

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1197

(Ano XVI)

(13/04/2024)

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 1197



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. 1197 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 322 *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



Os recuos e os avanços da cultura da morte: suspensão da Nota Técnica Conjunta nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, novo Código Civil brasileiro e Constituição francesa
Eduardo Luiz Santos Cabette, 08.

ARTIGOS

Common Law e Civil Law: a utilização dos precedentes em um ordenamento jurídico reflete uma aproximação?

Renata Sawaris Borges Netto e Pedro Henrique de Carvalho Silva Alonso, 18.

Responsabilidade civil do Estado em caso de danos causados por obras públicas

Rafaela Neiva Fernandes, 35.

Controle de Constitucionalidade: aspectos gerais

Jarlline Moraes Monteiro, 46.

O indeferimento do pedido de interceptação de comunicações telefônicas e os meios de impugnação

Amanda Ferreira Coelho, 63.

Os crimes cibernéticos e o direito a honra.

Adriana dos Santos da Silva, 79.

A aplicabilidade da flexibilização e terceirização da mão de obra para a geração de novas vagas de trabalho

Fernanda Ramos Nonato, 94.

Autonomia e direito à morte digna: diretivas antecipadas da vontade

Igor Ponciano Lima da Cunha, 109.

A responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais

Joice Alves Silveira, 138.

Considerações sobre a compatibilidade entre as esferas punitivas dos atos de corrupção

Ana Caroline Gouveia Valadares, 156.

O Código de Defesa do Consumidor e a Lei Geral da Proteção de Dados: uma análise do uso de dados do consumidor virtualmente e sua vulnerabilidade

Maria Eduarda Lima Nascimento, 172.

Crimes contra a honra nas redes sociais

João Pedro dos Santos Azevedo, 188.

Prova ilícita e crime permanente de tráfico de drogas: à luz do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio

João Paulo Borges de Andrade, 201.

O direito subjetivo à prisão domiciliar à luz dos artigos 318 e 318-a do Código de Processo Penal e da jurisprudência dos tribunais superiores

Jaqueline Gonçalves Pereira, 236.

A Constituição no Divã: A origem da Legitimidade Constitucional à luz da Psicologia das Massas

André Jales Falcão Silva, 256.

A estruturação do direito e os valores constitucionais

Vitor De Checchi Garcia, 271.

Interseção das normas do Direito Administrativo com o Direito Privado nos Contratos Administrativos

Lucila Prazeres da Silva, 288.

OS RECUOS E OS AVANÇOS DA CULTURA DA MORTE: SUSPENSÃO DA NOTA TÉCNICA CONJUNTA Nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E CONSTITUIÇÃO FRANCESA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios¹.

Em 28.02.2024 veio à tona a Nota Técnica Conjunta n. 2/2024 – SAPS/SAES/MS, versando sobre a permissão de realização dos assim chamados “abortos legais” independentemente do tempo de gestação. ² Significa dizer que haveria permissão da prática de “aborto” mesmo em casos de gestações de 6,7,8 ou até 9 meses. A Nota pretende justificar essa orientação, alegando que a lei penal não estabelece o tempo de gestação para a realização do aborto e que nem o critério de viabilidade fetal é relevante para o caso. ³

Houve ingente reação social a essa medida, de forma que já em data de 29.02.2024 emergia a notícia de que a Nota Técnica sobredita foi “suspensa”, sob a alegação de que não teria sido expedida mediante os devidos trâmites formais administrativos e jurídicos. ⁴

Na realidade, o que se observou foi um recuo da chamada “Cultura da Morte” diante da reação da sociedade civil brasileira frente à barbárie que significaria a adoção de critérios tão elásticos, ou melhor, da falta de qualquer critério limitativo temporal para a realização de abortos. Nada mais nada menos do que o desprezo da verdadeira dignidade humana derivado de ideias que têm seu sustento em teorias racistas, de darwinismo social,

¹ E-mail: cabette@uol.com.br

² Cf. NOTA TÉCNICA CONJUNTA Nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, Disponível em https://multimidia.gazetadopovo.com.br/media/docs/1709209133_sei-ms-0038246948-nota-te-cnica-conjunta.pdf, acesso em 09.03.2024.

³ Op. Cit.

⁴ MINISTÉRIO da Saúde suspende Nota Técnica que derrubava orientação do governo Bolsonaro sobre aborto legal, Disponível em <https://g1.globo.com/saude/noticia/2024/02/29/ministerio-da-saude-nota-tecnica-aborto-legal.ghtml>, acesso em 09.03.2024.

de eugenia, materialismo, niilismo, em suma, de dissolução de qualquer sentido para a vida humana intra ou extrauterina. 5

Importante é salientar que o conceito de vida intrauterina não é dado por simples critério topográfico, ou seja, o fato de que a criança esteja dentro do ventre materno não é o fator decisivo para que se trate de vida intrauterina. A vida intrauterina é aquela que não tem condições de viabilidade extraútero. Por outro lado, a vida que já é viável fora do útero, ainda que esteja no álveo materno, já é uma vida extrauterina. Aquele que, ciente dessa condição, se propõe a eliminar uma vida humana extrauterina, age com o elemento subjetivo de homicídio e, objetivamente, mata uma criança e não um “produto da concepção” (ovo, embrião ou feto).

No caso da morte dada à criança aquilo que eufemisticamente se pretende chamar de “aborto tardio”, na realidade, nada mais é do que um homicídio de um infante. No entanto, tem sido comum o emprego dessa nefasta expressão de “aborto tardio” até mesmo para se referir a mortes dadas a crianças logo após o parto, o que é um homicídio ou, no mínimo, dadas certas condições especiais, um infanticídio e não um aborto, muito menos um “aborto legal”. A distorção dessa expressão é absurda e não pode ser aceita passivamente pelas pessoas, merecendo somente ser desmascarada.

Essas distorções terminológicas e conceituais são concomitantemente a semente e o fruto de uma vontade de liberdade e poder desordenada⁶ que conduz a um caos ético relativista no seio do qual já não se sabe distinguir certo e errado, verdade e mentira, não se sabe sequer da existência desses conceitos. É o mergulho cego no abismo do absurdo em que “os homens não conseguem referir-se a um valor comum, reconhecido por todos em cada um deles”, de forma que “o homem se torna incompreensível para o próprio homem”,⁷ enfim, o homem já não sabe mais o que ou quem é ele mesmo.

A Norma Técnica aqui mencionada foi resultado de toda essa desorientação por que passamos. Seu recuo é sinal de que ainda há alguma esperança, mas jamais se pode acreditar ingenuamente que estamos livres dos influxos do absurdo e da cultura da morte. O assassino covarde que se aproxima de sua vítima com o punhal nas mãos pode recuar estrategicamente, percebendo a aproximação de terceiros ou que a vítima o avistou e pode reagir. O assassino geralmente é astuto e covarde. Mas, seu recuo providencial não significa

5 Cf. WIKER, Benjamin, DeMARCO, Donald. *Arquitetos da Cultura da Morte*. Trad. Giovanna Louise Libralon. Campinas: CEDET/Ecclesiae, 2022, “passim”.

6 Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A graça do entendimento – liberdade humana: um texto sobre o aborto, um testemunho e uma oração. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/106435/a-graca-do-entendimento-liberdade-humana-um-texto-sobre-o-aborto-um-testemunho-e-uma-oracao/2>, acesso em 09.03.2024.

7 CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. Trad. Valerie Rumjanek. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 39.

o abandono de seu desígnio mortal. Significa tão somente que aguarda uma melhor ocasião para atacar de forma mais segura e eficaz.

O sacrifício cruento de infantes para a satisfação de interesses coletivos e individuais acompanha a humanidade. O deus pagão Moloch era adorado mediante o sacrifício de crianças queimadas vivas. Por isso em Deuteronômio 18,10 se acha escrito: “que entre o teu povo não se encontre alguém que queime seu filho ou filha”. E em Reis 23,10: “De igual modo profanou Tofete, o lugar pagão de adoração, que ficava no vale de Ben-Hinon, e a destruição foi de tal ordem que ninguém mais conseguiu sacrificar ali seus filhos e filhas, queimando-os em adoração ao deus Moloque, como era costume se fazer”. Ora, seria desnecessária a proibição se essa não fosse uma prática já existente. E a condenação dos atos, bem como a reação à sua execução não bastaram até hoje para evitar que direta ou indiretamente o culto a Moloch continue sob os mais diversos pretextos e disfarces. A sede pelo sangue de crianças parece ser insaciável nos corações humanos.

Sagastume destaca que em explorações arqueológicas têm sido encontradas vasilhas em que os sacerdotes de Moloch depositavam restos semicalcinados dos corpos de crianças. 8 Estas eram queimadas vivas em honra ao deus pagão e, para que as pessoas não ouvissem seu choro, durante as cerimônias se tocavam trombetas ou então os sacerdotes as levavam já meio mortas, agonizantes, anestesiadas mediante degola. 9 Esses eram os meios de ocultar aos olhos e ouvidos a crueldade ali perpetrada. Hoje, o grito mudo dos fetos e os eufemismos são os instrumentos de ocultação ainda mais potentes e sutis.

Também eram queimadas crianças ainda não nascidas (fetos) e havia preferência por crianças recém – nascidas com defeitos físicos, debilidades ou doenças, muitas vezes sob a alegação de tratar-se de uma “questão de saúde pública”, 10 o que nos lembra imediatamente certas falas contemporâneas sobre o tema do aborto.

Como destaca Sagastume, não se trata de nada mais do que a expressão de um instinto assassino, o desejo desenfreado e até o prazer de matar:

8 SAGASTUME, Adolfo. *Moloch Sacrifícios Humanos*. Ebook Kindle, 2016, posição 50.

9 Op. Cit, posição 63.

10 Op. Cit., posição 66.

“Esas son aberraciones de personas que esconden sus instintos asesinos. Ellos disfrutaron matar y por eso se aferran a seguir con esas horribles prácticas aún ahora en el siglo veinteuno”. 11

Observe-se que a Nota Técnica foi apenas “suspensa” e não cancelada em definitivo. Mais que isso, fatos posteriores no Brasil e no mundo nos mostram que devemos permanecer vigiando a sinistra disseminação da cultura da morte.

Em nossas terras, malgrado os insucessos até agora amealhados nas tentativas de normalizar a prática do aborto pelas vias judiciais, legislativas e administrativas, eis que surge um Projeto de Código civil que tem como uma das alterações na ordem jurídica a desconsideração do vivente humano intrauterino como sujeito de direitos.

De acordo com o nefasto projeto o bebê em gestação é definido como mera “potencialidade de vida humana pré - uterina ou uterina”, introduzindo no Código Civil a noção de que o bebê, antes de nascer, não teria vida humana. 12 Obviamente isso é um erro filosófico (confusão entre ato e potência e redução do primeiro à segunda), uma aberração frente à realidade biológica e, conseqüentemente, um erro científico; é, ademais, uma medida normativa inconstitucional, já que faz distinção gradualista entre vidas humanas (inteligência do artigo 5º., “caput”, CF) e, por fim, mas não em ordem de importância, trata-se de uma lei injusta e imoral, a qual, portanto, não pode nem deve ser considerada válida. O problema é que os envolvidos nessas manobras subterrâneas de processo legislativo não estão preocupados em nada com a verdade, com a moral, a ética, os conceitos filosóficos, a constitucionalidade e nem mesmo com a realidade biológica. Estão imersos na cultura da morte, numa sede de sangue humano inocente da qual nem mesmo têm consciência enquanto enredados em suas ideologias, seu hedonismo e vocabulários eufemísticos.

A manobra legislativa é absolutamente insidiosa, na medida em que pretende produzir o efeito da descriminalização do aborto por via do Código Civil. Isso porque, dissolvendo a condição de vida humana intrauterina na área cível, esvazia-se por reflexo o bem jurídico tutelado nos crimes de aborto. Ademais, algo considerado irrelevante ou

11 Tradução livre: “São aberrações de pessoas que escondem seus instintos assassinos. Eles gostam de matar e é por isso que se apegam a continuar com essas práticas horríveis mesmo agora, no século XXI.” Op. Cit., posição 418.

12 DESIDERI, Leonardo. Novo Código Civil é Bomba Ideológica Prestes a Tramitar sem Alarde no Senado. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/novo-codigo-civil-e-bomba-ideologica-prestes-a-tramitar-sem-alarde-no-senado/>, acesso em 09.03.2024.

admissível na área civil certamente não tem a dignidade de tornar-se objeto de repressão penal. Vale lembrar a lição do autor lusitano, Figueiredo Dias:

“As causas de justificação não têm de possuir caráter especificamente penal, antes podem provir da **totalidade da ordem jurídica** e constarem, por conseguinte, de um qualquer ramo do direito. Esta verificação (...) é compreensível e, ao menos numa larga medida, indiscutível: se uma ação é considerada lícita (conforme ao ‘direito’) pelo direito civil, administrativo ou por qualquer outro, essa licitude – ou ausência de ilicitude – tem de impor-se a nível do direito penal, pelo menos no sentido de que ela não pode constituir um ilícito penal”.¹³ E prossegue o autor, apresentando, em reforço, a formulação de Merkel: “sempre que uma conduta é, através de uma disposição do direito, imposta ou considerada como autorizada ou permitida, está excluída, sem mais a possibilidade de, ao mesmo tempo e com base num preceito penal, ser tida como antijurídica e punível” (grifo no original).¹⁴

Mas não é somente no Brasil que os esforços para a imposição da cultura da morte seguem firmes e fortes. A França “brinda” o mundo com a inclusão do “Direito ao Aborto” como um “Direito Fundamental” previsto em sua Constituição (Artigo 34 – “a lei determina as condições em que uma mulher tem a liberdade garantida de recorrer a um aborto”). E o Presidente francês, Emmanuel Macron, acalenta o “sonho” (pesadelo) de que esse “direito fundamental ao aborto” venha a ser introduzido também na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.¹⁵

O suposto golpe de mestre está em inserir o aborto como um “direito fundamental” na Constituição e não em lei ordinária. Não se trata de mera legalização, mas da conversão real do aborto em um direito da mulher, um direito fundamental constitucional. Dessa forma, nasce, conseqüentemente, um “dever” social e individual de satisfazer tal “direito fundamental” e aqueles que se opõem a isso são agora passíveis de serem considerados algozes de um “direito fundamental”. Sua negativa e mesmo sua crítica pode facilmente ser convertida em “discurso de ódio” e até mesmo em crime de omissão de socorro no caso de médicos e outros profissionais da saúde. Junto com os nascituros

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007, p. 387 – 388.

¹⁴ Op. Cit., p. 389.

¹⁵ VIDALON, Dominique, PINEAU, Elizabeth. Macron deseja tornar aborto um direito em toda União Europeia. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2024-03/macron-deseja-tornar-aborto-um-direito-em-toda-uniao-europeia#:~:text=A%20vota%C3%A7%C3%A3o%20de%20segunda%2Dfeira,de%20recorrer%20a%20um%20aborto%22>, acesso em 09.03.2024.

serão assassinadas a liberdade de consciência, a liberdade de expressão e a objeção de consciência. Afinal, como bem aduz Dalla – Rosa, não há direito sem garantia de seu exercício. 16 A existência de um direito pressupõe uma relação de “reciprocidade” do par *direito/obrigação*, sem isso o fenômeno jurídico não se completa. 17

Não obstante e ainda que a grande maioria das pessoas e até mesmo dos juristas prefira não enxergar, a verdade é que essa manobra de criar um “direito ao aborto” é, ela mesma, inconstitucional, exatamente pela característica de reciprocidade do Direito. Não devemos nos assustar com o surgimento de normas constitucionais inconstitucionais. Lembremo-nos das lições de Bachof:

Se uma Constituição, em tudo o resto, se tornou juridicamente eficaz, mas uma das suas normas, isoladamente, não corresponde aos requisitos de eficácia por aquela mesma estabelecidos, pode bem falar-se de uma norma constitucional “inconstitucional”: em qualquer caso, porém, tratar-se-á de uma norma *inválida*. 18

Ora, todo direito é caracteristicamente relativo. Não se trata de adotar a ideologia do relativismo, mas de reconhecer que a *relatividade* é constitutiva de qualquer direito. A uma porque as normas de qualquer espécie não existem de forma isolada, mas num conjunto que se pretende harmônico e não contraditório (relacional). A duas porque a todo direito corresponde um dever e esses direitos e deveres, para que estejam ordenados à Justiça, necessariamente devem obedecer a um Princípio de Proporcionalidade e Razoabilidade a dirimir inevitáveis situações de conflito entre direitos e deveres (estes precisam se relacionar proporcional e razoavelmente). Nesse contexto é impossível erigir legitimamente um “direito ao aborto” em qualquer Constituição ou lei, isso porque para que o “direito ao aborto” exista é preciso suprimir o “direito à vida” do nascituro. Essa supressão necessária é desproporcional, irrazoável e arbitrária, somente podendo ser concebida mediante o artifício da desumanização de um *ser humano* para satisfazer a vontade ou o capricho de outro. É preciso apagar a face do “outro” (nascituro) para que o semblante da mulher, elevado a absoluto, resplandeça. Acontece que o brilho da face da mulher será opacificado ou obscurecido devido ao sangue que deixará ali uma mancha indelével. É preciso lembrar que “a presença do ‘outro’ diante de mim impõe uma relação ética na qual não é permitida a apropriação da vida ou mais propriamente a aniquilação

16 DALLA – ROSA, Luiz Vergílio. *O Direito Como Garantia – Pressupostos de uma Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 71.

