativo que o assédio moral causa na vida do trabalhador e os prejuízos que as organizações sofrem mediante um trabalhador com baixo rendimento nas atividades, absenteísmos e conseqüentemente afastamentos de longo prazo.

Esse trabalho irá considerar também as possíveis psicopatologias causadas pelo assédio moral no ambiente de trabalho. Em determinadas empresas uma pessoa ao passar pelo processo de admissão e demissão realiza avaliações e exames médicos que constata a saúde do colaborador. Esse, normalmente ao ingressar na organização se vê motivado frente às oportunidades e possibilidades de crescimento, porém em algum momento essa motivação é bloqueada e o colaborador se vê desmotivado, com baixa produtividade no desempenho das atividades, gerando muitas vezes ausências recorrentes do trabalho para realização de consultas médicas e dependendo do grau da patologia adquirida pode ocorrer o afastamento por doença. Com isso a empresa se vê diante de um custo que poderia ter sido evitado.

Esse artigo tem por objetivo compreender o impacto negativo que o assédio moral causa na vida do trabalhador e os prejuízos que as organizações sofrem mediante um trabalhador com baixo rendimento nas atividades, absenteísmos e conseqüentemente afastamentos de longo prazo.

Para a realização deste trabalho foi utilizada ampla bibliografia sobre o Assédio moral, saúde mental no trabalho, doenças psíquicas, conseqüências, impactos e jurisprudência, foi identificada a legislação sobre o assunto e verificada jurisprudência. O tipo de pesquisa que foi realizado neste trabalho, é uma Revisão de Literatura, no qual foi realizada uma consulta a livros, dissertações e por artigos científicos selecionados através de busca nos seguintes bases de dados como (livros, sites de banco de dados) Google Acadêmico, *Scielo* e Biblioteca. O período dos artigos pesquisados serão os trabalhos publicados nos últimos dez anos.

O primeiro capítulo trata da definição de assédio moral, no segundo capítulo será entendido os impactos relacionados ao assédio moral, no terceiro capítulo será falado sobre assédio moral a luz da jurisprudência, e por fim, terá a conclusão do trabalho.

2. DEFINIÇÃO DE ASSÉDIO MORAL

De acordo com o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, assediar significa importunar, perseguir com insistência, atormentar com persistência o sujeito alheio.

Porém esse trabalho será focado sobre o assédio moral que ocorrem no ambiente corporativo.

Assédio moral é toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se por comportamentos, palavras, ações e gestos que possam trazer dano à personalidade, dignidade ou integridade física ou psíquica de uma pessoa, colocando em perigo seu emprego ou denegrindo o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2000).

O assédio organizacional é um conjunto sistemático de práticas reiteradas inseridas nas estratégias e métodos de gestão, por meio de pressões, humilhações e constrangimentos, para que sejam alcançados determinados objetivos empresariais ou institucionais, relativos ao controle do trabalhador (aqui incluído o corpo, o comportamento e o tempo de trabalho), ou ao custo do trabalho ou ao aumento de produtividade e resultados, ou a exclusão ou prejuízo de indivíduos ou grupos com fundamentos discriminatórios (GOSDAL, 2009, p.33)

A prática do assédio moral traz diversas situações em que a vítima se sente ofendida, menosprezada, rebaixada, inferiorizada, constrangida ou qualquer outra forma em que tenha sua autoestima rebaixada por outra pessoa. Tal situação traz consequências devastadoras para as vítimas, dessa forma é necessário um conhecimento profundo do quadro para oferecer o tratamento jurídico e psicológico para as vítimas de pessoas opressoras que possuem o poder de coagi-los no ambiente de trabalho. (DARCANCHY, 2005).

Frente a situação de assédio a pessoa pode desenvolver alguma patologia de cunho psicológico, o que influencia negativamente o seu trabalho, seus relacionamentos e sua vida pessoal.

Várias são as formas do agressor desestabilizar a vítima, Barreto (2015) cita algumas formas que o assédio moral ocorre com maior frequência.

- Dar instruções confusas e imprecisas;
- Bloquear o andamento do projeto alheio;
- Atribuir erros imaginários;
- Ignorar a presença do funcionário na frente dos outros;

- Pedir trabalhos urgentes sem necessidade;
- Fazer críticas em público;
- Sobrecarregar o funcionário de trabalho;
- Não cumprimentar e não dirigir a palavra ao empregado;
- Impor horários injustificados
- Fazer circular boatos maldosos e calúnias sobre a pessoa;
- Forçar a demissão;
- Insinuar que o funcionário possui problemas mentais ou familiares;
- Transferir o funcionário de setor ou horário afim que isolá-lo;
- Retirar instrumentos de trabalho (computador, telefone)
- Agredir preferencialmente quando está a sós com a vítima;
- Proibir os colegas de se relacionar com a pessoa;
- Retirar ou limitar a autonomia profissional;
- Descumprir o código de ética e as leis trabalhistas;
- Desvalorizar a atividade profissional do trabalhador;
- Induzir o trabalhador ao erro, não só para criticá-lo ou rebaixá-lo, mas também para que tenha uma má imagem de si mesmo;

Diante de tais situações em que a vítima se sente amedrontada e com sua autoestima rebaixada, passa a desencadear várias patologias que comprometam além do trabalhador a empresa.

Observa-se que segundo Barreto (2015) existem algumas situações que demonstram como o assédio pode ser perceptível, visualmente são poucas as ações que são analisadas, mas é perceptível quando está ocorrendo o assédio dentro da empresa. As agressões verbais, sobrecarga de serviço, impor situações ou ações que não são do trabalhador, são as mais comuns.

2.1. Doenças psíquicas decorrentes do assédio moral

Abaixo serão relacionadas as principais patologias que acometem as vítimas de assédio moral no trabalho.

2.1.1. Transtorno de Estresse Pós Traumático

De acordo com o DSM-IV, o estresse pós-traumático é um estado causado por um evento incomum que inclui uma real ameaça para vida ou para a integridade física de uma pessoa. Este estado é vivido como um medo intenso, um estado de terror e impotência. Seus sintomas principais são: problemas de memória, dificuldade de concentração, sentimento de insegurança, dificuldade para dormir, despertar prematuro, pesadelos, dores de cabeça, dores de estômago, etc.

Na maioria das vezes as vítimas apresentam sentimentos de anulação de seus afazeres, que se encontram sufocados pelas lembranças mais fortes e mais marcantes. Esses sintomas são conhecidos como “anestesia emocional” ou “torpor psíquico” e, frequentemente, determinam o afastamento de pessoas importantes de seu convívio. (SILVA, 2016).

Grande parte dos indivíduos vítimas de estresse pós-traumático busca evitar tudo que remete a situação vivida, tentam elaborar estratégias com a finalidade de tentar evitar reviver a situação traumática que muitas vezes surgem através de pesadelos e pensamentos o que muitas vezes pode levar a um estado de desgaste físico e mental além de uma depressão.

2.1.2. Depressão

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS, 2008), a pessoa deprimida pode apresentar sintomas tais como a diminuição de humor e perda de energia e interesse em atividades que antes eram prazerosas, redução da capacidade de concentração, comumente relacionado à fadiga. Esses sintomas podem ser acompanhados através da diminuição da autoestima e autoconfiança, além de ideias de culpabilidade. Os sintomas fisiológicos, do mesmo modo, estão presentes em quadros depressivos, a exemplo de problemas com o sono, redução do apetite, perda da libido e lentidão psicomotora.

A depressão pode ser definida como um transtorno mental que altera de modo significativo o humor dos seus portadores. O humor depressivo inclui diversos sentimentos e emoções: o indivíduo sente-se infeliz, desesperançoso, choro constante, baixa autoestima e autoconfiança, sentimento de culpa e menos valia, redução da capacidade de atenção e concentração, alteração referente a alimentação em alguns casos ocorre a perda de apetite e em outros excessos de alimentos; dores nas costas,

dores de cabeça, dores abdominais, no peito braços e pernas, para o caso das dores e realizado exames para justificarem. (SILVA, 2016).

2.1.3. Síndrome de Burnout

A síndrome de burnout, ou síndrome do esgotamento profissional, é um processo iniciado com excessivos e prolongados níveis de estresse (tensão) no ambiente corporativo sendo essa sua causa principal. É um distúrbio psíquico que mantém a pessoa em um estado de tensão e exaustão físico/emocional e estresse crônico, onde temos a diminuição do sentimento de realização profissional a despersonalização do indivíduo, com o trabalho invadindo sua vida pessoal, social e emocional.

O termo "*Burnout*", de origem inglesa, designa algo que deixou de funcionar por exaustão de energia. Pode-se dizer que o termo descreve uma síndrome com características associadas, que representam uma resposta aos estressores laborais crônicos. Trata-se de um conjunto de sintomas caracterizado por sinais de exaustão emocional, despersonalização e reduzida realização profissional em decorrência de uma má adaptação do indivíduo a um trabalho prolongado, altamente estressante e com grande carga tensional. (PÊGO, PEGO, 2015).

O ambiente de trabalho onde o assédio moral está presente é mais propício o surgimento da síndrome de burnout, uma vez que a relação do assediador com a vítima é uma relação tensa.

Uma vítima pode ter a síndrome de burnout associada à outras doenças psíquicas, como a depressão, o que agrava significativamente a saúde do trabalhador.

2.2. Consequências relacionadas às doenças psíquicas decorrentes do assédio moral

Diante das doenças apresentadas, as consequências do assédio moral para a saúde do trabalhador são devastadoras. O assédio moral tem sido considerado como um dos mais importantes estressores nas organizações as vítimas de assédio e possuem uma degradação da sua saúde física e mental. (SOARES, OLIVEIRA, 2012).

Além de ter sua identidade profissional desestabilizada, considerando como fracasso sua vida profissional, passando a viver momentos de pavor, terror frente a situação enfrentada. Joel Birman (2005, p.7) considera esse terror como:

Os efeitos psíquicos são marcados pela presença do "horror" e do "terror". Isso porque implicam sempre a desestabilização da "identidade" e a perda dos signos de segurança da personagem em questão. A identidade em pauta aqui se refere, é claro, aos registros

do social e do psíquico. Em decorrência disso, produz-se uma transformação crucial na economia psíquica do narcisismo do personagem atingido, que conduz frequentemente à depressões severas e à destruição de sua imagem. Como o processo é geralmente sorrateiro e progressivo, a autoestima da personagem afetado se esvazia pouco a pouco conduzindo de uma maneira quase inapelável à sua destruição institucional. Não tendo com quem contar e confiar, no contexto do trabalho, aquela pode frequentemente se atribuir, no fantasma, toda a responsabilidade pelo que ocorre.

O trabalhador assediado tem sua saúde física e mental comprometida tendo muitas vezes que fazer uso de medicação contínua, acompanhamento psicológico, além de em casos extremos afastar das atividades por período indeterminado, sem perspectiva de retorno as atividades laborativas.

As organizações por sua vez sofrem consequências desastrosas em termos de eficiência e eficácia organizacionais, produtividade e lucratividade de várias maneiras: a princípio, com a perda de tempo, pois enquanto se assedia não se trabalha. Somando-se a isso os gastos elevados incorridos com absenteísmo. (SOARES, OLIVEIRA, 2012). Além da diminuição na produtividade, aumento na rotatividade de funcionários, erros na execução das atividades, maior risco de acidente do trabalho, prejuízos por indenizações de passivo trabalhista, assim como danos para a marca da empresa.

Se comprovado o assédio moral, poderá ser desencadeada uma ação judicial no qual o trabalhador terá direito a receber uma indenização correspondente aos danos morais que sofreu. Assim a empresa deverá responder pela conduta de assédio que foi praticada contra o empregado dentro das suas dependências. (ÁVILA, 2014).

A segurança jurídica que esse trabalhador possui é a Constituição Federal de 1988 que prevê em seu art. 5, inciso V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Tal conduta ainda pode ser qualificada como calúnia, difamação ou injúria conforme previsto no capítulo V do Código Penal dos crimes contra honra. Entretanto, será suficiente uma pena de seis a dois anos ou simples indenização, capaz de retratar o mal sofrido pela vítima? Levando em consideração que ela carregará o trauma para sempre, é necessárias medidas mais rígidas para regular este ato.

O assédio moral é uma prática muito recorrente nos ambientes de trabalho que muitas vezes acabam gerando polêmicas, assim é importante que as empresas adotem

medidas que identifiquem, previnam e coíbam esse tipo de situação abusiva dentro das suas dependências, a fim de evitar problemas futuros.

3. IMPACTOS RELACIONADOS AO ASSÉDIO MORAL

O assédio moral nas organizações não é algo novo, os maus tratos e humilhações existem desde o início das relações trabalhistas, porém, nas últimas décadas vêm ganhando novas formas e características, em função do novo modelo organizacional das empresas que acaba por induzir a pressão sobre os colaboradores diante das metas e objetivos estratégicos traçados pela empresa. (AVILA, 2014).

O assédio moral caracteriza-se pela submissão do trabalhador a constantes humilhações e constrangimentos. Se expressa em atitudes violentas e sem éticas que provocam repercussões negativas na identidade da pessoa assediada. Dessa forma é importante que os trabalhadores estejam preparados para reconhecer o assédio moral, evitá-lo e combatê-lo. O assédio moral por sua vez é capaz de desestabilizar e fragilizar a vítima, instaurando perda de autoestima, dúvida de si mesma, a pessoa sente-se mentirosa uma vez que se vê em descrédito pelos outros. (BORBROFF; MARTINS, 2013).

O processo de assédio moral no trabalho traz prejuízos para o indivíduo, para a organização e para a sociedade. Os indivíduos acometidos pelo assédio moral, ao se sentirem ameaçados, deixam de levar uma vida normal e prejudicam todo o contexto de sua vida pessoal. Há casos em que eles se sentem abatidos e perdem a disposição e a paixão pela vida. A destruição da identidade do indivíduo nos processos de assédio moral no trabalho ocorre rapidamente. Entretanto, a recuperação da autoestima e a consequente recuperação desse indivíduo para o convívio na sociedade e no ambiente de trabalho pode levar anos (FILHO, 2007).

O assédio moral organizacional nas últimas décadas vem chamando atenção no meio jurídico e acadêmico. Com o grande número de processos e problemas relacionado a saúde do trabalhador e a relevância de um ambiente de trabalho sadio, a problemática do assédio moral organizacional começa a ganhar destaque. Observa-se o assédio moral como resultado da sinergia de causas, perpassando entre as dimensões do ser e estar, interpessoal e organizacional. (MENEZES, 2019).

4. ASSÉDIO MORAL A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência normalmente indicada como parâmetro da matéria no país é originária do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – com sede no Estado do Espírito Santo -, que tipifica e engloba como assédio moral a perseguição sofrida por técnicos do ramo de propaganda e publicidade, conforme ementa abaixo:

“ASSÉDIO MORAL. CONTRATO DE INAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. As torturas psicológicas, destinadas a golpear a autoestima dos empregados, tendo como finalidade forçar suas demissões ou acelerarem suas dispensas por meio de método que resulte em sobrecarregar os empregados de atividades inúteis, sonegar-lhes informação e fingir que não os vê, resulta em assédio moral, cuja consequência é o direito à indenização por danos morais, porque supera o aspecto profissional, eis que mina a saúde física e mental das vítimas e corrói a sua autoestima. No caso em tela, o assédio foi além, porque a reclamada transformou o contrato de atividade em contrato de inação, rompendo o aspecto sinalagmático do contrato de labor, e por consequência, não cumprindo a sua obrigação primordial que é a de proporcionar labor, fonte de dignidade dos empregados. ” (TRT 17ª R., RO nº 1315.2000.00.17.00.1, Ac. nº 2.276/2001, Rel. Juíza Sônia das Dores Dionísio, DJ de 20.08.2002, publicado na Revista LTr 66-10/1237).

Na exordial que ensejou a reclamação trabalhista que culminou na jurisprudência em questão, o peticionário requereu, dentre outros, a indenização por dano moral em face de “perseguição de cunho ideológico”. Da análise do acórdão aduz-se que fora rechaçado numa promoção, reagiu e discutiu com um companheiro de trabalho, companheiro este que conseguiu a promoção, sem levar em conta a animosidade provocada com o gerente.

Em face disso, o gerente comunicou, em reunião para os demais colaboradores, que o peticionário estaria impedido de frequentar a biblioteca (local onde exercia sua atividade); em consequência, por volta de três meses, ficou o autor sem perceber labor, compelido a frequentar uma escada interna do ambiente, lugar que foi chamado pelos demais colaboradores de “escritório do Harald” – prenome do peticionário – de acordo com testemunhas.

Ressalta-se o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (localizado no Estado de Minas Gerais), de relatoria da Ministra e Professora Alice Monteiro de Barros, em face do olhar teórico e analítico em estudo:

“ASSÉDIO MORAL. CARACTERIZADO. A expressão “assédio moral” foi usada em primeiro lugar pelo profissional da psicologia e sua entrada no mundo jurídico é recente. O que se caracteriza como assédio moral, também denominado de mobbing (Suécia, Estados Unidos e Alemanha), Harassment (tiranizar) - Inglaterra, Austrália;

Murahachibu (ostracismo social) - Japão; Coação moral-Portugal, terrores psicológicos ou assédio moral no país, além de outras expressões, é, basicamente, atentado contra a dignidade da pessoa humana. Inicialmente, a doutrina o definiu como "a hipótese em que um indivíduo ou grupo de indivíduos praticam violências psicológicas extremas, de maneira sistêmica e com frequência (em média duas violências semanais) e durante um período maior (por volta de 5 meses) sobre outro indivíduo, em relação a qual mantém um relacionamento assimétrico de poder no ambiente de labor, com a finalidade de acabar com a rede comunicativa das vítimas, acabar com suas reputações, perturbar a execução de seu trabalhos e conseguir, ao final, que essas pessoas acabem abandonando o serviço" (cf. Heinz Leymann, médico alemão e estudioso no ramo da psicologia do labor, na Inglaterra, falecido em 1999, mas cujo texto foi compilado no livro de Noa Davenport e outros, denominado Mobbing: Emotional Abuse in The American Work Place). A definição é criticada por ser muito rigorosa. Esses comportamentos ocorrem não apenas entre chefe e subordinado, mas também ao contrário, e entre colega de trabalho com diversas finalidades, dentre elas a de forçar a demissão das vítimas, seu requerimento de aposentadoria prematura, licenças para tratamento de saúde, remoções ou transferências. Não se assemelha com outro conflito que é esporádico ou mesmo com má condição de albor, tendo em vista que o assédio mora é pressuposto de comportamentos (ações ou omissões) por períodos prolongados, premeditados, que desestabilizará psicologicamente as vítimas. Se o caso em questão demonstra violências psicológicas intensas sobre os empregados, prolongadas no tempo, que restou por provocar, de forma intencional, danos psíquicos (depressões e síndromes do pânico), marginalizando-os no local de labor, procede a reparação por danos morais decorrentes do assédio em análise (TRT-RO-01292-2003-057-03-00-3, 2ª T., Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, DJ 11.08.2004)

O julgado acima só reafirmar as práticas abusas por parte dos empregadores em relação aos empregador, sobretudo no tocante a chefia imediata do empregador, que através de atos contínuos e duradouros tentam fazer com o empregador peça demissão para que empresa não tenha que arcar com as despesas trabalhistas caso o empregado fosse dispensado.

O acórdão abaixo diz respeito a um caso, decidido pelo TRT da 15ª Região, em que os danos morais configuraram-se pela demissão em face de recusa do trabalhador em participar do plano de desligamento voluntário:

“ASSÉDIO MORAL. ANUENCIA PDV. DANOS MORAIS CONFIGURADO. Anuência ao PDV deve ser feita espontaneamente, segundo a conveniência dos trabalhadores, isento de pressão. O peticionário não consentiu com o PDV, tendo sido posto em “licença remunerada”, por quarenta dias, sendo prorrogada de forma sucessiva até provocar o desligamento não motivado. Nesse lapso temporal, recebeu diversos “convites” a anuir ao PDV. Notável que a licença, palestram cartilha, “Disque – PDV”, demonstrativo da verba, formulário de inscrição etc., tinha a finalidade de “induzir” o autor a consentir ao PDV. Não obstante, desse expediente, mais o contexto das provas orais coligidas, deduz-se atitude que extrapola a simples disseminação e ciência ao pessoal do programa de demissão. O método de operação desse “procedimento de indução” supera aspectos da informação, caminhando-se pela seara da pressão psicológica, do assédio mora, com objetivo de alcançar de maneira ilícita a anuência ao PDV, normalmente com esse objetivo não é alcançado, os ferroviários acabam sendo descartados, como se fossem “dormentes de trilho”. Danos morais configurado. Decisão mantida” (TRT-RO-02170-2003-001-15-00-4, Rel. Juiz Edison dos Santos Pelegrini, DJ 16.09.2005)

Assim como os julgados anteriores, o acórdão acima demonstrar mais uma prática do empregador que caracteriza assédio moral, haja vista que o ato de forçar o empregado a aderir determinada situação sem que o mesmo tenha vontade, configura sim uma modalidade de assédio passível de indenização. Pois o livre consentimento do empregado é algo imprescindível ao contrato de trabalho.

Em relação ao TRT da 4ª Região, jurisdicionado no Rio Grande do Sul, é pertinente salientar o acórdão que reafirmou a condenação em reparação por dano moral no quantum de R\$60.000,00 (sessenta mil reais). No processo, o peticionário, funcionário do Banco réu por 25 anos, depois de uma lesão em sua coluna vertebral que diminui sua produção, foi compelido a processo de permanente degradação moral e exaurimento de suas funções.

O caso se complicou depois do protocolo da ação, pelo peticionário – ainda no decurso do contrato de labor – de reclamatória trabalhista cuja qual requeria o

pagamento de hora extra, ao termino julgado favorável. Fico demonstrado que, após ajuizamento da demanda, ocorreu tratamentos discriminatórios de maneira explícita, sob o argumento de rompimento da confiança pelo exercício da demanda. Foi reconhecida discriminação no tratamento bem como inação compulsória. Abaixo o julgado, no qual se buscou determinar a dosimetria indenizatória:

“REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIO DE MENSURAÇÃO. A indenização por danos morais, de acordo com a jurisprudência e a doutrina, deve levar em consideração a razoabilidade entre abalo suportado e os valores a serem pagos, os quais devem ser suficientes não só para reparação do dano direito, sobretudo de sua consequência, além de ostentar seu aspecto corretivo, indissociável da indenização por danos morais, que tem por objetivo impedir que os empregadores continuem a cometer excesso na gerencia do empreendimento a ponto de fazerem passar pelo mesmo constrangimento os outros trabalhadores sob o manto da” (TRT-RO-00612-2005-471-04- 00-3, 4ª T., Rel. Juiz Milton Varela Dutra, DJ 31.05.2006).

Nota-se, que mensuração do quantum indenizatório a título de dano moral, deve levar em conta não só as práticas do empregador que caracterizaram o dano moral, mais sobretudo o caráter punitivo, tendo em vista que a decisão tem o condão de impedir novas práticas delituosas por parte dos empregadores.

Por sua vez, o acórdão abaixo mencionado demonstra uma hipótese em que foi insinuado ao trabalhador que o mesmo possuiria doenças mentais:

“ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO PELO DANO DELE DECORRENTE. Quando os empregadores obrigam os seus empregados a submeterem-se a exames psiquiátricos além dos regulares e periódicos, insinuando que eles sejam portadores de doenças mentais, acatando indicações dos superiores hierárquicos motivadas na suspeita de comportamentos “arredios e calados” que são atribuídos aos obreiros, esses empregadores ultrapassam o limite de atuação dos seus poderes diretivos para atingirem a dignidade e a integridade física e psíquica dos empregados. O aspecto comum da execução de exame médico pelos empregados tem por finalidade assegurar a sua saúde, em respeito à proteção à saúde e segurança dos trabalhadores instituída na Consolidação das Leis Trabalhistas. Nesse sentido, a indicação de exames psiquiátricos extraordinários consiste em atos desviados da sua rela função, que ultrapassa manifestamente o limite traçado pela boa-fé, pelo

costume e pela finalidade social para se modificar em mecanismo cuja finalidade é de prejudicar o local de labor e criar embaraço para a execução normal dos contratos, tornando os atos abusivos e, dessa forma, ilícitos. O exercício abusivo do direito e os consequentes atos ilícitos em análise caracteriza o assédio moral, também chamado de mobbing ou bullying, e acarreta justa reparação das lesões deles decorrentes, que vão atuar como lenitivo do sentimento de indignação e angústia suportado pelos ofendidos. " (TRTRO-00227-2004-020-03-00-5, Rel. Juíza Taísa Maria Macena de Lima, DJ 07.08.2004)

O acórdão acima traz um debate extremamente interessante, uma vez que traça uma semelhança entre o assédio moral e o bullying, pois a partir do momento que as humilhações feitas ao empregado passam do limite do bom bom-senso e expõe o trabalhador ao ridículo são passíveis de indenização pois configura sim dano moral.

O estudo das jurisprudências dos TRTs sobre o tema em questão permite algumas deduções, conforme a seguir. A temática do assédio moral, mesmo que recente, já foi objeto de exame em julgados por quase todos os Tribunais Regionais do país. São datados de 2004 os acórdãos pioneiros.

Em 2006 já foi possível notar um crescimento expressivo em relação a 2005, reafirmados pelas decisões ocorridas nos anos de 2007 e 2008. Centenas de casos relacionados ao assédio moral já foram decididos pelos TRTs. Os tribunais mais requisitados sobre o tema em questão estão localizados na região Sudeste e Sul.

Os aspectos mais comuns são as inações compulsórias, humilhação verbal por parte de superior – sobretudo pelo uso de expressões de baixo calão -, coação psicológica com o objetivo de adesão dos empregados a PDV ou à demissões, atribuições de tarefa estranha ou incompatível com a função ou com o período em que é exigida, divulgação de comentário malicioso com a finalidade de subestimar esforço, com prejuízo à saúde mental dos trabalhadores. A regularidade do ato punitivo deve se perpetuar no tempo.

As quantias são elevadas. Há hipótese de R\$4.300,00 para uma relação que teve duração de 23 dias. Há outro de R\$80.000,00 para relação mais longa, como de 7 anos. Em grande parte das hipóteses a condenação varia de R\$9.000,00 a R\$27.000,00. O valor é arbitrado, não há uma ligação entre o salário do trabalhador e o quantum indenizatório. Outros elementos são mais usados, como o período de labor dos trabalhadores, severidade das ofensas, o poderio econômico dos empregadores e o montante dos danos causados.

A contribuição do Tribunal Superior do Trabalho na elaboração de jurisprudências sobre o tema ainda é acanhada. Salienta-se os arestos a seguir:

“DANOS MORAIS. VALORES E CRITÉRIOS PARA MENSURAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. A brecha normativa no campo laboral relativo ao critério para mensuração da indenização leva os julgadores a lançarem mão do princípio da razoabilidade, cuja decorrência é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se determina a ligação de equivalência entre a gravidade das lesões à imagem e à honra e os valores monetários das indenizações impostas. 2. No caso em tela, as lesões sofridas pelo petionário não se concretizaram em atos isolados do empregador, mas em alterações graduais no tratamento proporcionado ao trabalhador no exercício de sua atividade laboral, após a propositura da reclamatória e da rejeição do acordo proposto pelo demandado. Os comportamentos do reclamado, no intuito de repelir o empregado de sua área de labor, delimitando o seu local físico, e de repassar sua atividade e outro funcionário, objetivava de forma clara sua desmoralização profissional, a fim de que fosse forçado a pedir a dispensa do trabalho, o que fere a dignidade dos trabalhadores, constituindo assédio moral. 3. Todavia, levando em conta o elemento que caracterizou o caso em questão e tendo em vista que o petionário continuo percebendo o salário no decorrer de todo o tempo em que foi exposto ao constrangimento pelo empregador, aduz-se que a imposição da indenização igual a R\$90.000,00 ultrapassa o princípio da proporcionalidade entre as penas e faltas. 4. Dessa forma, é de inteira justiça dar provimento ao recurso em análise para diminuir a indenização por danos morais a R\$45.000,00. – Recurso de revista provido em parte” (TST-RR-122/2001- 036-12-00.0, 4ª T., Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 10.03.2006)

Aduz-se que ainda que passível de indenização a título de danos morais a prática de assédio moral, a reparação deve observar o princípio da razoabilidade, tendo em vista que a mesma não pode desculpa para um possível enriquecimento ilícito, pois tem a finalidade de reparar o sofrimento causado pelo empregador e não uma “via” para alcançar uma situação econômica melhor.

“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. LIMITAÇÕES DOS PODERES DIRETIVOS DOS EMPREGADORES. O ponto chave da demanda diz respeito a mensuração dos prejuízos à honra e à dignidade das

empregadas no procedimento adotado pelos superiores hierárquicos. Nesse sentido, é sabido que os danos morais se constituem lesões a direitos da personalidade, que no caso em julgamento é a honra e a intimidade da reclamante da ação. A sua constituição se perfaz com o abalo à dignidade da pessoa em sua consideração pessoal ou social. O fato demonstra excessivos abusos dos poderes diretivos do reclamado, expondo o reclamante à vexatória frente aos demais colaboradores da organização, em comprometimento da dignidade e intimidade dos indivíduos, razão pela qual reconheço o método utilizado como lesivo à honra, exigindo a reparação requerida, em condições de repelir quaisquer indícios de afronta ao art. 159 do Código Civil. - Recurso não provido. " (TST-RR-253/2003-003-03-00.7, 4ª T., Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 22.04.2005)

O julgado acima traça a linha tênue entre quais atos são considerados poderes diretivos do empregador e quais configuraria assédio moral, o ponto chave está no excessivo cometido pelos empregadores ao dirigir seus colaboradores, deve haver um bom-senso e sobretudo respeito ao empregado no momento de direcioná-lo a sua atividade, em especial quando essas práticas são realizadas de forma coletiva, isto é, na presença de outros funcionários.

"VENDEDOR. DANO MORAL. SUBORDINAÇÃO A PRENDA DECORRENTE DO NÃO-ANTIGIMENTO DA META DE VENDA. DESRESPEITO À HONRA E A IMAGEM CARACTERIZADO. 1. O juízo à quo afirmou que os trabalhadores da Ré, entre eles o peticionário, achavam-se subjugados a prenda se não alcançassem a meta de vendas. Notou-se que essa prenda abrangia flexão, corrida e utilização do capacete de morcego, tendo as testemunhas reafirmado a submissão do reclamante. O Tribunal Regional determinou, ainda, que o aspecto vexatório ocorria em face da elaboração do próprio empregado. 2. No caso, nota-se a presença de todos os aspectos hábeis a embasar a punição da Ré. Destaca-se, de início, a existência do elemento conduta bem como nexos de causalidade, levando em conta o aspecto objetivo, e da culpa, sendo o elemento subjetivo. Destarte, aduz-se da presente demanda e do quadro fático delineado no julgado recorrido a elaboração de prenda pelo empregado conduta, do que emanaria, de acordo com a tese do peticionário, os prejuízos que pretendem ver indenizados nexos causal. 3. No tocante a culpa da Ré, sob a

ótica da teoria do risco, os danos causados pelo trabalhador, desde que verificados na execução da função que lhe fora confiada é de responsabilidade do reclamado, de maneira independente de quaisquer inquirições sobre a culpa desse último. – O caso trata de responsabilidade objetiva por atos de terceiro. 4. Por fim, restou demonstrado a ofensa à honra e à imagem do peticionário. Conseqüentemente, a prenda era realizada perante os demais trabalhadores e decorria do descumprimento da meta de venda. Os empregados erma, dessa forma, em face de seus desempenhos no labor, submetidos a situações constrangedoras e vexatórias em relação aos demais companheiros de labor, ocorrendo notória violações a seu patrimônio moral. 5. Evidenciado os danos morais, faz jus o peticionário à indenização respectiva, de acordo com o art. 5º, X, da Constituição. " (TST, RR-328/2004-055-03-00.0, 3ª T., Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJU 13.10.2006)

Mais vez percebe-se que o empregador deve ter muita atenção ao dirigir seus colaboradores, pois determinadas práticas pode submetê-los a humilhação ou mesmo sofrimento psicológico em virtude da pressão imposta, no caso acima, impor prendas ao empregado pelo mesmo não ter atingido a meta além de ser abusivo é vexatório, pois o empregado se vê pressionado a atingir uma meta para não ter que pagar um "mico" na frente de seus colegas.

Em síntese, nota-se que a temática do assédio moral vem sendo bem discutido pelos tribunais brasileiros, porém ainda há muito que se avançar em relação a fixação de critérios mais objetivos na configuração para caracterização do assédio moral. Por se tratar de um problema de cunho social, pois afeta uma parte significativa dos trabalhadores brasileiros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através desse estudo foi verificado que o assédio moral é caracterizado pela repetição de atos constrangedores e inibitórios durante um longo período por parte do agressor, que exerce contra a vítima violência psicológica causando degradação no ambiente de trabalho para a vítima e para a organização.

Apresenta-se também as conseqüências que a vítima está exposta ao sofrer um assédio moral, desencadeando doenças de cunho psicológico e físicos além de baixa autoestima e sentimento de menos valia por não ter condições de exercer suas atividades, pois se vê aterrorizada em estar no ambiente que lhe causou tanto mal.

Em contrapartida a empresa também sofre consequências drásticas que vai além de custos com absenteísmo, ação judicial, além da imagem negativa que aquela empresa representa frente ao mercado.

Por fim, através da análise de jurisprudências que discutem o assédio moral é possível observar que os tribunais brasileiros interpretam essas situações de tal forma, que resulta a condenação em reparação por dano moral, confirmando a interpretação demonstrada neste trabalho, observou-se que o assédio moral tem sido discutido pelos tribunais brasileiros, mas tem que ser analisado para conseguir caracterizar o assédio moral dentro das empresas de forma mais específica. O assédio moral dos trabalhadores é um problema social, que tem que ser sanado antes que gere consequências para o sistema público.

6. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. **As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho**. 2014. Disponível em: <https://www.rhportal.com.br/artigos-rh/os-impactos-do-assedio-moral-para-as-organizaes-e-suas-ferramentas-de-controle/>. Acesso em 28/04/2020.

BARRETO, Margarida, apud, MARTINS, Sérgio Pinto. **Assédio Moral no emprego**. 4 ed. Atlas, 2015. 4p.

BOBROFF, Maria Cristina Cescatto; MARTINS, Julia Trevisan. **Assédio moral, ética e sofrimento no trabalho**. *Revista Bioética*. Londrina, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n2/a08v21n2.pdf>. Acesso em 24/04/2020.

BIRMAN, Joel. **O assédio na atualizada e seus jogos de verdade**. Revista do Departamento de Psicologia da UFF. Niteroi, v. 7, n. 1, 2005.

DARCANHY, Mara Vidigal. **Assédio Moral no ambiente de trabalho**. São Paulo, 2005. Disponível em: <https://prolegis.com.br/ass%c3%a9dio-moral-no-meio-ambiente-do-trabalho/>. Acesso em 24/04/2020.

FILHO, Antonio Martiningo. **Assédio moral e gestão de pessoas: uma análise do assédio moral nas organizações e o papel da área de gestão de pessoas**. Dissertação (Mestrado em Administração). Universidade de Brasília (UnB). Brasília 2007.

JUSBRASIL. **Assédio Moral**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=assedio+moral>. Acesso em 18/10/2021.

PÊGO, Francinara Pereira; PÊGO, Delcir Rodrigues. **Síndrome de Burnout**. Rev Bras Med Trab.2016;14(2):171-176.

PSYCHIATRIC, American Association. **DSM-5: Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. 5 ed. Artmed, 2014. 992 p.

GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOL, Lis Andrea Pereira (Org.). **Assédio moral interpessoal e organizacional**. São Paulo: Letras, 2009.

HIRIGOYE, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. 1 ed. Bertrand Brasil, 2000. 224p.

MENEZES, Denis. **Impactos do assédio moral organizacional no serviço público**. 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52585/impactos-do-assedio-moral-organizacional-no-servico-publico>. Acesso em: 23/06/2020.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes depressivas: As três dimensões da doença do século**, 1. Ed. Pricipium, 2016. 288p.

É ADMISSÍVEL A UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA LEGÍTIMA DEFESA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE? UMA ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAR A EXCLUDENTE DE ILICITUDE PARA PROTEGER E DEFENDER O MEIO AMBIENTE

ANGELA GABRIELE NASCIMENTO FERNANDES:
Graduanda no Curso de Direito pelo Centro
Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus —
FAMETRO⁸.

RESUMO: O presente trabalho analisa a possibilidade da legítima defesa a favor do meio ambiente, se é cabível uma excludente de ilicitude. O tema em questão, poucos doutrinadores discutem o assunto. A legítima defesa está no artigo 23 e 25 do Código Penal Brasileiro, e demonstra que existe a legítima defesa própria e a de terceiros. Já o meio ambiente está previsto na Constituição Federal no seu artigo 225, como um direito fundamental um ambiente ecologicamente equilibrado. Neste trabalho, avalia se poderá o meio ambiente encaixar em terceiros como um direito difuso, como uma forma para proteger e preservar o meio ambiente. Para esse propósito, o estudo irá apresentar argumentos favoráveis e desfavoráveis em relação ao tema, também analisa a Lei de crimes ambientais e tem como hipótese se a legítima defesa no meio ambiente pode cessar uma agressão atual ou iminente de maneira proporcional causadas pelo homem. A metodologia para desenvolver sobre o assunto será revisão bibliográfica e levantamento bibliográfico, é elaborada a partir de material já publicado, como livros, artigos e doutrinas.

PALAVRAS-CHAVE: Legítima defesa. Meio ambiente. Direitos coletivos.

ABSTRACT: The present work analyzes the possibility of legitimate defense in favor of the environment, if it's appropriate to exclude illegality. The subject in question, few indoctrinators discuss the subject. The legitimate defense is in articles 23 and 25 of the Brazilian Penal Code, and demonstrates that there is self-defense and that of third parties. The environment is provided for in the Federal Constitution in its article 225, as a fundamental right to an ecologically balanced environment. In this work, it assesses whether the environment can be included in third parties as a diffused right, as a way to protect and preserve the environment. For this purpose, the study will present favorable and unfavorable arguments in relation to the theme, it also analyzes the Law on Environmental Crimes and the Law on National Environmental Policies. The methodology to develop on the subject will be a bibliographic review and a bibliographic survey, it is

⁸ E-mail: angelagabriele12@hotmail.com

elaborated from material already published, as books, articles, doctrines, periodicals and some environmental crimes that Brazil has been experiencing.

KEYWORDS: Self-defense. Environment. Collective rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Legítima defesa no Brasil; 3. Direito ambiental e seus objetivos; 3.1 Lei dos crimes ambientais (lei nº 9.605/98) e sua aplicabilidade; 4. Argumentos favoráveis para a aplicação da legítima defesa no meio ambiente; 4.1 Argumentos desfavoráveis para a aplicação da legítima defesa no meio ambiente; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tema em tela ainda não está abrandado no ordenamento jurídico. O presente trabalho pretende analisar a possibilidade da legítima defesa a favor do meio ambiente, se é cabível uma excludente de ilicitude. Na Constituição, no seu artigo 225 garante como direito fundamental um ambiente ecologicamente equilibrado. No Código Penal brasileiro, em seu artigo 25, demonstra que existe a legítima defesa própria e a de terceiros. Neste trabalho, analisará se poderia o meio ambiente se encaixar em “terceiros” como um direito difuso. Assim, deve o cidadão estar diante de uma situação onde o Estado não possa proteger o direito em perigo e, só assim, presentes os requisitos de ordem subjetiva e objetiva, agir em legítima defesa. A relevância social desse tema é devido aos casos já noticiados na mídia a respeito de diversos crimes ambientais ocorridos em várias regiões do Brasil, causando danos irreparáveis. Tem como intuito, estimular e ampliar as fiscalizações ambientais e também sensibilizar a sociedade pela necessidade de maior envolvimento nas ações direcionadas à proteção do meio ambiente. As doutrinas favoráveis à aceitação da legítima defesa do meio ambiente diante de agressões ilícitas, asseguram que, neste caso, poderia aplicar o *in bonam partem*.

Este artigo procura expor se é admissível a utilização do instituto da legítima defesa para tutela do meio ambiente, sobre constituir uma propensão atual no ordenamento jurídico brasileiro na proteção desse direito fundamental. Serão expostas doutrinas que tratam da impossibilidade de atuar em legítima defesa desse bem jurídico, e também proposições que defendem essa possibilidade, trazendo cada um seu argumento favorável e desfavorável.

2. LEGÍTIMA DEFESA NO BRASIL

A legítima defesa está situada no artigo 23 do Código Penal brasileiro e diz que “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.” (BRASIL, 1940). E

no artigo 25 do Código Penal Brasileiro, sua natureza jurídica é considerada como uma excludente de ilicitude. Ou seja, algo que seria ilícito torna-se lícito dentro dos seus requisitos. (BRASIL,1940)

“Os pressupostos da legítima defesa devem ser examinados a partir de uma determinada situação de legítima defesa, que, ao existir, faculta a prática da ação defensiva, o exercício do direito de legítima defesa.” (PRADO, 2019, p.402).

Com isso, estabelecem-se quatro requisitos da legítima defesa, são eles: a agressão atual ou iminente e injusta; direito próprio ou alheio; meios necessários, empregados com moderação e o subjetivo.

Para Capez (2011, p.306) “a agressão é toda conduta humana que ataca um bem jurídico.” Como sustenta Capez (2011, p.306), apenas pessoas humanas praticam agressões.

Agressão pode ser atual ou iminente. De acordo com Capez (2011, p.310), a agressão atual é a que está ocorrendo, ou seja, o efetivo ataque já em curso. Já a agressão iminente é a que está preste a ocorrer, pois, segundo o autor, admite-se a repulsa desde logo, pois ninguém está obrigado a esperar até que seja atingido por um golpe. Se agressão é futura inexistente legítima defesa.

A Legítima Defesa pode ser usada para proteger qualquer propriedade legal, seja sua ou de terceiros. Para terceiros, o uso desta exclusão ilegal não requer autorização quando se trata de bens legais inacessíveis, como a vida, e seu uso é ainda possível para evitar casos de suicídio.

Conforme Damásio, somente poderá ocorrer a causa de justificação quando a conduta de defesa for necessária para impossibilitar a agressão. A dificuldade não existirá quando o sujeito agredido se ater a uma simples defesa, por exemplo aparar o golpe com o braço. (Damásio 2011, p. 432)

À vista disso, a conduta do agredido não será constituída fato típico, não havendo algum problema no que se refere à antijuridicidade. Sobre a questão da necessidade irá surgir na denominada legítima defesa ofensiva, i. e., que é quando o comportamento do agredido irá constituir fato típico. (Damásio, 2011, p. 432)

A providência da repulsa deverá ser encontrada pela natureza da agressão perante o valor do bem atacado ou ameaçado, circunstâncias em que se comporta o agente e meios à sua disposição para afastar o ataque. (Damásio, 2011, p. 432)

A forma escolhida não será necessária quando se encontrarem à sua frente outros meios menos lesivos. O indivíduo que repele da agressão deve se deliberar pelo meio produtor do menor dano. Assim, se não restar nenhuma alternativa ou opção, será necessário o meio empregado. (Damásio, 2011, p. 432)

A moderação no emprego dos meios necessários à repulsa, segundo Damásio, encontrado o meio necessário para repelir a injusta agressão, o sujeito deve agir com moderação, isto é, não utilizar o meio além do que é necessário para evadir a lesão do bem próprio ou de terceiros. (Damásio, 2011, p.434)

De outro modo, irá desaparecer a legítima defesa ou aparecerá o excesso culposo. (Damásio, 2011, p.434)

O elemento subjetivo, ou seja, *animus defenceerndi*, é livre para defender seu interesse jurídico protegido, ao contrário do chamado *animus necandi*, a vontade subjetiva de agredir, de causar dano, praticada pelo agressor. Ambas as vontades são necessárias para uma configuração de legítima defesa.

3.DIREITO AMBIENTAL E SEUS OBJETIVOS

Na Constituição Federal (BRASIL, 1988) no seu artigo 225 garante como direito fundamental um ambiente ecologicamente equilibrado, ademais, inclui-se as regras a serem cumpridas pelo Poder Público para assegurar a efetividade desse direito. Essas regras são (BRASIL, 1988):

- § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
- I- preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
 - II- preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
 - III- definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
 - IV- exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio

ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V- controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI- promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII- proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Com esses incisos vemos que é de grande importância o meio ambiente e é dever do Poder Público defendê-lo e protegê-lo.

Segundo Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2020, p. 42):

Primeiramente, verificando a própria terminologia empregada, extraímos que meio ambiente relaciona-se a tudo aquilo que nos circunda. Costuma-se criticar tal termo, porque pleonástico, redundante, em razão de ambiente já trazer em seu conteúdo a ideia de "âmbito que circunda", sendo desnecessária a complementação pela palavra meio.

O direito ambiental poderá ser determinado como um direito que tem como o objetivo de regular a apropriação econômica dos bens ambientais, de forma que ela se faça trazendo em deferência a sustentabilidade dos meios ao desenvolvimento econômico e social, proporcionando aos diligentes a participação nas diretrizes a serem adotadas, de acordo com os modelos adequados de saúde e renda (Antunes, 2010).

O direito ambiental é um dos mais atuais, iniciando apenas na segunda metade do século XX. Onde foi percebido que os afazeres humanos estavam destruindo o planeta terra. Foi percebido que não adiantava crescer e desenvolver freneticamente, se em pouco tempo o mundo estaria destruído. Assim, esse ramo jurídico surgiu da necessidade direta de organização da atividade humana, afim de buscar proteger e defender o meio ambiente e a sobrevivência humana de forma indireta. (Gonçalves, 2021)

Existem 5 princípios que regem o direito ambiental, eles estão relacionados a proteção ambiental, funcionam também como base jurídica para demais formulações de leis, portarias e regulamentações ambientais. São eles: princípio da prevenção; princípio

do poluidor-pagador; princípio da responsabilidade; princípio da gestão democrática e o princípio do limite.

O princípio da prevenção é uma cautela, ele surge quando já há um conhecimento científica dos potenciais impactos que seriam ocasionados ao meio ambiente devido algumas atividades. No direito ambiental é muito melhor evitar um dano do que repará-lo, como por exemplo a contaminação de uma certa área, os recursos que deverão ser entregues para fazer a remediação dessa área são muito superiores à aqueles que seriam investidos para fazer uma prevenção para que essa contaminação não ocorresse.

Para Fiorillo (2020, p. 55) "de fato, a prevenção é preceito fundamental, uma vez que os danos ambientais, na maioria das vezes, são irreversíveis e irreparáveis."

3.1 LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS (LEI Nº 9.605/98) E SUA APLICABILIDADE

A lei dos crimes ambientais foi criada no dia 12 de fevereiro de 1998 (BRASIL,1998), com o objetivo de aplicar punições penais para quem prejudica o meio ambiente criminalmente. Conforme Rodrigues, era indispensável uma legislação com o intuito de cuidar mais de perto, de forma mais abrangente, da tutela penal e administrativa do meio ambiente, para assim completar o sistema básico do direito ambiental brasileiro. (Rodrigues, 2018)

Por conseguinte, condiz o meio ambiente a uma interação de tudo que, situado nesse espaço, é essencial para a vida com qualidade em todas as suas formas. Portanto, o anteparo do meio ambiente atinge a tutela de um meio biótico (todos os seres vivos) e outro abiótico (não vivo), porque é dessa interação, entre as diversas formas de cada meio, que procedem a proteção, o abrigo e a regência de todas as formas de vida. (Rodrigues, 2018)

Os principais crimes ambientais começam a serem tratados no capítulo V da lei 9.605/98, entre eles: os crimes contra a fauna; os crimes contra a flora; da poluição e outros crimes ambientais; dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e dos crimes contra a Administração Ambiental (BRASIL,1998).

Uma das coisas mais inovadoras da Lei de Crimes ambientais é que, abrange também, as pessoas jurídicas. Os maiores poluidores são justamente as pessoas jurídicas, e não fazia sentido algum que o direito penal, *maxima ratio* do ordenamento jurídico, ignorasse esse aspecto. (Rodrigues, 2018)

No artigo 3º da lei dos crimes ambientais (BRASIL,1998), traz quais são as responsabilidades no direito ambiental, que diz:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Assim, a lei de crimes ambientais (BRASIL,1998), deixa de forma clara as suas responsabilidades. É importante citar o artigo 15º da lei de crimes ambientais (BRASIL,1998), onde informa as circunstancias que agravam a pena quando não constituem ou qualificam crime, o artigo diz:

Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - reincidência nos crimes de natureza ambiental;

II - ter o agente cometido a infração:

a) para obter vantagem pecuniária;

b) coagindo outrem para a execução material da infração;

c) afetando ou expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública ou o meio ambiente;

d) concorrendo para danos à propriedade alheia;

e) atingindo áreas de unidades de conservação ou áreas sujeitas, por ato do Poder Público, a regime especial de uso;

f) atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos;

g) em período de defeso à fauna;

h) em domingos ou feriados;

i) à noite;

j) em épocas de seca ou inundações;

l) no interior do espaço territorial especialmente protegido;

- m) com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais;
- n) mediante fraude ou abuso de confiança;
- o) mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental;
- p) no interesse de pessoa jurídica mantida, total ou parcialmente, por verbas públicas ou beneficiada por incentivos fiscais;
- q) atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes;
- r) facilitada por funcionário público no exercício de suas funções.

Um ponto que vale destacar são as alíneas “h” e “i”, acima citadas, pois diz que somente agravará a pena “em domingos ou feriados” ou “a noite”, deixando claro que segundo a lei dos crimes ambientais é melhor agravar a pena do que ter mais fiscalização (BRASIL, 1998).

4. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS PARA A APLICAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA NO MEIO AMBIENTE

Sobre o tema em tela, as doutrinas de direito penal parecem divididas. A doutrina que favorece a aceitação da legítima defesa do meio ambiente a diante às agressões ilícitas afirma que o direito penal não limita quais direitos ou bens das pessoas nesse campo devem ser protegidos. Eles também acreditam que se os legisladores criminais desejam excluir certos bens, direitos ou interesses da proteção da justificação, o fará explicitamente de acordo com o princípio da taxatividade.

Para o autor Welzel, é plenamente possível que o Estado e a coletividade sejam terceiros suscetíveis de serem protegidos pela utilização da legítima defesa. A possibilidade da legítima defesa diante dos direitos coletivos, em casos específicos de defesa ou uso da força contra agressões injustas cometidas em face da ordem econômica, tributária, economia popular, meio ambiente, saúde pública, dentre outros, dá início a questionamentos no direito brasileiro no sentido de se verificar os limites desta atuação. (WELZEL, 1976, p. 123)

Para acrescentar, o autor Zaffaroni diz:

Para que o um sujeito possa agir em legítima defesa, basta que reconheça a agressão de que é objeto e o perigo que corre, agindo

com a finalidade de defender-se. (...) deve ficar bem claro que aquele que se defende, para fazê-lo legitimamente, não tem por que saber que está agindo conforme o direito. Por mais que acredite ter agido contra o direito de que fuja e se mantenha foragido, supondo que atuou antijuridicamente, isto não assume qualquer relevância. (ZAFFARONI, 2006, p.493).

Luis Jiménez de Asúa (1952, p. 123) cita uma plêiade de juristas alemães, precedido por Franz Von Liszt os quais, segundo o penalista argentino, admite a legítima defesa de todo e qualquer direito, inclusive coletivo. Nesse sentido, vale transcrever:

Muy exactamente escribe von Liszt: "La ley no hace ninguna diferencia entre los bienes jurídicos atacados. Es injusto querer limitar la legítima defensa a los ataques contra la persona y la propiedad; también debe admitirse para la protección de todos los demás bienes jurídicos, ya pertenezcan a los particulares, ya a la colectividad". El Profesor de Berlín fija, no obstante, los límites. Uno terminantemente negativo: "... pero no contra la simple violación de un contrato" 146, y otro dudoso, declarando que lo es mucho "el derecho de legítima defensa contra las "acciones desleales" del § 826 del Código civil [alemán]." (Tradução: A lei não faz qualquer diferença entre os direitos legais atacados. É injusto querer limitar a legítima defesa aos ataques contra a pessoa e a propriedade; Deve ser admitido também para a proteção de todos os demais bens jurídicos, sejam eles particulares ou coletivos ". O Professor de Berlin define os limites, no entanto. Uma estritamente negativa: "... mas não contra a simples violação de um contrato" 146, e outra duvidosa, afirmando que "o direito de legítima defesa contra" ações injustas "é muito negativo").

Certos autores como Globig e Huster, Erhard e Feurbach, citados por Von Liszt, começaram a despertar a possibilidade de aplicar a proteção aos crimes públicos e não apenas a crimes privados, isto é, dando margem a proteção de bens supra-individuais através da legítima defesa (Liszt, 1916).

4.1 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS PARA A APLICAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA NO MEIO AMBIENTE

Para Roxin, a legítima defesa apenas será capaz de ser utilizada para defender bens jurídicos individuais, o autor diz que, não poderá usar a legítima defesa em uma associação, uma sociedade anônima ou o Estado. (Roxin, 1997, p.611)

O penalista espanhol José Cerezo Mir (1999, p. 209-210) entende que não há falar em legítima defesa de bens supra-individuais, segundo o autor:

“Los bienes jurídicos supraindividuales, cuyo portador es la sociedad (por ejemplo, la fe pública, la salud pública, la seguridad del tráfico) o el Estado, como órgano del poder soberano (la seguridad exterior e interior del Estado, el orden público, el recto funcionamiento de la Administración Pública, de la Administración de Justicia, etc.) no son, por ello, susceptibles de legítima defensa. Sólo cuando el Estado actúe como persona jurídica serán sus bienes jurídicos (la propiedad, por ejemplo) susceptibles de legítima defensa. Frente a una agresión ilegítima a bienes jurídicos supraindividuales, que no implique al mismo tiempo un ataque a bienes jurídicos cuyo portador sea el individuo, cabrá invocar únicamente, cuando se den sus requisitos, la eximente de estado de necesidad (nº 5º del art. 20), o, si el que actúa es la autoridad o uno de sus agentes la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (nº 7º del art. 20)” (Tradução: Os bens jurídicos supra-individuais, cujo titular é a empresa (para exemplo, fé pública, saúde pública, segurança no trânsito) ou o Estado, como um órgão de poder soberano (a segurança externa e interna do Estado, a ordem pública, o bom funcionamento da Administração Pública, Administração da Justiça, etc.) não são, portanto, suscetíveis de legítimas defendendo. Somente quando o Estado atua como uma entidade legal seus ativos legais (propriedade, por exemplo) são suscetíveis de legítima defesa. Frente a um assalto ilegítimo a bens jurídicos supra-individuais, que não ao mesmo tempo, implica um ataque aos bens jurídicos cujo portador é o indivíduo, só será possível invocar, quando seus requisitos forem atendidos, o defesa do estado de necessidade (n.º 5 do art. 20), ou, se o agente for o autoridade ou um de seus agentes a exime de agir em conformidade com um dever ou no legítimo exercício de direito, cargo ou cargo (nº 7 do art. 20)). (Mir, 1999, p. 209-210)

Segundo o autor, Luzón Peña, por exemplo, recusa a possibilidade da legítima defesa de bens-jurídicos supra individuais ou coletivos, pois para o autor, o Estado já tem o Poder Judiciário e a polícia para assegurar esses bens coletivos. Ainda afirma que é imprudente autorizar o cidadão a agir em nome da defesa da comunidade, pois isso desencadeará a possibilidade de uma guerra entre todos (Peña, 2000, p. 594).

5. CONCLUSÃO

Assim, o Meio ambiente é um direito fundamental a qual precisa ser preservado, por isso é essencial a aplicação de ferramentas que o direito penal proporciona, para que a condição de vida das futuras gerações seja preservada. Consequentemente, ninguém está livre dos impactos produzidos pela degradação ambiental, visto que os danos ambientais são preocupações que ocorrem no mundo inteiro, por isso, exige um estudo da sua preservação e proteção pelo particular fazendo uso do instituto da legítima defesa como mais uma medida de resguardo ao meio ambiente. Com isso, não poderá ser descartada a hipótese da legítima defesa entrar no meio ambiente como uma opção para melhorar a proteção e preservação do mesmo.

6. REFERÊNCIAS

ASÚA, Luis Jiménez de. **Tratado de Derecho Penal: Tomo IV El Delito** (Segunda Parte: Las Causas de Justificación). Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1952.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Brasília, Diário Oficial da União, 31 dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 17 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Lei dos Crimes Ambientais. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 09/11/2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: volume 1**, parte geral: (arts. 1º a 120). 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Lino Robinson. **Aspectos conceituais e práticos do Direito Ambiental**. Revista Jus Navigandi, Teresina-PI: Outubro de 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/94317/aspectos-conceituais-e-praticos-do-direito-ambiental>. Acesso em: 09 de novembro de 2021.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, volume 1: parte geral. 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Vol. 2. Rio de Janeiro, Ed. fac-similar, 2006. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219>. Acesso em: 01 de junho de 2021.