17 Op. Cit., p. 75.

18 BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida Editora, 1977, p. 51.

do outro”. 19 Portanto, não há estofa jurídico (por franca violação da proporcionalidade e razoabilidade) e muito menos ético – filosófico para uma disposição dessa espécie.

A distorção que, como em uma ladeira escorregadia, nos conduziu até o reconhecimento de um “direito fundamental ao aborto” numa constituição, já se iniciou quando se começou a falar em “direitos reprodutivos” para referir-se exatamente ao seu contrário, ou seja, ao “direito a abortar”, de “exterminar”. Como conclui Angotti, a expressão “direitos reprodutivos” é similar, em seu ridículo e absurdo, a utilizar a expressão “direitos dietéticos” para fazer uma greve de fome ou ‘direitos sexuais’ para em seguida optar pelo celibato”. 20 E ainda que se pretendesse reconhecer “direitos reprodutivos” e não o “direito ao extermínio”, isso seria inviável porque não seria possível haver reciprocidade entre direito e dever. Ora, ninguém poderia garantir um direito à reprodução a outrem, seja por meios naturais ou ordinários (relações sexuais) seja por meios artificiais ou extraordinários (inseminação artificial, reprodução “in vitro”). Uma pessoa não tem direito a reproduzir, porque ninguém tem a obrigação de ser seu par reprodutivo ou de doar sêmen ou óvulos para satisfazer interesses reprodutivos alheios. 21

Percebe-se que jamais podemos descansar na luta pela vida, em especial na luta pela defesa da vida daqueles que não podem se defender por si mesmos. Temos de estar constantemente atentos às artimanhas de todas as espécies e, especialmente, aos truques verbais, porque a linguagem pode moldar a realidade na medida em que conquiste as consciências e as distorça. Não é que a realidade se dobre à linguagem ou à consciência (isso seria um pensamento mágico pueril). O que acontece é que a realidade pode ser *encoberta* pela linguagem e acabar invisível ou indiscernível à consciência. Como nos ensina Santo Agostinho:

“Pois, tal como o sol está presente a um homem cego posto no sol, mas ele próprio está ausente ao sol, assim todo insensato é cego e a sabedoria lhe está presente. Mas, embora ela esteja presente ao cego, está ausente de seus olhos; não porque ela esteja ausente dele, mas porque ele próprio está ausente dela. 22

O caminho da morte que hoje nos é apresentado como o suprasumo do humanitarismo é assentado nas distorções eufemísticas e conceituais e, especialmente,

19 LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 177.

20 ANGOTTI NETO, Hélio. *Disbioética – O Extermínio do Amanhã*. Volume III. Brasília: Monergismo, 2018, p. 55.

21 Cf. Op. Cit., p. 55.

22 Apud, LANCASTER, Lucas (org.). *O Evangelho de Jesus Explicado*. Rio de Janeiro: CDB, 2023, p. 71.

numa característica pouco observada que é a sedução pela facilidade. Afinal, é muito mais fácil matar do que acolher, amar, cuidar e responsabilizar-se pelo outro. Dickens, falando exatamente da Revolução Francesa já expunha de modo brilhante essa situação:

“Liberdade, Igualdade, Fraternidade ou Morte; a última, muito mais fácil de conceder do que as outras, *ó Guillotine!*”²³

Não é de estranhar que do solo francês tenha brotado essa nossa mais nova aberração jurídica e humana. Na verdade, parece muito mais um previsível devir histórico naturalmente derivado das raízes de uma tradição revolucionária em que o morticínio era característico, de forma que os meios se refletem ou mesmo determinam os fins.²⁴ Nada além do que a constatação de Grillparzer: “A trajetória da cultura moderna vai da humanidade até a bestialidade”.²⁵

Enfim, o recuo da cultura da morte infelizmente nunca é definitivo, mas certamente estratégico. Vigiem e cumpramos cada um a nossa parte, ainda que pequena, nessa luta que não se pode delegar ou postergar. É preciso ter a noção do que já ensinava o Rabino Hilel: “Se eu não o fizer – quem o fara? E se eu não fizer agora mesmo – quando, afinal?”²⁶

REFERÊNCIAS

ANGOTTI NETO, Hélio. *Disbioética – O Extermínio do Amanhã*. Volume III. Brasília: Monergismo, 2018.

23 DICKENS, Charles. *Um Conto de Duas Cidades*. Trad. Sandra Luzia Couto. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 288.

24 Aldous Huxley afirma que “os fins não podem justificar os meios, porque os meios usados determinam a natureza do fim que é alcançado”. Não se encontra citação literal do autor neste sentido, mas em sua obra se pode deparar com a crítica a uma paz artificial, obtida por meio medicamentoso. O meio artificial leva a uma paz igualmente artificial. Cf. HUXLEY, Aldous. *O Admirável Mundo Novo*. Trad. Lino Vallandro. 22ª. ed. São Paulo: Globo, 2014, p. 283 – 284.

25 GRILLPARZER, Franz, Apud ZILLY, Berthold. A Pátria entre Paródia, Utopia e Melancolia. *Revista Estudos Sociedade e Agricultura*. n. 20, abr., 2023, p. 72. Disponível em <file:///C:/Users/Eduardo/Downloads/acabral,+Gerente+da+revista,+200304-045-080.pdf>, acesso em 10.03.2024. Também no original: GRILLPARZER, Franz. Der Weg der neuern Bildung geht von Humanität durch Nationalität zur Bestialität. In: FRANK, Peter, PÖRNACHER, Karl (orgs.). *Ausgewählte Briefe, Gespräche, Berichte*. 2 v. München: Hanser, 1960, p. 500. “Der Weg der neuern Bildung geht Von Humanität (...) Zur Bestialität”.

26 HILEL, Rabino, Apud FRANKL, Viktor. *Chegará o Dia em que Serás Livre*. Trad. Karleno Bocarro. São Paulo: Quadrante, 2021, p. 93.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida Editora, 1977.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A graça do entendimento – liberdade humana: um texto sobre o aborto, um testemunho e uma oração. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/106435/a-graca-do-entendimento-liberdade-humana-um-texto-sobre-o-aborto-um-testemuno-e-uma-oracao/2> , acesso em 09.03.2024.

CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. Trad. Valerie Rumjanek. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

DALLA – ROSA, Luiz Vergilio. *O Direito Como Garantia – Pressupostos de uma Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DESIDERI, Leonardo. Novo Código Civil é Bomba Ideológica Prestes a Tramitar sem Alarde no Senado. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/novo-codigo-civil-e-bomba-ideologica-prestes-a-tramitar-sem-alarde-no-senado/>, acesso em 09.03.2024.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007.

DICKENS, Charles. *Um Conto de Duas Cidades*. Trad. Sandra Luzia Couto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

FRANKL, Viktor. *Chegará o Dia em que Serás Livre*. Trad. Karleno Bocarro. São Paulo: Quadrante, 2021.

GRILLPARZER, Franz. Der Weg der neuern Bildung geht von Humanität durch Nationalität zur Bestialität. In: FRANK, Peter, PÖRNACHER, Karl (orgs.). *Ausgewählte Briefe, Gespräche, Berichte*. 2 v. München: Hanser, 1960.

HUXLEY, Aldous. *O Admirável Mundo Novo*. Trad. Lino Vallandro. 22ª. ed. São Paulo: Globo, 2014.

LANCASTER, Lucas (org.). *O Evangelho de Jesus Explicado*. Rio de Janeiro: CDB, 2023.

LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1988.

MINISTÉRIO da Saúde suspende Nota Técnica que derrubava orientação do governo Bolsonaro sobre aborto legal, Disponível em <https://g1.globo.com/saude/noticia/2024/02/29/ministerio-da-saude-nota-tecnica-aborto-legal.ghtml> , acesso em 09.03.2024.

NOTA TÉCNICA CONJUNTA Nº 2/2024-SAPS/SAES/MS, Disponível em https://multimidia.gazetadopovo.com.br/media/docs/1709209133_sei-ms-0038246948-nota-tecnica-conjunta.pdf , acesso em 09.03.2024.

SAGASTUME, Adolfo. *Moloch Sacrifícios Humanos*. Ebook Kindle, 2016.

VIDALON, Dominique, PINEAU, Elizabeth. Macron deseja tornar aborto um direito em toda União Europeia. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2024-03/macron-deseja-tornar-aborto-um-direito-em-toda-uniao-europeia#:~:text=A%20vota%C3%A7%C3%A3o%20de%20segunda%2Dfeira,de%20recorrer%20a%20um%20aborto%22> , acesso em 09.03.2024.

ZILLY, Berthold. A Pátria entre Paródia, Utopia e Melancolia. *Revista Estudos Sociedade e Agricultura*. n. 20, abr., p. 45 – 80, 2023.

WIKER, Benjamin, DeMARCO, Donald. *Arquitetos da Cultura da Morte*. Trad. Giovanna Louise Libralon. Campinas: CEDET/Ecclesiae, 2022.

COMMON LAW E CIVIL LAW: A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES EM UM ORDENAMENTO JURÍDICO REFLETE UMA APROXIMAÇÃO?

RENATA SAWARIS BORGES NETTO: Pós-graduanda *stricto sensu* em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduada *lato sensu* em Direito Processual Penal e Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em associação ao IBCCRIM. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul.²⁷

PEDRO HENRIQUE DE CARVALHO SILVA ALONSO²⁸

(coautor)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar uma visão comparativa sobre a decisão judicial nas famílias da *Common Law* e da *Civil Law*. A partir desse objetivo, o estudo das origens e conceitos foram abordados. Foi dada ênfase às principais características das famílias jurídicas e, posteriormente, às semelhanças e diferenças que apresentam quanto às decisões judiciais. A análise central realizada adveio do questionamento quanto a utilização de casos anteriores como parâmetro para julgamento, na *Common Law* com a teoria do *stare decisis* e na *Civil Law* com os precedentes. A partir disso, buscou-se responder o questionamento se a utilização desses reflete uma aproximação entre as famílias jurídicas ou se, na realidade, são teorias distantes. O estudo utilizou a metodologia de pesquisa bibliográfica, conjuntamente com análise documental e legislativa. Como conclusão, em especial, ao tratar-se da *Civil Law* a partir do ordenamento jurídico brasileiro, entendeu-se que há apenas uma aparente aproximação entre as famílias jurídicas.

Palavras-chave: Decisão Judicial. *Common Law*. *Civil Law*. *Stare Decisis*. Precedentes.

ABSTRACT: The present research sought to present a critical view of the judicial decision in *Common Law* and *Civil Law* families. From this objective, the study of origins and concepts were approached. Emphasis was placed on the main characteristics of legal

²⁷ Endereço eletrônico: renatasborgesn@gmail.com.

²⁸ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Unidombosco, mestrando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e advogado. Endereço: Rua Prudente de Moraes, 177, CEP: 11.800-000. Telefone (41) 991790598. Endereço eletrônico: phccsalonso98@hotmail.com.

families and, subsequently, on the similarities and differences they present in relation to judicial decisions. The central analysis carried out came from the questioning of the use of previous cases as a parameter for judgment, in Common Law with the theory of *stare decisis* and in Civil Law with precedents. Based on this, we sought to answer the question of whether the use of these reflects an approximation between legal families or if they are distant theories. The study used the methodology of bibliographic research, together with legislative document analysis. As a conclusion, especially when dealing with Civil Law from the Brazilian legal system, it was understood that there is only an apparent approximation between the legal families.

Keywords: Court Decision. *Common Law*. *Civil law*. *Stare Decisis*. Precedents.

INTRODUÇÃO

O presente estudo inicia-se com uma análise das classificações acerca das famílias jurídicas. Destaca-se que a relevância da pesquisa científica parte do entendimento dos elementos utilizados para delimitação do tema. Sendo assim, foram expostas teorias diversas, mas destacou-se entre elas a relativa às famílias jurídicas da *Common Law* e da *Civil Law*, pois à esta pertencente o ordenamento jurídico brasileiro e àquela outros ordenamentos jurídicos dos quais adotam os precedentes judiciais, que serão tema de aprofundamento.

As famílias jurídicas representam além de sistemas diversos, reflexos da cultura, da civilização e da organização política e social de determinada sociedade, resumindo-se como tradições jurídicas diversas. Assim, com o objetivo de compreensão, busca-se aprofundar suas origens históricas. Em realce, apresentar-se-á a *Common Law* a partir dos principais acontecimentos históricos da Inglaterra e a *Civil Law* diante do direito romano.

Ao estudar a *Common Law*, identificar-se-á o seu desenvolvimento como direito público, pois derivou essencialmente do direito aplicado pelos reis e do direito consuetudinário, que posteriormente foi substituído pelo precedente judicial. Por sua vez, a *Civil Law* desenvolveu-se consagrando a suprema ficção da Lei como vontade geral.

Diante do estudo, a clarificação das origens das famílias jurídicas refletirá a diferenciação em suas fontes jurídicas e modo de aplicá-las. Nesse sentido, a teoria predominante da *Common Law*, a *stare decisis*, merecerá destaque. Bem como, na *Civil Law*, a ampliação do uso da jurisprudência e a súmula vinculante.

A partir da utilização dos casos anteriores como parâmetro é difundida uma falsa aproximação entre as famílias jurídicas, conteúdo esse que será pormenorizado ao entender a evolução de cada família jurídica, as principais fontes e, em especial, a latente

diferença na aplicação dos precedentes. Portanto, a resposta ao questionamento proposto será desenvolvida como resultado da compreensão dos pontos acima expostos.

Frisa-se que o escopo não é pormenorizar as teorias da decisão, mas é tão simplesmente entender se o âmago da *Common Law*, qual seja a reflexão acerca do caso concreto sub *judice*, é analisada no sistema brasileiro, ou, pelo contrário, se o que se está vendo é somente a substituição da Lei pela Jurisprudência, deixando de lado o *case*.

Em face de uma abordagem reflexiva, a pesquisa utilizou a metodologia teórica, documental e legislativa. Pautou-se, em sua maioria, por revisão bibliográfica de literatura técnica especializada, na qual foram abordados livros, artigos, periódicos e teses.

1 SISTEMAS JURÍDICOS: BREVE ANÁLISE

Em torno do estudo proposto acerca decisão judicial no ordenamento da *Common Law* e no ordenamento da *Civil Law*, cabe esclarecer o conceito e as noções iniciais relativas ao tema. Assim, entende-se sistema jurídico, em sentido estrito, como ordenamento jurídico e, em sentido amplo, como compreensão ampla de fatores que interagem com a estrutura normativa, como sociais, políticos, econômicos, históricos, culturais e religiosos. Os ordenamentos jurídicos, ao apresentarem características comuns relevantes, são agrupados em uma classe homogênea com finalidades heurísticas que resultam nas famílias jurídicas²⁹.

Ainda que, conforme Pegoraro, o conceito de família jurídica não se mostre "suficiente para explicar todas as realidades e, em particular, não explica a classe das democracias liberais, que compreende tanto o *Common Law* quanto o *Civil Law*, como também outras famílias"³⁰, reconhece que conservam sua utilidade científica a medida em que oferecem clarificação quanto aos fenômenos jurídicos diante dos diversos entrelaçamentos da experiência jurídica. No mesmo sentido, Ugo Mattei afirma: "*It provides the intellectual framework of the law and it makes the law's complexity more manageable*"³¹. Portanto, a importância da existência do Direito Comparado, como

29 PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*. V.1. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 73.

30 PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*. V.1. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 74 e 81.

31 MATTEI, Ugo. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change *In World's Legal Systems, The American Journal of Comparative Law*, v. 45, 1997, p. 5.

direito-ciência, enfatiza o estudo do Direito, enquanto sistema normativo, como reflexo de uma cultura e civilização de um povo³².

As famílias jurídicas, portanto, são classificadas pela doutrina de diversas maneiras segundo os elementos determinantes utilizados para a sistematização dos ordenamentos jurídicos, como as que assumem parâmetro absoluto e exclusivo, as que introduzem o parâmetro da relatividade, mas conservam como atributo deste a exclusividade e as que adotam critérios de prevalência e da não exclusividade.

A partir do pressuposto de que cada organização social é uma organização judiciária e baseado no critério de prevalência (*fuzzy*), Ugo Mattei agrupa os sistemas jurídicos em três famílias jurídicas: (i) a família da hegemonia profissional (*rule of professional law*); (ii) a família da hegemonia política (*rule of political law*) e (iv) a família da hegemonia tradicional (*rule of tradicional law*)³³. Relevante para o presente estudo é a família fundada na *rule of professional law*, pois inclui os grupos de *civil law* e *common law*. O autor entende que as principais características de tais ordenamentos jurídicos para serem classificados como ramos da mesma família jurídica são o fato de que o componente técnico-jurídico ser distinto do componente político e a estrutura conceitual do direito ser secularizada e, portanto, a submissão dos governantes e dos governados à lei. Por sua vez, à família da hegemonia política, marcada por condição temporal, pertencem ordenamentos jurídicos em fase de transição, nos quais os momentos político e jurídico coincidem. A última família, da hegemonia tradicional, reúne os ordenamentos em que não há separação entre direito e tradição religiosa ou filosófica, prevalente à área oriental.

Outra classificação relevante, proposta por René David, subdivide os ordenamentos jurídicos em quatro famílias ou sistemas. O autor salienta, entretanto, que não há consenso para estabelecer os elementos definitivos para a divisão e que cada classificação depende da perspectiva mundial ou regional e, ainda, da prospecção do direito público, privado ou criminal³⁴. São elas: (i) o sistema romano-germânico (*Civil Law*); (ii) o sistema da *Common Law*; (iii) o sistema dos direitos socialistas (que compunham a denominada Europa do Leste, capitaneados pela URSS, até a Queda do Muro de Berlim e o esfacelamento daquela) e (iv) outras concepções da ordem social e do direito, como o

32 SOARES, Guido. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

33 MATTEI, Ugo. *Verso una tripartizione non eurocêntrica dei sistemi giuridici*, in Aa.Vv., *Scintillae iuris*, Studi in memoria di Gino Gorla, 3vols., Giuffrè, Milano, I, p. 775 e ss., p. 36 e ss. *Apud* PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*. V.1. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 79.

34 DAVID, René. *Major legal systems in the world today: An introduction to comparative study of law*. Tradução de John E. C. Brierley 2. ed. Nova York: The Free Press, 1978, p. 20.

direito muçulmano, indiano, direitos do Extremo Oriente, direito judaico, direitos da África e de Madagáscar, de forte componente ligado à religião³⁵.

Em virtude da comparação proposta, faz-se necessária breve análise histórica para a compreensão do tema, pois “mais do que uma análise de sistemas jurídicos, em verdade, está se realizando uma comparação entre tradições jurídicas”³⁶.

2 AS ORIGENS DA COMMON LAW E DA CIVIL LAW

Inicialmente, rememora-se que *Common Law* alude ao sistema da família dos direitos que receberam a influência do direito da Inglaterra e; a partir da denominação que seus doutrinadores conferiram, a *Civil Law* alude ao sistema da família dos direitos romano-germânicos³⁷. Quanto a utilização do termo *Common Law*, Soares³⁸ esclarece que, ainda que tenha nascido na Inglaterra, não pode ser entendido como sistema inglês, pois aplicado a vários países; nem como britânico, pois remete a Grã-Bretanha, o que inclui a Escócia e essa pertence a família romano-germânica (*Civil Law*); nem com anglo-saxão, porque esse designa o sistema dos direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, portanto, anterior à criação da *Common Law* naquele país.

A família da *Common Law*, como exposto, originou-se na Inglaterra, entretanto, há muito é aplicada e desenvolvida em demais nações. Ressalva importante acerca da diferença que pode ser vista entre os países em que originaram a *Common Law*, especialmente aplicada na Inglaterra e na Irlanda, e os países que importaram ela, que são países fora da Europa, como Estados Unidos e Canadá, os quais desenvolveram autonomia em relação àquela³⁹. O estudo dessa família será baseado em sua formação e, portanto, ao desenvolvido na Inglaterra.

O direito consuetudinário é comumente relacionado à família da *Common Law*, pois tinha como norma e como fator de organização social os costumes. Na Inglaterra,

35 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*. Tradução de Hermínio A. de Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. Apud SOARES, Guido. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 25-26.

36 MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, n. 1, p. 16-17. Apud ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. *Introdução ao direito. Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 380.

37 SOARES, Guido. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47.

38 *Ibidem*, p. 25.

39 DAVID, René. *Major legal systems in the world today: An introduction to comparative study of law*. Tradução de John E. C. Brierley 2. ed. Nova York: The Free Press, 1978, p. 24.

coexistiram normas de origem germânica e normas de direito romano e canônico, bem como, posteriormente, normas advindas da conquista normanda.

A origem do Direito, nesse contexto, foi relacionada ao poder real, sendo que era desenvolvido como sistema nos casos em que a paz era ameaçada ou então quando a intervenção real era necessária, por isso, essencialmente desenvolveu-se como direito público⁴⁰. A partir da conquista normanda, o Direito foi utilizado como instrumento de governo⁴¹.

A unidade política se deu a partir de Guilherme, o Conquistador, que unificou o direito e, portanto, restou conhecido como "direito comum" (*Common Law*). A partir de então, o costume continuou como fonte, porém era baseado no comportamento dos juízes e não mais no comportamento popular⁴². Nesse momento de unificação, que culminou no compromisso obtido em Westminster, em 1285, o *sheriff* ocupou importante papel ao ser o responsável por assegurar a efetividade e executoriedade das decisões reais, mas o principal instrumento foi o *writ*⁴³, que era uma ação nominada e com fórmulas fixadas pelos costumes, que correspondia à obtenção de um remédio adequado à situação.

É possível analisar que, posteriormente, o direito inglês foi regulado por 4 sistemas: *Common Law*, *Law Merchant*, Direito Canônico e *Equity*. A última, traduzida como equidade, decidia mais com base em normas morais do que jurídicas⁴⁴ e caracterizava-se por ser um recurso voltado à autoridade diante da injustiça de flagrantes casos concretos, que eram despachados pelo chanceler, encarregado de orientar e guiar o rei em sua decisão⁴⁵. Assim, diferenciava-se do *Common Law*, pois esse apresentava maior comprometimento com o *rigor iuris* e o poder discricionário do magistrado era afastado; enquanto para a *Equity*, a legislação posta não era sua fonte, mas sim a consciência fundamentada em caráter discricionário. Apenas em 1873 com o *Judicature Act* (Lei de

40 DAVID, René. *Major legal systems in the world today: An introduction to comparative study of law*. Tradução de John E. C. Brierley 2. ed. Nova York: The Free Press, 1978, p. 23.

41 ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. *Introdução ao direito. Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 382.

42 LOSANO, Mário G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 323-325.

43 ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. *Introdução ao direito. Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 383.

44 SOARES, Guido. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 32.

45 ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. *Introdução ao direito. Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 384.

Organização Judiciária) que *Equity* e *Common Law* foram conciliados e reestruturou-se o sistema judiciário inglês, sendo abolidos os antigos tribunais e substituídos pela *Supreme Court of Judicature*. Após a Revolução Francesa (ocorrida nos anos 1789 e 1799), o vértice judiciário coincidiu com o parlamento, o que resultou em um direito feito pelos juízes.

Atualmente as fontes do direito britânico são, em ordem crescente de importância, o costume, a lei e os precedentes jurídicos.⁴⁶ Apesar de os usos locais continuarem existindo, o costume geral como fonte de direito foi substituído pelo precedente judicial. A legislação, por sua vez, é interpretada de modo restritivo, pois a principal fonte é o precedente jurisprudencial. Assim, as decisões de casos análogos àquele em exame contêm o direito vigente em forma não codificada; ainda, se ressalta que um único julgado é considerado como precedente obrigatório, pois declara a existência de uma norma jurídica⁴⁷.

Ainda nesse tópico, é preciso entender o modelo da *Civil Law*, o qual é ligado à tradição romano-germânica, sendo que a partir da ideia de segurança jurídica privilegia-se mais o Direito Escrito, em detrimento de um Direito Construído, a partir dos costumes, como se percebeu no modelo acima explicado. Assim, o modelo da *Civil Law* passa por uma análise histórica do Direito Romano, pois desde à época bizantina, através da Idade Média, do Renascimento e do Iluminismo, as relações entre os indivíduos foram dirigidas pelo *Corpus Justiniano*, exaltado a ponto de ver nele a própria razão colocada por escrito (*ratio scripta*).⁴⁸

As obras editadas durante a baixa idade média expressavam o Direito basilar da época e se subdividiam em 4 (quatro), em suma, era o Digesto, Código, Instituições e, por fim as novelas, a qual são entendidas como a atualização das outras 3 (três) obras.⁴⁹ Somente com a redescoberta dessa compilação, ocorrida na Idade Média, encontrou-se um nome que abrange todas as quatro partes: para ressaltar seu caráter unitário em relação à jurisprudência romana clássica e ao direito bárbaro, falou-se, assim, em um *Corpus Juris Civilis*.⁵⁰

46 LOSANO, Mário G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 333.

47 SOARES, Guido. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

48 LOSANO, Mário G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. S. Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 58.

49 *Ibidem*, p. 38.

50 *Ibidem*, p. 38.

Pode-se, portanto, entender que a solidificação de um sistema que seria pautado na segurança jurídica tem seu arcabouço teórico ligado aos documentos erigidos no estudo do Direito Romano. É preciso acrescentar ainda que a tradição da *Civil Law* está atrelada a fontes diversas do Direito Romano, como o Direito Canônico, Direito Comercial, as revoluções e a ciência do Direito; de modo que se pode dizer que o que ocorreu foi um emaranhado de documentos que compuseram a o fenômeno jurídico estudado.

Frisa-se, contudo, que é no século XIII que ocorre a formação de um sistema propriamente dito, advindo do Renascimento Cultural da Europa, bem como do estudo e sistematização das universidades, com os glosadores e comentadores.⁵¹ Diante disso, do século XII em diante, as universidades passaram a estudar o Direito Romano como um Direito que exprime a justiça, culminando com o desenvolvimento de uma ciência do Direito pelas universidades, direito este que era teórico e erudito.⁵²

Esse movimento diminui muito o arcabouço das fontes do Direito, ao passo que houve clara mitigação da influência do Direito Canônico e do *Jus Commune*, aliado ao fato que o Estado começa a exercer o papel principal de produção do Direito, sucumbindo, inclusive, o costume da seara jurídica.⁵³

Nesse sentido, percebe-se que surge a partir do século XVIII a ideia de um Direito Unificado, que substitui o sistema pluralista de fontes do direito por um único texto legislativo completo e de valor geral. O que culmina com o início das codificações, sendo esse o resultado de séculos de mudanças iniciadas com o estudo do Direito Romano.

Pensar no contexto histórico da *Civil Law* é perceber as revoluções próprias do século XVIII, aliadas ao fato de que se constrói um sentimento de busca por um sistema que pudesse conter abusos e preservar a igualdade, baseado num modelo racional, porquanto fixa-se o entendimento de que a Lei deve ser geral (para todos, independente da classe que o cidadão ocupa) e abstrata (aplicada ao caso concreto), a fim de que as decisões judiciais fossem externalizadas de forma imparcial, ao ponto de que se dizia que "o Juiz é a boca da lei"⁵⁴.

51 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 51.

52 *Ibidem*, p. 52.

53 *Ibidem*, p. 55.

54 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el Estado de derecho – civil law y common law. *THEMIS Revista De Derecho*, (58). 2010, p. 73.

Vigora então, conforme se analisa pelo recorte histórico, o primado da lei sobre toda manifestação jurídica e, portanto, uma hierarquia que coloca todas as outras fontes em degraus inferiores, tirando sua autonomia e vitaliciedade, consagrando a suprema ficção da Lei como vontade geral.⁵⁵

Em suma, de forma elucidativa, pode-se entender a essência da *Civil Law*, nas palavras de Paolo Grossi:

A cifra aqui assinalada e sublinhada não é expressiva de um desenvolvimento mundial da modernidade jurídica e nem mesmo da inteira europa; é, ao contrário, uma cifra que diz respeito exatamente aos Estados do continente europeu, onde os efeitos da Revolução Francesa se fazem sentir incisivamente, onde impera o estatismo jurídico e onde, cedo ou tarde, o direito sofre a redução sistematizadora, mas também ossificadora da codificação.⁵⁶

O autor ainda é mais preciso na sua explanação quando centraliza o auge da Civil Law na Revolução Francesa, visto que a partir desse momento histórico, inicia-se o movimento de codificação na Europa, de modo que fica claro que os países adeptos desse sintagma jurídico são os grande Estados da Europa Continental, com o imenso apêndice de suas colônias tornadas novos Estados independentes mais tarde, no curso dos séculos XIX e XX, porquanto é nesses respectivos países que se impõe a cifra estatista e legalista.⁵⁷

A partir de uma análise da *Civil Law* e da *Common Law*, verifica-se que aquele está pautado na ânsia de se estabelecer a segurança jurídica no Estado, visto que oriundo de revoluções, declarações de independência ou codificações, ao passo que este tem como gênese a continuidade da tradição, sem rompimentos históricos, como se verifica na Inglaterra, propagadora do Direito Costumeiro até os dias atuais.⁵⁸ Estefânia Maria de Queiroz elucidada bem a questão:

Diferente do civil law, no qual a autoridade da lei está na autoridade de quem a promulgou, no common law a autoridade do direito está em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas

55 GROSSI, Paolo. *Primeira Lição Sobre Direito*. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 54.

56 GROSSI, Paolo. *Primeira Lição Sobre Direito*. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p. 54.

57 *Ibidem*, p. 55.

58 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 201, p. 32.

gerações. Por essa razão admite-se a autoridade do direito construído jurisprudencialmente.⁵⁹

Com isso, cumpriu-se o estudo proposto sobre ambos os sistemas jurídicos, a fim de perceber a diferença prática e histórica. Faz-se necessário, diante do escopo do presente trabalho, a análise do instituto da *stare decisis* e dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro.

3 STARE DECISIS E PRECEDENTES JUDICIAIS

A busca na *Civil Law* foi essencialmente estabelecer o primado da segurança jurídica, por meio da Lei. A dúvida que surge é se na *Common Law* há estabilidade jurídica nas decisões, ao passo que se está diante de um sistema que não privilegia a norma escrita, mas a análise do caso concreto e do costume. Diante desse ponto de questionamento foi necessário se desenvolver, na tradição do Common Law, a doutrina da *stare decisis*, como forma, inclusive, de dar certeza ao sistema jurídico, porquanto culmina por ser um aparato lógico de um sistema de Direito jurisprudencial.

O marco temporal da gênese do instituto estudado, remonta ao caso *Mirehouse vs. Rennell*, de 1833, no qual o juiz James Parke se mostrou favorável à aplicação dos precedentes, em prol da uniformidade e segurança:

Our common-law system consists in the applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedent; and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise; and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those to which they have not been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have devised.⁶⁰

⁵⁹ *Ibidem*, p. 32.

⁶⁰ O nosso sistema de common-law consiste na aplicação de novas combinações de circunstâncias às regras de direito que derivam de princípios legais e jurisprudenciais, e para o objetivo de atingir a consistência, uniformidade e segurança, temos que aplicar essas regras, onde não forem claramente irracionais e inconvenientes, a todos os casos que surgirem, e não temos a liberdade de rejeitá-los, e abandonar todos os casos análogos com eles, aqueles aos quais não tenham sido judicialmente aplicada, porque pensamos que as regras não são tão convenientes e razoáveis como poderíamos ter concebido. *Mirehouse v. Rennell*. Apud Barboza, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir*

O surgimento, portanto, da ideia de que a soberania das decisões anteriores devem ser paradigma para as posteriores tem início, de modo que vários pormenores específicos que também a doutrina do *stare decisis* começam a aparecer. Nesse sentido, é preciso lembrar das *Law Reports*, que nada mais são que o relatório de casos concretos, usado no sistema de precedentes judiciais; de modo que nos relatos compreende-se os fatos de cada caso e as razões, ou seja, expõem-se os fundamentos dados ao julgamento pela corte.⁶¹

Insta salientar que hoje os relatórios são elaborados em papel por advogados e, após, aprovados pelo tribunal⁶², mas também as *Law Reports* excluem aqueles casos em que foram decididos sem oposição, pois identificar a razão de decidir do caso concreto sem debates orais torna-se mais restrita, de modo que não é possível vincular com casos futuros. Assim, o objetivo é perceber os casos em que se introduz um novo princípio ou uma nova regra, bem como nos casos em que houve uma alteração de entendimento, entre outros pontos cruciais que posteriormente podem ser usados para subsidiar as decisões, nas quais o caso concreto tenha similitude.⁶³

Seguindo essa lógica, é nítido que o corpo de precedentes disponíveis para ser considerado em qualquer sistema jurídico representa, assim, uma acumulação de conhecimento do passado. Não é sempre que existe uma perfeita equivalência entre um novo caso e algum precedente. É mais provável que, para cada caso novo, um conjunto de decisões prévias garanta alguns modelos similares que possam ser adotados ou adaptados para solucionar o problema que se enfrenta atualmente.⁶⁴

Não há como olvidar, a partir do exposto até aqui que a doutrina do *stare decisis* é a aquela em que há nítido respeito às decisões judiciais tomadas anteriormente por outros tribunais. Diversamente do que ocorre na *Civil Law*, uma única decisão dos tribunais deve ser respeitada, conhecida pela doutrina como precedente individual obrigatório⁶⁵, teoria corolária da *stare decisis*.

da aproximação dos sistemas de common law e civil law. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. p. 165

61 MARTIN, Elizabeth A. (Ed.). *A Dictionary of Law*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2003, p. 281.

62 MARTIN, Elizabeth A. (Ed.). *A Dictionary of Law*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2003, p. 281.

63 THE INCORPORATED COUNCIL OF LAW REPORTING. Disponível em: <https://www.iclr.co.uk/products/iclr-4/>. Acesso em 07/11/2023.