MIR, Jose Cerezo. **Curso de Derecho Penal Español – Parte General**. vol. II, 6ª. ed. Editorial Tecnos: Madrid, 1999.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 17º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. 5º edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Parte General. 1º edição. Madri: Civitas, 1997.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Trad. de Bustos Ramírez e Yañes Peréz. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

A FILOSOFIA DA RELIGIÃO E SEUS VALORES ATUAIS

MARCOS ANTONIO DUARTE SILVA:

Doutorando em Ciência Criminal; Mestre em Filosofia do Direito e do Estado; Especialista em Filosofia Contemporânea; Especialista em Direito Penal e Processo Penal; Licenciado em Filosofia; Bacharel em Direito; Graduado em Teologia; Professor Universitário.

Resumo: A filosofia vem contribuir com a questão da religião em seu aspecto mais decisivo, ou seja, demonstrar que é válida, que é possível e que além disso, não há nenhum problema professar, nos dias atuais, possuir uma religião, muito pelo contrário, assim como outras épocas da história universal humana, a religião assume um papel preponderante, e nada secundário e não é diferente nesta época pós pandemia é certo que em um colapso social como este ocorrido, sem explicação inicial, sem cura imediata, sem controle no seu começo; a religião passou a ser a única solução para tentar amenizar os efeitos catastróficos produzidos pela COVID 19; por ser algo que para se poder professar, não exigia muito a não ser fé; e acreditar no impossível, pois, frente aos fatos decorrentes deste momento trágico da humanidade, nada mais restava, assim, se tornou quase comum, ouvir a frase "se Deus quiser", mesmo daqueles que publicamente, não confessavam, ser de nenhuma religião, e como parte deste momento crucial, a religião se fez presente por vários meios, sem questionamentos antes tão comuns, havia uma clara e plácida aceitação; trazendo a questão novamente do apocalipse, do fim do mundo, e toda orla que a séculos se ensina, como explicação para tal ocorrido, o que fortaleceu, ao menos momentaneamente, as religiões de cunho mais fundamentalistas, e aquelas que não tinham esta mensagem escatológica; assim sendo a filosofia da religião se propõe em sua máxima, aproximar estas e outras questões de um entendimento mínimo aceitável, sem contudo, se dar ao luxo de perpetrar questão mais espinhosas.

Palavras Chaves: Filosofia. Religião. Ensinos. Questionamentos. Aceitação.

Abstract: Philosophy contributes to the issue of religion in its most decisive aspect, that is, demonstrating that it is valid, that it is possible and that, in addition, there is no problem in professing, nowadays, to possess one, quite the contrary, Just like other times in human universal history, religion assumes a preponderant role, not a secondary one, and in this post-pandemic era it is certain that in a social collapse like this one that occurred, without an initial explanation, without an immediate cure, without control at its beginning; religion became the only solution to try to alleviate the catastrophic effects

produced by COVID 19; because it is something that, in order to be able to profess it, does not require much other than faith; and believe in the impossible, because, faced with the facts resulting from this tragic moment of humanity, there was nothing left, so it became almost common to hear the phrase “God willing”, even from those who publicly, did not confess, to be of any religion, and as part of this crucial moment, religion was present through various means, without previously so common questions, there was a clear and placid acceptance; bringing up the issue again of the apocalypse, the end of the world, and all that has been taught for centuries, as an explanation for this, which strengthened, at least momentarily, religions of a more fundamentalist nature, and those that did not have this eschatological message ; Therefore, the philosophy of religion proposes, in its maxim, to bring these and other questions closer to a minimum acceptable understanding, without, however, allowing itself the luxury of perpetrating more thorny issues.

Keywords: Philosophy. Religion. Teachings. Questions. Acceptance.

1.Introdução

Ao se defrontar com o tema, percebe-se não ser algo novo, uma vez que a filosofia num todo, procura lidar com as perguntas, dúvidas ou questionamentos resultantes da vivência humana, da natureza, bem como o mundo de uma forma geral.

Em assim sendo, o que vem a ser filosofia da religião em sua essência?

No caminho percorrido pela filosofia hodierna se destaca questões resultantes de profundas reflexões, o que leva fatalmente a entender a importância de sua senda a religião.

A religião em sua convivência social, traz em seu bojo, uma série de questões ainda não totalmente resolvidas, outras ainda não vistas e, para ampliar a questão, dogmas, em quase toda manifestação religiosa, que depende muito mais da chamada “fé”, do que se consegue explicar, definir ou até conceituar, tornando esta questão em especial, o dogma, um manifesto intrincado, difícil de aceitar de forma geral.

Desta feita, se propõe começar do mais simples para o mais complicado, para que haja alguma possibilidade de explicação e quiçá entendimento.

A vida e morte. Questão crucial e perseguida em todos os tempos da história humana, desperta a cada pergunta, questionamento, algo de suma importância para o ser humano, pois, realça a questão de como viver e como morrer.

No que diz respeito à vida: O que é? De onde vem? Como explica-la? Qual sua origem?

O mesmo se pode propor, com ligeiras mudanças, sobre a morte: Por que existe? Para onde se vai após a morte? Como encara-la?

2. Conceitos da Religião

Num conceito geral a vida vem de graça, recebe-se ao nascer, vindo de uma implementação entre o óvulo feminino e o espermatozoide masculino.

Ao se encontrarem no organismo feminino e se juntarem, caminham para o útero que proporciona ambiente possível, da chamada gestação.

Nesta explicação biológica, percebe-se ausência de sua origem. Ou seja, a vida existe por si mesma, assim sendo, latente, ou ela é doada?

Explicações à parte, há duas linhas de pensamento e aceitação; o criacionismo e o evolucionismo.

Estas duas correntes são aceitas por parte de algumas igrejas e outras a rejeitam. Por exemplo, há religiões que aceitam parte do evolucionismo e parte do criacionismo, contudo há outras que marcam posição única e exclusivamente com o criacionismo, não dando sequer margem para o evolucionismo.

A vida em sua existência não é tão alvo de respostas, como a morte. Isso porque, a morte desperta curiosidade óbvia por ensejar o que vem após, ou seja, para onde se vai depois da morte?

É importante observar uma liderança da religião tratando deste tema, morte e vida;

Interessante notar que uma vida com sentido, pouco ou nada tem a ver com quantidade de tempo vivido. Antes, porém, é a vontade aplicada no tempo que se vive. O sentido não está em prolongar a vida, mas em saciar-se com o tempo que se tem. Por isso, a premeditação da morte é tão importante, porque meditar previamente sobre a morte é meditar previamente sobre a liberdade. Saber morrer liberta-nos de toda sujeição e imposição. Não se fica escravo do tempo ou dos apegos de glória e riqueza, mas ajuda-nos a aproveitar o que se tem e enquanto se tem, contente com o que Deus e a natureza permitem viver. Desmascarando a realidade das coisas e das pessoas, o que resta é a mesma morte, da qual ninguém escapa e sobre a qual não se tem

controle algum. (<https://diocesevaladares.com.br/o-sentido-da-vida/>).

Estes dois assuntos vida e, principalmente a morte, desperta a milhares de anos dúvidas e questionamentos, os mais diversos, uma vez que não há resposta fácil para esta questão.

Por exemplo, após a morte o ser humano vai para onde? Ou então, o que acontece, com a vida após a morte?

Para balizar este questionamento, no período tomista, surgiu o ensinamento da existência de uma tricotomia, corpo, alma e espírito. Esta ideia inicialmente ganhou muita projeção, uma vez que o esforço de explicar o que acontece após a morte, conseguiria uma explicação, e aceitação de muitos.

Em sua obra *Vida feliz*, Agostinho se esforça para encontrar a definição de homem. Nesta obra, encontra-se uma discussão bem característica de seu pensamento, ou seja, o método socrático usado por Agostinho. No decorrer do diálogo, o autor indaga: “será evidente a cada um de nós, que somos compostos de alma, espírito e corpo?” (AGOSTINHO, 1998, p. 124). [...] O propósito do pensador, através desta questão, é desenvolver o composto humano e conhecer o homem em sua integridade. A determinação da compreensão do homem em Agostinho comporta outros elementos que compõem a totalidade do seu sistema. Assim é necessário estudar, com atenção, três elementos da concepção agostiniana de homem: o corpo, a alma e o espírito. (<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/teologia/santo-agostinho>).

Agostinho em sua máxima, maneja a filosofia grega, para dar azo a sua explicação sobre alma, trazendo com afinco ainda a extensão desta concepção;

São as três partes de que consta o homem: espírito, alma e corpo, que por outro lado se dizem duas, porque com frequência se denomina a alma juntamente como o espírito; pois aquela parte do mesmo racional, de que os brutos carecem, chama-se espírito; o principal de nós é o espírito; em segundo lugar, a vida pela qual estamos unidos ao corpo se chama alma; finalmente, o corpo mesmo por ser visível é o último de nós (AGOSTINHO, 1998, p. 411).

Numa tentativa metafísica, Agostinho de soslaio desenvolve uma teoria incita a criação divina no Éden, quando, segundo seu entendimento da Bíblia, houve a criação do homem e da mulher e nesta ocasião a alma então foi transmitida ao ser humano. (Vide Bíblia [qualquer versão], livro de Gênesis Capítulo 2, Da Criação do Homem).

É evidente que para acreditar no argumento de Agostinho há uma imensa necessidade de fé, pois em seus argumentos, não há comprovação, não resiste ao método filosófico/científico, ou a pujança da filosofia num todo ao longo dos séculos, mesmo o mais rudimentar conceito filosófico.

Aqui não há desmerecimento, mas percebe-se nitidamente o esforço resoluto em promover apologética ao invés de promover uma filosofia robusta.

Nesta mesma linha é bom dizer que nem a Bíblia, explica claramente a questão da alma, tanto que há religiões, que não entende a criação, como Santo Agostinho, traçando uma compreensão diferente, e crença tão qual bem diferente quanto a esta ditada pelo teólogo/filosofo.

3. Filosofia da religião e ou da Apologética cristã?

Na filosofia da religião não há propósito, estender seus conceitos a apologética cristã, por quanto, ser esta doutrinária, efetivamente restrita a religião, e não adepta de uma filosofia.

Apologética significa a defesa ou a promoção de qualquer coisa por meio de argumentação. Hoje em dia, essa palavra é usada principalmente na defesa da fé cristã. (<https://www.respostas.com.br/apologetica/>).

Para bem tratar deste tema da imortalidade da alma, se faz mister apontar este tema, existir muito antes de que professado pelo filosofo em questão;

O cristianismo adotou a visão do filósofo grego Platão de que consistimos em um corpo mortal e uma alma imortal. A morte é, portanto, a separação da alma do corpo. (<https://revistaplaneta.com.br/alma-o-que-dizem-as-cinco-grandes-religoes-sobre-sua-existencia/>).

O filosofo Platão sem dúvida um dos grandes porta-voz da filosofia grega, com entendimento avançado para sua época, trouxe a baile este ensinamento da alma, de forma a defender suas ideias e princípios.

Seus ensinamentos e ideias transformaram e muito a sociedade, pós socrática e influenciou e muito, a muitos governantes, sobretudo aqueles que enxergavam bem além do seu tempo.

Entre suas principais ideias colhe-se;

[...]Platão elaborou uma teoria metafísica dualista, que divide o mundo em duas categorias: o Mundo das Ideias e das Formas e o mundo sensível. O primeiro, que deve ser escrito com letra maiúscula, seria a realidade intelectual, verdadeira e acessada apenas por meio da capacidade racional do ser humano. Nesse Mundo das Ideias, estariam as essências das coisas, os conceitos, as Ideias fixas e imutáveis que descrevem essencialmente cada ser ou objeto existente. Já o mundo sensível seria a realidade com a qual nos defrontamos em nosso cotidiano básico, acessada por meio de nossa experiência sensível. Essa realidade é ilusória, enganosa e inferior, levando o ser humano ao erro, causado pelas aparências das coisas do mundo, que não correspondem às essências. (<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/platao.htm>)

Esta concepção é bem razoável e até aceitável em suas premissas, uma vez que aparentemente, a ideia primal é que o conhecimento precisa se aperfeiçoar se libertando das questões limitadoras, e projetando a mente para uma amplitude maior do que se está gerando novas e melhores ideias.

Neste ponto é sumamente importante acreditar que esta alegoria platônica contribui e muito para a realidade do ser humano.

Contudo, a ideia de alma em Platão é muito mais densa do que a desenvolvida por Agostinho e sua base estava muito antes dos ensinamentos cristãos, propriamente dito, e mesmo assim não tinha apego ao cristianismo defendido por Agostinho;

Platão acreditava na existência de um processo chamado de metempsicose. A ideia é que após a morte do corpo, a alma é libertada e segue em busca de outro corpo para habitar, um processo geralmente chamado de reencarnação.

Platão acreditava que a alma, ao longo de sua jornada, pode habitar diferentes tipos de corpos, tanto humanos quanto animais. Ele também acreditava que o tipo de vida que a alma terá no futuro depende da forma como ela viveu no passado. Se a alma viveu de forma virtuosa e justa, ela terá uma vida melhor no futuro; se ela

viveu de forma má e egoísta, ela terá uma vida pior no futuro. Em outras palavras, se nossa parte racional manter o domínio sobre as outras partes e viver de forma virtuosa e justa, teremos uma vida melhor no futuro.

Olhando desse ponto de vista, o corpo é uma espécie de prisão para a qual a alma é mandada a fim de cumprir uma pena [...] (<https://filosofianaescola.com/metafisica/dualismo-de-corpo-e-alma-de-platao/>)

Como é exposto a ideia de alma surge da construção da concepção do pós morte, e não somente, para explicar a criação, na verdade o empréstimo da concepção é uma tentativa apologética, frustrada em sua essência, por carecer de uma argumentação, por parte do tomista, mais fecunda, a qual Platão, se dispõe a fazer. Lembrando que a transmigração da alma torna-se um ensinamento platônico.

Ao observar este enclave, a filosofia da religião a bem do método, do cerne filosófico e, para além de defesa defenestrada, deve se silenciar, afinal, não há uma explicação minimamente válida para sequer aceitar uma questão de fé, o argumento pode ser válido desde que se aceite o elemento crença, que para filosofia está muito distante dos seus ensinamentos.

Cumprir dizer que a filosofia e nenhum outro ramo da ciência tem a pretensão de responder a tudo, no que tange ao teatro da vida.

Há inúmeras coisas que aceitamos por simplesmente existir e de uma forma ou outra se aceita por princípios, valorados, moldados, desenvolvidos e mesmo que construídos, tendo como base o que sustenta a filosofia num todo.

Não se pode em nome da crença, simplesmente aceitar algo com propósito diverso, não tendo base o conhecimento humano pura e simplesmente.

4. Filosofia e sua sustentação

A filosofia como qualquer outro meio do desenvolvimento humano preza e muito pela demonstração comprobatória de uma forma rígida para demonstrar seus ensinamentos, sem se deixar levar por qualquer ensinamento, ou conceito que não necessite passar pelo crivo de um método filosófico.

A Filosofia é uma forma do pensamento se desdobrar sobre si mesmo. De maneira conceitual e abstrata, a Filosofia preza, muitas vezes, por um rigor metodológico parecido com o rigor científico.

Outras vezes, utiliza-se de novas perspectivas próprias de cada pensador e de cada trabalho filosófico desenvolvido.

É fato que a Filosofia mantém acesa a chama que aquece a busca pelo conhecimento sem, na maioria das vezes, fornecer respostas prontas e acabadas. A Filosofia é, portanto, uma atividade que problematiza, ou seja, coloca questões em jogo, respondendo a cada pergunta com uma nova pergunta – o que faz o pensamento manter-se sempre em movimento.

<https://mundoeducacao.uol.com.br/filosofia/o-que-filosofia.htm>

Dentro desta ótica e buscando este rigor a filosofia segue uma métrica possível para que seus ensinamentos, conceitos e variedade, seja um todo, embora divisível, não um amontoado de ideias jogadas no espaço.

Ao estudar a filosofia é perceptível os passos de outros filósofos viveram antes e em outra época e sua participação na linha do conhecimento desenvolvido, não como um caminho sinuoso, apenas, porém, como um caminho que avança alcançando novos e melhores ensinamentos.

Mesmo usando da questão abstrata, não é possível um ensinamento sair tanto do foco, ou do molde, ou dos princípios estabelecidos pela sociedade de todos os tempos, o que oferece para quem lê e busca entender segurança no ensinamento, além de segurança no trajeto escolhido.

O que entendemos por Filosofia é um tipo de pensamento organizado, conceitual, crítico e reflexivo. Enquanto conhecimento crítico, esse ramo do saber não aceita como verdadeira qualquer proposição sem antes analisá-la. Já como conhecimento reflexivo, a Filosofia desdobra-se sobre si mesma a fim de criar novos problemas para um melhor entendimento do mundo. É um tipo de pensamento conceitual, pois ela trabalha por meio da formulação e reformulação de conceitos, criando e revisando os significados que nós damos para o mundo. (<https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/o-que-e-a-filosofia.htm>).

É importante perceber o destaque do chamado “pensamento organizado, conceitual, crítico e reflexivo”; base para se propor, aceitar e reconhecer princípios filosóficos e não tão somente escrever, publicar ou então, instalar.

Para tanto, se faz mister compreender o que vem a ser a questão de fundo, ou seja, o que tenta demonstrar a capitulação do ensinamento.

Platão cria premissas aceitáveis ao propor a questão da ideia da alma, partindo de pressupostos usuais, sem defesa de algo pré-concebido, ao contrário, estabelece, finca posição dá azo e submete aos critérios da filosofia.

Já o filósofo de Hipona, faz desenfreadamente, uma defesa apologética, em ideias pré concebidas, estanques, e mormente, exaltando a Bíblia (e aqui, todo respeito ao livro sagrado, para tantas pessoas), incabível, nos dias atuais, por ser exagerado e não ser resistente ao já citado “pensamento organizado, conceitual, crítico e reflexivo”.

Muito longe de expor intriga ou até prosperar argumento que exsurja contra tal escrito, se está apenas e tão somente, ponderando sobre algo relacionado a filosofia da religião, de forma sistemática, através de argumentos que podem ser considerados válidos, independente, da aceitação da pregação de tal conceito.

Na linha deste pensamento importa compreender que além de propor algo fora da ótica alcançável da filosofia da religião, esquece-se da filosofia e fica só a religião, que não precisa de defesa, pois tem um fator preponderante que é a fé como sua sustentação crucial.

A defesa de Platão ao tema tem muito a ver com os costumes de sua época e também a religiosidade, perceba-se, não religião, mas a prática desta, empreendida pelos habitantes da Grécia é bom que se compreenda, daí seus textos exprimia uma questão essencial a esta situação cotidiana.

5. Um retrato da ideia da alma em Platão e seu tempo

Ao buscar um conhecimento breve do tempo de Platão e os ensinamentos passado aos filhos, numa tradição oral, transmitido de pai para filho os ensinamentos e pensamentos mais importantes da época, se encontra este retrato inicial;

[...] quando não recebem a atenção de seus familiares diretos, através dos ritos fúnebres e sacrifícios, curtem a infelicidade vinda da privação de gêneros e honra, caindo, assim, no esquecimento, e por conseguinte, sendo “engolidos” por *lethe*, condenados a pensar as amarguras desse abandono. (PROVETTI, 2000. p. 13.).

No texto em comento, *Hades* era o assunto principal, que tenciona este texto, então se é importante experenciar quem ou o que significa esta palavra, que normalmente aparece na mesma frase da palavra alma.

Não é o significado de alma, mas é certo que tal façanha em estar perto de Hades a palavra alma, pode transmitir a ideia geral do porquê desta combinação tão visada que salta os olhos, poder vê-las juntas, significando algo importante a ser observado.

Daí se compreende o contexto histórico que se determina entender o que vem a ser alma e Hades, e o que pode acontecer se não seguir certo padrão de compreensão;

Hades é o deus grego do submundo, do reino dos mortos, e na mitologia romana, ele é chamado de Plutão.

Também é chamado de deus da riqueza porque possui todos os metais preciosos do planeta.

Reside e governa o lugar mais sombrio da Terra, para onde vão as almas dos mortos. (<https://www.todamateria.com.br/deus-hades/#:~:text=Hades%20%C3%A9%20o%20deus%20grego,v%C3%A3o%20as%20almas%20dos%20mortos.>)

Veja que ao verter a ideia que coexistia à época; Hades como deus do submundo, do reino dos mortos; era de entender a necessidade da alma, como ela estando viva, necessitando como um ser animado de atenção, além de apresentar o onde coexistia com o corpo, e depois para onde iria, Hades.

Desta forma fica claro o que Platão escreveu sobre alma, sendo uma extensão do corpo humano. Além desta conclusão para lá de óbvia a partir dos seus escritos a ideia bem alinhada sobre o tema.

Platão, num dos seus diálogos, põe na boca de Sócrates a afirmação que me fez insistir em utilizar o termo alma (psukhé): "o ser humano é a sua alma" (Alcebiades primeiro, 130c). A alma, tal qual entendemos hoje em dia como a interioridade do homem, é um conceito que devemos a Sócrates. Nossa compreensão de alma supõe aquela parte do homem que não conhece destruição, supõe o interior que identifica cada ser humano, a partir do qual o ser humano pode afirmar "Eu sou". (CARDOSO, 2006. p. 25.).

A filosofia pura, produz o texto na figura de Sócrates, através do seu discípulo Platão a ideia que Agostinho, transmitiu da alma. Ou seja, não foi o filósofo de Hipona que trouxe à luz a ideia de alma, mas a Grécia, com seus filósofos.

No platonismo, a alma desce ao submundo Hades, terra dos mortos, para encontrar outra habitação, que possa transferir a culpa de erros vividos na terra.

Este ensinamento não encontra eco em Agostinho, que na verdade subverte a palavra alma e parte bem diminuta deste ensinamento sobre alma. O que o torna o empréstimo deformado, pois a ideia deve ir no todo, para fazer sentido e lógica.

Evidentemente há uma diferença gritante, como já apresentada, pois Platão não tenta provar, ele apenas expõe seu conceito de alma, demonstrando, respeitando o método científico, além de todo rigor filosófico, sem uma defesa de fé e sim, uma explicação para a vida cotidiana grega, que se molda a sua explicação.

Assim se pode dizer, que já existia a vivência, o ensinamento sobre alma e se molda a esta vivência, e não o contrário.

Neste bastião de conhecimentos, se exaspera a ideia de que a defesa apologética não é cabível, pois para aceita-la, deveria, sem pestanejar, aceitar a Bíblia como livro principal, o que Agostinho aceitava, Platão não.

Esta dualidade de pensamento, demonstra o ponto aqui suscitado, uma vez que aceitar o pensamento de Platão não sugere a aceitação de nenhum livro, já o segundo caso, além de aceitar o livro, deve se ter fé nele, o que para filosofia não é totalmente cabível.

A filosofia depende apenas de seus ensinamentos, bem como seus filósofos para construir a sua defesa, se é que pode se dizer isso. Já a apologética, depende dos pensadores, da Bíblia, e uma defesa compartilhada da fé.

E é neste ponto que as ideias se subvertem, uma mantendo o rigor filosófico e a outra, pretendendo, dentro de seu conceito mor, apresentar uma defesa do cristianismo, se respaldando na fé.

Considerações Finais

Mormente a filosofia sobrevive na base de seus pensadores, ímpares e desconexo da vivência ocidental, ressaltando aqueles que cotizaram a filosofia grega.

Não há a pretensão de confrontar filosofia e cristianismo, pois estes vivem em mundos diferentes, com ideias próprias e seguidores alheios a outra.

Contudo, se faz mister ao transfigurar a filosofia da religião fazer um a parte profundo entre a filosofia pura e esta ramificação; filosofia da religião; que pretende em sua cerviz, não questionar a base filosófica, mas outrossim, desenvolver conceitos da religião sem preterir da filosofia pura.

Há espaço para as duas, sem divergir, e em alguns momentos convergir.

A base de todos os conflitos é o ser humano e sua mania de impor suas ideias sem levar em consideração, o que pensa o outro, ou como este vai lidar com esta ou aquela informação.

Faz bem em cada um ser respeitado e respeitar as ideias e concepções das outras pessoas, sem cometer a tentação de provar, ou vindicar ideia passada.

O proselitismo tem seu lugar e hora.

Talvez esta seja a marca da filosofia em geral, não obrigar, nem defenestrar o pensamento alheio, mas sim, respeitar e até estudá-lo, sem contudo, atacá-lo.

Neste diapasão se pode seguir aceitando e aprendendo o que é salutar.

Referências Bibliográficas

AGOSTINHO, Santo. A Vida Feliz, Tradução: Nair de Assis Oliveira. 2.ed. São Paulo: Paulus, 1998.

<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/platao.htm>

CARDOSO, Delmar. A Alma como centro do filosofar de Platão. São Paulo: Loyola, 2006.

<https://diocesevaladares.com.br/o-sentido-da-vida/>

PROVETTI, José Jr. A alma na Grécia: A origem do indivíduo no ocidente. Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

<https://www.historiadomundo.com.br/curiosidades/o-que-e-a-filosofia.htm>

<https://mundoeducacao.uol.com.br/filosofia/o-que-filosofia.htm>

<https://www.respostas.com.br/apologetica/>

<https://revistaplaneta.com.br/alma-o-que-dizem-as-cinco-grandes-religoes-sobre-sua-existencia/>

MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: O AVANÇO DA CONSTELAÇÃO FAMILIAR NO BRASIL

GUSTAVO CORDEIRO LOMBA DE ARAUJO:
advogado, formado em direito pela UFRJ⁹.

RESUMO: A partir de um método dialético, com análise bibliográfica, consultiva e jurisprudencial, o presente estudo foca sua atenção em meios alternativos para a solução de conflitos, e, em especial, no avanço da utilização no Brasil da Constelação Familiar. A construção de caminhos para que a Justiça chegue aos cidadãos através da desjudicialização dos conflitos deve ser incentivada. Os resultados extremamente positivos já alcançados corroboram essa tese. O estudo a seguir discorre sobre a construção de um sistema brasileiro composto de métodos alternativos para a solução de conflitos, frequentemente chamado de multiportas, as mudanças que foram necessárias para tal construção, e os avanços obtidos para toda a sociedade com a maior utilização desses métodos. Por último, trata-se mais especificamente sobre o método chamado Constelação Familiar, usado como forma de resolução pacífica de conflitos, sobretudo no âmbito familiar, de modo que as próprias partes possam se resolver, e assim evitar a judicialização.

PALAVRAS CHAVES: Conflito, Métodos Alternativos, Resolução, Constelação Familiar.

INTRODUÇÃO

As sociedades modernas compartilham a experiência da expansão crescente da judicialização dos conflitos. Na maioria dos países democráticos, tribunais e juízes enfrentam sobrecarga de trabalho pelo incremento de demandas judiciais que devem ser analisadas e solucionadas. A morosidade da Justiça é preocupação crucial dessas sociedades. Para enfrentar essa questão, há de se promover métodos alternativos eficazes e legítimos para a solução de conflitos. Há de se eliminar progressivamente a cultura impregnada do litígio e construir a cultura da consensualidade, acelerando o processo como um todo. Nas palavras de Rui Barbosa:

"Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta."

O Brasil apresenta um dos maiores índices de disputas judiciais do mundo, além de um alto índice de morosidade processual, o que contraria diversas legislações nacionais sobre celeridade e eficácia.

⁹ E-mail: gustavoldearaujo@gmail.com

Segundo Thiago Crepaldi e Severino Goes, em reportagem publicada no Anuário da Justiça Brasil 2022, disponível em < <http://www.conjur.com.br/2922-jun-30.poder-decide-faz>>:

“A Base Nacional de Dados do Poder Judiciário, mantida pelo Conselho Nacional de Justiça, contabilizou 80.129.206 processos em tramitação nos tribunais e varas do Brasil no dia 31 de março de 2022.”

Esse número aumenta para 84 milhões de processos em outubro de 2023, ainda que observado aumento de produtividade dos magistrados, segundo informação obtida no endereço <<https://www10.trf2.jus.br/portal/cnj-com-84-milhoes-de-processos>>

A construção de caminhos para que a Justiça chegue oportunamente aos cidadãos brasileiros, através da formação de um sistema de métodos alternativos, acelerou-se nos últimos 25 anos, tendo sido iniciada nos anos 70.

O Brasil acompanha, portanto, diretrizes mundiais, como a contida no Objetivo 16 do Desenvolvimento Sustentável (ODS), presente na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas:

“16 – Paz, justiça e instituições eficazes: promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, **proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes**, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.” *(grifo nosso)*

1- BREVE HISTÓRICO DA CONSTRUÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS:

No Brasil atual, o acesso à Justiça é feito através de um modo, adequado ao conflito, de solução do problema jurídico (aquele que pode ser resolvido pelo Direito), sendo que essa Justiça não é necessariamente o Judiciário. O conjunto desses modos, tem-se como um Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos. Esse Sistema está em construção, foi e é desenvolvido sem planejamento, organizando-se ao longo do tempo. As leis vão surgindo naturalmente, promovendo mais caminhos.