64 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 167.

65 LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'. *Revista Chilena de Derecho*, v. 33 n.1, p. 109-124, 2006.

Aprofundando a teoria da *stare decisis*, verifica-se que existe a subdivisão em vertical e horizontal. A primeira representa aquela em que um tribunal superior vincula a decisão em relação aos agentes jurídicos inferiores, ao passo que a segunda se dá no âmbito da estabilidade das decisões dentro do mesmo âmbito hierárquico.⁶⁶ Ademais, é preciso expor a natureza coercitiva da doutrina estudada, porque se um juiz se recusa a aplicar o precedente ao caso ao qual está vinculado é possível que ele perca o seu cargo. No entanto, percebe-se no modelo da *Common Law* que o que impele o juiz é muito mais a reprovação moral de outros juízes, do que eventual receio de receber a punição.⁶⁷

Aqui, verifica-se um ponto crucial, pois é possível observar na realidade jurídica brasileira uma tentativa de estabelecer um sistema jurisprudencial que garanta estabilidade nas decisões jurídicas, vide a criação do instituto da súmula vinculante e dos precedentes no Código de Processo Civil. No entanto, ainda que diante de tais instrumentos, percebe-se um dissenso no momento de tomadas de decisões, sendo perceptível o desrespeito à instância judiciária superior.

A partir desse ponto, faz-se mister avançar no presente artigo, a fim de esclarecer como a realidade do *Common Law* tem sido internalizada no Direito doméstico. A ampliação da utilização de casos anteriores como parâmetro de julgamento no ordenamento jurídico brasileiro atende aos princípios expostos no artigo 927, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, quais sejam: a segurança jurídica, a proteção da confiança e da isonomia.

Em primeira análise, o objetivo de utilização das súmulas vinculantes e da jurisprudência mostra-se favorável, tanto a partir dos princípios expostos, como também para celeridade processual em face de eficiência quantitativa e para evitar a multiplicidade de processos com causas repetitivas. Nesse sentido, a Resolução nº 325, de 29 de junho de 2020, impõe que haverá imposição de metas nacionais anuais reguladas pelo ato do presidente do CNJ para aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, o que reflete diretamente em uma fiscalização de produtividade.⁶⁸

Entretanto, em sentido contrário, analisa-se que a importação da *Common Law* da utilização de julgamentos anteriores não se deu de forma absoluta, acarretando má

66 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 167.

67 *Ibidem*, p. 99.

68 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 325, de 29 de junho de 2020*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original182343202006305efb832f79875.pdf>. Acesso em: 18 de novembro de 2023.

utilização e desvirtuamento da própria finalidade. Isso porque o adotado no ordenamento jurídico brasileiro assemelha-se mais a uma cultura de ementas à cultura de precedentes.⁶⁹

Torna-se mais clara a ideia que se pretende expor, quando se pensa que a finalidade da criação da súmula no Brasil, em 1963, era de organização e facilitação das tarefas judicantes, ao permitir consulta aos julgados anteriores. Contudo, a partir das reformas no Código de Processo Civil de 1973, assim como com as alterações na Constituição e, até mesmo, com a positivação do Código de Processo Civil de 2015, a súmula, ao invés de método de trabalho, passou a possuir finalidade que antes não possuía, qual seja, dar poder ao juiz de julgar liminarmente o pedido e ser fundamento impeditivo de recurso.⁷⁰ Portanto, o que se está a refletir é que, muito embora se tenha dado a aparência de que os institutos processuais estejam vinculados a *Common Law*, percebe-se que o formato e o modo de construção do raciocínio não modificou, de modo que houve apenas a mudança do método de subsunção da lei para o método de subsunção de decisões judiciais.

Os precedentes na *Civil Law*, diante de sua estrutura pragmática⁷¹, conforme abordado anteriormente, têm seu valor pelo conjunto de outras decisões proferidas no mesmo sentido, demonstrando haver certo consenso sobre a matéria posta em discussão.⁷² Por sua vez, a jurisprudência na *Common Law*, a partir de uma estrutura lógico-semântica⁷³, reflete fórmula genérica advinda de um caso concreto para que seja utilizada em outros, porém diante dos enunciados não se analisa o contexto e as demais implicações jurídicas em que tal foi formulado.

A própria forma de raciocínio dos membros de sistemas de *Civil Law* e da *Common Law* demonstra a assimilação do modo de julgar ser controvertida, pois aqueles são baseados a partir dos princípios para os exemplos, e os membros do *Common Law* seguem

69 SCHMITZ, Leonard. Compreendendo os "precedentes" no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 226, p. 349, dez. 2023, p. 2.

70 SILVA, Dioga Bacha e. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas Civil Law e Common Law. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*. 2017. V.4. n.1. p. 63-88.

71 SCHMITZ, Leonard. Compreendendo os "precedentes" no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 226, p. 349, dez. 2023, p. 5.

72 SCHELEDER, Adriana; NOSCHANG, Patrícia. Precedentes e jurisprudência no direito brasileiro: uma distinção necessária a partir dos sistemas jurídicos de common law e civil law. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, pp. 23-52, jan./jun. 2018, p. 30.

73 SCHMITZ, Leonard. Compreendendo os "precedentes" no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 226, p. 349, dez. 2023, p. 5.

dos exemplos em direção aos princípios.⁷⁴ Soares afirma que a questão é de método, pois no *Civil Law* a primeira leitura é a lei escrita e, subsidiariamente, a jurisprudência; enquanto no *Common Law* primeiro buscam os cases e, caso constatada uma lacuna, recorre-se à lei escrita.⁷⁵ Portanto, conforme Scheleder e Noschang, “a diferença entre os sistemas não está somente na fonte das regras jurídicas, mas principalmente na forma como condicionam o modo de pensar do jurista”⁷⁶.

A utilização da jurisprudência e das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro necessita seguir os parâmetros de legitimidade para validade. Assim, destaca-se a importância da fundamentação, princípio exposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, que confere um direito ao cidadão acerca da ciência dos motivos e um dever do magistrado de expor seu raciocínio construtivo no caso em concreto, pois, conforme Sérgio Nojiri, ao mesmo tempo em que é um consectário de um Estado Democrático de Direito, é também uma garantia.⁷⁷

Ainda sobre esse ponto, é possível analisar a emenda constitucional nº 45/04, a qual criou o instituto da súmula vinculante, acrescentando ao texto da Lei Maior o artigo 103-A. A partir dessa mudança na Carta Magna o enunciado sumular editado pelo Supremo Tribunal Federal, na condição de vinculante, passa a ser de observância obrigatória para os demais juízes e tribunais, bem como para Administração Pública, sob pena de reclamação direta ao Pretório Excelso.

Nesse sentido, o artigo 927, do Código de Processo Civil, determina que os juízes e tribunais deverão observar as decisões anteriores. Entretanto, o artigo 489, V, do mesmo código, dispõe que não será considerada fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Observa-se assim que o próprio ordenamento jurídico brasileiro reconhece que as súmulas e a jurisprudência são parâmetros a serem seguidos nas decisões judiciais. Entretanto, a mera replicação do enunciado não é válida,

74 SCHELEDER, Adriana; NOSCHANG, Patrícia. Precedentes e jurisprudência no direito brasileiro: uma distinção necessária a partir dos sistemas jurídicos de common law e civil law. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, pp. 23-52, jan./jun. 2018, p. 29.

75 SOARES, Guido. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 39.

76 SCHELEDER, Adriana; NOSCHANG, Patrícia. Precedentes e jurisprudência no direito brasileiro: uma distinção necessária a partir dos sistemas jurídicos de common law e civil law. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, pp. 23-52, jan./jun. 2018, p. 36.

77 NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. In: *Coleção de estudos de processo Enrico Tullio Liebman*, v. 39. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 69.

sendo necessário a fundamentação, bem como a aplicação conjunta da lei; além de também ser necessária a motivação para a não aplicação de um enunciado jurisprudencial.

O ordenamento jurídico brasileiro, como pertencente à família jurídica da *Civil Law*, esbarra-se na controvérsia da falta de uniformidade das decisões. Em face desse problema, buscou-se adaptar à dinâmica de precedentes, sistemática advinda da *Common Law*. Porém, ao invés de clarificar a questão, tornou-a maior ao aplicá-los de modo genérico, sem nenhuma argumentação dos aspectos essenciais do caso *sub judice*⁷⁸ e, portanto, sem a correta subsunção do caso concreto ao paradigma, ampliando a insegurança jurídica.

Um ponto importante que precisa ser analisado é o fato de que, notoriamente, pelo fato de um sistema jurisprudencial ter como ponto inicial para a discussão jurídica o caso concreto em si, dá-se mais importância ao que se vislumbrou no exame das provas e fatos, no início do processo, ao passo que se torna claro que a vinculação jurisprudencial se opera muito mais de baixo pra cima, porquanto o processo em sua gênese tem muito mais contato com as especificidades do *case*. Acresce-se, ainda, que o sistema brasileiro possui um nítido distanciamento da prova, quando se está diante de um caso que tramita nos tribunais superiores, prova disso é a súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, pode-se dizer que a tentativa de importação de modelos institucionais da *Common Law*, sem entender a perspectiva inerente de um país culturalmente pertencente à tradição civilista, culmina por erradicar com a essência da função jurisdicional, uma vez que a jurisprudência passa a operar arbitrariamente, de cima pra baixo, autoritariamente, é o que esclarece Lenio Streck, ao comentar sobre a proposta revisional das súmulas, ainda incipiente na década de 90.⁷⁹

De todo modo, sem querer fazer juízo de valor acerca da introdução de uma metodologia de vinculação da Jurisprudência, torna-se claro que o que está a ocorrer no Brasil não é uma aproximação da doutrina da *stare decisis*, ou do sistema da *common law*, propriamente dito, mas sim uma troca do diploma legislativo pelo diploma judicial.

Reflete-se, ainda, a relevância do entendimento acerca do direito como prática interpretativa. Reitera-se que hermenêutica da lei em conjunto com a análise de casos anteriores, bem como das súmulas vinculantes, tornaria a cultura de ementas mais semelhante a cultura de precedentes, alcançando a uniformidade das decisões e a segurança jurídica.

78 SILVA, Dioga Bacha e. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas *Civil Law* e *Common Law*. Revista de Direito da Faculdade Guanambi. 2017. v.4. n.1, p. 63-88.

79 STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no Direito Brasileiro Eficácia, poder e função. 1ª Edição. Porto Alegre - Livraria do Advogado. 1995, p. 184.

O cenário exposto da utilização diversa dos precedentes nas famílias jurídicas reflete, portanto, não uma aproximação, mas uma falha de importação de fonte jurídica, em especial, ao considerar a aplicação desviada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como finalidade, a partir da explanação dos sistemas jurídicos da *Civil Law* e da *Common Law*, refletir acerca de uma possível influência do modelo anglo-saxão no ordenamento jurídico brasileiro.

Destacou-se, na *Common Law*, a doutrina do *stare decisis*, que está vinculada ao estudo do caso concreto, de modo que a análise jurisprudencial não se limita tão somente a uma subsunção de decisões aos fatos, mas na compreensão acerca da dinâmica e a semelhança a outro caso.

Diante disso, pode-se dizer que no Brasil o que se vê é tão somente uma substituição da Lei pela jurisprudência. Resta latente na aplicação do Direito as origens derivadas do pensamento romano-germânico, sedimentado em normas abstratas e gerais, sendo que as normas não mais se limitam às produzidas no âmbito legislativo, mas também as oriundas do judiciário.

Conclui-se, portanto, que o sistema brasileiro, ao contrário da aproximação aparente, culminou por se distanciar do modelo anglo-saxão. Ademais, após a reflexão jurídica sobre o tema, resta a importância da discussão a fim de que o ordenamento jurídico brasileiro seja aplicado de modo a conferir segurança jurídica aos seus julgados, considerando a forma da decisão e as peculiaridades próprias de sua legislação.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. *Introdução ao direito. Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil law*. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

DAVID, René. *Major legal systems in the world today: An introduction to comparative study of law*. Tradução de John E. C. Brierley 2. ed. Nova York: The Free Press, 1978.

GROSSI, Paolo. *Primeira Lição Sobre Direito*. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

LEGARRE, Santiago; RIVERA, Julio César. Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'. *Revista Chilena de Derecho*, v. 33 n.1, p. 109-124, 2006.

LOSANO, Mário G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARTIN, Elizabeth A. (Ed.). *A Dictionary of Law*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2003.

MATTEI, Ugo. *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change In World's Legal Systems*, *The American Journal of Comparative Law*, v. 45, 1997, p. 5-44.

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2 ed. México: Fondode Cultura Economica, 2007, n. 1, p. 16-17. *Apud* ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomas de. *Introdução ao direito. Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. In: *Coleção de estudos de processo Enrico Tullio Liebman*, v. 39. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Sistemas constitucionais comparados*. V.1. São Paulo: Contracorrente, 2021.

SCHELEDER, Adriana; NOSCHANG, Patrícia. Precedentes e jurisprudência no direito brasileiro: uma distinção necessária a partir dos sistemas jurídicos de common law e civil law. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, pp. 23-52, jan./jun. 2018.

SCHMITZ, Leonard. Compreendendo os "precedentes" no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais Online, v. 226, p. 349, dez. 2023.

SILVA, Dioga Bacha e. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas Civil Law e Common Law. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*. 2017. v. 4. n.1.

SOARES, Guido. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro Eficácia, poder e função*. Porto Alegre - Livraria do Advogado. 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el Estado de derecho –civil law y common law*. *THEMIS Revista De Derecho*, (58). 2010.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE DANOS CAUSADOS POR OBRAS PÚBLICAS

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/Direito⁸⁰.

RESUMO: Este artigo examina a responsabilidade civil da Administração Pública em casos de danos decorrentes de obras públicas, destacando os fundamentos legais e doutrinários que regem a matéria. Inicialmente, é abordado o contexto da responsabilidade civil do Estado e sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, são discutidos os fundamentos da responsabilidade civil da Administração em casos de obras públicas, comparando-a com outras hipóteses de responsabilidade civil da Administração Pública.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Administração Pública. Obra pública.

ABSTRACT: This article examines the civil responsibility of the Public Administration in cases of damage resulting from public constructions, highlighting the legal and doctrinal foundations that govern the matter. Initially, the context of the State's civil responsibility and its evolution in the Brazilian legal system is explained. Next, the foundations of the Administration's civil responsibility in cases of public constructions are discussed, comparing it with other hypotheses of Public Administration's civil responsibility.

Keywords: Civil responsibility. Public Administration. Public constructions.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado é tema de grande relevância no contexto social e jurídico, já que a Administração Pública é responsável pela prestação de serviços públicos e outros serviços de relevância social, além de celebrar uma infinidade de contratos para a consecução de suas finalidades. Atuando em larga escala e por diversas frentes, é esperado que, na execução de suas atividades, sejam praticados atos que causem danos a terceiros, a ensejar a responsabilidade civil estatal. Uma dessas atividades é a realização de obras públicas.

80 E-mail: rafinhafernandes@hotmail.com

É sabido que a responsabilidade civil da Administração Pública possui contornos diferenciados em relação à responsabilidade civil dos particulares em geral. E, no que se refere às obras públicas, os fundamentos da responsabilização são ainda mais diferenciados, divergindo, até mesmo, dos outros casos de responsabilidade civil da Administração.

Nesse diapasão, mostra-se importante estudar o tema e conhecer os moldes da responsabilização do Estado por danos causados por obras públicas, o que permite que o gestor público e o contratado possam planejar os riscos decorrentes do contrato de obra pública e as formas de mitigá-los. Permite, também que o terceiro eventualmente prejudicado possa informar-se a respeito das possibilidades que possui para buscar a reparação do dano.

Para tanto, aborda-se, inicialmente, o histórico da responsabilidade civil do Estado, e posteriormente, o caso específico da responsabilidade civil da Administração Pública em caso de danos decorrentes de obras públicas.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: EVOLUÇÃO E FUNDAMENTOS

A evolução histórica da responsabilidade civil do Estado pode ser dividida em seis momentos: teoria da irresponsabilidade do Estado, teoria da responsabilidade com culpa, teoria da culpa administrativa, teoria do risco administrativo, teoria da responsabilidade integral e teoria do risco social.

Num primeiro momento, época do Estado Absolutista, prevalecia a irresponsabilidade do Estado, sintetizada na ideia do "*the king can do no wrong*", segundo a qual o monarca soberano, por ser investido no poder pela ordem divina, não cometia erros, não podendo ser responsabilizado.

O marco da transição da teoria da irresponsabilidade para as teorias da responsabilidade foi o caso Blanco, ocorrido na França, no final do século XIX, em que uma menina, Agnes Blanco, foi atropelada na rua por um vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. O pai de Agnes ajuizou ação de indenização alegando a responsabilidade civil estatal, tendo o pedido sido acolhido e o Estado francês responsabilizado.

O caso Blanco foi o marco inicial da teoria da responsabilidade com culpa (teoria subjetiva civilista), que permite a responsabilização estatal em caso de culpa ou dolo (elemento subjetivo) do ente público. Para essa teoria, que se aproxima do Direito Civil, a responsabilidade do Estado se configura quando presentes os seguintes elementos: conduta, dano, nexos causal e culpa ou dolo.

Tal teoria foi, aos poucos, sendo superada, ante a dificuldade prática de a vítima demonstrar a culpa ou dolo da Administração, o que, na prática, inviabilizava a responsabilização.

Sobreveio, então, a teoria da culpa administrativa (teoria subjetiva administrativista), que trouxe a ideia de culpa do serviço ("*faute du service*"). Essa teoria, apesar de ainda exigir o elemento subjetivo para a responsabilização do Estado, não exigia mais que fosse demonstrada a culpa ou dolo do agente público que praticou o ato lesivo, sendo suficiente a demonstração de que o serviço público inexistiu, não funcionou ou funcionou de forma deficiente.

Essa teoria ainda é aplicada, no Brasil, para algumas hipóteses de omissão administrativa.

Posteriormente, surgiu a teoria do risco administrativo (teoria objetiva), que já não mais exige o elemento subjetivo (dolo ou culpa) para a configuração da responsabilidade civil. Tem-se, então, a noção de risco administrativo, a permitir a responsabilidade civil independentemente de dolo ou culpa, isto é, a responsabilidade civil objetiva, sendo exigidos, apenas, três requisitos: conduta, dano e nexo causal.

Ressalta-se, contudo, que a teoria do risco administrativo permite a alegação, pela Administração Pública, de excludentes de responsabilidade, quais sejam: culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior. Além dessas hipóteses, que excluem a responsabilidade, a culpa concorrente da vítima, ou culpa recíproca, pode ser alegada para atenuar a responsabilidade estatal.

Trata-se da teoria aplicável no Brasil, como regra, atualmente, abrangendo boa parte das hipóteses de responsabilidade civil do Estado.

A teoria do risco integral, por sua vez, também é uma teoria de responsabilização objetiva do Estado, porém se diferencia da teoria do risco administrativo por não admitir excludentes de responsabilidade. Nesse caso, o Estado atua como um segurador universal, respondendo civilmente ainda que haja culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, não podendo invocar essas excludentes para se eximir de responsabilidade.

Aplica-se a teoria do risco integral para os casos de danos nucleares, atentados terroristas, danos ambientais, acidentes de trabalho nas relações de emprego público e pagamento da indenização do DPVAT (seguro obrigatório de veículos automotores).

Por fim, menciona-se a teoria do risco social, que preconiza que a reparação do dano é um encargo de toda a coletividade, falando-se, aqui, da chamada socialização dos

riscos. É uma teoria que se preocupa mais com a reparação da vítima do que com a responsabilização do autor do dano, sendo a indenização diluída como um ônus da sociedade.

Nesse caso, o Estado assume a responsabilidade, inclusive, por atos de terceiros.

Cita-se como exemplo, a Lei Geral da Copa (Lei nº 12.663/2012), que, em seu art. 23, previu a responsabilidade civil da União *"por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos, exceto se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano"*⁸¹.

3. REGIME CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A Constituição da República de 1988 trouxe, em seu art. 37, §6º, a regra geral da responsabilidade objetiva do Estado, ao prever que *"as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"*.

O dispositivo traz importantes questões a respeito do tema.

Inicialmente, como já dito, prevê que a responsabilidade civil do Estado é, como regra, objetiva. Em segundo lugar, dispõe que a responsabilidade abrange as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos. Estão incluídos, portanto, os entes públicos, autarquias, fundações públicas, estatais prestadoras de serviços públicos e concessionárias de serviços públicos.

Os agentes públicos devem atuar "nessa qualidade", isto é, na condição de agentes públicos. Assim, atos praticados por agentes públicos no âmbito de sua vida privada e que eventualmente causem danos a terceiros não ensejam a responsabilização estatal.

Outro aspecto interessante é que o Estado responde pelos danos causados a terceiros, já tendo o Supremo Tribunal Federal decidido que a norma do art. 37, §6º da CR/88, engloba terceiros usuários e não usuários do serviço:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO

⁸¹ BRASIL. Lei nº 12.663, de 5 de junho de 2012. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nºs 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970.

PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido. (STF. Plenário, RE 591874, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 26/08/2009, repercussão geral, tema 130).

Assim, se um ônibus de transporte público atropela um pedestre que não era passageiro, a concessionária responde pelo dano causado, mesmo sendo ele um terceiro não usuário do serviço.

Por fim, o dispositivo assegura o direito de regresso do Estado perante o agente público que atuar com dolo ou culpa. Donde se extrai que, muito embora o Estado responda de forma objetiva, o agente público apenas responde de forma subjetiva.

Interpretando o art. 37, §6º, o STF fixou o entendimento de que a norma constitucional consagra a chamada "dupla garantia", segundo a qual o particular lesado apenas pode ajuizar a ação em face do ente público ou de quem lhe faça s vezes, mas não em face do agente público. A responsabilização do agente público apenas se dará perante o ente público que integra, em ação de regresso.

Veja-se a tese de repercussão geral fixada pelo STF:

A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (STF. Plenário. RE 1027633/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 14/8/2019, repercussão geral, Info 947).

Trata-se de uma garantia para o particular, que não precisará demonstrar o elemento subjetivo da culpa ou dolo e nem se sujeitar à solvência patrimonial do agente

público. E, também, de uma garantia para o agente público, que possui maior respaldo para o exercício de suas funções, com a certeza de que não responderá perante terceiros, mas somente perante o ente que integra, e, ainda, assim, caso demonstrada sua atuação dolosa ou culposa. Tem-se, portanto, uma dupla garantia.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE OBRAS PÚBLICAS

Vistas as premissas iniciais a respeito da responsabilidade civil do Estado, passa-se a tratar de um tema específico e pouco explorado: a responsabilidade civil do Estado em caso de obras públicas. Quanto a este ponto, mostra-se necessário diferenciar a responsabilidade decorrente de danos gerados pela própria natureza da obra dos danos gerados pela má execução da obra.

Nos casos de danos provenientes da própria natureza da obra, aplica-se a regra geral da responsabilidade objetiva, respondendo o Estado independentemente de culpa ou dolo. O raciocínio é simples: se o dano é inerente à obra, o Estado assumiu o risco de produzi-lo ao decidir realizar a obra pública. Aplica-se, à hipótese, a teoria do risco administrativo. Trata-se de uma responsabilidade civil por ato lícito, a qual é admitida no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalta-se que, nessa primeira hipótese, apenas a Administração Pública responde pelo dano, não havendo responsabilidade da empresa contratada para a realização da obra.

Cita-se, como exemplo clássico, o caso de obra em via pública que gera a interdição da via por determinado período, causando danos aos comerciantes daquela rua ou avenida, que deixam de ter clientes em razão da proibição de trânsito de veículos e pedestres no local.

Por outro lado, nos casos de dano proveniente de má execução, quem responde primariamente é a empresa executora da obra, de forma subjetiva, sendo necessária a demonstração de culpa ou dolo.

A matéria é regulada no art. 120 da Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos), que dispõe que "*o contratado será responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros em razão da execução do contrato, e não excluirá nem reduzirá essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo contratante*".

A Administração responderá, nesse segundo caso, apenas de forma subsidiária. Não há, portanto, solidariedade.

Veja-se que o raciocínio, nessa segunda hipótese, é diferente da regra geral da responsabilidade estatal, pois o Estado apenas responde de forma subsidiária.

A razão de ser dessa diferenciação decorre do fato de que a má execução da obra é um erro não imputável à Administração, mas ao contratado. À Administração cumpre o dever de bem fiscalizar o contrato. Já a expertise técnica e o bom desempenho contratual são atribuições do contratado. Considerando que a Administração Pública é a contratante, não ficará totalmente isenta de responsabilidade. Todavia, somente será acionada a indenizar caso frustrada a execução contra a empresa responsável pela obra.

Há, também um outro fundamento para a responsabilidade subsidiária nesse caso, de ordem legal. É que, segundo o Código Civil (art. 265), a solidariedade não se presume, decorrendo da lei ou da vontade das partes. Como não há determinação legal de responsabilidade solidária para a hipótese, o Estado responderá, somente, de forma subsidiária.

A respeito da responsabilidade civil do Estado por dano decorrente de obra pública, cita-se a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

A questão da responsabilidade do Estado oriunda de danos provocados por obras públicas tem apresentado alguma controvérsia entre os estudiosos e nas decisões judiciais. Entretanto, parece-nos que se pode estabelecer um sistema lógico para o assunto, procurando distinguir as várias hipóteses que o tema encerra.

A primeira hipótese é aquela em que o dano é provocado pelo só fato da obra. Por alguma razão natural ou imprevisível, e sem que tenha havido culpa de alguém, a obra pública causa dano ao particular. Se tal ocorrer, dar-se-á a responsabilidade objetiva do Estado, independentemente de quem esteja executando a obra, eis que presentes todos os pressupostos para sua configuração. Ainda que não se possa caracterizar de ilícita a atividade estatal, a responsabilidade decorre da própria teoria do risco administrativo.

Uma segunda hipótese pressupõe que o Estado tenha cometido a execução da obra a um empreiteiro através de contrato administrativo, e que o dano tenha sido provocado exclusivamente por culpa do executor. A solução será a de atribuir-se ao empreiteiro a responsabilidade subjetiva comum de direito privado, sabido que cumpre o contrato sob sua conta e risco. A ação deve ser movida, no caso, somente contra o empreiteiro, sem participação do Estado no

processo. A responsabilidade do Estado é subsidiária, isto é, só estará configurada se o executor não lograr reparar os prejuízos que causou ao prejudicado.⁸²

O autor apresenta, ainda, uma terceira hipótese, que surge quando tanto o empreiteiro quanto o Poder Público contribuem para a ocorrência do dano. Nesse caso, ambos respondem de forma primária e solidária:

É viável, por fim, que tanto o empreiteiro privado como o próprio Poder Público (este, ainda que por omissão) tenham contribuído para o fato causador do dano. Aqui ambos têm responsabilidade primária e solidária, podendo figurar conjuntamente na ação de reparação de danos proposta pelo lesado.⁸³

Rafael Oliveira aponta a existência de divergência doutrinária no que tange à responsabilidade estatal por danos decorrentes de obras públicas, havendo entendimento no sentido de que, em qualquer caso, o Estado responde objetivamente, e entendimento que diferencia o dano causado pelo simples fato da obra e o dano decorrente de má execução da obra:

As obras públicas podem ser executadas diretamente por agentes públicos do Estado (execução direta da obra) ou por empresa contratada, normalmente, mediante licitação (execução indireta da obra). No primeiro caso, o Estado responde objetivamente pelos danos causados a terceiros, na forma do art. 37, § 6.º, da CRFB. Em relação à segunda hipótese, contudo, a doutrina diverge sobre a responsabilidade civil do Estado:

Primeiro entendimento: o Estado responde diretamente pelos danos causados por empresas por ele contratadas, uma vez que a obra pública, em última análise, é de sua responsabilidade e a empresa privada, no caso, seria considerada “agente público”. Nesse sentido: Sergio Cavalieri Filho e Yussef Said Cahali.

Segundo entendimento: deve ser feita a distinção entre dano causado pelo simples fato da obra e danos oriundos da má execução da obra. Na primeira hipótese, o Estado responde diretamente e de maneira objetiva, inexistindo responsabilidade da empreiteira (ex.: obra que acarreta o fechamento de via pública por longo período,

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 37ª ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 476.

⁸³ *Op. Cit.*, p. 476.

prejudicando comerciantes). Na segunda situação, a empreiteira responde primariamente e de maneira subjetiva, havendo, no entanto, responsabilidade subsidiária do Estado (ex.: ausência de sinalização no canteiro de obra que gera queda de pedestre). Nesse sentido: José Cretella Júnior, Hely Lopes Meirelles e José dos Santos Carvalho Filho.⁸⁴

Prosegue Rafael Oliveira, afirmando que o segundo entendimento deve ser prestigiado, aliando-se, assim, à posição majoritária sobre o tema, esposada no presente artigo:

O segundo entendimento deve ser prestigiado. A distinção entre danos causados pelo simples fato da obra e pela má execução da obra é fundamental para fixação da natureza da responsabilidade e da própria pessoa responsável. Quando a simples existência da obra pública é a causa do dano, não havendo atuação culposa da empreiteira, a responsabilidade objetiva deve ser atribuída diretamente ao Estado, uma vez que o dano foi causado por ato administrativo que determinou a realização da obra. Por outro lado, a empreiteira possui responsabilidade primária e subjetiva quando causa danos a terceiros, subsistindo a responsabilidade subsidiária do Estado, conforme previsão contida no art. 70 da Lei 8.666/1993 e no art. 120 da nova Lei de Licitações. Cabe ressaltar a inexistência de responsabilidade solidária entre o Estado e a empreiteira, uma vez que a solidariedade não se presume (art. 265 do CC). O argumento da culpa *in eligendo* da Administração na escolha da empreiteira, utilizado por parcela da doutrina para responsabilizar o Poder Público primariamente, não nos parece adequado, tendo em vista a ausência de discricionariedade na contratação que foi precedida de licitação pública.⁸⁵

Veja-se que, para a doutrina que defende a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de má execução da obra pelo empreiteiro, a responsabilidade primária do Estado, juntamente com a contratada, decorreria da culpa *in eligendo* do Poder Público em escolher tal empresa para a execução da obra. Para se contrapor a tal alegação, Rafael Oliveira apresenta interessante argumento, no sentido de que a culpa *in eligendo* não seria

⁸⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 890.

⁸⁵ *Op. Cit.*, p. 890.

aplicável ao caso, já que a Administração Pública escolhe o contratado mediante licitação, estando a contratação vinculada ao licitante vencedor, de forma que não há discricionariedade na escolha da empreiteira.

5. CONCLUSÃO

A teoria da responsabilidade civil do Estado passou por grande evolução ao longo da história, até chegar ao modelo hoje existente, em que prevalece a responsabilidade objetiva pela teoria do risco administrativo. Há, também, espaço para a aplicação da responsabilidade objetiva pela teoria do risco integral e, ainda, para a teoria da responsabilidade subjetiva com a configuração da culpa administrativa ou falta do serviço.

Mais especificamente, a responsabilidade civil em caso de obras públicas é tema de alta relevância para a Administração Pública, pois a realização de obras é tarefa cotidiana na gestão administrativa. Grandes obras, se não executadas corretamente, podem gerar danos de alta magnitude, como foi o caso do viaduto Batalha dos Guararapes, que caiu em Belo Horizonte/MG e levou à morte de duas pessoas no ano de 2014, além de 23 feridos⁸⁶.

À Administração cabe o dever de bem fiscalizar a realização da obra, desde a elaboração do projeto básico e do projeto executivo até a execução da obra, de modo a se eximir de eventual responsabilização primária, além de contribuir para evitar a própria ocorrência do dano. Uma esmerada fiscalização contratual resguarda a Administração, que responderá apenas subsidiariamente nos casos de má execução da obra.

Lado outro, a falha na fiscalização pode levar à culpa concorrente e à responsabilização primária e solidária do ente público juntamente com a empreiteira.