Interessante notar que, desde muito, exemplos isolados de meios alternativos de solução de conflitos estavam presentes no ordenamento brasileiro, como o Decreto 70/66 que autoriza a execução extrajudicial de determinados créditos, Isso, para a época foi uma revolução e também causou muita controvérsia. Em 2021, o STF entende que esse Decreto foi recepcionado pela CF/88. O que era uma excentricidade nos anos 60 se torna trivial atualmente.

O papel do legislador foi fundamental, ao longo do tempo, para possibilitar a construção desse sistema de métodos alternativos para a solução de conflitos. Já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, encontra-se a citação de comprometimento da sociedade com soluções pacíficas de controvérsias. Essa Constituição também já trata de métodos para a solução de conflitos, apesar de não os nomear como tais. Como exemplos, a conciliação, a arbitragem e o acordo.

Em 1995 surgiram os Juizados Especiais, possibilitando maior acesso à Justiça. Neles foi prevista a audiência conciliatória no início do procedimento.

Em 2009 houve o Segundo Pacto Republicano, que previa fortalecer a mediação e conciliação. Na prática, os outros poderes não atuaram de forma concreta nesse sentido.

A Resolução N^o 125/2010 do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, trouxe para o Judiciário a responsabilidade de difundir a conciliação e a mediação. Essa Resolução influenciou o novo CPC, a Lei da Mediação e a atualização da Lei da Arbitragem. Com isso, em 2016, o Brasil já tinha um sistema de métodos adequados à solução de conflitos.

O art. 3^o, § 2^o, do Código de Processo Civil de 2015 prioriza a solução consensual de conflitos. Já o art. 3^o, § 3^o, desse mesmo CPC permite a criação pelas partes em consenso de formas de solução de conflitos.

Art. 3^o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1^o É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2^o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3^o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Enorme importância deve ser reconhecida ao citado art. 3^o do CPC. Não por acaso sua matéria foi tratada no capítulo de normas fundamentais do processo civil. Quis o legislador demonstrar a importância do tema. No caput, cuida de jurisdição. O § 3^o estabelece cláusula geral de meios consensuais de solução de conflitos que devem ser promovidos pelos agentes do processo, como Estado e advogados. Cria dever do Estado

de promover solução consensual, tida como prioritária, e cria abertura para os meios de solução, sem tipificá-los. Como já dito, esse art. 3º do CPC foi inspirado na Resolução N.º 125/2010 do CNJ e também na Recomendação 38/2011 do CNJ, que recomendou aos tribunais a instituição de mecanismos de cooperação judiciária entre os órgãos do Poder Judiciário.

Em seguida, houve ainda alteração no Código de Ética dos Advogados, trazendo o dever de promover soluções consensuais.

O sistema brasileiro, portanto, é aberto em múltiplas dimensões. Diversos são os sujeitos, como o Procon, Ministério Público, Conar, Poder Judiciário. Diversos são os meios de solução. Está em permanente expansão, sendo o CNJ o articulador e regulador desse sistema.

Hoje, todas as leis sempre tratam de soluções alternativas de conflitos, nas diversas áreas do Direito. São exemplos: a colaboração premiada, a transação penal, o superendividamento, as licitações, a improbidade.

2- ALGUNS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS, SEUS AMBIENTES E CARACTERÍSTICAS.

Os principais métodos utilizados no Brasil atualmente são os citados a seguir:

- Negociação;
- Conciliação;
- Mediação;
- Arbitragem;
- Processo Judicial;
- Dispute Board;
- Constelação Familiar;
- Justiça restaurativa;
- Avaliação imparcial de terceiros;
- Sistemas híbridos.

Em continuidade, serão resumidamente conceituados alguns dos métodos acima.

Negociação - utilizada para divergências que não necessitam de uma intervenção e nem participação de um terceiro, alheio à situação conflitante. É adequada para aqueles casos que não envolvam afetividade entre as partes, e estas, por meio de um acordo (negócio) resolvem o conflito, que geralmente é de ordem material.

Conciliação - há a necessidade de um terceiro que trabalhe na escuta do problema vivenciado entre as partes e as estimule a chegada de um acordo. Nesse meio, o conciliador sugere e propõe soluções para o conflito, cabendo às partes aceitarem ou não essa proposta. Os tipos de conflitos adequados à conciliação são aqueles de natureza temporária e circunstancial, não muito complexos, conforme alerta Juan Carlos Vezzulla (2001, p.43):

“A conciliação como técnica é de grande utilidade nos problemas que não envolvem relacionamento entre as partes, o que permite trabalhar sobre a apresentação superficial (verdade formal ou posição) para alcançar uma solução de compromisso sem repercussão especial no futuro de suas vidas.”

Mediação - as próprias partes chegam a uma conclusão do que seria mais benéfico para ambas. E, muito embora haja a figura de um terceiro, o mediador, este servirá, na verdade, como orientador, mas, sem trazer sugestões, atuando na construção de um diálogo. A mediação pode ser aplicada em diversos tipos de conflitos, como os de família, empresarial, saúde, ambiental, urbanos, vizinhança, consumidor, comunitário. Os conflitos que tratam de sentimentos e situações frutos de relacionamentos – mágoas, frustrações, traições, amor, ódio, raiva - revelam-se adequados à mediação, podendo ser judicialmente, quando realizada depois de iniciado um processo jurisdicional, ou extrajudicialmente, conforme preceitua a Lei nº 13.140/2015, ou Lei de Mediação. O mediador trabalha o pano de fundo do conflito com objetivo de que as partes, com ou sem consenso, restabeleçam seu diálogo.

Arbitragem - é o meio que mais se aproxima com o Judiciário, pois nessa modalidade há a figura do árbitro, que embora possa ser escolhido pelas partes, detém o poder de decisão, e esta tem validade de sentença e versa sobre direitos patrimoniais disponíveis, como disposto no art. 1º da Lei de Arbitragem nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996.

Dispute Board – criação de comitês para resolução ágil de conflitos, sobretudo em obras de infraestrutura e contratos de execução continuada.

Justiça Restaurativa - método que busca, quando possível e apropriado, realizar o encontro entre vítima e ofensor, assim como eventuais terceiros envolvidos no crime ou no resultado dele, com o objetivo de fazer com que a vítima possa superar o trauma que sofreu e responsabilizar o ofensor pelo crime que praticou.

Avaliação imparcial de terceiros – terceiro é contratado para fornecer sua opinião jurídica, como se juiz fosse, possibilitando às partes decidir sobre acordo ou ingresso no Judiciário.

Os principais ambientes do sistema são:

Judicial;

Extrajudicial;

Administração Pública;

Ambiente Digital.

Por inovador que é, importante comentar sobre o Ambiente Digital, que abrange todos os ramos do Direito, disponibilizando ferramentas como:

Balcão Virtual – extingue a necessidade de comparecimento físico para atendimento;

Juízo 100% Digital – atos do processo podem se realizar digitalmente, até uma audiência online;

Plataforma Codex - plataforma nacional que consolida as bases de dados processuais, integrando dados, permitindo uso de inteligência artificial;

ODR (Online Dispute Resolution) - plataformas digitais para resolução de conflitos.

Já as principais características do sistema são:

Alto grau de organização já alcançado;

Expansivo - aberto a outros métodos;

Dinâmico – pode sofrer mutações;

Democrático – acessível a todas as pessoas, atendendo os mais diversos conflitos;

Humanizador – não se restringe a soluções frias;

Gerencial – deve-se entender o conflito para decidir sobre o método;

Heterogêneo – técnicas diferentes;

Pluriespacial – diversos ambientes;

Interativo – métodos podem se interconectar, resolvendo parte do conflito por um método e parte por outro;

Instrumental – serve ao Direito Material;

Interdisciplinar – abarca diversas ciências;

Pacificador.

Contudo, a principal característica do processo civil após 2015, que vale ser ressaltada, é a Flexibilidade, podendo-se amoldar a diversas situações de crises do direito material que eventualmente sejam levadas ao Judiciário. É recheado de cláusulas gerais que permitem ao aplicador do direito certa discricionariedade porque traz uma hipótese determinada e um conseqüente determinado, dando capacidade adaptativa muito grande. Como exemplo, a Cláusula Geral da Negociação Processual, contida no art. 190 do CPC :

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Principais conseqüências a partir do uso do sistema são:

Priorização da solução consensual dos conflitos;

Ampliação do conceito de acesso à Justiça e de jurisdição;

Empoderamento das partes – antes elas dependiam só do Judiciário e hoje têm poder de escolha;

Transformação dos profissionais do Direito.

O devido processo legal deve estar inserido no sistema. Todos os métodos devem observar a Lei, não podendo ferir direitos fundamentais. Devem observar os Princípios consagrados do Direito e ter as garantias processuais que lhes são inerentes.

3- A CONSTELAÇÃO FAMILIAR COMO FERRAMENTA DO JUDICIÁRIO:

Como já visto no capítulo anterior, o CPC traz processo democrático que orienta participação dos atores em igualdade, sendo um dos seus eixos a autocomposição (permissão às partes para encontrarem solução). Isso permite o uso do método de Constelação Familiar nos conflitos, principalmente os relacionais e familiares.

Constelação Familiar é uma técnica vivencial, holística, que pode revelar dinâmicas ocultas das relações familiares que possibilita um conhecimento mais pleno do conflito para o indivíduo.

A técnica é trazida para o Judiciário de forma neutra, sem violar direitos fundamentais, como isenção de aspectos religiosos (direito à laicidade). Também não se utiliza nenhum misticismo no seu emprego no Judiciário, como pode ocorrer quando empregada em consultórios terapêuticos.

A técnica favorece a autocomposição e que o conflito relacional não retorne ao Judiciário sob outra forma, diminuindo também os casos de descumprimento de acordos.

Após a Constelação Familiar, ocorre audiência de conciliação ou mediação. Ela não gera informação para o processo nem serve de prova.

Os conflitos que são levados para uma sessão de Constelação, em geral, versam sobre questões familiares, como guarda dos filhos, divórcios litigiosos e adoção.

Críticas são feitas com relação a não ser encarada como prática psicoterapêutica pelo Conselho Federal de Psicologia, entretanto, é permitida como técnica vivencial, o que atende ao Judiciário.

A Constelação Familiar foi desenvolvida pelo filósofo alemão Bert Hellinger na década de 1970 e foi aplicada no Judiciário inicialmente pelo Tribunal de Justiça da Bahia, a partir de 2012.

É uma técnica de autocomposição e conscientização. Além da pessoa a ser constelada, há a figura do constelador, capacitado, que conduz a prática, e participação de pessoas convidadas a representar papéis de familiares ou de relacionados com o participante constelado. Todos são colocados em uma sintonia em que as relações, os conflitos e suas dinâmicas são percebidos, observados, sentidos. Busca-se descobrir a raiz do problema para, então, solucioná-lo.

O caso em questão no Judiciário não é abordado. A técnica é usada em fase preliminar ao processo de família e pode resultar na conciliação ou na mediação do conflito. Esse fica melhor compreendido pois o participante constelado expande sua consciência. A dinâmica é indicada pelo juiz, mas a participação é voluntária.

O conflito familiar não abordado com uma técnica humanizada no início do processo, apresenta tendência a se agravar e a se multiplicar no sistema Judiciário tradicional.

Sobre a técnica, através de representações e imagens, busca-se a ordem de amor mais harmoniosa para o sistema familiar, tendo como sustentáculo as chamadas leis sistêmicas, as quais são aplicáveis universalmente aos agrupamentos familiares e às suas conexões através das gerações. Conforme diz Barreto (2018, p.20):

“A Constelação não é uma técnica para reviver o passado ou, por curiosidade, querer saber o que houve na vida dos antepassados. É uma forma de contato com tudo que está em desordem na vida de uma pessoa e através do que se olha, pode-se mudar a energia que estava parada, sendo assim, deixando a pessoa livre para viver sua vida em plenitude, sem interferências. Também não é julgar como os ancestrais fizeram, ou se arrogar melhores e superiores a eles, mas sim fazer diferente, com consciência e entender que o que foi feito, só pôde ser realizado como foi, da forma como poderia ter sido para aquele momento, para aquela época, da forma como eles sabiam, [...] pois para aquele momento era tudo que tinham para enfrentar a questão.”

Neste ponto, o que surpreende é o fato de que na maioria das vezes os representantes começam a se comportar como a pessoa representada, falando, sentindo e tendo até mesmo os sintomas físicos semelhantes aos dos representados. É possível ter a explicação desse fenômeno através da Teoria dos Campos Morfogenéticos:

A Teoria dos Campos Morfogenéticos postula a hipótese de que as mentes de todos os indivíduos de uma espécie se encontram unidas, formando parte de um mesmo campo mental planetário – campo morfogenético -, no qual a mente dos indivíduos afeta o campo e este afeta a mente dos indivíduos por ressonância mórfica. O campo morfogenético seria como uma grande biblioteca universal, na qual estariam

todas as informações da humanidade. (PIZZATTO, 2018, p. 35-36).

A prática da constelação familiar se destacou pelos resultados alcançados e por não ser consubstanciada em uma técnica engessada que seguia uma fórmula aprendida, procedente de uma solicitação de ajuda, e usada da mesma forma para todos. Vista e introduzida inicialmente dentro da vivência familiar, as constelações familiares ajudam a esclarecer as teias que ligam a vida e o destino de membros da mesma família e grupo familiar, bem como os resultados e os efeitos trazidos por meio da consciência humana, que, quando expostos à luz da percepção da própria existência, despontam emaranhamentos e divergências.

Retornando à questão da utilização do método pelo Poder Judiciário, conforme explicitado por Valadares (2020):

“(...) com exceção dos tribunais de justiça do Tocantins, de Sergipe, do Espírito Santo, do Acre, do Amazonas e de Roraima, após apenas sete anos, todos os demais 21 Estados já aplicam, em alguma medida, a técnica psicoterapêutica da Constelação Familiar. Dado que confirma a hipótese inicialmente considerada de que mais de 60%, atualmente 78%, dos tribunais estaduais no Brasil já adotariam práticas consteladoras. Mesmo os tribunais que ainda não utilizam o método Hellingeriano já ministraram palestras, workshops, oficinas e debates para divulgação do instituto.” (VALADARES, 2020, p.82)

O emprego das Constelações Familiares no Judiciário surge como uma forma efetiva de atendimento humanizado, a fim de propiciar às partes uma melhor percepção acerca do conflito. Em 2012, a Constelação Familiar começou a ser aplicada pela Justiça da Bahia, pelo juiz Sami Storch.

Nesse ano, a técnica começou a ser testada com cidadãos do município de Castro Alves, cidade do interior da Bahia. Nas 90 audiências realizadas, nas quais pelo menos uma das partes participou da vivência de Constelação, o índice de conciliação foi de 91%, segundo dados fornecidos em entrevistas pelo magistrado. Portanto, é de suma importância que o Judiciário se capacite para lidar com questões humanas sensíveis, enxergando cada história e cada caso como único. Atualmente no Brasil, profissionais do Ministério Público, Defensoria Pública, advocacia, dentre outros, já começaram a utilizar esse método, percebendo a consequente diminuição da rejudicialização e reiteração de processos judiciais.

Algumas experiências nos Tribunais de Justiça que utilizam a Constelação Familiar:

TJGO - Tribunal de Justiça do Estado De Goiás - O Projeto Mediação Familiar aplicado pelo CEJUSC, rendeu prêmio do CNJ. A prática consiste no exercício da mediação familiar sob a perspectiva interdisciplinar e multidirecional e envolve profissionais e acadêmicos do direito e da psicologia. Iniciou-se em 2013 e de acordo com dados desse tribunal, o índice de solução é de aproximadamente 94% das demandas.

TJRJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro – Ato Normativo 14/2014 do TJRJ dispõe sobre as Casas de Família, espaços humanizados para tratamento dos conflitos. Em seu art. 2º traz a Constelação Familiar como prática a convite. Para as primeiras experiências do projeto, cerca de 300 processos com temas semelhantes sobre questões como pensão alimentícia e guarda dos filhos foram selecionados em 2016. Segundo dados do TJRJ, o índice de aprovação da técnica foi de quase 80% das audiências. Além disso, 86% das audiências realizadas após as Constelações Familiares resultaram em acordos. A aplicação da técnica fica a cargo de uma organização sem fins lucrativos, a Praxis Sistêmica.

CONCLUSÃO:

No Brasil se viveu uma grande necessidade de acesso à Justiça. O ingresso foi tão grande que se adoeceu a Justiça e surgiu a necessidade de possibilitar e emprego de diversas técnicas de solução de conflitos. Com isso houve modificação do conceito de jurisdição. Antes era muito estatal, pelo Poder Judiciário. Hoje tem que incluir a jurisdição arbitral e conciliativa. Se antes havia grande preocupação com a técnica, hoje há a preocupação com o conflito, em como tratá-lo e solucioná-lo, conferindo grau maior de humanização.

O princípio da consensualidade hoje perpassa todas as matérias (direito civil, penal, administrativo, tributário, etc.). As características desse princípio são o maior diálogo entre as partes, soluções mais adequadas, aplicação em esfera pública e privada e flexibilização do procedimento.

Esse novo conceito de Justiça é a ressignificação do acesso, que possibilita aos jurisdicionados diversas ferramentas adequadas ao tratamento de seus conflitos.

Nesse sentido, um dos métodos para a solução de conflitos, que vem se expandindo no país, é a Constelação Familiar. Utilizando representações, visa justamente harmonizar relacionamentos, o que permite a ampliação da visão problema,

demonstrando que ele não afeta nem vem de um único membro da família. Com isso, as partes colocam-se uma no lugar da outra e buscam a solução, vindo o juiz a homologar a sentença, sem necessariamente julgar e decidir quem é o detentor do direito

Um dos objetivos do trabalho era pesquisar o uso de métodos alternativos para a solução de conflitos e sua previsão no Novo Código de Processo Civil, além de abordar de modo específico as Constelações Familiares.

Constatou-se que a Resolução N 125/2010 do CNJ fomenta a solução consensual e pacífica de conflitos, estimula, quando possível, a autocomposição, dando às partes o poder de achar forma de solução. O Novo Código de Processo Civil inovou, propondo o uso prioritário de métodos alternativos, como a conciliação e mediação, e dando cabimento para a utilização das Constelações Familiares.

O CPC também trouxe, além da previsão de autocomposição material, que é em relação ao conflito, a autocomposição processual, que é a possibilidade das partes realizarem convenções processuais de procedimento (Exemplos: suspensão do processo para refletir melhor, calendário do processo, etc.).

O padrão litigioso, operante durante anos na cultura jurídica brasileira, pode ser gradativamente abandonado. A cultura social pode passar a encarar o Judiciário como último recurso, não o primeiro.

O maior desafio atualmente é fazer com que todos esses métodos alternativos funcionem adequadamente, não adianta somente o Judiciário tentar, ou somente o privado tentar, tendo todos que trabalhar de forma harmônica.

Desafio também é como aumentar as soluções consensuais. Nesse sentido, alguns juízes até determinam para alguns casos, como os de consumo, a tentativa de solução consensual anterior, tendo em vista a existência de várias plataformas do governo para tal (consumidor.gov.br), a existência de diversas startups voltadas a esse negócio e a existência de plataformas privadas que já possuem negociação própria para solução conflitual, como ebay.

O presente estudo não esgota os temas tratados. A partir de visão geral sobre os conceitos apresentados, apenas tenta posicionar o atual estado de existência e utilização dos diversos métodos alternativos para solução de conflitos, registrando o longo caminho já percorrido, mas não findo, de evolução do acesso a uma Justiça mais direta, célere, humanizada e eficaz.

BIBLIOGRAFIA:

BARBOSA, A. A. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo, Atlas, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Técnica da constelação familiar no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ)**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df/>. Acesso em: 03 de abril de 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 125/10 CNJ**. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Pol%C3.3](https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Pol%C3.). Acesso em: 02 de abril de 2024.

CREPALDI, Thiago e GOES, Severinos **Justiça brasileira alcança marca de 80 milhões de processos em tramitação**. CONJUR, 2022. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2022-jun-30/poder-decide-faz>. Acesso em: 31/03/2024.

HELLINGER SCHULE. **Biografia de Bert Hellinger 1925-2019**. Hellinger Scienza Gmbh&Co. KG. Disponível em: <https://www.hellinger.com/pt/bert-hellinger-o-original/bert-hellinger/biografia-breve/>. Acesso em: 31 de março de 2024.

DAGOSTIN, Aline. **A aplicação da Constelação Familiar Sistêmica no Judiciário, especialmente nas varas de família**. Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC. Divulgação em dezembro de 2019. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/7544>. Acesso em: 27 de março de 2024.

HELLINGER, Bert. **A cura: Tornar-se saudável, permanecer saudável**. Tradução de Daniel Mesquita de Campos Rosa. 1. ed. Belo Horizonte: Atman, 2014.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele. **Constelações familiares: O reconhecimento das ordens do amor. Conversas sobre emaranhamentos e soluções**. 1. ed. São Paulo: Cultrix, 1996.

MENESES, Ana Victoria Moraes. **Constelação Familiar como método de resolução de conflitos no Judiciário**. PUC/Goiás. Divulgação em 25/11/2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/164>. Acesso em: 26 de março de 2024.

VALADARES, Gilson Coelho. **Constelação familiar no poder judiciário brasileiro: humanização do Direito e ampliação da cidadania nos tribunais de justiça multiportas**. 2020.108f. Dissertação (Mestrado profissional e interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) – Universidade Federal do Tocantins, Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, Palmas, 2020.

BARRETO, Mônica. **Constelação familiar sistêmica: entendendo a dinâmica do campo – como o campo familiar pode influenciar em nossa vida.** São Paulo: Giotri, 2018.

PIZZATTO, Bianca. **Constelações familiares na advocacia: uma prática humanizada.** 2. ed. rev. e ampl. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018.

GUILHERME, **Luiz Fernando do Vale de Almeida.** Meios extrajudiciais de solução de conflitos: Manual dos MESC's. **Editora Manole, 2016.**

CABRAL, Tricia Navarro Xavier e ZANETI JR., Hermes. **Justiça Multiportas.** 3ª edição, Editora Juspodivm;2023.

Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 28 de março de 2024.

A TECNOLOGIA E OS MEIOS PROBATÓRIOS SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

RONALDO CAVALCANTI DE ALBUQUERQUE:
Faculdade Autona de Direito¹⁰

RESUMO: O presente artigo científico terá como seu enfoque principal a discussão acerca da possibilidade ou não da utilização das provas digitais no processo civil, com enfoque nas disposições do próprio Código de Processo Civil. Nos últimos anos, é cada vez mais comum que os negócios jurídicos sejam firmados e tratados totalmente por meio digital, seja e-mail, *whatsapp* ou aplicativos similares, motivo pelo qual passa a ser pertinente a discussão jurídicas acerca da utilização e da validade das provas digitais produzidas por esse meios tecnológicos. Por fim, importante entender como o Judiciário tem encarado a questão e qual vem sendo a aceitação da jurisprudência acerca da utilização de provas digitais no âmbito do processo civil.

Palavras-chave: Provas. Tecnologia. Digital. Processo Civil. Possibilidade.

ABSTRACT: *This scientific article will have as its main focus the discussion about the possibility or not of using digital evidence in civil proceedings, focusing on the provisions of the Code of Civil Procedure itself. In recent years, it is increasingly common for legal transactions to be signed and handled entirely digitally, whether by email, whatsapp or similar applications, which is why legal discussions about the use and validity of evidence have become relevant. digital images produced by these technological means. Finally, it is important to understand how the Judiciary has faced the issue and what has been the acceptance of jurisprudence regarding the use of digital evidence in the context of civil proceedings.*

Key Words: *Evidences. Technology. Digital. Civil Procedure. Possibility.*

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa, idealizada e fomentada por intermédio do artigo a ser esculpido na sequência, terá como seu enfoque principal o estudo de caso e análise aprofundada e fundamentada acerca do controverso tema que cerca a utilização de provas digitais no âmbito do processo civil

¹⁰ E-mail: *cavalcanticit@hotmail.com*

Assim, no artigo em apreço será feito uma análise inicial sobre o conceito e características gerais do instituto das provas em geral, bem como suas características gerais para, posteriormente, ser realizada uma análise da utilização das provas digitais no âmbito do processo civil.

O tema é de grande valia para o estudo aprofundado, sobretudo pela importância que a matéria traduz para o meio probatório dentro do processo civil brasileiro.

O problema da pesquisa, portanto, consiste em responder de que forma a jurisprudência e o próprio Código de Processo Civil tem enfrentado a questão da utilização das provas digitais e de seu valor e eficácia probatória.

Busca-se atingir o problema da pesquisa por meio do presente estudo de caso, instrumentalizado por este artigo científico, mas não somente isso, como também fomentar discussões sobre a temática e entender outras implicações trazidas pelas doutrinas e pelas jurisprudências pátrias estudadas.

Tais elementos, sem sombra de dúvidas, impactam diretamente no objetivo que é almejado e deve ser atingido por meio da presente pesquisa.

Como objetivo geral da pesquisa, almeja-se o levantamento bibliográfico e jurisprudencial sobre as regras que permeiam a questão da utilização das provas digitais no processo civil, com respeito ao contraditório.

Por fim, para o desenvolvimento do presente artigo, cumpre informar que, na Fase de Investigação foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, os resultados expressos no presente artigo é composto na base lógica indutiva.

Já nas fases da Pesquisa, foram utilizadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica. Quanto ao objeto de estudo, importa destacar que se concentra na exposição dos entendimentos legais, doutrinários e jurisprudenciais atinentes ao tema estudado.

2 DOS MEIOS DE PROVA NO PROCESSO CIVIL E TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO NO PROCESSO ELETRÔNICO

A condição mais importante para que se dê validade e eficácia à prova como um todo é sua sujeição às pessoas dos litigantes, cuja consequência primordial é a obediência ao contraditório. Vê-se, portanto, que a prova emprestada do processo

realizado entre terceiros é *res inter alios* e não produz nenhum efeito senão para aquelas partes.

O Código de Processo Civil anterior, assim como o atual de 2015, consagram a regra da atipicidade dos meios de prova. No Código de Processo Penal, por sua vez, não há regra expressa sobre a atipicidade. E ainda que vezes, diga-se, isoladas, defendam a taxatividade, não é o que prevalece, até mesmo porque a limitação dos meios de prova afrontaria a ampla defesa, princípio que tem sede constitucional.

A regra concernente à produção da prova é que esta se realize dentro do processo em que será utilizada como meio de convencimento do juiz. Em determinados casos, entretanto, em respeito ao princípio da economia processual, é possível aplicar no processo prova já produzida em outro processo, dando forma ao fenômeno conhecido por "prova emprestada¹¹".

Importante ressaltar que a utilização de prova já produzida em outro processo responde aos anseios de economia processual, dispensando a produção de prova já existente, e também da busca da verdade possível, em especial quando é impossível produzir novamente a prova desejada.

Neste ínterim, apesar da inegável importância da possibilidade aberta às partes de se aproveitarem de prova já produzida em outro processo, há corrente doutrinária que afirma ser imprescindível que a prova tenha sido produzida entre as mesmas partes, sob pena de infração ao princípio do contraditório. A lição deve ser admitida com reservas¹².

Parece correto entender que o contraditório é o limite da utilização da prova emprestada, mas esse limite deve ser analisado no caso concreto, sendo admissível que a parte que não participou da produção da prova pretenda utilizá-la contra a parte que o fez.

O contraditório é justamente a conjugação da informação + possibilidade de reação + poder de influência, e caso a parte abra mão dessa reação nada haverá de

11 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: volume único. 10ª. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Método, 2018. p. 748.

12 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: volume único. 10ª. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Método, 2018. p. 749.

irregular ou viciado. Imagine-se uma ação civil pública movida pelo Ministério Público contra uma empresa de petróleo em razão de poluição ambiental em alguma região litorânea. A perícia realizada é francamente favorável ao Ministério Público, indicando a poluição e a responsabilidade da empresa. Caso os pescadores da localidade tenham ações individuais contra a empresa poluidora cobrando seus prejuízos em razão do mesmo fato, é inegável que poderão emprestar a prova pericial produzida em processo do qual não participaram¹³.

Na visão de parte da doutrina, é possível a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, em vista do princípio de cooperação que norteia o novo sistema processual, da admissibilidade da prova emprestada.

Com relação a distribuição do ônus da prova, o Código de Processo Civil de 2015 assim dispõe:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: volume único. 10ª. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Método, 2018. p. 749.

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Já o artigo 372 do Código de Processo Civil faz menção de maneira mais direta sobre o uso da prova emprestada: *“o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”*.