Por fim, nos casos de danos gerados pelo simples fato da obra, a Administração responde pela regra geral da responsabilidade civil estatal, isto é, responde objetivamente, pela teoria do risco administrativo.

BIBLIOGRAFIA:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Lei nº 12.663, de 5 de junho de 2012. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nºs 6.815, de 19 de agosto

⁸⁶ CONSTRUTORA responsabiliza projeto de viaduto e prefeitura por desabamento. G1, 22 julho 2014. Disponível em: <<https://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2014/07/falha-em-projeto-provocado-queda-de-viaduto-em-bh-diz-construtora.html>>. Acesso em: 09/04/2024.

de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 37ª ed. Barueri: Atlas, 2023.

CONSTRUTORA responsabiliza projeto de viaduto e prefeitura por desabamento. G1, 22 julho 2014. Disponível em: <<https://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2014/07/falha-em-projeto-provocou-queda-de-viaduto-em-bh-diz-construtora.html>>. Acesso em: 09/04/2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

STF. Plenário, RE 591874, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgado em 26/08/2009, repercussão geral, tema 130). Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=RE%20591874>. Acesso em: 06/04/2024.

STF. Plenário. RE 1027633/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 14/8/2019, repercussão geral, Info 947. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5136782>>. Acesso em: 06/04/2024.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: ASPECTOS GERAIS

JARLLINE MORAES MONTEIRO:
Graduanda em Direito pela
Universidade Federal do Amazonas-
UFAM⁸⁷

ADRIANO FERNANDES FERREIRA
(Orientador)⁸⁸

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo trazer explicações sobre alguns aspectos gerais do Controle de Constitucionalidade no Ordenamento Jurídico brasileiro de uma forma mais simplificada, facilitando seu entendimento, haja vista, que esse tema é de grande complexidade. Para alcançar tal objetivo, foram utilizadas abordagens metodológicas como a quantitativa que trabalha com coleta de dados e a qualitativa buscando um aprofundamento do resultado e uma análise do conteúdo por intermédio da coleta de material bibliográfico de autores que contribuíram para os estudos acerca desse tema tão complexo.

Palavras-chave: inconstitucionalidade, controle de constitucionalidade, controle preventivo, controle concentrado, controle difuso.

1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade almeja justamente proteger a Supremacia da Constituição de atos normativos inconstitucionais. E ainda que haja um escalonamento hierárquico das normas, e a Lei Suprema seja o texto constitucional, não é possível evitar que espécies normativas tentem adentrar no ordenamento jurídico. Nesse sentido, existe o controle de constitucionalidade preventivo que já impede antecipadamente a norma de entrar no ordenamento jurídico e o repressivo que expulsa um tipo normativo que já se encontrava ali presente.

Esse tema foi escolhido por ser complexo e importante, pois permeia os direitos de todos os cidadãos, já que o mesmo concede proteção muitas vezes aos direitos fundamentais dos homens. Logo, surgiu a ideia de fazer um trabalho acadêmico sobre esse conteúdo, apresentando-o de uma maneira mais descomplicada e que fosse mais acessível até mesmo para as pessoas mais leigas. Além, é claro, de enriquecer o cenário constitucional brasileiro.

87 E-mail: jarllinmonteiro@gmail.com

88 Universidade Federal do Amazonas- UFAM

Para facilitar a compreensão desse instituto tão essencial, o trabalho foi dividido em tópicos, são eles: 2- Inconstitucionalidade, 2.1- Inconstitucionalidade por Omissão Total e Parcial; 2.2- Inconstitucionalidade Formal e Material; 3- Supremacia da Constituição; 4- Controle de Constitucionalidade; 4.1- Origem do Controle de Constitucionalidade no Brasil; 4.2- Controle Preventivo de Constitucionalidade; 4.3- Controle Repressivo de Constitucionalidade; 4.3.1 Controle Difuso; 4.3.2- Controle Concentrado; 4.3.2.1- ADI; 4.3.2.2- ADC; 4.3.2.3- ADO; 4.3.2.4- ADPF.

2 INCONSTITUCIONALIDADE

Ao falarmos sobre o controle de constitucionalidade é imprescindível falar se inconstitucionalidade, portanto, a seguir será apresentada uma breve explanação a esse respeito.

Para que os preceitos constitucionais estejam em conformidade não basta um desempenho positivo, haja vista, que a omissão da aplicação das normas constitucionais, constitui também conduta inconstitucional⁸⁹. Sobre a inconstitucionalidade André Ramos (2020) expõe

A inconstitucionalidade das leis é expressão, em seu sentido mais lato, designativa da incompatibilidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição. Assim, serve tanto para caracterizar o fato juridicamente relevante da conduta omissiva do legislador, que pode dar ensejo, no Direito brasileiro, ao mandado de injunção e à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como também serve para indicar incompatibilidade entre o ato jurídico (*lato sensu*), seja o privado, seja o público, e a Constituição.⁹⁰

Portanto, a inconstitucionalidade seria uma afronta à Constituição, já que as leis inconstitucionais estariam em desarmonia com os preceitos do livro constitucional. Tais normas são consideradas de natureza inválidas, porém, vale ressaltar que nem todo ato normativo inválido se enquadra como inconstitucionalidade. Nessa seara, são reconhecidas as espécies de inconstitucionalidade por omissão e por ação.

A inconstitucionalidade por omissão é reconhecida como uma não atuação dos poderes constituídos, e esse ato de omissão é feito em desacordo com os preceitos

⁸⁹SILVA, J. Afonso de. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

⁹⁰ TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

constitucionais ⁹¹. Esse “não fazer” do legislador impugna uma ação de inconstitucionalidade por omissão. Nesta, o paradigma para classificação depende da extensão da invalidade da norma, assim, podemos classificá-las em inconstitucionalidade por omissão total ou parcial.

Por quanto, a inconstitucionalidade por ação ocorre quando são elaborados atos legislativos ou administrativos adversos ao conteúdo constitucional. Desse tipo, despontam duas espécies, a inconstitucionalidade formal e a material.

2.1 Inconstitucionalidade por Omissão Total e Parcial

A inconstitucionalidade por omissão total advém de um embate entre a Constituição e a matéria legal, e isso pode se desenrolar através de desacorde total- total, em que um princípio vai conflitar com o outro quando um deles for aplicado; ou total-parcial, no qual, se tais normas fossem aplicadas, inevitavelmente conflitariam com a Constituição. Dessa ordem sempre resultarão leis consideradas inválidas⁹².

A inconstitucionalidade por omissão verifica-se quando um princípio legal segue os desígnios constitucionais parcial ou totalmente. Para Luiz Guilherme Marinoni o ato normativo pode ser observado a partir de duas óticas, uma horizontal em que o conteúdo normativo é acolhido de maneira parcial constitucionalmente; enquanto, na ótica vertical a lei é recebida sem desfazio⁹³.

2.2 Inconstitucionalidade Formal e Material

Daniel Trindade explica “a inconstitucionalidade material ocorre quando a lei contraria o conteúdo da Constituição. Trata-se de um vício de conteúdo.” Já a inconstitucionalidade formal para o autor “ocorre quando a lei é produzida com violação do processo legislativo. Trata-se de um vício de forma, um vício na produção da lei. A lei não respeitou o processo legislativo constitucional.” ⁹⁴

3 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Sobre a presunção da supremacia da Constituição, Moraes (2001) enfatiza

⁹¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. atual. 6. t: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Coimbra: Coimbra, 2005.

⁹² TAVARES, op. cit.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Saraiva, 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/inconstitucionalidade-por-omissao-e-normas-constitucionais-de-eficacia-limitada-2/>. Acesso em 09 dez. 2023.

⁹⁴ TRINDADE, Daniel M. **Controle de constitucionalidade simplificado**. 2. ed. Ebook, 2020.

[...] a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo [...].⁹⁵

Juntamente com o constitucionalismo, surge a supremacia constitucional, para ser a mais encarecida manifestação de soberania de uma nação. A Constituição Federal é a lei fundamental que rege a sociedade democrática. Logo, todos os preceitos normativos estariam numa submissão hierárquica, em que a Constituição configura o ápice desse ordenamento jurídico, portanto para que uma norma seja considerada válida a mesma deve estar congruente com o texto constitucional.

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso elucida

A Constituição se revela suprema, sendo o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição⁹⁶.

A supremacia e rigidez constitucional são vitais para a persecução do Estado Democrático de Direito, que norteia todo Ordenamento Jurídico brasileiro. Tal princípio obriga a existência do controle de constitucionalidade justamente para garantir a primazia da Constituição, em decorrência da propagação de atos normativos infraconstitucionais.

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade nada mais é do que uma apuração da compatibilidade de uma lei ou ato normativo para com a Constituição.

Nas palavras de Alexandre de Moraes “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.”⁹⁷

⁹⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Assim sendo, o controle de constitucionalidade é a garantia da Supremacia dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição, e são esses que determinam deveres e tornam possível o Processo Democrático no Estado de Direito.

4.1 Origem do Controle de Constitucionalidade no Brasil

O controle de constitucionalidade surgiu no Direito Brasileiro, sob a influência do direito norte-americano. Foi na Constituição de 1981 que ficou estabelecida a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade, podendo ser exercido por qualquer tribunal ou juízo. Adiante, na Constituição de 1934, o controle difuso permaneceu, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, e a cláusula de reserva do plenário eram incorporadas, simultaneamente o Senado Federal tornou-se incumbido de suspender leis inconstitucionais apresentadas pelo Poder Judiciário.⁹⁸

Na Constituição de 1937, o Presidente da República tornou-se habilitado a revisar no parlamento, leis e atos do governo declarados inconstitucionais pelo Judiciário. Posteriormente, na Constituição de 1946, o controle de constitucionalidade reviveu e o parlamento impedido foi de revisar decisões do Judiciário, outro fruto desta Constituição foi a Emenda Constitucional 16 de 1965 que elaborou a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) de competência do STF. A Constituição de 1988 criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).⁹⁹

No Brasil existem duas espécies de controle, classificadas de acordo com o momento em que é exercido- o controle preventivo e o controle repressivo. Consoante, Lenza (2010) interpreta

(...) antes de o projeto de lei virar lei (controle prévio ou preventivo), impedindo a inserção no sistema normativo de normas que padeçam de vícios, ou já sobre a lei, geradora de efeitos potenciais ou efetivos (controle posterior ou repressivo).¹⁰⁰

4.2 Controle Preventivo de Constitucionalidade

⁹⁸ MENDES, Gilmar. **Controle de Constitucionalidade**. Caderno do currículo permanente, 2006.

⁹⁹ Ibid., 2006, passim.

¹⁰⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

A principal função do controle preventivo é impedir que normas inconstitucionais entrem no Ordenamento Jurídico através da ação do Poder Executivo e Legislativo.

A princípio o controle preventivo ocorre durante todo o processo legislativo de produção da norma. No momento que o projeto de lei é entregue ao Congresso ele já passa pelo controle de constitucionalidade, pois pode haver vício de iniciativa na hipótese deste projeto ter sido apresentado por alguém que não tenha legitimidade.

De antemão, o controle preventivo inicialmente é feito pelo Poder Legislativo, através da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e das casas legislativas. Todavia, a Constituição Federal¹⁰¹ em seu art. 58, determina que o Congresso Nacional e suas casas estariam autorizados a criar comissões, cujas funções podem ser estabelecidas em seu próprio regimento, conseqüentemente estes poderiam apreciar a constitucionalidade das normas.

Desse modo, a função da Comissão de Constituição e Justiça é averiguar se o Projeto de Lei é constitucional ou inconstitucional, e ele faz isso mediante um parecer, onde será analisada a constitucionalidade de tal Projeto. Se a CCJ constatar a constitucionalidade do Projeto de Lei, será emitido um parecer positivo e o processo legislativo prossegue, já se for entendido como inconstitucional, haverá a emissão de um parecer negativo, e o Projeto será arquivado. Todavia, um recurso regimental pode ser interposto a esse parecer terminativo, e caso seja feito por 1/10 membros da casa, a decisão passará para o Plenário¹⁰².

Ainda que passe por duas fases no Legislativo, há projetos de lei inconstitucionais que passam despercebidos. Diante disso, para asseverar que nenhum projeto de lei adverso à Constituição Federal seja aprovado, existe outra unidade regulamentadora para examinar a presença da constitucionalidade- o Poder Executivo.

Na terceira fase, dependendo da autoria do projeto de lei, será determinado quem fará o controle de constitucionalidade. Se for elaborada pelo próprio Executivo, o Congresso Nacional fará o controle; se elaborada pelo legislativo o projeto de lei submeter-se-á ao veto ou sanção do Presidente da República.

Na hipótese de o Executivo comprovar concordância do projeto de lei, ele será sancionado e seguirá para promulgação. Na condição de desconformidade do Poder

¹⁰¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 dez. 2023.

¹⁰² TRINDADE, Daniel M. **Controle de constitucionalidade simplificado**. 2. ed. Ebook, 2020. p. 12.

Executivo com o projeto, o veto voltará a ser apreciado pelo Congresso Nacional. Contudo, esse veto pode ser derrubado. Daniel Trindade (2020) complementa

Quem derruba o veto do Presidente da República ao projeto de lei? O Congresso Nacional, em sessão conjunta, pelo voto da maioria absoluta. [...] se não tiver maioria absoluta, o projeto de lei vai para o arquivo. Já se o veto for rejeitado/ derrubado, o PL vai para a promulgação.¹⁰³

Em regra, o controle preventivo tem natureza política, pois os órgãos que o realizam são políticos – Poder Legislativo e Executivo. Entretanto, quando houver violação de uma norma de processo legislativo e quando uma emenda constitucional intentar suprimir uma cláusula pétrea, o Judiciário poderá executar o controle, através de um Mandado de Segurança que pode ser impugnado por qualquer parlamentar no STF, para então resguardar os direitos fundamentais. Nas exceções referidas, na qual o Judiciário faz o controle preventivo, esse controle passa a ter natureza jurisdicional.¹⁰⁴

Bittencourt¹⁰⁵ frisa que o Poder Judiciário somente vai deliberar quando se tratar de um caso concreto, e seu parecer for imprescindível para aferir a constitucionalidade da citada norma.

Em conclusão, Lenza (2010) salienta

A única hipótese de controle preventivo a ser realizado pelo Judiciário sobre projeto de lei em trâmite na Casa Legislativa é para garantir ao parlamentar o devido processo legislativo, vedando a sua participação em procedimento desconforme com as regras de Constituição.¹⁰⁶

4.3 Controle Repressivo de Constitucionalidade

Antagônico ao controle preventivo, que impede que uma norma inconstitucional entre no ordenamento jurídico, o controle repressivo retira do Ordenamento Jurídico uma

¹⁰³ TRINDADE, Daniel M. **Controle de constitucionalidade simplificado**. 2. ed. Ebook, 2020. p. 13.

¹⁰⁴ *Ibdi.*, p. 15.

¹⁰⁵ BITTENCOURT, C. A. L. **O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949.

¹⁰⁶ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

lei viciada que ali se encontrava presente. Esse controle age diretamente em cima de uma espécie normativa que já era vigente.

Em aquiescência, Nathalia Masson (2015) explicita

(...), depois que o processo legislativo já está finalizado, temos o controle repressivo, que alcança as espécies normativas já prontas e acabadas, que estejam produzindo (ou ao menos aptas a produzir) seus efeitos. Também adotado no direito brasileiro, seu intuito é o de higienizar o ordenamento, cuja harmonia é afetada pelo ato inconstitucional.¹⁰⁷

Geralmente, no Brasil, o controle repressivo é exercido pelo Poder Judiciário, desenrolando-se em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. No Brasil o sistema de controle é misto, ou seja, admite tanto o controle difuso como o controle concentrado.

4.3.1 Controle Difuso

O controle de constitucionalidade difuso, também conhecido como controle por via de defesa, incidental, por via de exceção, permite que qualquer Juiz ou Tribunal analise, sempre no caso concreto, se o Ordenamento Jurídico molda-se à Constituição Federal. O mesmo pode ser impellido por qualquer pessoa, até entes despersonalizados, que situar-se num cenário de ameaça a direito subjetivo, perante um tipo normativo.¹⁰⁸

Destarte, Moraes (2001) agrega:

A ideia do controle de constitucionalidade realizado por todos os órgãos do Poder Judiciário nasceu do caso *Madison versus Marbury* (1803), em que o juiz *Marchal* da Suprema Corte Americana afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder legislativo.

Na via de exceção, a pronúncia do judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o

¹⁰⁷ MASSON, Nathalia. (2015). **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. rev. at. e amp., Salvador, Juspodivm. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46448/controlerepressivo-de-constitucionalidade>. Acesso em: 11 dez. 2023.

¹⁰⁸ TRINDADE, Daniel M. **Controle de constitucionalidade simplificado**. 2. ed. Ebook, 2020. p. 16.

objeto principal da lide, mas, sim sobre questão prévia, indisponível ao julgamento de mérito... Cappelletti resume o sistema comum de controle de constitucionalidade dos países da "common law" denominando-os de descentralizado ou difuso, confiado a todos os Tribunais do País... Este controle não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com efeitos erga omnes, aplicando-se somente ao concreto em que a norma foi julgada inconstitucional. Importante ressaltar que a via poderá ser utilizada, também, através das ações constitucionais do habeas corpus, e do mandado de segurança ou ações ordinárias.¹⁰⁹

Em via de regra, o controle difuso pode ser incitado por qualquer tipo de ação, lembrando que a declaração de inconstitucionalidade deve estar sempre na causa de pedir, caso seja posto nos pedidos, a ação tornara-se uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI).

No controle difuso, a competência para ajuizar inconstitucionalidade subordina-se ao grau de jurisdição. Por conseguinte, no primeiro grau de jurisdição qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade de uma espécie normativa, enquanto no segundo grau de jurisdição a declaração reserva-se ao Pleno ou ao Órgão Especial, através da Reserva do Plenário, cuja qual, precisa de uma anuência de votos da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou Órgão Especial, conforme estabelecido no art. 97 da Constituição Federal:¹¹⁰

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.¹¹¹

Ocorrendo uma violação à Cláusula de Reserva do Plenário, oriundo de uma decisão de Tribunal sobre determinado preceito inconstitucional, a mesma sofrerá nulidade absoluta, ou seja, o ato deixará de produzir efeitos. Contudo, existem duas exceções: na condição de a matéria ter sido apreciada e declarada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ou pelo Plenário do Tribunal "a quo".

Daniel Trindade (2020) acentua,

¹⁰⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

¹¹⁰ TRINDADE, op. cit, p. 17.

¹¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 dez. 2023.

Súmula Vinculante n. 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.¹¹²

Quanto ao STF, este pode declarar incidentalmente, no caso concreto, por maioria de seus membros, inconstitucionalidade de um ato normativo e ele pode solicitar por meio de uma Resolução que o Senado Federal suspenda tal ato inconstitucional. Apesar disso, o Senado Federal não é obrigado a acatar a Resolução, pois ela tem natureza discricionária. Porém, o novo entendimento do STF do art. 52, X da CF, explicita que a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso tem caráter vinculante, assim a suspensão do ato normativo inconstitucional pelo Senado Federal deixa de ser discricionário, e passaria a ter efeito *erga omnes* e *ex nunc*.¹¹³

Existe também o controle jurisdicional difuso sobre atos legislativos, impetrado por Mandado de Segurança, ajuizado pelos parlamentares participantes do processo legislativo. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal admite o controle difuso de constitucionalidade por maioria de votos.

A declaração de inconstitucionalidade no controle difuso gera efeitos “Ex Tunc ou Ex-Nunc”. O primeiro tem por características o efeito Inter Partes, ou seja, válido apenas para as partes envolvidas no processo; efeito retroativo, logo o ato declarado inconstitucional é desfeito desde o início, assim como suas consequências, tendo em vista que o STF adota o princípio da unidade. Já o segundo é caracterizado por ampliar os efeitos da então declaração; tem efeito *erga omnes*, ou seja, válido para todos; seus efeitos não retroagem de forma alguma; e pode ser estabelecida data para que comece os efeitos *ex nunc*.

Trindade (2020), explica que surgiu uma nova orientação jurisprudencial, a “abstrativização dos efeitos”, na qual os efeitos do controle são expandidos, mas não deve ser confundido com o *erga omnes*. A mesma pode ser requisitada pelas seguintes causas: repercussão geral, súmula vinculante e causas jurisprudenciais.¹¹⁴

4.3.2 Controle Concentrado

¹¹² TRINDADE, Daniel M. **Controle de constitucionalidade simplificado**. 2. ed. Ebook, 2020. p.20.

¹¹³ *Ibdi.*, p.22.

¹¹⁴ *Ibdi.*, p. 17.

O controle concentrado também é conhecido por controle por via de ação, abstrato ou ainda fiscalização abstrata. Hans Kelsen criou o controle concentrado visando que um único órgão o exercesse e não todos os Juízes e Tribunais. No Brasil, o STF é quem foi compelido a ser esse Órgão, como bem estabelecido pela Emenda Constitucional nº 16. Todavia, o STF só julga a inconstitucionalidade de espécie normativa Estadual ou Federal, independente de ser um caso concreto, buscando uma Declaração de Inconstitucionalidade.

O controle concentrado subdivide-se em quatro espécies: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

4.3.2.1 ADI- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A Ação Direta de Inconstitucionalidade visa declarar se determinado ato normativo Federal ou Estadual contraria a Constituição Federal, até mesmo as Súmulas Vinculantes se submetem a esse controle. O mesmo não se aplica às leis e atos municipais, exceto no caso de a lei estadual e ato distrital vigorarem após a vigência da Constituição. A ADI também não se aplica ao tipo normativo já revogado.

Quando o tipo normativo estadual violar somente a Constituição Estadual, o controle vai ser realizado pelo Tribunal de Justiça, o mesmo se aplica se a espécie normativa estadual infringir a Constituição Federal e a Estadual. Não obstante, se o princípio estadual violar somente a Constituição Federal, o controle concentrado de constitucionalidade vai ser executado pelo Supremo Tribunal Federal.

Aqui o controle concentrado de constitucionalidade faz papel de “Legislador Negativo”, haja vista que ele extirpa gêneros normativos opostos à Constituição do ordenamento jurídico, por isso, ele não aceita desistências.

A Constituição de 1988 estipulou em seu art. 103, que os legitimados para propor a Ação Direta de Constitucionalidade são:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.¹¹⁵

André Ramos Tavares (2020) explana sobre os efeitos da ADI,

A decisão proferida em ADI conta com as seguintes dimensões de efeitos: i) via de regra, *ex tunc* (dimensão temporal); ii) eficácia *erga omnes* (dimensão subjetiva); e iii) efeito vinculante em relação ao Judiciário e à Administração Pública (dimensão institucional).¹¹⁶

4.3.2.2 ADC- AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Diferente da ADI que pode pedir declaração de inconstitucionalidade de tipos normativos estaduais ou municipais, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC ou ADECON) só solicita declaração de espécies normativas federais. Mas, esse ato pode findar numa declaração de inconstitucionalidade na hipótese de julgamento final advinda de improcedência do pedido formulado. O Órgão competente para apreciar ADC é o Supremo Tribunal Federal e os legitimados são os mesmos da ADI, como já citado anteriormente no art. 103/ CF.

A ADC foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro em 1993, pela Emenda Constitucional nº03, mas o seu regulamento só foi aprovado em 1999, pela Lei nº 9.882.¹¹⁷ Esse tipo de declaração tem como objetivo converter uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta. Nessa conjuntura, Pedro Lenza afirma “Em síntese, a

¹¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2020/art_103_.asp. Acesso em: 12 dez. 2023.

¹¹⁶ TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹¹⁷ TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ADECON busca afastar o nefasto quadro de insegurança jurídica ou incerteza sobre a validade ou aplicação de lei ou ato normativo federal, preservando a ordem jurídica constitucional”.¹¹⁸

No prisma da ADC, existe a medida cautelar que pode ser reclamada pelo STF, se obtiver maioria dos votos dos seus membros, para que os Juízes e os Tribunais suspendam o julgamento de todos os processos relacionados à aplicação do gênero normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo, congruente com o art. 21 da Lei nº 9868 de 1999.

Nas palavras de André Ramos Tavares, a ADC produz os mesmos efeitos que a ADI,

A decisão proferida em ADC conta com as seguintes dimensões de efeitos: i) via de regra, *ex tunc* (dimensão temporal); ii) eficácia *erga omnes* (dimensão subjetiva); e iii) efeito vinculante em relação ao Judiciário e à Administração Pública (dimensão institucional)¹¹⁹

4.3.2.3 ADO- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foi posta no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Constituição Federal em seu art. 103,§2º. A mesma visa a observância de normas constitucionais omissas para que seja declarada sua inconstitucionalidade, haja vista, que são normas de eficácia limitada. O órgão competente dessa declaração é o STF.

Dessarte, Rodrigo César Rebeilo Pinho elenca:

O objeto desta ação é suprir a omissão dos poderes constituídos, que deixaram de elaborar a norma regulamentadora que possibilita o exercício de um direito previsto na Constituição. Estabelece o art. 103, §2, que declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.¹²⁰

¹¹⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. Saraiva, p.267. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/aspectos-gerais-sobre-controle-de/>. Acesso em: 12 dez. 2023.

¹¹⁹ TAVARES, op. cit., cap.XIII.

¹²⁰ PINHO. Rodrigo César Rebeilo. **Teoria Geral da Constituição e direitos fundamentais**. 28. ed. Saraiva, 2001. Disponível em: [http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/proc.civil/controlado.constitucionalidade.no.brasil\[2003\].pdf](http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/proc.civil/controlado.constitucionalidade.no.brasil[2003].pdf). Acesso em 12 dez. 2023.

Frisa-se que a omissão pode ser parcial ou total, na primeira a lei existe na Constituição Federal, mas não é cumprida integralmente. Na segunda não há uma norma que regule o dever do direito.

Os legitimados para fazer a ADO são os mesmos da ADI, conforme proposto no art. 103 da CF, assim como os efeitos são iguais aos da ADI, são eles: ex- tunc, erga omnes e efeito vinculante em relação ao Judiciário e à Administração Pública.

4.3.2.4 ADPF- ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Antes de entrarmos na esfera da ADPF é importante conceituar preceitos fundamentais. Para José Afonso da Silva, os preceitos fundamentais não são apenas princípios fundamentais, são a base da regulamentação constitucional, pois versam sobre os direitos e garantias fundamentais.¹²¹

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi incorporada no direito brasileiro mediante o art. 102, §1º da CF, entretanto, inicialmente foi acolhida como uma norma de eficácia relativa e foi somente com o advento da lei de nº 9882/ 99, que sua eficácia plena foi reconhecida.

A função essencial da ADPF é promover uma complementação para resguardar a Constituição e manter sua rigidez. De acordo com o § 1º do art. 102 da Constituição Federal "o objeto da Arguição é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público".¹²²

Tavares (2020) expende sobre a admissibilidade da ADPF:

O cabimento da ADPF requer: i) não haver outra ação no controle abstrato específica para a defesa que se pretende da Constituição; ii) pretender-se a defesa de preceito fundamental da Constituição, e não de qualquer preceito constitucional. Portanto a ADPF não pode ser usada para a defesa de toda Constituição, de qualquer artigo desta, mas somente daqueles que venham a ser considerados constitucionais fundamentais, como as cláusulas pétreas.¹²³

¹²¹ SILVA, J. Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. Revista, São Paulo, Malheiros, 1997.

¹²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

¹²³ TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

A ADPF também é de competência do STF, e pode ser proposta pelos mesmos legitimados da ADI. Quanto aos efeitos a ADPF tem efeito erga omnes, ex tunc e efeito vinculante aos demais órgãos do poder Judiciário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das explanações realizadas neste trabalho, foi possível constatar o quão importante é o controle de constitucionalidade para evitar que a supremacia constitucional seja corrompida, assim como para impedir que os direitos fundamentais do homem sejam suprimidos.

Por conseguinte, conclui-se que o sistema jurídico do Brasil dispõe de diversos instrumentos para fazer um controle de constitucionalidade realmente eficaz, já que ele sozinho não garante a rigidez constitucional, especialmente o controle prévio que muitas vezes permite que atos normativos inconstitucionais adentrem no ordenamento jurídico, para isso o controle preventivo dispõe de tais instrumentos que expurgam as que já foram inseridas e estão presente no sistema jurídico.

É possível ainda, afirmar que o controle de constitucionalidade é inerente à Constituição, ele que permite que esta seja cumprida integralmente, sem ele a Constituição não teria rigidez, nem supremacia, não passaria de um texto inútil. É o controle de constitucionalidade que sustenta toda a constitucionalidade brasileira, e permite sua harmonização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITTENCOURT, C. A. L. O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. Rio de Janeiro: **Revista Forense**, 1949.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 dez. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 dez. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2020/art_103_.asp. Acesso em: 12 dez. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 12 dez. 2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. Saraiva, p.267. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/aspectos-gerais-sobre-controle-de>. Acesso em 12 dez. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. Saraiva, 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/inconstitucionalidade-por-omissao-e-normas-constitucionais-de-eficacia-limitada-2/>. Acesso em 09 dez. 2023.

MASSON, Nathalia. (2015). **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. rev. at. e amp., Salvador, Juspodivm. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46448/control-repressivo-de-constitucionalidade>. Acesso em: 11 dez. 2023.

MENDES, Gilmar. **Controle de Constitucionalidade**. Caderno do currículo permanente, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. atual. 6. t: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Coimbra: Coimbra, 2005.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINHO. Rodrigo César Rebeilo. **Teoria Geral da Constituição e direitos fundamentais**. 28. ed. Saraiva, 2001. Disponível em: [http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/proc.civil/control.da.constitucionalidade.no.brasil\[2003\].pdf](http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/proc.civil/control.da.constitucionalidade.no.brasil[2003].pdf). Acesso em 12 dez. 2023.

SILVA, J. Afonso de. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

SILVA, J. Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. Revista, São Paulo, Malheiros, 1997.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TRINDADE, Daniel M. **Controle de constitucionalidade simplificado**. 2. ed. Ebook, 2020.

O INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS E OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO

AMANDA FERREIRA COELHO:
Graduada em Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO¹²⁴.

RESUMO: A Interceptação de comunicações telefônicas é uma medida cautelar e um instrumento contributivo para que suceda de maneira eficaz o direito de punir do Estado, sem transgredir direitos e garantias de proteção constitucional, e é regulamentada pela Lei 9.296 de 1996. Devido a omissão legislativa do Congresso Nacional a respeito dos recursos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro contra o indeferimento do pedido de interceptação telefônica, fora realizada uma análise para aferir qual seria o mais apropriado para rechaçar a decisão judicial negatória. Embora os institutos de apelação, correção parcial, recurso em sentido estrito e mandado de segurança sejam cabíveis para contrarrazoar a denegação do pedido de interceptação telefônica, o recurso mais prudente a ser utilizado seria o mandado de segurança, haja vista ser o único com a finalidade de impossibilitar o conhecimento da parte contrária da medida cautelar pleiteada. A probabilidade de um investigado ter acesso ao desígnio da Polícia Judiciária e/ou Ministério Público de interceptar suas comunicações comprometeria as investigações, considerando-se que a parte contrária tomaria todas as precauções para não produzir provas contra si. Desta forma, o uso dos demais recursos ceifaria o objetivo da persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Processo Penal. Interceptação Telefônica. Recursos.

ABSTRACT: The Interception of Telephone communications is a precautionary measure and a contributory instrument for the effective succession of the State's right to punish, without violating rights and guarantees of constitutional protection, and is regulated by Law 9,296 of 1996. Due to the legislative omission of the National Congress in this respect of the resources available in the Brazilian legal system against the rejection of the request for telephone interception, an analysis had been carried out to determine which would be the most appropriate to reject the negative judicial decision. Although the appellate institutes, partial correction, appeal in the strict sense and writ of mandamus are appropriate to counter-reason the denial of the request for telephone interception, the most prudent resource to be used would be the writ of mandamus, as it is the only one for

124 E-mail: amandaferreira.af@hotmail.com

the purpose to make it impossible for the opposing party to know the requested injunction. The probability of an investigated having access to the intention of the Judiciary Police and/or the Public Prosecutor's Office to intercept their communications would compromise the investigations, considering that the opposing party would take all precautions not to produce evidence against them. In this way, the use of other resources would reap the objective of criminal prosecution.

KEYWORDS: Federal Constitution. Criminal proceedings. Telephone Interception. Resources.

SUMÁRIO: *Introdução. 1. Interceptação Telefônica. 2. Direito à intimidade. 3. Dos recursos no Processo Penal. 3.1 Princípio da fungibilidade. 4. Omissão legislativa no tocante ao recurso específico a ser utilizado. 5. Institutos cabíveis para contrarrazoar a denegação do pedido dessa medida cautelar. 5.1 Mandado de segurança. 5.2 Correição parcial. 5.3 Apelação. 5.4 Recurso em sentido estrito. Conclusão. Referências.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso de bacharel em direito, reveste-se de grande valia, pois pretende demonstrar a celeuma jurídica instaurada em nosso ordenamento jurídico quanto ao tema proposto.

A possibilidade de violação do sigilo das comunicações telefônicas em nosso ordenamento jurídico é de tratamento incipiente, haja vista, que antes da atual Constituição, não existia nenhuma norma específica abrangendo o assunto, tampouco descrevendo os procedimentos necessários à sua efetivação prática, denotando a falta de importância dada ao tema por nossos legisladores.