Assim, o artigo 372, inovando em relação ao Código de Processo Civil de 1973, silente a este respeito, refere-se, expressamente, ao uso da prova emprestada. A “importação da prova” produzida em outro processo é admitida desde que seja respeitado o contraditório não só na origem, onde colhida, mas também no processo em que ela será utilizada. Também neste caso – e nem poderia ser diferente – incide o princípio do convencimento motivado do juiz (artigo 371), cabendo a ele avaliar a prova emprestada independentemente da análise ocorrida no processo em que produzida. Não há, com efeito, nenhuma espécie de vinculação no caso.

Portanto, de maneira direta e expressa, o Código de Processo Civil de 2015 faz qualquer menção específica no artigo 372 acerca da admissibilidade da prova emprestada sob a sua vigência.

Sendo assim, os detalhes da aplicação prática da prova emprestada passam a ser discutidos/dirimidos doutrinariamente e jurisprudencialmente, onde se aprecia o cabimento da prova emprestada em cada caso concreto e diante de suas peculiaridades, sempre respeitando-se o preceito constitucional do contraditório, conforme determina o artigo 372 do Código de Processo Civil.

Via de regra, portanto, desde que regularmente produzida em contraditório de que participou a parte contra a qual se pretende usá-la, é admissível a prova trasladada de outro processo, se o fato é o mesmo¹⁴.

14 NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico]. - 3. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 977.

Para Pinho, com efeito, a prova emprestada sempre foi largamente utilizada com base no princípio da atipicidade. Agora há tratamento expresso, ainda que tímido, no Código de Processo Civil, que pode ser aplicado por analogia, com arrimo no artigo 3º do Código de Processo Penal¹⁵.

A dificuldade de aplicação da norma reside no fato de que o Código de Processo Civil não traz as balizas para a produção da prova emprestada. Ficou à mercê da doutrina e da jurisprudência delimitar o alcance do instituto. Contudo, há divergência substancial. As lições doutrinárias estão em franco descompasso com as jurisprudenciais. Veja-se, por exemplo, o teor da Súmula 591, editada pelo Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 591: É permitida a “prova emprestada” no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa.

Desse modo, pode-se dizer que a prova emprestada visa à economia processual, bem como à economia material, evitando-se a prática de atos inúteis, repetidos, e se presta também ao aproveitamento de atos probatórios na hipótese de efetiva impossibilidade de se repetir prova já produzida (quando a subtração do contraditório não ocorre voluntariamente, ou por fatos naturais (mortes), ou por ação humana (ameaça, violência, suborno etc.). O alto custo da repetição da prova, despropositado ou a dificuldade da nova produção de igual modo justificam a prova emprestada¹⁶.

Sendo assim, o juízo deverá atribuir o valor que entender adequado à prova emprestada, não tendo vinculação ao significado que foi atribuído no processo do qual foi produzido.

Sobretudo, como ressaltado anteriormente, a única exigência que o Código de Processo Civil estabelece para a produção da prova emprestada é a observância indispensável do contraditório.

Previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal e no artigo 9º do Código de Processo Civil, o referido princípio é tão importante no direito processual a ponto de ser possível afirmar que sem contraditório não há processo. Sua importância valorizou-se ainda mais com o seu prestígio pelas Cortes Internacionais que, em sua jurisprudência,

¹⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Manual de direito processual civil contemporâneo / Humberto Dalla Bernardina de Pinho. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p. 753.

¹⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Manual de direito processual civil contemporâneo / Humberto Dalla Bernardina de Pinho. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p. 753.

vêm considerando o princípio do contraditório como parte integrante dos direitos humanos.

Esse princípio impõe que, ao longo do procedimento, seja observado verdadeiro diálogo, com participação das partes. Representa, então, a garantia não apenas de ter ciência de todos os atos processuais, mas de ser ouvido, possibilitando a influência na decisão¹⁷.

Já Leonardo Greco¹⁸ analisa com profundidade o princípio do contraditório e ressalta a importância da dialética processual por meio da plena participação dos interessados na construção do debate e na busca da melhor solução. Não obstante, há, ainda hoje, muitos pontos de tensão no que se refere à prova emprestada.

Provas documentais podem ser facilmente trasladadas, inclusive nos casos em que há partes diferentes no processo do qual foi emprestada, pois se trata de prova pré-constituída. Nesse caso, não há autêntica prova emprestada.

As provas pré-constituídas dizem respeito a fontes de conhecimento preexistentes ao processo, sendo criadas em procedimentos extraprocessuais. Posteriormente, são apenas juntadas aos autos e submetidas ao contraditório. As provas constituídas são constituídas e produzidas com atos do processo, sendo formadas em contraditório de partes e perante um juiz terceiro e imparcial.

É o caso da prova oral, da pericial e da inspeção judicial. O empréstimo das provas constituídas deve ser apreciado com acuidade. Se houve contraditório entre as mesmas partes no processo em que foi produzida, não há problema no seu empréstimo. Mas se o traslado é de prova produzida entre partes diversas, a questão ganha complexidade¹⁹.

O primeiro requisito de admissibilidade da prova emprestada é a de ter sido produzida em processo formado entre as mesmas partes, sob pena de ser ilegítima por

17 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (Coords.). Processo em jornadas. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 170.

18 GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Inovações do Código de Processo Civil de 2015. Rio de Janeiro: GZ, 2016. p. 541-544.

19 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Manual de direito processual civil contemporâneo / Humberto Dalla Bernardina de Pinho. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p. 754.

afronta ao contraditório, pois as partes têm direito de participar na produção da prova, conforme preconiza o artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Como segunda exigência, Ada Grinover elenca a necessidade de que o contraditório no processo originário tenha sido instituído perante juiz que também será o julgador da segunda causa, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural, nos moldes do artigo 5º, LIII, da Constituição Federal²⁰.

Não obstante, se faz necessário que se tenha observância dos princípios que regem a prova, vista em sua natureza jurídica original (prova testemunhal, depoimentos pessoais etc.), tanto no processo primitivo como no segundo processo; e o respeito dos princípios que regem a prova documental, no processo para o qual foi transferida.

Em contraponto aos requisitos elencados pela doutrina, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de admitir o empréstimo de prova mesmo diante de diferença das partes no processo de origem e de destino da prova, afirmando que o essencial é o respeito ao contraditório e não a identidade subjetiva das duas demandas²¹.

Outra situação-limite interessante é aquela na qual a prova produzida em outro processo simplesmente não pode mais ser produzida, como no caso do falecimento de uma testemunha ou do perecimento do bem que serviria de objeto da perícia.

Nesse caso, o juiz se verá diante de um choque inevitável de princípios: qualidade da prestação jurisdicional (com a utilização da prova em seu convencimento) e o contraditório (com a impossibilidade da parte que não participou da produção da prova de realmente reagir contra a sua formação). A solução nesse caso se dá por meio da aplicação da regra da proporcionalidade, pesando o juiz os interesses envolvidos e buscando a melhor solução com o fito de gerar o menor prejuízo possível às partes²².

²⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Manual de direito processual civil contemporâneo / Humberto Dalla Bernardina de Pinho. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p. 755.

²¹ Informativo 532/STJ: Corte Especial, EREsp 617.428/SP, ReL Min. Nancy Andrighi, j. 04.06.2014. No mesmo sentido o Enunciado 30 da 1 Jornada de direito processual civil do CJF: "É admissível a prova emprestada, ainda que não haja identidade de partes, nos termos do art. 372 do CPC".

²² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: volume único. 10ª. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Método, 2018. p. 749.

Na visão de Marinoni²³, atendido o contraditório, a prova emprestada é obviamente admissível. Em outras hipóteses, porém, o contraditório poderá não ser realizável, mas a prova emprestada pode constituir o meio de a parte sustentar sua posição em juízo. Neste caso, convém ponderar os direitos em jogo (o direito ao contraditório, o direito à tutela jurisdicional e eventualmente, a importância da pretensão material afirmada em juízo) para saber se a prova emprestada deve ou não ser admitida no processo.

Assim, o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório ou, excepcionalmente, devidamente ponderados os direitos em colisão.

Com relação à mediação ou imediatidade – pelo qual é o juiz que colhe diretamente a prova, iniciativa que, presume-se, é a mais adequada para formação de sua convicção –, cabe destacar que, ao mesmo tempo que o Código de Processo Civil de 2015 preserva a posição do magistrado como condutor do processo e, no que interessa para cá, da colheita da prova, inclusive na audiência de instrução e julgamento (artigo 361, caput), deixa de ser ele que colherá diretamente o depoimento das testemunhas.

São os procuradores das partes que as inquirirão diretamente, reservado ao juiz o dever-poder de evitar perguntas impertinentes, capciosas ou vexatórias (459, § 2º). O princípio, destarte, é preservado pelo Código de Processo Civil de 2015. Contudo, e como bom princípio, ainda que infraconstitucional, mitigado em prol de maior eficiência na colheita da prova testemunhal e, até mesmo, na condução da audiência de instrução e julgamento²⁴.

É importante lembrar que a prova emprestada, respeite-se ou não o contraditório, receberá do juiz julgador a carga valorativa que entender adequada à situação concreta, aplicando-se ao caso o disposto no artigo 371 do Código de Processo Civil.

23 MARINONI, Luiz Guilherme. Código de processo civil comentado [livro eletrônico]. - 7. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 341.

24 BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. - 8. ed. - São Paulo : SaraivaJur, 2022. p. 820.

É nesse sentido, inclusive, a expressa previsão do artigo 372 do Novo Código de Processo Civil. Neves²⁵ entende que, quanto mais o contraditório for respeitado, maior será a carga probatória das provas produzidas, em razão de sua maior confiabilidade.

O empréstimo de provas não encontra limitação pela natureza do processo ou mesmo pela justiça na qual a prova foi produzida. É possível o empréstimo entre processos em trâmite em diferentes justiças, como também é admissível o empréstimo de provas colhidas em processo criminal para o processo cível, não havendo nesse caso a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado do processo penal.

Há no artigo 372 do Código de Processo Civil uma novidade que promete gerar polêmica. Nos termos do dispositivo legal há previsão no sentido de que a prova deve ser produzida em processo para poder ser emprestada²⁶.

O aproveitamento das provas colhidas em sede de inquérito civil para fundamentar decisão da ação coletiva é entendimento tranquilo no Superior Tribunal de Justiça, ainda que com uma série de importantes - e nem sempre justificáveis - limitações. É corrente, por exemplo, o entendimento de que as provas colhidas no inquérito civil têm eficácia probatória relativa para fins de instrução da ação civil pública.

Adiante, será exposto com maior afinco o posicionamento recente do Superior Tribunal de Justiça acerca da utilização da prova emprestada no âmbito do Processo Civil.

3 DA ADMISSÃO DE PROVAS DIGITAIS NO PROCESSO CIVIL

Antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o Superior Tribunal de Justiça já começava a alinhar seu entendimento para uma flexibilização da utilização das provas digitais no âmbito do processo civil, desde que respeitado o contraditório.

O Código de Processo Civil de 2015 dedica uma seção específica para tratar dos documentos eletrônicos. A disciplina contida nos artigos 439 a 441 é posterior à que foi dada à prova documental. Logo, aqueles não devem ser entendidos como espécie de prova documental. Vicente Greco Filho define documento como todo objeto do qual se

25 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: volume único. 10ª. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Método, 2018. p. 750.

26 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: volume único. 10ª. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Método, 2018. p. 750.

extraem fatos em virtude da existência de símbolos ou sinais gráficos, mecânicos, eletromagnéticos etc²⁷.

Por conseguinte, documento eletrônico compreende o registro de fatos que tem como meio físico um suporte eletrônico ou digital, quais sejam, os dispositivos que armazenam informações: CDs, DVDs, Blu-Ray Disc, HDs, pen-drives, e-mail etc. Desse entendimento, inferem-se duas possibilidades: o uso do documento eletrônico no processo eletrônico, procedimento regulado pela Lei nº 11.419/2006, e o uso do documento eletrônico no processo convencional, isto é, em autos físicos²⁸.

O artigo 439 do Código de Processo Civil de 2015 trata da segunda hipótese. Nesse sentido, o uso do documento eletrônico no processo convencional deve observar duas condições: a conversão à forma impressa, isto é, a reprodução dos dados e fatos constantes do documento eletrônico em meio físico impresso, uma vez que deverá ser anexado nos autos físicos, e a verificação de sua autenticidade na forma da lei²⁹.

A matéria referente à verificação da autenticidade do documento eletrônico não está inserida no Código de Processo Civil de 2015. Não há uma lei específica, mas dispositivos esparsos que, se lidos em conjunto, permitem interpretar os dispositivos processuais. A Medida Provisória nº 2.200-2/2001 institui o ICP-Brasil, órgão responsável pelo reconhecimento e garantia da integridade de documentos eletrônicos, que faz a emissão de certificação digital com base no uso de chaves públicas.

Essa Medida Provisória ainda permite que sejam utilizados outros meios de comprovação da autoria e veracidade do documento eletrônico, mesmo que não se utilize de certificação digital emitida pelo ICP-Brasil, contanto que a mesma seja aceita pelas partes. A verificação da autenticidade de um documento eletrônico comporta dois momentos distintos. Inicialmente, verifica-se a autenticidade na origem do documento, isto é, a autoria do documento³⁰.

O segundo momento corresponde à verificação da integridade do documento. A autoria do documento e sua integridade podem ser verificadas por meio de uma

27 GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 208

28 DONIZETTI, Elpídio. Curso de Direito Processual Civil. 23ª Ed. Atlas. 2020. p. 616.

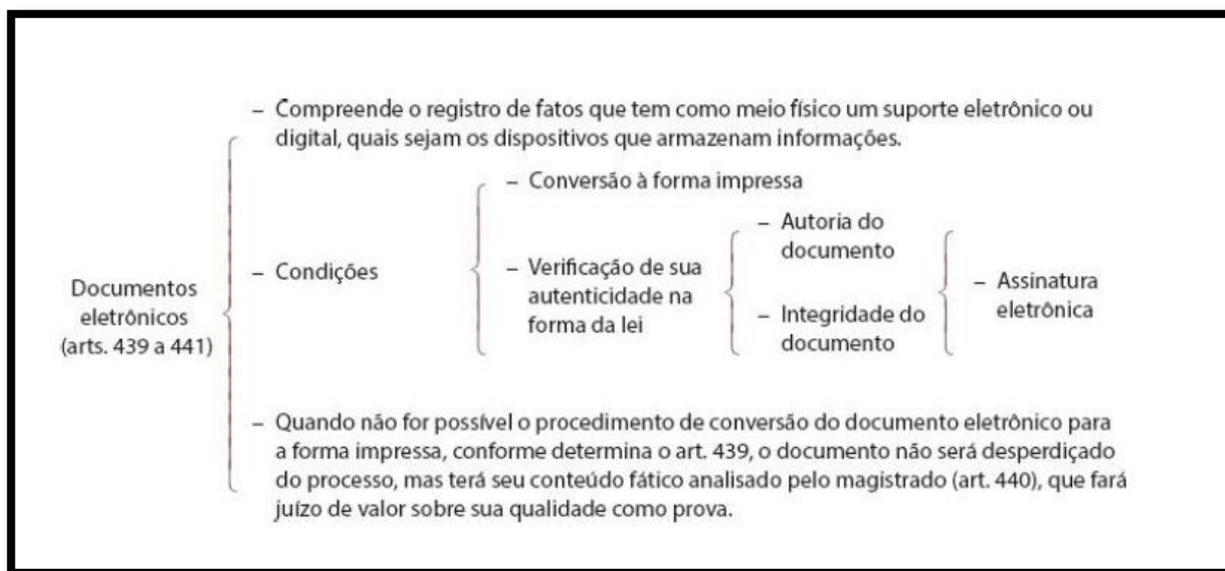
29 DONIZETTI, Elpídio. Curso de Direito Processual Civil. 23ª Ed. Atlas. 2020. p. 616.

30 DONIZETTI, Elpídio. Curso de Direito Processual Civil. 23ª Ed. Atlas. 2020. p. 617.

assinatura eletrônica, isto é, um meio eletrônico, empregado na origem do documento, que identifique seu autor. Uma das formas de obter-se a assinatura eletrônica no documento se dá pela utilização da assinatura digital, a qual utiliza criptografia de dados com um sistema de chaves assimétricas.

O autor utiliza uma chave privada que irá gerar códigos com base nos dados da origem do documento. Esses códigos serão comparados com a chave pública dos dados constantes do documento quando ele for utilizado, permitindo que se verifique se foram adulterados ou não. Quando essa verificação for feita por autoridades certificadoras credenciadas, será emitido um certificado digital, que goza de presunção de veracidade quanto aos dados constantes do documento eletrônico.

O quadro abaixo ajuda a entender quais os requisitos para a utilização e a aceitação das provas digitais no processo civil, de acordo com o Código de Processo Civil de 201531:



Outro ponto muito importante para a utilização de arquivos de áudio e vídeos como provas no processo civil, bem como e-mail e mensagens de *whatsapp* e aplicativos de conversas similares, é a utilização da ata notarial como instrumento de fé pública para dar validade aos documentos e arquivos a serem utilizados.

Tendo em vista que a atividade notarial é norteadada pelo princípio da notoriedade ou da fé pública, segundo o qual os fatos atestados pelo tabelião são presumidos como

31 DONIZETTI, Elpídio. Curso de Direito Processual Civil. 23ª Ed. Atlas. 2020. p. 618.

verdadeiros, os atos descritos na ata notarial não dependem de prova, nos termos do próprio Código de Processo Civil³². Logo, a ata notarial, por si mesma, constitui prova dos fatos dela constantes.

Ademais, os documentos públicos são resguardados pela presunção de veracidade. Tal presunção admite prova em contrário, sendo, pois, *iuris tantum*. Porém, a alegação de falsidade feita a um documento público é tão grave que, se feita com temeridade, pode acarretar a aplicação da pena por litigância de má-fé³³.

Inclusive, imagens e sons, gravados em arquivos eletrônicos, bem como dados relativos a sons e imagens, também podem constar de ata notarial. O tabelião poderá lavrar a ata notarial transmudando som ou imagem em texto que lhes revele o conteúdo. Pode atestar que a degravação dessa imagem ou som é autêntica. Pode, ainda, indicar a direção eletrônica da fonte (URL), como por exemplo, de qual arquivo do YouTube foi retirado o som ou a imagem.

Na jurisprudência, já existem diversos julgados/acórdãos que admitem a utilização das provas digitais como meios de provas válidos no processo civil, inclusive de Tribunais Superiores, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Importante salientar que a justiça brasileira não veda a utilização de documentos eletrônicos como meio de prova. Em decisões recentes, tem se posicionado sobre o uso das mensagens de *WhatsApp* como provas em processos, mediante autorização judicial, sob pena de violação da intimidade, garantida no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal³⁴.

Neste íterim, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou sobre a questão quando analisou a Queixa-Crime proposta pelo Senador Romero Jucá contra o também Senador Telmário Mota, nos autos da Ação Originária - AO 2002/DF, aceitando até

32 NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico] - 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1.013.

33 NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico] - 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1.013.

34 BORGES, Vanicy Lima. WhatsApp como Meio de Prova. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/99024/whatsapp-como-meio-de-prova>. Acesso em: 19 abr. 2023.

mesmo imagem da tela (prints) do aparelho móvel, a representar mensagens trocadas pelo *WhatsApp*, como prova dos fatos discutidos na demanda³⁵.

Portanto, o que se vê atualmente no cenário da jurisprudência cível é um claro viés permissivo para a utilização de provas digitais no âmbito do processo civil, desde que devidamente atestadas a sua veracidade e teor integral, por meio, principalmente, de confecção de ata notarial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a análise do conteúdo exposto no presente artigo, vislumbra-se que a questão da utilização das provas digitais no processo civil ganhou força com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, principalmente em virtude do avanço da tecnologia nos últimos anos, bem como da dinamicidade que as relações contratuais tem ocorrido, vez que as tratativas, em muitas vezes, ocorrem todas por meios digitais e aplicativos de mensagem

A utilização de mensagens de whatsapp como meio de prova no processo civil já vem sendo amplamente aceita nos Tribunais pátrios, principalmente quando feita respectiva ata notarial do que trata as mensagens a serem utilizadas como prova.

De igual forma, os áudios, vídeos e outros arquivos também podem ser anexados aos processos cíveis e aceitos como meios de prova válidos, desde que também acompanhados da respectiva ata notarial que somproven sua integridade e originalidade.

Por fim, destaca-se que o presente artigo não almeja esgotar as discussões sobre a temática aventada, mas, tão somente, fomentar o debate jurídico à respeito da utilização das provas digitais no processo civil, sob a égide do Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Vanicy Lima. WhatsApp como Meio de Prova. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/99024/whatsapp-como-meio-de-prova>. Acesso em: 19 abr. 2023.

35 BORGES, Vanicy Lima. WhatsApp como Meio de Prova. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/99024/whatsapp-como-meio-de-prova>. Acesso em: 19 abr. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. - 8. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DONIZETTI, Elpídio. Curso de Direito Processual Civil. 23ª Ed. Atlas. 2020.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro . 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Inovações do Código de Processo Civil de 2015. Rio de Janeiro: GZ, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Código de processo civil comentado [livro eletrônico]. - 7. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado [livro eletrônico]. - 3. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: volume único. 10ª. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Método, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Manual de direito processual civil contemporâneo / Humberto Dalla Bernardina de Pinho. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (Coords.). Processo em

ATOS LEGISLATIVOS, ATOS DOS PARLAMENTARES NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGISLATIVA E O DEVER DE INDENIZAR

RAFAELA NEIVA FERNANDES:

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Aplicado ao MPU pela Escola Superior do Ministério Público da União. Analista do MPU/Direito³⁶.

RESUMO: O presente artigo se debruça sobre a temática dos danos causados por atos legislativos e por atos dos parlamentares no exercício da função legislativa, refletindo sobre a possibilidade ou impossibilidade de responsabilidade civil do Estado em ambas as hipóteses. Promove-se uma análise à luz da imunidade parlamentar, das teorias da responsabilidade estatal e do tema de Repercussão Geral atualmente pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Atos legislativos. Atos parlamentares. Imunidade material. Dano. Responsabilidade civil do Estado.

ABSTRACT: This article focuses on the issue of damage caused by legislative acts and by acts of parliamentarians in the exercise of their legislative function, reflecting on the possibility or impossibility of the State's civil responsibility in both cases. An analysis is promoted in light of parliamentary immunity, theories of state responsibility and the topic of General Repercussion currently pending judgment at the Federal Supreme Court.

Keywords: Legislative acts. Parliamentary acts. Parliamentary immunity. Damage. State's civil responsibility.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é direito fundamental conferido a todos pelo art. 5º, IV, da Constituição da República de 1988. Os integrantes do Poder Legislativo, no exercício de suas funções, possuem uma liberdade de expressão qualificada, com ainda mais garantias do que as reconhecidas às demais pessoas. Trata-se da chamada imunidade material, pela qual os parlamentares são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos (art. 53 da CR/88).

Nesse contexto, mostra-se relevante o debate acerca da responsabilidade civil do Estado por atos praticados pelos parlamentares quando abrangidos pela imunidade

³⁶ E-mail: rafinhafernandes@hotmail.com

material. Antes, porém, relembrem-se as hipóteses já consagradas pela doutrina de responsabilização estatal por atos legislativos, para, posteriormente, adentrar-se na temática, atualmente pendente de julgamento pelo STF, sobre a possibilidade, ou impossibilidade, de se atribuir, ao ente público, o dever de indenizar particulares que ingressam em juízo alegando danos sofridos em decorrência de manifestações de integrantes do Poder Legislativo.

2. ATOS LEGISLATIVOS E O DEVER DE INDENIZAR

A atividade legislativa conduz, primariamente, à elaboração de leis em sentido amplo, que são atos normativos gerais e abstratos.

Justamente por serem gerais e abstratos, os atos legislativos não geram, como regra, o dever de indenizar, ainda que tragam normas que onerem, de alguma forma, o particular. Isso porque eventual dano causado não será direcionado a um indivíduo específico, mas a todos aqueles abrangidos pela norma, indistintamente. Mesmo que a lei elaborada gere o descontentamento daqueles que tiveram sua esfera privada atingida, fato é que todos deverão se submeter à lei, sem poderem se furtar a isso.

Não obstante, é possível, excepcionalmente, que atos legislativos gerem responsabilização estatal, com o consequente dever de indenizar, nos casos em que a norma elaborada gere ao particular um dano desproporcional e superior ao ônus social que deve suportar. A doutrina e a jurisprudência apontam as seguintes hipóteses de responsabilidade civil por atos legislativos: leis de efeitos concretos e danos desproporcionais, leis inconstitucionais e omissão legislativa³⁷.

As leis, como regra, possuem efeitos gerais e abstratos. Excepcionalmente, algumas leis terão efeitos concretos, e, nesses casos, poderão gerar o dever indenizar em caso de dano, pois se dirigem a um ou a alguns indivíduos específicos e determinados.

Ora, se o fundamento da irresponsabilidade estatal é o caráter genérico e abstrato das leis, deve ser reconhecida a possibilidade de responsabilidade civil nos casos em que as leis não possuem tais atributos. A lei de efeitos concretos é uma lei em sentido formal, uma vez que a sua produção pelo Poder Legislativo observa o processo de criação de normas jurídicas, mas é um ato

³⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 880.

administrativo em sentido material, em virtude dos efeitos individualizados³⁸.

As pessoas diretamente prejudicadas pela lei de efeitos concretos terão a possibilidade de ingressar em juízo pleiteando a indenização respectiva. A responsabilidade estatal, nesse caso, será atribuída com base na teoria do risco administrativo.

Também é assente na doutrina e na jurisprudência a responsabilidade estatal em casos de leis inconstitucionais. É necessário, nesse caso, que a lei seja previamente declarada inconstitucional pelo STF. Tal necessidade decorre da presunção de constitucionalidade das leis, de modo que, enquanto não for declarada inconstitucional, a lei é reputada constitucional, sendo válida e aplicável.

Para parte da doutrina, somente a declaração de inconstitucionalidade feita em controle concentrado pode ensejar a responsabilização civil do Estado. Para outra parcela doutrinária, à qual se filia Rafael Oliveira, tanto a inconstitucionalidade proferida em controle concentrado, quanto a proferida em controle difuso, são aptas a permitir a responsabilização estatal:

Não basta a declaração de inconstitucionalidade para configuração da responsabilidade, sendo imprescindível a comprovação do dano concreto pela incidência da lei inconstitucional. Apesar de alguns posicionamentos no sentido de que a referida declaração tenha que ocorrer em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sustentamos que a responsabilidade estatal pode existir também no caso da declaração incidental de inconstitucionalidade (Ex.: ação de repetição de indébito, cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais em face do Estado, com fundamento na inconstitucionalidade de determinada lei). A diferença, em nossa opinião, restringe-se aos efeitos da decisão: no primeiro caso (controle concentrado), todos os lesados pela lei inconstitucional podem pleitear a reparação civil, tendo em vista o caráter *erga omnes* da decisão; no segundo caso (controle incidental), apenas aquele que foi parte do processo se beneficia da decisão que possui efeitos *inter partes*³⁹.

38 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 880.

39 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 881.

No mesmo sentido, é a posição de José dos Santos Carvalho Filho, que acrescenta que a responsabilidade civil ocorre tanto em casos de inconstitucionalidade material, quanto de inconstitucionalidade formal:

Avulta, ainda, destacar que o fato gerador da responsabilidade estatal no caso – a inconstitucionalidade da lei – alcança tanto a inconstitucionalidade material como a formal, pois que, na verdade, o vício de forma na lei também não escusa a ilegítima atuação do órgão legislativo. Primitivamente, admitia-se a responsabilidade apenas quando houvesse controle concentrado de constitucionalidade; entretanto, atualmente já se considera que o controle incidental pode, da mesma forma, gerar a responsabilidade do Estado, eis que inexistente qualquer óbice no direito positivo para tal conclusão. A verdade é que tanto numa hipótese quanto na outra fica reconhecido o erro legislativo⁴⁰.

Uma vez existente declaração de inconstitucionalidade pelo STF, cabe ao particular lesado comprovar, concretamente, o dano que sofreu em razão da lei inconstitucional, para que, com isso, possa se beneficiar da indenização.

A omissão legislativa, de igual modo, também é apta a gerar o dever de indenizar. Sabe-se que a omissão legislativa em regulamentar um direito fundamental pode dar azo tanto a uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão - ADO (art. 103, §2º, da CR/88) quanto a um mandado de injunção, individual ou coletivo (art. 5º, LXXI, da CR/88). No caso do mandado de injunção, o indivíduo pode pleitear, em concreto, que o poder judiciário, além de declarar a mora legislativa e cientificar o respectivo Poder Legislativo para que a supra, discipline as regras para a efetivação do direito fundamental enquanto houver inércia do Poder Legislativo.

O autor Rafael Oliveira defende que, quando o texto constitucional estabelece prazo para o exercício do dever de legislar, a expiração do prazo, por si só, permitiria a responsabilização estatal. Ao passo que, nos casos em que a Constituição não estabelece um prazo específico, seria necessário, primeiramente, o ajuizamento de uma ADO ou de um mandado de injunção para que, primeiro, fosse declarada a mora, para que, somente depois, eventual ausência de suprimento da mora levasse ao dever de indenizar.

No caso da ADI por omissão, o STF, ao julgar procedente a ação, intimará o Poder competente para a adoção das providências

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 37ª ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 481.

necessárias e, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias, na forma do art. 103, § 2.º, da CRFB. Ultrapassado o prazo fixado ou ausente a providência legislativa dentro de prazo razoável, os lesados poderão pleitear a responsabilidade civil do respectivo Ente federado. Da mesma forma, reconhecida a mora legislativa no âmbito do mandado de injunção, os respectivos impetrantes (decisão *inter partes*) podem responsabilizar o Estado⁴¹.

Nesta senda, José dos Santos Carvalho Filho aponta para a necessidade de que, uma vez reconhecida a mora legislativa pelo Poder Judiciário, esta seja suprida dentro de padrões de razoabilidade, a fim de eximir a responsabilidade estatal. Ultrapassados tais padrões, configurado estará o dever de indenizar:

Parece-nos que, se o texto constitucional fixa determinado prazo para o ato legislativo, a apresentação de projeto de lei ou a edição de medida provisória antes do prazo consolida o cumprimento do dever constitucional, ainda que o ato final seja produzido em momento posterior, fato que se justifica em função do processo legislativo imposto pela Constituição. Conseqüentemente, não haverá responsabilidade civil do Estado nem dever de indenizar.

Não cumprida a obrigação no prazo constitucional, e decretando o Poder Judiciário a mora do legislador, sem a fixação de prazo para o cumprimento, a diligência do Executivo ou do Legislativo, perpetrada em prazo situado dentro de padrões de razoabilidade, não acarreta a responsabilidade civil do Estado, não havendo, portanto, dever indenizatório. Fora de tais padrões, há de considerar-se inarredável a culpa omissiva do legislador e, por tal motivo, eventuais prejudicados têm direito à reparação de seus danos por parte da unidade federativa omissa⁴².

Júlio César dos Santos Esteves, defensor da possibilidade de responsabilização estatal por atos legislativos, pondera que, assim como se reconhece a responsabilidade civil de atos provenientes dos poderes Executivo e Judiciário, deve-se reconhecer a responsabilidade civil decorrente de atos legislativos, não estando a atividade legiferante imune ao dever de indenizar:

41 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 882.

42 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 37ª ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 482.

Toda atividade estatal é, ademais, tributária da soberania, posto que a função de qualquer dos Poderes constituídos traduz e reflete o poder estatal, uno e indivisível. Não haveria, pois, como justificar a incidência da responsabilidade civil unicamente sobre uma ou algumas das funções estatais, ao mesmo tempo em que se desonera a atividade legiferante.

(...)

Desperta mesmo certo travo de ironia e frustração aceitar que a lei, concebida como instrumento máximo de contenção do poder do Estado e de proteção individual, possa converter-se em espaço de afirmação de irresponsabilidade da pessoa política.

Há, pois, que se empenhar na busca do reconhecimento e da adequada fórmula de aplicação da responsabilidade civil do Estado legislador, o que, longe de obstar a evolução do direito e o processo social, resultará em um parlamento mais cômico de seu mister e de seus limites⁴³.

Atualmente, portanto, reconhece-se a possibilidade de responsabilização estatal por atos legislativos, nos moldes acima explicitados. Passa-se, então, a um novo debate, acerca da possibilidade de que manifestações parlamentares protegidas pelo manto da inviolabilidade material gerem o dever, para o ente público, de indenizar os particulares lesados.

3. ATOS PARLAMENTARES E IMUNIDADE MATERIAL

É sabido que, segundo a Constituição da República, os parlamentares possuem imunidade material por suas opiniões, palavras e votos (art. 53). A regra se aplica tanto para os congressistas (deputados federais e senadores), quanto para os deputados estaduais, que possuem o mesmo regime jurídico dos parlamentares federais no tocante às imunidades (art. 27, §1º), conforme, inclusive, decidiu o STF nas ADIs 5824 e 5825:

1. Segundo a posição majoritária do Tribunal, o legislador constituinte originário estendeu expressamente aos deputados estaduais, no § 1º do art. 27, as imunidades dos membros do Congresso Nacional.

⁴³ ESTEVES, Júlio César dos Santos. Da irresponsabilidade estatal ao Estado Legislador Responsável. 2007. (Apresentação de Trabalho/Conferência ou palestra), p. 9-14.

2. É constitucional norma elaborada pelo constituinte derivado que mantenha a estrita disciplina das regras de repetição obrigatória referentes às imunidades parlamentares.

(STF. Plenário. ADI 5.824/RJ e ADI 5.825/MT, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 16/12/2022, Info 1081).

Quanto aos vereadores, também possuem imunidade material, porém com limitações, já que essa se restringe aos limites da circunscrição do município (art. 29, VIII).

Em todo caso, seja em relação aos parlamentares federais e estaduais, seja em relação aos vereadores, o posicionamento atual do STF e do STJ é o de que a imunidade parlamentar apenas abrange as declarações que estejam relacionadas com o desempenho da função legislativa ou tenham sido proferidas em razão dela.

3. A regra do art. 53, *caput*, da CR confere ao parlamentar uma proteção adicional ao direito fundamental, de todos, à liberdade de expressão, previsto no art. 5º, IV e IX, da CR. Mesmo quando evidentemente enquadráveis em hipóteses de abuso do direito de livre expressão, as palavras dos parlamentares, desde que guardem pertinência com a atividade parlamentar, estarão infensas à persecução penal. (STF. 1ª Turma. Inq 4088/DF e Inq 4097/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 1º/12/2015, Info 810).

Provimento do recurso, com fixação, em repercussão geral, da seguinte tese: nos limites da circunscrição do Município e havendo pertinência com o exercício do mandato, os vereadores são imunes judicialmente por suas palavras, opiniões e votos. (STF. Plenário. RE 600063/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 25/2/2015, Repercussão Geral - Tema 469, Info 775).

Por todos, cita-se o emblemático caso do então deputado federal Jair Bolsonaro, que dirigiu declaração à também deputada Maria do Rosário, no sentido de que ela “não merecia ser estuprada”. Tanto o STF quanto o STJ entenderam que tal declaração não estava abrangida pela imunidade material, por não possuir relação direta com o mandato:

13. *In casu*, (i) a entrevista concedida a veículo de imprensa não atrai a imunidade parlamentar, porquanto as manifestações se revelam estranhas ao exercício do mandato legislativo, ao afirmar que “não estupraria” Deputada Federal porque ela “não merece”; (ii)

o fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato meramente acidental, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet;

(...)

15. (i) A imunidade parlamentar incide quando as palavras tenham sido proferidas do recinto da Câmara dos Deputados: “Despiciendo, nesse caso, perquirir sobre a pertinência entre o teor das afirmações supostamente contumeliosas e o exercício do mandato parlamentar” (Inq. 3814, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, unânime, j. 07/10/2014, DJE 21/10/2014). (ii) Os atos praticados em local distinto escapam à proteção da imunidade, quando as manifestações não guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar.

(...)

(STF. 1ª Turma. Inq 3932/DF e Pet 5243/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 21/6/2016, Info 831).

5. A imunidade parlamentar não é absoluta, pois, conforme jurisprudência do STF, “a inviolabilidade dos Deputados Federais e Senadores, por opiniões palavras e votos, prevista no art. 53 da Constituição da República, é inaplicável a crimes contra a honra cometidos em situação que não guarda liame com o exercício do mandato”. 6. Na hipótese dos autos, a ofensa perpetrada pelo recorrente, segundo a qual a recorrida não “mereceria” ser vítima de estupro, em razão de seus dotes físicos e intelectual, não guarda nenhuma relação com o mandato legislativo do recorrente. 7. Considerando que a ofensa foi veiculada em imprensa e na Internet, a localização do recorrente, no recinto da Câmara dos Deputados, é elemento meramente acidental, que não atrai a aplicação da imunidade. (STJ. 3ª Turma. REsp 1.642.310-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15/8/2017, Info 609).

Além de a imunidade material abranger apenas as opiniões, palavras e votos proferidas no exercício das funções, já entendeu o STF que, em tais manifestações, é vedado o discurso de ódio, e, também, a incitação de condutas antidemocráticas:

A liberdade de expressão é um direito fundamental e a liberdade de expressão dos parlamentares relacionadas às suas funções é ainda mais extensa. O Parlamento é o local por excelência para o livre mercado de ideias – não para o livre mercado de ofensas. É dever de todos nós combater a intolerância, os discursos de ódio e de exclusão, e qualificar o debate público. Ninguém pode se esconder na imunidade material parlamentar para agredir a dignidade alheia ou difundir discursos de ódio, violência e discriminação. (STF. 1ª Turma. PET 7174/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/3/2020, Info 969).

Atentar contra a democracia e o Estado de Direito não configura exercício da função parlamentar a invocar a imunidade constitucional prevista no art. 53, *caput*, da Constituição Federal. (STF. Plenário. Inq 4781, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 17/2/2021, Info 1006).

Assim, os parlamentares possuem imunidade por suas opiniões, palavras e votos, não podendo ser por elas responsabilizados, desde que proferidas no exercício e em razão do mandato.

4. ATOS PARLAMENTARES ABRANGIDOS PELA IMUNIDADE MATERIAL E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Reconhecido que, como regra, os parlamentares são imunes por suas declarações, questiona-se se, a despeito da imunidade do parlamentar enquanto agente público, o ente estatal poderia ser acionado a se responsabilizar, perante terceiros, por danos ocasionados por declarações dadas pelos integrantes do Poder Legislativo no exercício de suas funções.

O tema é bastante interessante e, atualmente, se encontra afetado para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 632.115/CE, relator ministro Luís Roberto Barroso, tema 950.

Na decisão que reconheceu a Repercussão Geral, publicada em 29/06/2017, reputou-se que a responsabilidade civil do estado por atos protegidos por imunidade parlamentar é questão constitucional relevante a ser definida:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS PROTEGIDOS POR IMUNIDADE PARLAMENTAR. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. A decisão recorrida reconheceu a responsabilidade civil

objetiva do Estado e condenou o ente público ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes de atos protegidos por imunidade parlamentar. 2. Constitui questão constitucional relevante definir se a inviolabilidade civil e penal assegurada aos parlamentares, por suas opiniões, palavras e votos, afasta a responsabilidade civil objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição. 3. Repercussão Geral reconhecida. (STF, Plenário. Repercussão Geral no RE 632.115/CE, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/06/2017, publicado em 29/06/2017).

Muito embora o mérito ainda não tenha sido julgado, a Procuradoria Geral da República já apresentou parecer nos autos, do qual se extraem interessantes reflexões. Segundo a PGR, é cabível a responsabilidade civil do Estado nos casos de danos decorrentes de manifestações dos parlamentares, com fulcro na teoria do risco administrativo e na socialização dos danos:

O sistema de responsabilidade civil estatal decorrente de ato comissivo de agente público é disciplinado comumente pela teoria do risco administrativo. Segundo as construções doutrinárias sobre o tema - calcadas no princípio da isonomia -, o Estado, no curso da prestação dos serviços públicos, almeja invariavelmente a satisfação dos interesses diretos ou indiretos da sociedade; logo, em termos ideais, todos os benefícios produzidos pelos serviços estatais devem ser direcionados para o conjunto dos cidadãos. De igual modo, quando um de seus comissionados, no exercício de sua função pública, age e causa prejuízo a um particular, deve toda a sociedade, indiscriminadamente, suportá-lo⁴⁴.

Lado outro, assevera a PGR, fica excluído, nesses casos, o direito de regresso, já que incide, para o parlamentar, a imunidade material:

No entanto, se de um lado há concordância com a aplicação da regra constitucional de responsabilidade civil, de outro, o caso concreto demanda a respectiva conjugação com a norma da imunidade material do parlamentar (...).

(...)

44 PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Parecer nº N.º 1633/2019 – AJC/SGJ/PGR. Sistema Único n.º 92128/2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3978031>>. Acesso em: 15/04/2024.

Extrai-se daí que a inviolabilidade material em estudo qualifica-se como verdadeira cláusula de atipicidade genérica das condutas dos parlamentares conexas ao mandato, inerente à função congressual e não suscetível de dispensa expressa ou tácita pelo titular dessa prerrogativa constitucional, já que justificada por premissas democráticas e republicanas.

Logo, a abrangência da cláusula de inviolabilidade material, pela teleologia do instituto, restringe-se aos parlamentares e abrangem atos inerentes às suas funções públicas.

À toda evidência, a convivência desses dois postulados constitucionais - a saber, a responsabilidade civil do Estado e a inviolabilidade material parlamentar -, apenas se mostra possível se, e somente se, esse prevalecer, tornando inviável a ação de regresso contra o congressista, sob pena de anular as garantias constitucionais fixadas para a proteção da função parlamentar e, em última instância, prejudicar as atividades legiferantes e fiscalizatórias desenvolvidas pelos membros do Poder Legislativo e provocar um inequívoco acanhamento em sua atuação⁴⁵.

A conduta do parlamentar, respaldada pela imunidade, impede o direito de regresso por parte do Poder Público, a quem, segundo a PGR, incumbe suportar o ônus do dano causado:

Por desdobramento lógico, às pessoas jurídicas de direito público resta o encargo de suportar a defesa do patrimônio público, sob o panorama de divisão dos custos resultantes da responsabilidade estatal, como já renunciado pela Constituição de 1988 com a adoção da teoria do risco administrativo, submetido sempre ao contraditório e à ampla defesa⁴⁶.

Em acréscimo, a PGR aduziu que a pessoa jurídica de direito público não pode ser eximida da responsabilidade civil, já que a imunidade material ampara apenas o parlamentar, mas não o ente público, não havendo previsão constitucional que possa excluí-lo de responsabilidade nesse caso:

Ademais, embora não esteja em discussão a existência ou a quantificação do dano moral já estabelecido no tribunal *a quo*, entende-se não ser juridicamente possível sacrificá-lo tendo por justificativa a incidência da imunidade material parlamentar.

45 Idem.

46 Idem.

Isso porque significaria estender à pessoa jurídica de direito público a mesma intangibilidade que acolhe as manifestações parlamentares sem qualquer previsão constitucional nesse sentido. A inviolabilidade material discutida nos autos é norma excepcional e tem destinatário certo; portanto, não é possível transmutar cláusula de abrangência específica e restrita em norma eximente do dever de indenizar atribuído à entidade pública, anulando, na prática, as regras sobre responsabilidade civil do Estado⁴⁷.

Ao final, a PGR opinou pelo desprovimento do Recurso Extraordinário, propondo a fixação da seguinte tese:

Nas lides que envolvem a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público em razão de ofensas cometidas a terceiro por parlamentar, no exercício de seu mandato, deverá incidir a respectiva cláusula constitucional de inviolabilidade material (art. 53 da Constituição), restando à entidade pública suportar integralmente o dano, consoante a teoria do risco administrativo, excluído o direito de regresso contra o parlamentar ofensor⁴⁸.

Em complemento ao balizado posicionamento da PGR, cabe refletir sobre os limites da responsabilização civil do Estado em casos de opiniões, palavras e votos proferidos por parlamentares.

O parlamento é, por excelência, o ambiente do debate público, da troca de ideias, da manifestação de pontos de vista diversos. E tanto assim o é que a Constituição da República previu, para o parlamentar, a imunidade material por suas opiniões, palavras e votos.

Se, de um lado, não parece adequado que o particular suporte o dano por ele sofrido em decorrência de manifestação ofensiva proveniente do membro do Poder Legislativo, de outro não parece que a solução seja permitir, de forma ampla, a responsabilidade civil do Estado por atos dos parlamentares.

A responsabilização estatal, em tais casos, deve ser vista com temperamentos, pois, muito embora o ordenamento jurídico pátrio permita a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos, o dano sofrido pelo particular deve ser anormal, de tal monta

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Idem.

relevante que supere os meros dissabores decorrentes das corriqueiras divergências políticas e ideológicas no âmbito do Parlamento.

Isso porque a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos somente se configura nos casos de danos anormais e específicos ou quando há expressa previsão legal:

A doutrina, contudo, tem admitido a responsabilidade civil do Estado por ato lícito em duas situações:

a) expressa previsão legal (ex.: responsabilidade da União por danos provocados por atentados terroristas contra aeronaves de matrícula brasileira, na forma da Lei 10.744/2003); e

b) sacrifício desproporcional ao particular (ex.: ato jurídico que determina o fechamento permanente de rua para tráfego de veículos, inviabilizando a continuidade de atividades econômicas prestadas por proprietários de postos de gasolina ou de estacionamento de veículos)⁴⁹.

Portanto, entende-se que caberia ao particular lesado demonstrar que o dano que experimentou em razão da manifestação de determinado parlamentar foi excepcional, anormal e específico, a ensejar eventual dever de indenizar no caso concreto.

Resta aguardar como o STF decidirá o tema.

5. CONCLUSÃO

Os atos legislativos podem gerar a responsabilidade civil do Estado em casos de leis de efeitos concretos e danos desproporcionais, leis inconstitucionais e omissão legislativa. O tema, muito embora com alguma divergência doutrinária, possui certa homogeneidade de tratamento.

Mais recente, porém, é a discussão a respeito da possibilidade de responsabilização do ente público pelos danos causados por manifestações proferidas pelos parlamentares no exercício da função legislativa e acobertados pela imunidade material.

A questão pende de decisão pelo STF, que reconheceu a Repercussão Geral da matéria. A PGR, por sua vez, já apresentou parecer, manifestando-se pela configuração da

⁴⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 861.

responsabilidade civil do Estado nesses casos, sem direito de regresso em relação ao agente público, pois, para ele, incidirá a imunidade material. O dever de indenizar por parte do Estado, segundo a PGR, fundamenta-se na teoria do risco administrativo e na socialização dos riscos.

Em nosso sentir, o abalizado parecer ministerial merece incremento para se estipular os limites da responsabilização estatal. O dano sofrido deve ser sopesado com o “livre mercado de ideias” – expressão já utilizada pelo STF - que é próprio do parlamento, de modo a somente se perquirir de responsabilização estatal em casos excepcionais, de danos anormais que excedam os dissabores decorrentes de divergências políticas e ideológicas comumente verificadas nos debates travados nas casas legislativas. Já que, na hipótese, está-se a tratar de responsabilidade civil por ato lícito, a qual somente se admite em caso de danos anormais e específicos.

BIBLIOGRAFIA:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 37ª ed. Barueri: Atlas, 2023.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. v. 1.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. Da irresponsabilidade estatal ao Estado Legislador Responsável. 2007. (Apresentação de Trabalho/Conferência ou palestra).

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Parecer nº N.º 1633/2019 – AJC/SGJ/PGR. Sistema Único n.º 92128/2019. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3978031>>. Acesso em: 15/04/2024.

STF. Plenário. RE 600063/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 25/2/2015 (Repercussão Geral - Tema 469) (Info 775). Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2678561>>. Acesso em: 12/04/2024.

STF. 1ª Turma. Inq 4088/DF e Inq 4097/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 1º/12/2015 (Info 810). Disponível em: <

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4809863>>. Acesso em: 12/04/2024.

STF. 1ª Turma. Inq 3932/DF e Pet 5243/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 21/6/2016 (Info 831). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4689051>>. Acesso em: 12/04/2024.

STF, Plenário. Repercussão Geral no RE 632.115/CE, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 22/06/2017, publicado em 29/06/2017. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3978031>>. Acesso em: 15/04/2024.

STF. 1ª Turma. PET 7174/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/3/2020 (Info 969). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5232635>>. Acesso em: 12/04/2024.

STF. Plenário. Inq 4781, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 17/2/2021 (Info 1006). Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1006.htm>>. Acesso em: 12/04/2024.

STF. Plenário. ADI 5.824/RJ e ADI 5.825/MT, Rel. Min. Edson Fachin, julgados em 16/12/2022 (Info 1081). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5316138>>. Acesso em: 12/04/2024.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.642.310-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15/8/2017 (Info 609). Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&terte=201602640005&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 12/04/2024.

O CASO BÁMACA VELASQUEZ E A INCONVECIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

MATHEUS NOBRE GIULIASSE: Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, atualmente lotado no gabinete da 6ª Vara Federal Cível na função de assessoria de magistrado. Ex-assessor na 15ª Vara de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Constitucional com ênfase em Direitos Fundamentais pela Faculdade CERS. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Legale Educacional⁵⁰.

RESUMO: No Brasil, após o advento da Constituição Federal de 1988, houve o reconhecimento do *status* constitucional das convenções que estipulam normativa protetiva aos indivíduos. Devido a esta superioridade hierárquica surgiu na sistemática jurídica o instituto do controle de convencionalidade, cuja finalidade é a de compatibilizar os atos e leis internas com a orientação internacional sobre direitos humanos. Aplica-se a “Teoria da Dupla Compatibilidade Vertical Material”, ensinada por Valerio Mazzuoli, de modo que uma Lei sofra influxos dos filtros constitucional e convencional para ser considerada válida. A partir disso, extraímos da legislação pátria institutos que não se compactuam com certos tratados de direitos humanos, notadamente com a Convenção Americana de Direitos Humanos e com as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Presos, como é o caso do Regime Disciplinar Diferenciado. Neste ponto, analisamos precedente Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala e concluimos que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tende a decidir pela inconvenção do instituto. Logo, faz-se necessário uma revisão da Lei de Execução Penal doméstica, visando legítima adequação à sistemática internacional. Inclusive, é necessário, porque evitará novos casos de violações generalizadas e sistêmicas de direitos fundamentais de presidiários e novas responsabilizações do Brasil na esfera internacional.

Palavras-chave: Direito internacional. Controle de convencionalidade. Lei nº 7.210/1984. Lei de Execução Penal. Lei nº 10.792/2003. Lei 13.964/2019. Regime Disciplinar Diferenciado. ADI 4.162. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala.

ABSTRACT: In Brazil, after the advent of the 1988 Federal Constitution, there was recognition of the constitutional status of conventions stipulating protective norms for

50 E-mail: matheusgiuliasse@gmail.com

individuals. Due to this hierarchical superiority, the legal system gave rise to the institute of conventionality control, whose purpose is to harmonize internal acts and laws with international guidance on human rights. The "Theory of Double Material Vertical Compatibility," taught by Valerio Mazzuoli, is applied, so that a law undergoes influences from both constitutional and conventional filters to be considered valid. From this, we extract from domestic legislation institutes that do not align with certain human rights treaties, notably with the American Convention on Human Rights and the UN Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, such as the case of the Differentiated Disciplinary Regime. At this point, we analyze the precedent Case *Bámaca Velásquez vs Guatemala* and conclude that the Inter-American Court of Human Rights tends to decide on the unconventionality of the institute. Therefore, a revision of the domestic Penal Execution Law is necessary, aiming at legitimate alignment with the international system. Moreover, it is necessary because it will prevent new cases of widespread and systemic violations of fundamental rights of prisoners and new liabilities of Brazil in the international sphere.

Keywords: International law. Conventionality control. Law No. 7.210/1984. Criminal Enforcement Law. Law No. 10,792/2003. Law 13.964/2019. Differentiated Disciplinary Regime. ADI 4,162. Case *Bámaca Velásquez v. Guatemala*.

INTRODUÇÃO

O cenário atual reflete uma maior interação entre os ramos do Direito, outrora absolutos e incomunicáveis. Há um entrelaçamento conceitual, principiológico e científico entre as diversas áreas desta Ciência. Neste artigo científico, verificaremos com mais nitidez como a soberania dos Estados tende a se relativizar diante desta abertura às normas internacionais. Com efeito, as Nações estão promovendo um diálogo entre si, mormente na seara dos direitos humanos.

Estamos, pois, convergindo em direção ao denominado Estado Cooperativo de Direito, como bem nos ensina Peter Häberle (2007, p. 4). O notável jurista preleciona que tratados de direitos humanos não devem caminhar paralelamente à Constituição, mas seguir junto a ela (HARBELE, 2007, p. 11-12).

No sistema interamericano, o art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) textualmente reconhece o postulado *pro homine* (GOMES, 2007) ao assinalar que no caso concreto *deve* ser aplicada a norma jurídica que assegure maior garantia aos direitos dos indivíduos ("diálogo das fontes").

Com efeito, já é notável em Constituições de diversos países a previsão da possibilidade de interpretar normas domésticas sob o filtro dos tratados de direitos humanos, como podemos verificar nas Constituições de Portugal (1976, art. 16.2), da Espanha (1978, art. 10.2), da Colômbia (1991, art. 93). Ressalte-se, ainda, que a

Constituição Argentina de 1994 cita diversas convenções sobre direitos humanos em seu artigo 75.22, apontando que tais documentos internacionais seriam um complemento dos direitos e garantias. Ao final do dispositivo, positiva que os tratados e as convenções de direitos humanos ostentam hierarquia superior à das Leis, conferindo, portanto, envergadura constitucional. Ademais, a Constituição chilena de 1980 reconhece que a soberania do Estado poderá sofrer limitações em prestígio aos direitos essenciais à natureza humana (art. 5º).

Por sua vez, doutrinadores brasileiros, aduzem que o Estado Cooperativo brasileiro já é uma realidade trazida pela Constituição de 1988, conforme podemos depreender numa análise do artigo 4º combinado com o artigo 5º, § 2º, ambos da CRFB/88 (SARLET, 2015).

Portanto, com base nestas premissas, imprescindível expurgar normas em desacordo com as disposições dos tratados e convenções internacionais.

Evidentemente, será imprescindível entender a importância do controle de convencionalidade como uma ferramenta de proteção aos direitos humanos. Vale dizer, apenas será reconhecido que uma Lei é válida após passar pelo duplo filtro de controle (constitucional e convencional) da norma. É o que Valerio Mazzuoli denomina de “Teoria da Dupla Compatibilidade Vertical Material”.

Por conseguinte, no presente estudo será analisada a Lei de Execução Penal, em especial após reforma trazida pela Lei 10.792/2003 com a introdução do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), bem como o recrudescimento do regime após a vigência do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Em seguida, será ponderada a incompatibilidade do RDD com diversos documentos internacionais sobre direitos humanos, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos e as Regras Mínimas da ONU para Tratamento de Presos (Regras de Mandela).

Por fim será analisado o caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, ocasião em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos expressamente reconheceu que o isolamento prologando afronta a integridade psíquica e moral do detento indo de encontro ao espírito da CADH.

1.0 ADVENTO DO CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE E SUA COMPATIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de adentrarmos no objeto deste capítulo, imprescindível expor o posicionamento a ser adotado neste estudo acerca do *status* dos Tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Importante salientar que o tópico

introdutório será de suma importância para que possamos compreender a eficácia do instituto do controle de convencionalidade, além de entender como se aplica esta ferramenta de promoção aos direitos humanos.

1.1 A Hierarquia Constitucional dos Tratados de Direito Humano

A proteção do indivíduo como sujeito de direito surge com mais evidência no século XX, após a Segunda Grande Guerra Mundial, momento em que líderes globais da época assinaram acordos com o fito de proteger a humanidade contra novas barbáries. Neste período do pós-guerra evidenciou-se um movimento de convergência para a reconstrução dos direitos humanos, estabelecendo um modelo ético, um paradigma a ser seguido pelas nações (PIOVESAN, 2009, p. 177).

Nesta esteira, surgiram as convenções que abordam e estipulam regras de proteção aos direitos dos Homens, como por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ademais, não podemos esquecer da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a qual delinea os direitos básicos dos seres humanos, valorando-os e lhes conferindo força axiológica.

No Brasil, após o advento da Carta da República de 1988 o Chefe de Estado passou a ratificar tratados de direitos humanos com mais contumácia, porquanto foi o momento em que se estabilizou o regime político brasileiro, erigindo-se numa democracia plena e garantista.

A partir desta fase, verificamos a positivação de princípios com substancial carga axiológica, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB/88), além da previsão no sentido de que nas relações com os outros povos o Brasil dará sempre a prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II, da CRFB/88).

Insta salientar, que este compromisso protetivo e aberto perante o Direito Internacional está bem nítido no artigo 5º, § 2º da Carta Magna, no qual constatamos a possibilidade de se incluir no ordenamento pátrio, com *status constitucional*, os direitos e garantias previstos nas convenções sobre direitos humanos. É a chamada cláusula aberta ou a disposição da não tipificação dos direitos fundamentais em que há a inserção destes direitos no bloco de constitucionalidade, em prestígio à função protetiva dos indivíduos adotada pela Constituição de 1988 (EMERIQUE; GUERRA, 2008, p. 15). Com efeito, ante a força substancialmente axiológica das convenções sobre direitos humanos, bem como o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais no que tange aos direitos e garantias fundamentais (PIOVESAN, 2008), deve-se alocar estes tratados de direitos humanos ao bloco de constitucionalidade. Confere-se, assim, eficácia teleológica ao texto

dos referidos documentos internacionais em consonância aos fins outorgados pela Carta da República de 1988.

Adotamos a tese de que quaisquer tratados de direitos humanos, assim que ratificados, são considerados passíveis de aplicação imediata no ordenamento jurídico brasileiro. A presente conclusão é alcançada pela leitura combinada do art. 5º, §§ 1º e 2º combinado com o art. 2º, §1º, alínea 'g' da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, promulgada através do decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009. O ato de ratificação do Tratado torna a autoridade nacional vinculada, implicando o cumprimento perante o plano internacional (GUERRA, p. 187).

De outra monta, em dezembro de 2004, houve o advento da Emenda Constitucional nº 45, incluindo o controverso parágrafo 3º no artigo 5º da CRFB/88.

É imperioso destacar que no lugar de lançar luz à discussão sobre o *status* dos Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, trouxe outras incongruências sem esclarecer a interpretação a ser dada.

Com efeito, seguimos a orientação de parte da doutrina no sentido de que os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, de modo que a aprovação pelo *quórum* qualificado do art. 5º, §3º, CRFB/88 apenas garante a sua constitucionalidade formal (SARLET, 2015). Logo, a aprovação pelo referido *quórum* qualificado garante aos tratados de direitos humanos *status* de norma materialmente e formalmente constitucional, de modo que apenas nova Assembleia Constituinte poderá expurgá-los do ordenamento jurídico, porque são considerados como cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV da CRFB/88).

Inobstante ao supramencionado entendimento sobre a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, não podemos olvidar o importante precedente do Pretório Excelso no julgamento histórico do Recurso Extraordinário de nº 466.343-1/SP, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso. Nesse precedente qualificado, ficou decidido que os tratados de direitos humanos possuem uma localização especial no ordenamento jurídico estando abaixo da Constituição Federal, contudo, com hierarquia normativa superior às leis ordinárias. Em conclusão a tal julgado, reconheceu-se o caráter supralegal das convenções internacionais sobre direitos humanos não aprovadas nos moldes do § 3º do art. 5º da CRFB/88. Sem embargo, caso incorporado sob a sistemática trazida pela Emenda Constitucional 45 de 2004, as convenções de direitos humanos terão natureza constitucional.

1.2 O Controle de Convencionalidade: Conceito

O neologismo *convencionalidade* surgiu na sistemática jurídica internacional pela primeira vez quando o Conselho Constitucional Francês, em 15.01.1975, na Decisão 74-54 DC, afirmou que não lhe cabia analisar a antinomia entre a legislação interna e a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950. Na oportunidade, como bem explicita Valerio Mazzuoli (2013, pag. 88), foi expressamente colocado o termo aqui em estudo quando o Órgão Francês verificou a “análise da convencionalidade preventiva das leis”.

Nas palavras de André de Carvalho Ramos (2014, p. 593), o controle de convencionalidade analisa “[a] compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais)”. Um dos seus objetivos é a uniformização da interpretação e do sistema jurídico de cada país no que tange aos direitos humanos, observada as suas peculiaridades internas. Sendo que, no caso de desrespeito, é cabível a responsabilidade internacional do Estado-parte (FERREIRA, p. 90).

Vale salientar que, para Mazzuoli (2013, p. 90), o mencionado instituto poderá ser feito tanto de forma concentrada (via de ação), quanto de maneira difusa (via de exceção), desde que o conteúdo de uma lei, *lato sensu*, esteja em desconformidade com o teor substantivo previsto por um tratado de direitos humanos ratificados e em vigor no plano internacional.

Consigne-se, existe o “bloco de convencionalidade” que é complementar ao “bloco de constitucionalidade” (FEILKE, 2014, p. 176). Nele os paradigmas de controle, a ser observado pelos Poderes da República no momento de aferição de compatibilidade da norma, são a jurisprudência e interpretações da Cortes Interamericana de Direitos Humanos em suas sentenças, pareceres, opiniões consultivas, proferidos no âmbito do sistemas universal (ONU) e regional (americano) de direitos humanos, além das decisões emanadas nos demais sistemas internacionais (Tribunal Internacional do Mar, Tribunal Internacional de Justiça e Tribunal Penal Internacional).

Logo, como bem salienta Marcelo Ramos Peregrino Ferreira (2015, p. 150):

[a] interpretação doméstica dos direitos humanos, assim, deve perpassar uma interpretação conforme o *bloco de convencionalidade* [...], permitindo-se a adequação da legislação e Constituição paroquiais àqueles padrões protetivos mínimos reinantes neste direito comum internacional. (grifo no original)

De mais a mais, existe, ainda, o controle de convencionalidade internacional (autêntico ou definitivo) realizado pelos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos ou pelos Comitês da ONU (RAMOS, p. 593).

Por arremate, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) é intérprete última das convenções de direitos humanos em vigor no plano internacional. Portanto, a sua decisão proferida no bojo de um controle de convencionalidade internacional tem prevalência naquela aferição de compatibilidade realizada no controle de convencionalidade nacional.

Nesse sentido, podemos citar importante precedente proferido no bojo do julgamento do “Caso Almonacid Arellano e outros *versus* Chile”⁵¹ em que foi declarado inválido o Decreto Lei nº. 2.191, adotado em 1978, o qual anistiou todos os responsáveis pelos “atos criminosos” cometidos entre 11 de setembro de 1973 a 10 de março de 1978. Com efeito, o artigo 3º, por seu turno, do referido Decreto-Lei, excluiu uma série de delitos na era Pinochet.

Como fundamento a invalidar a referida norma, o Tribunal aduziu categoricamente que

[...] estima que los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía.⁵²

Ademais, este específico precedente, foi de grande valia, eis que a Corte Interamericana expressamente determinou que os juízes apliquem o instituto do “controle de convencionalidade”, conforme podemos ver no seguinte trecho:

(...) el Poder Judicial debe ejercer una especie de **“control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino **también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana**.⁵³ (grifos nosso)

51 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N. 154. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

52 Ibid., parágrafo 114.

53 Ibid., parágrafo 124.

No mesmo sentido, no Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil a Corte IDH afirmou que:

[...] quando um Estado é Parte de um tratado internacional, *como* a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele [tratado internacional] [...]. O Poder Judiciário, neste sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um **“controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana** [...]. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. (grifos nosso).⁵⁴

Por fim, no “Caso Gelman *versus* Uruguai”, a Corte IDH progrediu a sua interpretação sobre o controle de convencionalidade entendendo que não apenas os juízes, mas todas as autoridades públicas têm o poder-dever de exercer o controle de convencionalidade como diretriz:

Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, **todos os seus órgãos**, inclusive seus juízes, estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação **de exercer ex officio um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente**. Nesta tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua **interpretação** realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. (grifos nossos)⁵⁵

2.O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

54 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Gomes Lund e outros** (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, nº 219, parágrafo 176. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 27 ago. 2021.

55 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman Vs. Uruguai**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Serie C N. 221, parágrafo 193. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf> . Acesso em: 27 ago. 2021.

2.1 Conceito e natureza jurídica

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) é uma sanção de caráter administrativo prevista na Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal, LEP). O instituto restou introduzido na gestão da execução penal após a reforma da Lei n. 10.792/2003, com alteração recente pela Lei nº 13.964/2019. Por sua vez, o procedimento do RDD nos Presídios Federais observa o detalhamento positivado nos artigos 24, 25, §3º, art. 44, XI, 46, V, 48, 54 a 58, 81, IV e 98, §§1º e 2º, todos do Decreto n. 6.049/2007, sendo possível aplicação analógica nos Presídios Estaduais (ROIG, 2021, p. 243).

De passagem e numa análise crítica ao instituto, aproveitamos o brilhante conceito apresentado por Eneida Orbage Taquary:

“[o] regime disciplinar fixa o modelo de confinamento e isolamento para o preso considerado perigoso, de forma a obrigá-lo ao silêncio e ao comportamento irrepreensível, bem como evitando o contato com os presos que poderiam constituir ou fomentar a organização criminosa, no interior dos presídios”.

Ademais, conforme explica ROIG (2021, p. 240-241), existem duas modalidades de Regime Disciplinar Diferenciado: punitivo e o cautelar.

O RDD punitivo é o previsto nas hipóteses do artigo 52, caput, da LEP (prática de crime doloso ou subversão da ordem ou disciplinar interna: possui natureza de sanção disciplinar).

Por sua vez, o RDD cautelar é direcionado aos presos de alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, § 1º, I, da LEP), ou àqueles sobre os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave (art. 52, § 1º, II, LEP).

Importante destacar que a sanção apenas pode ser aplicada, para as duas modalidades, por despacho fundamentado pelo juiz (art. 54, *caput*, LEP), após requerimento circunstanciado da autoridade competente (art. 54, §1º, LEP) ouvido o Ministério Público e a defesa (art. 54, §2º, LEP), conforme melhor doutrina (ROIG, 2021, p. 242).

A origem do instituto, no Regime Democrático Brasileiro, remonta ao ano de 2001, em especial após a eclosão de uma extraordinária rebelião iniciada na Casa de Custódia

de Taubaté a qual se alastrou em ao menos 25 (vinte e cinco) unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária e 4 (quatro) Cadeias Públicas (TAQUARY, 2010).

O colapso no Sistema Penitenciário Paulista, somada à grande repercussão midiática impulsionou a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo a editar a Resolução SAP nº 26/2001, conferindo respaldo normativo à aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado. O projeto piloto de São Paulo instituiu a referida sanção disciplinar por cento e oitenta dias, na primeira inclusão, e por trezentos e sessenta dias, nas demais, “aos líderes e integrantes das facções criminosas” e “aos presos cujo comportamento exija tratamento específico”, conforme o art. 1º da aludida Resolução. O objetivo, portanto, foi a contenção de organizações criminosas, em especial o Primeiro Comando da Capital (PCC)

A discussão sobre a legalidade e constitucionalidade da resolução foi intensa, sobretudo pela ausência de participação do Poder Judiciário. Críticos ainda apontavam violação ao devido processo legal, individualização da pena e a inviabilidade do projeto de ressocialização do detento.

Nessa esteira, para evitar qualquer discussão sobre a validade do ato normativo, rapidamente o Poder Legislativo converteu o Projeto 5.073/2001 na Lei n. 10.792/2003 que por sua vez introduziu o Regime Disciplinar Diferenciado no corpo da Lei de Execução penal (arts. 52, 53, V, 54, 57, 58 e 60).

Outrossim, abraçando a experiência paulista, a Lei n. 10.792/2003 introduziu de forma ampliativa o Regime Disciplinar Diferenciado, objetivando uniformizar a gestão administrativa nos presídios brasileiros para a contenção de presos perigosos, além da desarticulação de organizações criminosas.

Mais recentemente, o pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019) reformulou o RDD ampliando seu espectro e atribuindo novas características.

2.2 A (in)constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado. ADI 4162.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4162) questionando a incompatibilidade da Lei nº 10.792/2003 com a Constituição da República de 1988 (CRFB/1988). Os principais argumentos lançados foram: afronta ao devido processo legal, contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB/1988); tratamento desumano e degradante (Art. 5º, III, CRFB/1988); violação ao cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII, CRFB/1988). A Ação Direta de Inconstitucionalidade, entretanto, ainda não foi levada ao plenário, pendendo julgamento. O processo está concluso com o relator desde 25.08.2023.

De passagem, há sólidos argumentos para a inconstitucionalidade do RDD, conforme apontado pela OAB – aqui ainda acrescento a violação à incomunicabilidade, o sigilo da correspondência (art. 5º, XII, CRFB/1988), vedação à pena cruel (art. 5º, XLVII, 'e' CRFB/1988), à integridade psíquica do preso (art. 5º, XLIX, CRFB/88), à individualização da pena (art. 5º, XLVI, CRFB/88), princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB/88) no caso do RDD cautelar.

Além disso, a referida sanção administrativa, evidentemente, destoa da função ressocializadora da pena e consagrada no item 13 da Exposição de Motivos da LEP (Teoria Mista). Não por acaso, o Conselheiro Carlos Weis lavrou parecer contrário sobre a instituição do Regime Disciplinar Diferenciado como Diretriz de Política Penitenciária a ser adotada (Resolução nº 08/2004).

Nessa senda o isolamento celular solitário aplicado para retribuir comportamento carcerário desviante selecionado pela Lei, está longe de solucionar a problemática de 'periculosidade' do detento (viés do Direito Penal do Autor) ou, ainda, garantir a desarticulação de organização criminosa. Evidentemente, a sanção administrativa restringe-se a castigo imposto ao detento, sem qualquer efeito positivo à sociedade.

O Resultado da aplicação do RDD é meramente simbólico. O objetivo deste dispositivo de controle é apenas a correção, segregação e incapacitação (DIAS, 2009) de detento *periculosos* previamente selecionados pela legislação. Empiricamente, não se vislumbra qualquer efetividade.

Com efeito, o isolamento prolongado absoluto está presente no Brasil desde os primeiros regulamentos penitenciários do século XIX, sendo que a separação de presos *especiais* nas chamadas "celas de segurança" se alastrou e tornou-se mais rígida durante o golpe militar de 1964 (ROIG, 2021, p. 247). Entrementes, durante o decurso destes dois séculos, verifica-se que as organizações criminosas, inclusive com articulações dentro de presídios, se tornam cada vez mais sofisticadas, sem qualquer indício de contenção.

Enfim, o *moderno* RDD tem mais de vinte anos e até hoje não existe qualquer estudo conclusivo sobre eventual resultado positivo do instituto.

Muito pelo contrário. Basta ver o caso de Marcos Willians Herbas Camacho (o Marcola), que já passou pelo regime diferenciado nove vezes, principalmente em Presidente Bernardes, no interior paulista, e ainda hoje é considerado como o líder do PCC. Vale dizer, a ilusória ideia de desmantelamento da organização criminosa, efetivamente, não tem no RDD o seu sucesso.

Não se olvide o recente caso de fuga dos detentos Deibson Cabral Nascimento e Rogério da Silva Mendonça ocorrido em 14.02.2024. Eles cumpriam pena Penitenciária Federal de Mossoró, no Rio Grande do Norte e estavam no RDD há cinco meses (desde setembro/2023). À luz dos recortes de jornais, conclui-se que, a despeito de estarem há cinco meses sem sair da cela, conseguiram articular o escape com integrantes de organização criminosa atuantes fora do presídio.

De toda sorte, o entendimento predominante na jurisprudência é no sentido de que o RDD é constitucional (dentre vários: STJ, HC 44049/SP, 6ª T., Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j.12-6-2006 e HC 40.300/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 312).

3. A INCONVENCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

As convenções internacionais de direitos humanos preveem um núcleo inderrogável de garantias que deverão ser consideradas, inclusive no Estado de Exceção. Como exemplo, podemos citar o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, além das Regras Mínimas da ONU para Tratamento de Presos (atualizadas em 2015), a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Estas normas servem de paradigma nuclear para o exercício do controle de convencionalidade, tanto interno quanto internacional, conforme vimos no capítulo 1 *supra*. A toda evidência, leis dissonantes à ordem internacional no viés de proteção aos direitos humanos, não possuem validade em âmbito doméstico.

Desse modo, passemos à análise da incompatibilidade do RDD com os documentos internacionais sobre direito humano.

3.1 Da Violação à Integridade Psíquica e Moral.

O psicólogo Craig Haney realizou um estudo na Penitenciária Estadual de Pelican Bay, a mais rigorosa instituição penal da Califórnia onde presidiários que supostamente cometeram crimes de quadrilha eram colocados em isolamento solitário por 23 horas. No ano de 1993, ele realizou entrevistas com os detentos em regime de isolamento prolongado, vindo a retornar ao estabelecimento após vinte anos para conclusão de seu estudo. O resultado não poderia ser outro senão a constatação de danos psíquicos, justamente diante da imposta "morte social".

Os presidiários lutavam a todo instante para manter a sua sanidade mental durante o período de intenso confinamento. Na maioria das vezes, não resistiam e se fechavam emocionalmente, atraindo profundo estado de melancolia, desorientação e

questionamento da própria existência tudo em razão da perda de conexão com o mundo social e suas famílias.

Sobre o estudo, ROIG (2021, P. 239) aponta que:

“[n]ão é à toa que Craig Haney e Mona Lynch identificam pelo menos 18 efeitos do regime rigoroso de isolamento: insônia, ansiedade, pânico, reclusão, hipersensibilidade, disfunções cognitivas, alucinações, perda de controle, agressividade, raiva, paranoia, desesperança, letargia, depressão colapsos emocionais, automutilação, deterioração física e mental, sendo que muitos desses efeitos são exatamente similares às reações de vítimas de traumas”.

O ser humano necessita de interação social para manter a sua integridade psíquica. Basta aferir as consequências deletérias à psiquê dos indivíduos em razão do isolamento imposto pelo poder público como medida de contenção ao novo coronavírus (SARS-COV-2). O crescente número de transtornos emocionais é assustador.

Portanto a previsão de isolamento celular solitário do preso em espaço temporal que pode durar até dois anos, prorrogável em caso de reincidência específica de falta grave (art. 52, I, LEP), com direito a saída da cela para banho de sol por apenas 2 horas (art.52, IV, LEP), evidentemente causa sérios danos a integridade psíquica do encarcerado.

A Corte IDH perfilha sólido entendimento no sentido de que o Estado possui uma posição especial de garante em relação às pessoas privadas de liberdade. Com efeito, compete ao Estado garantir o direito à vida, a integridade pessoal e impedir o tratamento degradante ao presidiário, conforme imposição expressa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) em especial artigos 5.1, 5.2 e 5.6 (*v.g.* Instituto de Reeducação do Menor Vs. Paraguai). No mesmo sentido é a previsão do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, conforme se verifica nos artigos 7 e 10.1.

Ademais, conforme será visto no Caso *Bámaca Velásquez vs Guatemala*, a Corte IDH expressamente reconheceu que o isolamento prolongado do detento viola a integridade moral e psíquica do encarcerado, sendo considerado tratamento desumano.

Nessa toada, a legislação brasileira acaba por legitimar violação à integridade psíquica sob o argumento alarmista de ‘garantir a ordem e disciplina interna’, conter os presos de ‘alto risco’ ou “suspeitos de envolvimento de em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada”. Como se vê, tais expressões são deveras

abstratas a abrir margem ao subjetivismo da autoridade competente na aplicação da sanção.

Tal situação merece ser combatida, sobretudo porque dissociado aos fins da execução penal e do direito penal. O tratamento degradante ainda supre qualquer chance de ressocialização do preso, na medida em que impede o seu contato com a comunidade por anos, a dificultar uma futura interação com o meio social fora do presídio.

O cenário, a toda evidência, viola aos artigos 5.1, 5.2 e 5.6 da CADH, bem como aos artigos 7, 10.1 e 10.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

3.2 Tratamento Desumano e Degradante. Pena Cruel e Desproporcional.

As Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela) são diretrizes mínimas que devem ser observadas pelos Estados para o tratamento dos reclusos. Ademais, detalha o procedimento adequado para a gestão do regime penitenciário. O documento foi inaugurado no ano de 1955, passando por uma revisão no ano de 2015. As Regras refletem conclusões de especialistas internacionais no sentido de orientar os Estados em conferir tratamento digno às pessoas privadas de liberdade. Desse modo, como as diretrizes pretendem, ao fim e ao cabo, assegurar direitos fundamentais aos presos, a mera natureza de *soft law* não desnatura o dever dos Estados em seguir tais princípios. As Regras são amplamente aceitas no cenário jurídico internacional.

É notório que os presídios brasileiros não têm a estrutura exigida pela ordem internacional apta a assegurar direitos ao encarcerado. Ao revés, o que se vê é um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, conforme reconhecido pelo STF na ADPF 347.

Nos estabelecimentos prisionais não existe instalação sanitária adequada, falta suporte médico. O acesso à saúde é uma falácia. A insalubridade no local é nefasta e é causa de disseminação de inúmeras doenças infectocontagiosa (tuberculose, hepatite). Afora a ausência de alimentação com nutrientes básicos.

A situação é tão evidente que recentemente, em razão da superlotação e os seus sabidos efeitos deletérios, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, deferiu medidas provisórias objetivando cessar a violação generalizada de direitos humanos. Consequentemente, adotou uma solução compensatória: para cada dia de pena ilícita deveriam ser contados dois dias de pena ilícita, à exceção de autores de crimes contra a vida, integridade física e dignidade

sexuais, os quais devem ser submetidos a exame criminológico para obterem a medida compensatória.

O Estado não demonstra capacidade institucional para manter a gestão penitenciária apta a garantir um projeto de ressocialização do preso. E, para esconder esta inaptidão cria-se ferramentas sancionatórias deletérias aos direitos fundamentais, como uma simbólica resposta à sociedade. Enfim, um desses instrumentos é justamente o RDD, isolamento solitário em unidade celular.

Noutro norte, no Capítulo “Restrições, disciplina e sanções” das Regras de Mandela, são detalhadas diretrizes a serem observadas na ocasião de aplicação de sanção aos detentos. O dispositivo reconhece que se deve manter com firmeza e disciplina a ordem no estabelecimento prisional. Entretanto, qualquer restrição deve ser aplicada com proporcionalidade (Regra 39.2) para manter a segurança e a boa organização da vida comunitária (Regra 36).

Em seguida, há expressa vedação de sanção disciplinar que implique tortura, punições ou outra forma de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (Regra 43). Com efeito, revelou-se como prática vedada para os fins do dispositivo justamente o confinamento solitário prolongado (alínea *b*).

É de se notar que o documento não proíbe o confinamento solitário, considerado aquele em que o detento fica recluso por 22 horas. Neste caso, a aludida sanção disciplinar deve ser utilizada apenas em casos excepcionais, como último recurso e durante o menor tempo possível (Regra 45). Ocorre que a Regra 44 explica o que é considerado confinamento solitário prolongado, referindo-se a reclusão por mais de 15 dias consecutivos.

A toda evidência, conclui-se que o Regime Disciplinar Diferenciado, porque extensível por até 2 anos, encontra-se circunscrito no conceito da referida sanção disciplinar proibitiva, razão pela qual merece ser afastada do ordenamento jurídico brasileiro. Vale dizer, o RDD não ultrapassa o filtro de convencionalidade, porquanto afronta diretamente as Regras 43.b e 44 das Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Reclusos.

E não é só.

A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em vigor formalmente em âmbito doméstico desde 28.10.1989 (Decreto nº 40/1991), impõe compromisso aos Estados Parte de proibir qualquer tipo de tratamento degradante ou penas cruéis, conforme se verifica no artigo 16.

No mesmo sentido é a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em vigor no Brasil desde 20.07.1989 (Decreto nº 98.386/1989), conforme previsão textual dos artigos 6 e 7.

Por fim, no Sistema Global de Proteção de Direitos Humanos, os Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos (Resolução 45/111 da Assembleia Geral da ONU) estabeleceu que os Estados devem empreender esforços para abolir ou restringir o regime de isolamento como medida disciplinar ou castigo (Princípio 7). Ademais, o Subcomitê de Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis 17 também reconheceu que o isolamento celular solitário equivale a tratamento desumano e degradante, merecendo ser repudiado (OLIVEIRA, 2015).

Consequentemente, é exigível aos Estados a reformulação de sua legislação a ponto de seguir as diretrizes traçadas pelas referidas Convenções. Entretanto, como visto, as Leis nº 10.792/2003 e 13.964/2019 apresentam regras diametralmente opostas. É que, a pretexto de reprimir a desordem carcerária ou conter presos perigosos ou envolvidos em organização criminosa, legitima o castigo, o tratamento degradante, a pena cruel.

A dignidade do detento é eliminada para satisfazer um anseio repressor da Autoridade, movido por apelo populacional frente à alarmista sensação de insegurança.

Firme em tais premissas, o RDD é inconveniente com esteio nos dispositivos supras.

3.3 O Caso Bámaca Velásquez *versus* Guatemala.

Discutiu-se no caso o desaparecimento forçado do Sr. Efraín Bámaca Velásquez. O episódio se deu após combate entre o Exército da Guatemala e uma guerrilha instaurada na aldeia de Montúfar, região oeste da Guatemala. O Sr. Bámaca Velásquez foi capturado pelo Exército com vida. Todavia, foi levado para dependências militares onde foi torturado e morto. O seu desaparecimento se deu no dia 12 de março de 1992.

Com efeito, após denúncia e o devido processamento, a Corte IDH responsabilizou o Estado da Guatemala pela violação em diversos dispositivos da CADH: art. 1.1 (obrigação de respeitar e garantir direitos), art. 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), art. 4º (direito à vida), arts. 5.1 e 5.2 (direito à integridade pessoal), art. 7º (direito à liberdade pessoal), art. 8º (garantias judiciais) e art. 25 (proteção judicial). Por fim, a Corte IDH ainda verificou violação aos arts. 1º, 2º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

A Corte IDH reconheceu que o Sr. Bámaca Velásquez foi detido de forma ilegal e arbitrária, em decorrência da ausência de comunicação ao juiz ou a sua família. Ademais,

restou corroborado que a vítima foi torturada e morta, em desprestígio a inúmeros direitos consagrados pelas Convenções de Direito Humano.

Malgrado, pela leitura do inteiro teor da sentença de mérito, infere-se pontos de conexão com o direito brasileiro, em especial sobre a consideração de que o isolamento prolongado, somado ao confinamento solitário coercitivo, representa tratamento cruel, lesivo à integridade psíquica e moral e, por rebote, contrário à dignidade humana:

(...) A lo anterior habría que agregar que “el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Esta incomunicación produce en el detenido sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, lo coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en los centros de detención. Por todo ello, la Corte ha afirmado que, “en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...] la incomunicación debe ser excepcional y [...] su uso durante la detención puede constituir un acto contrario a la dignidad humana”⁵⁶

Nesse sentido, expressamente foi reconhecido que o isolamento prolongado, o qual no Brasil é legitimado por meio do chamado Regime Disciplinar Diferenciado, viola os arts. 5.1 e 5.2 (direito à integridade pessoal).

Não se desconhece os efeitos *inter partes* da decisão proferida pela Corte IDH. Entretanto a *ratio decidendi* acaba por entabular, ainda que indiretamente, o posicionamento do Órgão Interamericano sobre o RDD brasileiro. Vale dizer, a Corte IDH expressamente reconheceu que o isolamento prolongado fere a integridade física e psíquica do detento, razão pela qual a interpretação merece ser levada a efeito no âmbito doméstico na ocasião de aplicar o instituto, segundo preconiza o artigo 62 da CADH.

Desse modo, como visto no *tópico 2.2*, os juízes e as autoridades públicas devem atuar como juízes interamericanos e afastar do mundo jurídico os dispositivos da LEP que tratam sobre o RDD, porquanto violam direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito

56 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala**. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. (Fondo). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf , parágrafo 150. Acesso em: 27 ago. 2021.

Internacional dos Direitos Humanos, em especial o art. 5.1 e 5.2 da CADH e a interpretação conferida pela Corte IDH no caso Caso Bámaca Velásquez *versus* Guatemala.

4.CONCLUSÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi firme ao entender que o detento em isolamento prolongado tem a sua integridade psíquica e moral violada, em desprestígio aos ditames estabelecidos pela CADH.

Desta feita, caberá ao Poder Judiciário e as demais autoridades, em especial as atuantes na gestão penitenciária, deixar de aplicar o Regime Disciplinar Diferenciado, a fim de que o tratamento aos detentos convirja com a orientação Internacional sobre a matéria, notadamente as Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento de Reclusos.

A oportunidade para o reconhecimento da invalidade do instituto poderá ocorrer quando os Ministros do Supremo Tribunal Federal finalmente julgarem a ADI 4261.

Frise-se, após o depósito do instrumento da ratificação da Convenção Americana, o Brasil reconheceu como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. (art. 62 da CADH). Logo, caso o Estado brasileiro persista na aplicação do Regime Diferenciado Disciplinar, o qual atualmente encontra respaldo na Lei de Execução Penal, decerto ensejará responsabilização internacional.

A toda evidência, por mais bárbaros que tenham sido os atos cometidos pelos detentos a sanção aplicada deve ser proporcional à medida necessária para gerar segurança, sem eliminar a dignidade do detento. Os diretores dos estabelecimentos prisionais devem ser encorajados a fazer uso na justiça restaurativa, além da prevenção dos conflitos conforme preleciona a Regra 38 das Regras de Mandela. Certamente o combate do mal com o mal, não é a medida adequada, visto que desde o Código Penal de 1890 há previsão do isolamento solitário prolongado (art. 45), sem qualquer notícia de efetividade durante mais dois séculos.

Apenas com a implantação de políticas públicas sérias, calcadas no investimento da educação e na redução das desigualdades sociais, haverá a contenção do comportamento desviante.

Para tanto, deverá ser reconhecida a eficácia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, inobstante a sua forma de ingresso no nosso ordenamento jurídico. Só assim, avançaremos e prosseguiremos em direção ao Estado Constitucional Cooperativo.

Note-se, não vem de agora os ensinamentos de Häberle o qual já advertia que deverá haver certa reciprocidade entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional para que ambos se complementem, a fim de se originar o Direito Comum de Cooperação (HÄBERLE, 2007, p. 12). Com efeito, este entrelaçamento poderá ser solidificado pela Corte Constitucional brasileira, com o seu reconhecimento da efetividade nas normas e dos princípios do Direito Internacional, cujo fim a ser alcançado é o bem-estar das pessoas.

Inclusive, é isso que se espera de um Direito pós-positivista, reconhecido por nossa Constituição de 1988, a qual delinea a verdadeira justiça para fora do texto escrito, devendo o intérprete sopesar a definição de valores, princípios e regras, cujo núcleo são os direitos fundamentais (BARROSO, 2014, p. 120).

Logo, sempre deverá ser aplicada àquela norma mais favorável ao ser humano (princípio do *pro homine*), não importando se reflete norma *formalmente* constitucional ou legal. Sem embargo, as Leis nºs 10.792/2003 e 13.964/2019 no que toca ao RDD, são incompatíveis com os tratados de direitos humanos, razão pela qual deverão ser extirpadas do nosso ordenamento jurídico, quer seja pelo controle de convencionalidade (bloco material de constitucionalidade, art. 5º, § 2º, da CRFB/88), quer seja pelo controle de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARCOVERDE L. **Transferido para presídio federal, Marcola ficará preso em regime diferenciado pela 9ª vez.** **GloboNews.** Disponível em: <https://bityli.com/VKhz6>. Acesso em: 05 abr. 2024.

ARGENTINA. **Constitucion de la Nacion Argentina** (1994). Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0039.pdf?view=1>. Acesso em 05 abr. 2024.

BARROSO, L.R. **O novo direito constitucional brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil/Luís Roberto Barroso. – 3. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. **Constituição** (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1937. Disponível em: <https://bityli.com/KMLaC>. Acesso em: 05 abr. 2024.

BRASIL. **Constituição** (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1967. Disponível em: <https://bitly.com/kEo1U>. Acesso em: 05 abr. 2024.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <https://bitly.com/ec40OM>. Acesso em: 05 abr. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP. Relator: PELUSO, Cezar no DJ de 05 jun. 2009 p.1106.

CHILE. **Constitución Política de la República de Chile** (1980). Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/constitucion.pdf . Acesso em: 05 abr. 2024.

COLOMBIA. **Constitucion Politica de Colombia** (1991). Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf> Acesso em: 05 abr. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Instituto de Reeducação do Menor Vs. Paraguai**. Sentencia de 02 de setembro de 2004. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações E Custas). Disponível em: <https://bitly.com/8Vs3X>, parágrafos 153, 155 e 158. Acesso em: 05 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Brasília: CNJ, 2016.

DANTAS, R.P. **O controle jurisdicional das normas internas em face dos tratados internacionais de direitos humanos**. Revista âmbito Jurídico, São Paulo. Disponível em: <https://bitly.com/mlqo2>. Acesso em: 05 abr. 2024.

DIAS, C.C. **Efeitos simbólicos e práticos do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) na dinâmica prisional** v. 3 n. 2 (2009): Revista Brasileira de Segurança Pública. Disponível em: <https://bitly.com/0mJ7s>. Acesso em: 05 abr. 2024.

DICIONÁRIO JURÍDICO: Academia Brasileira de Letras Jurídicas/planejado, organizado e redigido por J.M. Othon Sidou – 10. Ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009 p. 55.

EMERIQUE, L.B; GUERRA S, **A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira**. Rev. Jur. Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-34, abr./maio, 2008.

ESPAÑA. **Constitución Española** (1978). Disponível em: <https://bityli.com/oYQfj>. Acesso em: 05 abr. 2024.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS nº 219 de 29 de maio de 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 05 abr. 2024.

FARTH, J.V. **Aspectos constitucionais do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)**. *Revista Jurídica da UniFil*, [S.l.], v. 6, n. 6, p. 93-107, out. 2018. ISSN 2674-7251. Disponível em: <http://periodicos.unifil.br/index.php/rev-juridica/article/view/633>. Acesso em: 05 abr. 2024.

FARO, A.B; Andrade, M.; NAKANO, T.C; REIS, C; SILVA, B.F; VITTI, L.S. **COVID-19 e saúde mental: a emergência do cuidado**. Disponível em: <https://bityli.com/4C78l>. Acesso em: 05 abr. 2024.

FEILKE, P.R. **O controle de convencionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. *Direito em Debate – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí*. Ano XXIII nº 41, jan.-jun. 2014 – ISSN 2176-6622.

FERREIRA MR. **O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa: direitos políticos e inelegibilidades**/Marcelo Ramos Peregrino Ferreira. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GOMES, L.F. **A Lei de Anistia viola convenções de direitos humanos**. *Revista eletrônica Consultor Jurídico*, em 10 de mar. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mar-10/coluna-lfg-lei-anistia-viola-convencoes-direitos-humanos>. Acesso em: 07 set. 2021.

GOMES, L.F. **Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa "pro homine"**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1485, 26 jul. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10200>. Acesso em: 05 abr. 2024.

GOODE, E. **Estudo revela efeitos do confinamento solitário prolongado**. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/08/1669057-estudo-revela-efeitos-do-confinamento-solitario-prolongado.shtml?origin=folha#>. Acesso em: 05 abr. 2024.

GUERRA, S. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

HABERLE, P. **O Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

JOZINO, J. **Fugitivos de Mossoró estavam no RDD há 5 meses sem sair da cela, diz juiz. Uol. Disponível em:** <https://encurtador.com.br/hwB38>. Acesso em: 05 abr. 2024.

MAZZUOLI, V.O. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis.** 3 Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, V.O. **O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia.** Revista de informação legislativa, v. 42, n. 167, p. 93-114, jul./set. 2005. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/739>. Acesso em: 05 abr. 2024.

OLIVEIRA, A.C. **(In)Convencionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado.** Revista dos Tribunais 2015 RT VOL.960 (OUTUBRO 2015) DOCTRINA DIREITO PENAL. Disponível em: <https://bityli.com/XWaL2>. Acesso em: 05 abr. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados**, 22 maio 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 05 abr. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984).** Adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1984 - ratificada pelo Brasil em 28.09.1989.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, 22 nov. 1969.** Disponível em: <https://bityli.com/8yEsG>. Acesso em: 05 abr. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.** Adotada em Cartagena, a 09 de dezembro de 1985, e Ratificada pelo em 20 de julho de 1989. Disponível em: <https://bityli.com/wKr3f>. Acesso em 05 abr. 2024.

PAIVA, C.; HEEMANN, T.A. **Jurisprudência Internacional de Direito Humanos.** 3ª Ed. Belo Horizonte: CEI: 2020.

PETIÇÃO INICIAL (ADI 4162). Disponível em: <https://bityli.com/L23q6>. Acesso em: 28 ago. 2021;

PIOVESAN, F. **Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro.** Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça. – N. 2 (jul./dez. 2009). – Brasília: Ministério da Justiça, p.176-189.

PIOVESAN, F. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF, 2008.** Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesan-tratados.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2024.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa** (2005). Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 05 abr. 2024.

RAMOS, A.C. **Curso de direitos humanos** / André de Carvalho Ramos. – São Paulo: Saraiva, 2014. 1. Direitos humanos 2. Direitos humanos - Brasil 3. Direitos humanos (Direito internacional).

RAMOS, A.C. **Supremo tribunal federal brasileiro e o controle e convencionalidade:** levando a sério os tratados de direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 104 p. 241 - 286 jan./dez. 2009.

ROIG, R.D. **Execução penal [livro eletrônico] : teoria e prática** / Rodrigo Duque Estrada Roig. -- 5. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

SARLET, I.W. **Integração dos tratados de Direitos Humanos no ordenamento jurídico.** Revista eletrônica Consultor Jurídico em 25 de mar. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-27/direitos-fundamentais-integracao-tratados-direitos-humanos-ordenamento-juridico>. Acesso em:: 05 abr. 2024

TAQUARY, E.O. **O regime disciplinar diferenciado no Brasil e no direito norte americano: violação do princípio da individualização da pena ou medida reguladora estatal de controle do comportamento de presos perigosos em estabelecimentos penitenciários.** Disponível em: <https://bityli.com/jXTvjv>. Acesso em: 05 abr. 2024.

WEIS, C. **Execução penal. Parecer do Conselheiro no Protocolo n. 08037.000012/2006-88.** *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, n. 19, v. 1, Brasília, jul.-dez. 2006.

RELAÇÃO DE CONSUMO E O ACESSO À JUSTIÇA: BREVE NARRATIVA CONSUMERISTA DE FORMA ALIENADA

JEFF DAVID MAC DONALD DA SILVEIRA CARNEIRO:

Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, com formação em Direito pela Universidade Nilton Lins. Pós-graduado em Direito civil e processual civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Ex-advogado. Delegado de Polícia de Carreira do estado do Amazonas, Presidente do Sindicato dos Delegados de Polícia do Amazonas- SINDEPO/AM. Diretor da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL/BR. ⁵⁷

OSMAN NASSER ANTUNES AGUIAR⁵⁸

(coautor)

RESUMO: A necessidade humana em fazer compras, na verdade em consumir, é antiga, entretanto de maneira consciente e somente o necessário. No decorrer da evolução da sociedade acelerou-se o ímpeto de consumir de forma desenfreada sem analisar a capacidade financeira e violando a dignidade da pessoa humana. Inicialmente, o direito civil era o responsável pela análise da relação de consumo e posteriormente, após a promulgação da Constituição da República de 1988 ocorreu a revolução dos microsistemas, visando sempre a blindagem do ator mais fraco desse trato, o consumidor final.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Consumo; Relações de Consumo; Acesso à Justiça e direito do consumidor.

ABSTRACT: The human need to shop, actually to consume, is ancient, however, in a conscious manner and only what is necessary. Throughout the evolution of society, there has been an accelerated impulse to consume recklessly without analyzing financial capacity and violating human dignity. Initially, civil law was responsible for analyzing consumer relations, but later, after the promulgation of the Constitution of the Republic of 1988, there was a revolution of microsystems always aiming to shield the weakest actor in this interaction, the end consumer.

⁵⁷ E-mail: jeff.david.macdonald@gmail.com

⁵⁸ Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP, com formação em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (2010). Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior Batista do Amazonas (2013). Ex-integrante das Forças Armadas Brasileira, no posto de Tenente da Aeronáutica. Delegado de Polícia de Carreira do Estado do Amazonas. osman.nasser@hotmail.com

Keywords: Consumer Law; Consumption; Consumer Relations; Access to Justice and Consumer Rights.

INTRODUÇÃO

Por muito tempo, o ser humano tem sentido a necessidade de realizar compras. Inicialmente, isso era motivado pela sobrevivência, envolvendo itens essenciais como alimentos, roupas e produtos de higiene. No entanto, nas últimas décadas, tem-se observado uma mudança nesse padrão. O homem não trabalha mais exclusivamente para adquirir o básico. Agora, o orçamento familiar também inclui despesas relacionadas ao lazer e aquisições consideradas supérfluas, que proporcionam satisfação e prazer ao comprador.

Esse fenômeno pode ser denominado como "alienação do direito consumerista", onde o ato de comprar não se limita apenas ao que satisfaz as necessidades, mas é estimulado pela impulsividade. Na sociedade atual, uma cultura consumista se estabeleceu, levando muitas vezes as pessoas a entrarem em uma loja sem terem realmente a intenção de comprar algo específico, adquirindo itens apenas por impulso. Isso resulta na alienação do direito de escolha consciente, causando desequilíbrios sociais e pessoais, sem levar a lugar algum. Uma corrente defende a necessidade de educação financeira nas gerações atuais, visando criar uma maior consciência por parte dos consumidores para o futuro.

Na mesma linha, é perceptível que alguns empresários estão adotando estratégias mais ousadas para aumentar o engajamento de seus negócios. Pode-se citar como exemplo uma barbearia que conta com mulheres vestidas com trajes de banho, abordagem que levanta questões sobre a relação entre erotização e a própria ideia de barbearia. Essa associação representa uma exacerbação do consumo, prática incomum há 50 ou 60 anos. Como consequência, tais mudanças pode acarretar danos sociais severos.

Neste sentido, Zygmunt Bauman ressalta a conexão entre o consumo cultural e a sociedade contemporânea, enfatizando a influência da busca por visibilidade e validação social nos comportamentos das pessoas. Confira-se:

"O consumo cultural contemporâneo está intrinsecamente ligado à sociedade do espetáculo, onde a busca pela visibilidade e validação social muitas vezes leva as pessoas a adotarem comportamentos arriscados e imprudentes, sem questionar criticamente as normas e valores impostos pela cultura dominante." - Bauman, Zygmunt. "Modernidade líquida". Editora Zahar, 2001.

De fato, a propaganda tem o poder de influenciar as decisões de compra, como no exemplo anterior em que a presença de mulheres de roupas de banho visa atrair mais homens, potenciais consumidores dos serviços oferecidos pela barbearia. No entanto, isso levanta questões sobre o senso crítico do consumidor, pois distancia a decisão de compra da característica de utilidade real do produto ou serviço. O consumo consciente, por sua vez, é baseado em uma abordagem mais racional, considerando o que realmente é necessário. Deve-se consumir para viver e não viver para consumir. As consequências desse desequilíbrio entre indivíduo e sociedade são significativas, tornando difícil a restauração do *status quo*. Além disso, há repercussões econômicas, como o aumento na produção e mais recursos para as empresas.

O DIREITO CIVIL COMO REGULADOR DAS PRÁTICAS CONSUMERISTAS

Nesse período de mudança de comportamento, o direito civilista pátrio assumiu inicialmente a responsabilidade de orientar as condutas nas relações de consumo, especialmente em obrigações simples entre empresas e consumidores.

Nos Estados Unidos, na década de 1960, o advogado Ralph Nader liderou uma campanha em defesa de indivíduos e grupos que sofriam danos ou prejuízos decorrentes da compra de produtos ou realização de negócios. Pode-se argumentar que, naquele momento, a atuação do direito civil foi suficiente e conseguiu atender às necessidades emergentes, destacando o papel do Direito como mecanismo de freios e limites nas relações de consumo.

De fato, o destino do binômio Estado/Direito está intrinsecamente ligado ao controle social. O Direito tem como objetivo principal o estabelecimento de limites comportamentais para indivíduos e grupos, visando tornar a convivência possível. No entanto, é importante destacar que o Direito não é o único meio de controle social, pois se diferencia da moral e ética, que buscam o aperfeiçoamento individual. Por exemplo, enquanto a moral e ética podem aspirar a manter a ordem de "não se matarem", o Direito possui a característica de concretude e objetividade, atuando na vida concreta das pessoas. O Direito se concentra no mínimo convivencial, não pretendendo resolver todos os problemas do mundo.

Quando há ameaça de desvio comportamental e instabilidade social, surge a necessidade de intervenção do Estado no âmbito do Direito. Isso gera a preocupação em disciplinar, de alguma forma, as relações de consumo para garantir a ordem e a segurança na sociedade.

Sobre o tema, válido destacar a opinião de Ana Maria Muniz, a qual destaca a complexidade do consumo cultural, como ele reflete e influencia uma variedade de aspectos sociais, incluindo identidade, poder e inclusão social, senão vejamos:

"O consumo cultural é uma arena complexa onde se entrecruzam a produção simbólica, as identidades individuais e coletivas, os processos de exclusão e inclusão social, e os padrões de poder e dominação." - Muniz, Ana Maria. "Consumo cultural e identidade social." Editora UFMG, 2004.

No contexto brasileiro, desde a promulgação da Constituição de 1988, percebe-se que ela desempenha o papel de verdadeira gestora do ordenamento jurídico. Podemos compará-la a um maestro que coordena a orquestra, pois as demais legislações, como as leis extravagantes, são consideradas subsistemas ou microssistemas que mantêm uma ligação direta com a Constituição. Em outras palavras, a Constituição serve como a base e o guia para a elaboração e interpretação de outras normas legais no país, garantindo a harmonia e a coerência do sistema jurídico como um todo.

Neste cenário, a Constituição Brasileira de 1988, mais especificamente no artigo 5º, XXXII, prevê a criação de um microssistema do consumidor ao estabelecer que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". De fato, esse dispositivo foi fundamental para a construção de uma legislação específica de proteção ao consumidor no Brasil. Posteriormente, em 1990, foi sancionado o Código de Defesa do Consumidor, que representa um marco importante nesse contexto. A partir desse momento, começou a surgir uma robusta proteção às relações de consumo no país. O Brasil se destaca como um dos países mais avançados no que diz respeito à legislação de defesa do consumidor, proporcionando direitos e garantias essenciais aos consumidores brasileiros.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

Sem dúvida, o princípio da dignidade da pessoa humana é um pilar fundamental dentro das legislações que regem o direito do consumidor. Esse princípio se manifesta de diversas maneiras, como na proibição de grupos econômicos tabelarem preços em determinados serviços ou produtos, garantindo, assim, a justa competição e o acesso equitativo aos bens e serviços necessários para uma vida digna.

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana se reflete na relação de consumo no que diz respeito à garantia de que produtos adquiridos devem estar em conformidade com o que foi prometido ou esperado, e caso apresentem defeitos ou problemas técnicos dentro de um prazo razoável, o consumidor tem o direito de solicitar a devolução ou reparo, sem que isso seja atribuído ao seu suposto mau uso.

No âmbito administrativo, a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON desempenha um papel crucial na proteção dos direitos dos consumidores,

buscando resolver de forma eficaz e justa as demandas pendentes entre consumidores e fornecedores. Ao colocar as partes em uma mesa de negociação, o PROCON contribui para a promoção da dignidade humana na busca de soluções que respeitem os direitos e interesses de ambas as partes envolvidas.

É verdade que, apesar da ampla publicidade do PROCON e de seus esforços em proteger os direitos dos consumidores, o Brasil ainda enfrenta desafios em relação à aplicabilidade das sanções administrativas. De fato, o país não possui uma tradição forte de contencioso administrativo, sendo a Constituição de 1967 a única a prever tal possibilidade. Atualmente, a única sanção administrativa que parece ter um efeito prático significativo é a multa de trânsito.

Além disso, na Constituição de 1988, há uma difusão do acesso ao Poder Judiciário, seguindo o princípio da universalidade. Isso significa que o mesmo procedimento judicial é adotado para todos os tipos de casos, tratando igualmente os desiguais. No entanto, essa abordagem pode resultar em uma eficiência limitada, especialmente quando se trata de questões relacionadas à defesa do consumidor, onde a resolução rápida e eficaz dos conflitos é essencial para garantir a proteção dos direitos dos consumidores, gerando uma crise de solução das demandas e o travamento do Poder Judiciário, visto que, frequentemente, casos que poderiam ser resolvidos de forma rápida e eficaz acabam sendo submetidos ao rito ordinário, prolongando desnecessariamente o processo. Essa prática vai de encontro ao objetivo de garantir uma tutela efetiva do consumidor.

Na verdade, a proteção do consumidor está intrinsecamente ligada à proteção dos direitos fundamentais. O direito do consumidor não trata apenas de questões comerciais, porquanto envolve a garantia de acesso a produtos e serviços de qualidade, a proteção contra práticas abusivas e a reparação adequada em caso de danos ou prejuízos. Logo, é fundamental que os procedimentos legais destinados à tutela do consumo sejam eficientes, ágeis e proporcionais às necessidades dos consumidores, reconhecendo, assim, a importância desses direitos no contexto dos direitos fundamentais.

De outro giro, importante destacar a inexistência de referências sólidas e a negação da existência individual, o que pode resultar na supressão do senso crítico e na transformação do indivíduo em um mero consumidor passivo. Na sociedade contemporânea, muitas vezes parece que não se pode ser ou existir sem consumir constantemente. Essa falta de senso crítico pode levar à alienação e à dependência na vida social, resultando em comportamentos prejudiciais e até mesmo nocivos.

Sobre este ponto, válido destacar as lições Mike Featherstone ao destacar a dualidade do consumo cultural, como uma expressão da identidade social, mas também

como uma potencial fonte de alienação quando os indivíduos não ponderam conscientemente suas escolhas e as influências externas:

"O consumo cultural é uma expressão da identidade social, mas também pode ser uma forma de alienação quando os indivíduos se submetem passivamente às influências externas, sem questionar criticamente sua própria relação com o mundo ao seu redor." - Featherstone, Mike. "Consumer culture and postmodernism." Sage Publications Ltd, 2007.

Nesse contexto, surge a necessidade de intervenção do Estado para proteger os indivíduos e garantir que seus direitos sejam respeitados. É importante distinguir entre o dever de tolerância, que está presente na Constituição, e a dominação ou excesso de poder sobre os outros. Enquanto todos têm o direito de exigir respeito e tolerância, não possuem o direito de impor sua vontade sobre terceiros de forma abusiva.

Portanto, é essencial que haja um equilíbrio entre os direitos individuais e as responsabilidades sociais, garantindo que cada pessoa possa exercer sua liberdade com responsabilidade e respeito pelos outros. O Estado desempenha um papel crucial nesse processo, criando e aplicando leis que promovam uma convivência harmoniosa e justa na sociedade.

Outro ponto fundamental neste cenário é a alienação da sociedade e suas consequências sociais, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Muitas vezes, o verdadeiro conteúdo da dignidade da pessoa humana é negligenciado em prol do fenômeno do consumo. É essencial compreender que o ato de consumir não se limita apenas à aquisição de bens ou serviços, mas tem uma série de desdobramentos que afetam aspectos humanos, sociais, culturais e econômicos. A indústria de games, por exemplo, é um campo que gera empregos e renda, mas não se pode simplesmente justificar tudo em nome do desenvolvimento econômico, pois a ordem econômica deve ser regulamentada de forma a respeitar a influência que exerce sobre a sociedade como um todo. Os direitos fundamentais da pessoa humana, incluindo a dignidade, devem ser preservados e considerados em todas as atividades econômicas e comerciais.

Sendo assim, é necessário encontrar um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e o respeito aos direitos humanos, garantindo que o consumo e a produção de bens e serviços não comprometam a dignidade e o bem-estar das pessoas. Isso requer uma abordagem holística que leve em consideração não apenas os aspectos econômicos, mas também os impactos sociais, culturais e éticos das atividades de consumo e produção.

IMPORTAÇÃO DE VALORES CONSUMERISTAS

A importação de valores e a padronização forçada, embora seja permitida, não é absoluta e deve ser feita com cuidado para evitar consequências práticas negativas. Para ilustrar como a importação de valores e instituições pode ter implicações profundas na estrutura e na dinâmica de uma sociedade tem-se o clássico exemplo da utilização do sistema presidencialista brasileiro, visto que tal modelo adotado no Brasil não é de origem nacional, mas sim uma adaptação do método americano, como proposto por Rui Barbosa.

Outrossim, é crucial que a importação de valores seja feita de maneira consciente e criteriosa, levando em consideração as particularidades culturais, políticas e sociais de cada contexto. Além disso, fundamental a ocorrência de debates, abertos e transparentes, sobre as consequências e os benefícios de tais importações, com vistas a garantir que as decisões tomadas reflitam verdadeiramente as necessidades e aspirações da sociedade em questão, sob pena de se perder a própria identidade.

Nesse sentido, Scott Lash e John Urry destacam como o consumo cultural hoje em dia é moldado pela dinâmica entre a globalização, que traz influências culturais de todo o mundo, e a busca individual pela expressão da identidade através das escolhas de consumo. Vejamos:

"O consumo cultural contemporâneo é caracterizado pela interseção entre a globalização e a individualização, onde os indivíduos buscam constantemente construir e expressar sua identidade por meio das escolhas culturais, ao mesmo tempo em que são influenciados por tendências globais e padrões de consumo massificados." - Lash, Scott, and John Urry. "Economies of signs and space." Sage, 1994.

Quanto à absorção externa de conteúdo e sua relação com a alienação, tem-se que muitas culturas orientais vêm resistido à influência da cultura ocidental, mantendo costumes e tradições que remontam há séculos. Essa resistência pode ser vista como uma forma de preservar a identidade cultural e impedir a homogeneização global, fato que não ocorre do mesmo modo no mundo ocidental, onde há uma permeabilidade significativa a novas tendências culturais e influências de outros países. Tal questão pode ser observada, por exemplo, na adoção de gêneros musicais como o country, os quais possuem raízes em tradições culturais distintas.

Uma das razões para essa diferença pode ser atribuída à redução do senso crítico em relação ao consumo exacerbado, especialmente de produtos e influências culturais externas. A falta de questionamento crítico pode levar as pessoas a aceitar passivamente

essas influências, sem considerar suas implicações mais profundas para a identidade e a cultura locais.

Portanto, é importante promover um senso crítico saudável em relação ao consumo e à absorção de influências externas, permitindo que as culturas preservem sua autenticidade e diversidade em um mundo cada vez mais globalizado.

Válido destacar as lições de Néstor Garcia Canclini ao afirmar que o consumo cultural no Brasil é afetado pelas diversas camadas sociais e econômicas do país, refletindo tanto a pluralidade cultural quanto as disparidades sociais que caracterizam a sociedade brasileira:

O consumo cultural contemporâneo no Brasil reflete não apenas a diversidade e a riqueza cultural do país, mas também as desigualdades sociais e econômicas que permeiam nossa sociedade, influenciando as práticas de consumo e os padrões de acesso aos bens culturais." - Canclini, Néstor Garcia. "Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade." Edusp, 2008

Questão contemporânea muito relevante sobre o consumo cultural diz respeito ao acesso a vazamentos de "nudes" e suas repercussões. De fato, situações como essa vêm gerando constrangimento coletivo e expondo pessoas a riscos significativos, como o acesso indevido por terceiros, seja por meio de roubo de aparelho telefônico ou por conflitos com parceiros vingativos.

Na raiz desse problema está a incapacidade do indivíduo em sopesar as referências culturais impostas. O comportamento de exibicionismo, por exemplo, deveria ser tratado como uma exceção e não como a regra. No entanto, a falta de questionamento crítico e a busca desenfreada por aceitação e validação podem levar as pessoas a adotarem comportamentos arriscados e imprudentes.

É fundamental promover uma educação ponderada e consciente sobre o uso responsável da tecnologia e sobre os limites do comportamento socialmente aceitável. Isso inclui ensinar às pessoas sobre a importância da privacidade, do respeito mútuo e do consentimento em todas as interações pessoais e digitais. Somente através do desenvolvimento de uma consciência crítica e ética é possível lidar de forma eficaz com os desafios complexos colocados pelo consumo cultural contemporâneo.

CONCLUSÃO

A relação de consumo e o acesso à justiça dentro da narrativa consumerista sob a ótica da alienação do consumidor na sociedade contemporânea revela um cenário complexo e multifacetado. À medida que a sociedade se torna cada vez mais centrada no consumo, observa-se uma crescente necessidade de validação social através da aquisição de bens materiais. Esta busca incessante por produtos e serviços muitas vezes obscurece a percepção dos indivíduos, levando-os a uma forma de alienação onde a identidade e o valor pessoal estão intrinsecamente ligados ao que eles possuem.

Nesse contexto, o acesso à justiça assume papel crucial, pois visa a proteger os direitos dos consumidores e garantir que eles não sejam explorados ou prejudicados por práticas comerciais desonestas. No entanto, a alienação do consumidor pode dificultar a busca por justiça, uma vez que os indivíduos podem estar tão imersos na cultura do consumo que ignoram ou minimizam os problemas enfrentados, aceitando injustiças como parte inevitável do processo de consumo.

Portanto, é imperativo que se reconheça a importância de conscientizar os consumidores sobre seus direitos e capacitá-los para tomar decisões informadas e responsáveis. Além disso, políticas públicas e regulamentações adequadas são essenciais para proteger os consumidores contra práticas predatórias por parte das empresas. Somente através de esforço conjunto da sociedade, do governo e das instituições jurídicas torna-se possível garantir um equilíbrio entre a busca pela validação social através do consumo e a proteção dos direitos e interesses dos consumidores, promovendo, assim, uma relação de consumo mais justa e equilibrada.

Bibliografia

Bauman, Zygmunt. "Modernidade líquida". Editora Zahar, 2001.

Canclini, Néstor Garcia. "Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade." Edusp, 2008

Featherstone, Mike. "Consumer culture and postmodernism." Sage Publications Ltd, 2007.

Lash, Scott, and John Urry. "Economies of signs and space." Sage, 1994.

Muniz, Ana Maria. "Consumo cultural e identidade social." Editora UFMG, 2004.