Atualmente, a interceptação telefônica é amplamente utilizada pelos órgãos de persecução estatal, especialmente pela polícia judiciária Estadual e Federal, como meio de obtenção de provas imprescindíveis ao êxito do esclarecimento de crimes complexos, que sem a utilização do referido mecanismo de investigação, tido como excepcional, dificilmente seriam desvendados.

Nessa esteira, urge a necessidade do balizamento legal a fim de se evitar os excessos praticados pelo Estado persecutor em detrimento aos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, amparados no artigo 5º, X, da Constituição Federal.

Desse modo, a Carta Magna de 1988, instituiu através do artigo 5º, XII, que o sigilo das comunicações telefônicas só poderia ser violado respeitado os ditames da Lei específica, sendo promulgada em 1996, a Lei 9.296, norteando os procedimentos aplicáveis à interceptação telefônica em nosso país.

A referida lei passou a ser utilizada pelas autoridades judiciárias nas investigações criminais e/ou pelo Ministério Público, nas investigações criminais e/ou nas instruções processuais penais. Não obstante, até o presente, o Congresso Nacional não se exteriorizou em atualizar a lei a fim de abarcar qual seria a solução adequada para dirimir o caso de possível indeferimento do pleito pelo judiciário, embora acatados os requisitos arrolados no art. 2º, da Lei de Interceptação de Comunicações Telefônicas para que não decorra o indeferimento, e apesar disso, o magistrado não admitir a medida, a despeito de ser o único meio de prova para elucidar um caso emaranhado.

É de suma importância a análise dos recursos de apelação, correição parcial, recurso em sentido estrito e mandado de segurança, para aferir qual o mais viável a ser interposto diante da denegatória judicial.

1 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A interceptação das comunicações telefônicas está elencada no artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) como meio de obtenção de prova, no qual dispõe que: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal". A Interceptação telefônica deve ser empregada como um instrumento excepcional de investigação criminal, uma vez que vai de encontro com direito fundamental, instituída como cláusula pétrea presente no art. 5º da Carta Magna.

Essa medida cautelar é um mecanismo contributivo para que ocorra de maneira eficaz o direito de punir do Estado, sem infringir direitos e garantias de proteção constitucional, pois ambas as partes não têm conhecimento da captação da conversa realizada por um terceiro (agente policial).

De acordo com Cabette (2011, p. 11):

A questão das interceptações telefônicas envolve um conjunto de fatores cuja visão contextual faz-se necessária para melhor entendimento do assunto e delimitação de sua aplicabilidade equilibrada no seio de um sistema jurídico capaz de balancear moderadamente o binômio eficácia-garantias individuais.

Logo, para que suceda a coleta de provas cruciais relacionadas aos crimes e suas autorias, são indispensáveis os requisitos elencados na Lei nº 9.296/96 para que ocorra a interceptação, devendo o pedido conter indícios razoáveis de autoria ou participação em

infração penal, imprescindibilidade da medida, bem como o fato investigado deve constituir crime punido com reclusão.

Capez (2008, p. 524) destaca que “uma vez preenchidos os requisitos legais, o juiz tem o dever de deferir o pedido de interceptação telefônica”. No que diz respeito a decisão judicial, verifica-se no art. 4º, § 2º, que o juiz deverá em no máximo 24 horas avaliar o pedido. Prosseguindo, no art. 5º, ratifica a imprescindível fundamentação da decisão, apontando a forma de execução da diligência, assim como o seu prazo de validade, obedecendo ao máximo de 15 dias, renovável por igual período, desde que essencial à investigação. Após o deferimento do pedido, a autoridade policial efetuará as diligências, comunicando o Ministério Público, que poderá acompanhar o inquérito, haja vista, que ele é o titular da ação penal, conforme art. 6º, caput.

2 DIREITO À INTIMIDADE

Na legislação brasileira, tanto o direito à intimidade, como o direito à prova são protegidos pela Carta Magna de 1988, como direitos e garantias fundamentais. Contudo, o Estado, ao exercer o direito à produção de provas, eventualmente viola a intimidade do indivíduo. Desta forma, há uma difícil compatibilização entre as garantias citadas, em decorrência de possíveis inconformidades na aplicabilidade.

Segundo o comando inserto no art. 5º, X, da Constituição (Brasil, 1988), são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Por esse motivo, os danos causados pelo descumprimento conferidos a esses direitos, será passível de indenização, não obstante, o direito à intimidade não pode servir de subterfúgio para a prática de atividades ilícitas, tampouco para escusa da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena do completo desrespeito ao Estado de Direito (MORAES, 2008, s/n).

A Lei maior, concomitantemente garante o interesse público, o direito de a coletividade ter informação sobre processos penais, assim como estabelece a inviolabilidade da intimidade.

3 DOS RECURSOS NO PROCESSO PENAL

Preliminarmente, cabe salientar que recurso é o mecanismo para refutar decisão judicial proferida, no qual deseja-se o reexame, reforma ou anulação da decisão judicial, seja na mesma instância ou em instância superior.

Escudado nesse sólido embasamento doutrinário, o autor Rangel (2015, p. 994) entende que:

A palavra “recurso”, segundo a etimologia, deriva do latim, *recursos*, que significa “corrida de volta, caminho para voltar, voltar correndo”. Do ponto de vista processual, “recurso” é um remédio jurídico, com assento constitucional, visando ao reexame de uma decisão por um órgão superior ou pelo próprio órgão que proferiu a decisão impugnada, seja ele administrativo, seja jurisdicional (Rangel, 2015, p. 994)

De acordo com Rangel (2015, p. 956), a natureza jurídica do recurso versa de 03 (três) formas: a primeira refere-se à aplicação do direito de ação que estava sendo tratada até a decisão; a segunda é que dentro do mesmo processo há uma nova ação; a terceira é adquirir a reforma da decisão independentemente do método usado.

Os recursos no qual trataremos é justamente para obter a reforma de uma decisão de denegação do pedido de interceptação de comunicação telefônica, visto que advém o indeferimento, mesmo quando é respeitado os requisitos para sua consecução.

Em assonância com a lição sempre precisa de Lopes Jr. (2015, p. 960):

O poder de recorrer é um desdobramento da pretensão acusatória (ou para outros autores, do direito de ação) ou de defesa (resistência), não consistindo um novum indicium, senão que se desenvolvem na mesma situação jurídica originária, isto é, um desdobramento do processo existente.

Assim, o conceito refere-se à ideia de ser um meio processual que poderá ser modificado total ou parcialmente, da mesma maneira que poderá anular uma demanda judicial que não fora transitada e julgada.

3.1 Princípio da fungibilidade

Conforme se depreende do alcance do art. 579 do Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941 (Brasil, 1941), o princípio da fungibilidade é admissível aos recursos, posto que tem como escopo reduzir os transtornos derivados do falho sistema recursal.

Art. 579. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.

Parágrafo único. Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível.

Nos respeitáveis dizeres do eminente autor Rangel ((2015, p. 959):

O princípio da fungibilidade está expressamente previsto no art. 579 do CPP e significa dizer que um recurso interposto em lugar de outro não prejudica direito da parte, pois o recurso interposto será reconhecido como se fosse o recurso que se queria interpor, desde que não haja má-fé do recorrente. (2015, p. 959).

No caso, se a parte interpuser com o meio de impugnação errôneo refutando tal decisão, desde que não haja má-fé, não será prejudicada.

Segundo Rangel (2015, p. 959), a lei não diz o que se entende por má-fé, deixando para doutrina e jurisprudência este conceito:

- a) Utilizar recurso indevido, que tem prazo maior, por ter perdido o prazo do recurso devido, que tem prazo menor. Exemplo: o réu interpõe recurso de embargos infringentes, que tem prazo de dez dias, em vez de apelação, que tem prazo de cinco dias;
- b) Utilizar recurso de amplitude maior para evitar a coisa julgada formal;
- c) Protelar o processo, lançando mão de recurso mais demorado.

Consoante a doutrina e a jurisprudência, o recurso contraposto tem que ser de boa-fé, porém, não há nada determinando o que seria má-fé, dispondo apenas uma forma de discernir, na ocasião em que já estivera decorrido o prazo para interposição do recurso apropriado.

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento do renomado Lopes Jr., (2015, p. 971), que preleciona:

O conceito de má-fé é aberto, indeterminado, permitindo ampla manipulação conceitual. Tampouco soluciona o problema invocar o “erro grosseiro” para caracterizar a má-fé, ou mesmo o “pacífico entendimento jurisprudencial” sobre o cabimento de determinado recurso, mas em geral, é com base nesses dois fatores (erro grosseiro e ausência de divergência jurisprudencial) que os tribunais pautam a aplicação da fungibilidade.

O desfecho de tais entendimentos é que, se não for excedido o prazo do recurso devido, será aceito e processado o recurso interposto erroneamente, conforme o procedimento do recurso pertinente.

Empós as clarividentes lições do renomado Lopes Jr. (2015, p. 971):

Em geral, tem-se admitido a fungibilidade entre apelação e recurso em sentido estrito, porque nem sempre os casos de interposição de um e outro permitem, sem sombra de dúvida, a escolha do recurso correto, mas, principalmente, porque é possível a interposição do recurso "errado", mas dentro do prazo de interposição do correto.

A reconhecimento ao princípio da fungibilidade deveria ser não é somente para cumprimento na esfera dos recursos, mas auxiliar o operador do direito em sentido amplo em indeterminadas situações processuais que resulte dúvidas no procedimento correto a ser usado, devido as lacunas que a legislação dispõe.

4 OMISSÃO LEGISLATIVA NO TOCANTE AO RECURSO ESPECÍFICO A SER UTILIZADO

Instaurou-se a celeuma quanto ao indeferimento da cautelar em comento, haja vista a omissão legislativa há mais de 25 anos do surgimento da Lei 9.296/96, o Congresso Nacional ainda não se debruçou para sanear a problemática, ou seja, não há previsão legal a respeito do recurso cabível na ocorrência da decisão negatória pelo juízo competente, surgindo assim, quatro correntes doutrinárias em relação à lacuna em tela. Sendo apontados os seguintes recursos jurídicos a fim de sanear a lide: apelação, recurso em sentido estrito, mandado de segurança e correção parcial.

Esses recursos podem ser aplicados quando se dá à denegação do magistrado em relação a interceptação telefônica, embora acatados os requisitos arrolados no art. 2º, da Lei 9.296/96 para que seja deferido o pedido. Segundo Cabette (2011, p. 23), "não se deve olvidar o caráter positivo da busca de maior eficácia do aparelho punitivo que se faz presente de maneira explícita no advento da Lei de Interceptações Telefônicas".

5 INSTITUTOS CABÍVEIS PARA CONTRARRAZOAR A DENEGAÇÃO DO PEDIDO DESSA MEDIDA CAUTELAR

O sigilo do pedido de interceptação telefônica é de suma importância para que se tenha êxito, entretanto, os recursos de apelação, correção parcial e recurso em sentido estrito preconizam a abertura de vista para o investigado contrarrazoar o pedido. Nos termos do artigo 20, do Código de Processo Penal, a autoridade policial assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigida pelo interesse da sociedade.

Nesse passo, é de todo oportuno trazer à baila o entendimento do preclaro mestre que obtempera, 'verbo ad verbum':

A sigilosidade do inquérito policial é uma característica essencial para o sucesso da investigação, tendo o condão de restabelecer a igualdade quebrada pelo criminoso no momento do crime, proporcionando ao Estado-Investigação a reunião de elementos de prova relação à autoria. (SANNINI, 2018, p. 67).

Dessa forma, quando a autoridade policial e/ou o MP entenderem imprescindível à elucidação da investigação e porventura o juiz não defira o pleito, o meio de impugnação mais adequado a ser impetrado para contrapor o indeferimento da interceptação de comunicações telefônicas é o mandado de segurança que teve origem no ano de 1934 no direito brasileiro, e foi instituído novamente no artigo 5º, LXIX da CF/88, garantindo a proteção do direito líquido e certo constitucionalmente reconhecido.

5.1 Mandado de segurança

O mandado de segurança está instituído na Constituição Federal, e é regulamentado pela lei 1.216/2009 (Lei do mandado de segurança), sendo de suma importância sua condigna aplicação. Nos termos do art. 5º, da Lei 1.2016/09, não será concedido mandado de segurança quando se tratar de:

- I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
- II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;
- III - de decisão judicial transitada em julgado.

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento do renomado Hely Lopes Meirelles que preleciona, 'ad litteram':

O mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato da autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem às funções que exerça. (MEIRELLES, 1997, p. 03, apud MORAES, 2008, p. 151).

Importante ressaltar que lesionando ou ameaçando de lesão esse direito, deve sobrevir tal ato de uma autoridade pública ou de um particular investido em poder público.

A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento do eminente Rangel (2015, p. 1114) que assevera:

O MS é um remédio jurídico processual, de índole constitucional, utilizado por toda pessoa, física ou jurídica, com o escopo de proteger todo e qualquer direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por HC ou HD, quando violado ou ameaçado de lesão por ilegalidade ou abuso de poder praticados por autoridade ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Destarte, esse prisma garantista é utilizado para combater direito ameaçado ou violado por autoridade pública e/ou por quem esteja exercendo funções desta natureza, devendo ser comprovado através de documentações, podendo ser proposto por qualquer pessoa.

Esse recurso é imprescindível para salvaguardar o direito líquido e certo de persecução penal por parte do Estado, afastando o inconveniente da ausência de contrarrazões recursais e evitando possíveis prejuízos na investigação.

As polícias judiciárias (polícia civil e/ou federal) tem um papel crucial à justiça e para repressão ao crime, bem como, são funções institucionais do Ministério Público, promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar respectiva; requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, conforme os dispositivos 144 e 129, I, VII e VIII, da Carta Magna.

A tese defendida por Lopes Jr. (2015, p. 1140) apresenta-se agasalhada pela melhor doutrina, como pode notar na transcrição abaixo:

Seguindo o entendimento consolidado na jurisprudência, a Lei 12.016 admite o mandamus contra ato judicial, pois configura ato de autoridade, desde que não exista um recurso específico para impugnação ou não possua ele efeito suspensivo. Assim, ainda que já viesse sendo minorada, pensamos não ter eficácia a Súmula n. 267 do STF, pois inegavelmente cabe mandado de segurança contra o ato jurisdicional ilegal não amparado por recurso com efeito suspensivo.

Diante de tal entendimento, admitisse a impetração do remédio constitucional em oposição a ato judicial, em razão de não haver recurso específico ou não dispor ele efeito suspensivo.

Também por este prisma é o entendimento do respeitável Zacarias (2013, p. 17), que perfilha o mesmo pensar, ao asseverar que:

Tem o Mandado de Segurança fundamento constitucional, deste modo pode ser aplicado contra ato de autoridade criminal, desde que implique violação de direito líquido e certo. Não resta dúvida, que é cabível Mandado de Segurança, quando não há recurso específico contra ato judicial que se quer impugnar, muito embora o enunciado 267 da Súmula do Tribunal Federal diga: “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”, pois tem se admitido o remédio quando o recurso cabível não tem efeito suspensivo, pretendendo-se deste modo dar efeito suspensivo ao recurso interposto, quando do ato impugnado advenha dano irreparável cabalmente demonstrado.

Por conseguinte, fica explícito que é admissível o mandado de segurança nos casos de indeferimento de interceptação telefônica, quando este for o único meio de ser obtido esclarecimento sobre o caso, pois tal remédio deve ser utilizado para assegurar direito líquido e certo.

Nesse diapasão, impede destacar o entendimento do ínclito Rangel (2015, p. 1116) que aduz, “*verbis*”:

O ato a ser impugnado é aquele que fere direito líquido e certo, diverso da liberdade de locomoção e do direito à informação. A expressão “direito líquido e certo”, antes de mais nada, é uma contradição entre termos, pois, se é direito, é líquido e certo. Se não é líquido e certo, não é direito. Em verdade, quer o legislador dizer que o fato a ser apreciado pelo judiciário tem que ser certo e incontestável, ou seja, indubitado, cristalino.

Por certo, é admissível contra decisão judicial, desde que não seja cabível outro recurso. Algumas situações que abrange a impetração de mandado de segurança no âmbito criminal são, para dar efeito suspensivo a recurso, permitir assistente de acusação, negativa do delegado em realizar diligências requeridas pela defesa, garantir vista dos autos em inquérito policial, garantir a observância das prerrogativas do advogado, restituição de coisa apreendida, trancar ação penal proposta contra pessoa jurídica, bem como em ação de crime ambiental.

Nesse contexto, urge trazer à baila a respeitável ementa da judiciosa decisão proferida pelo Egrégio Tribunal, cuja transcrição segue abaixo, in verbis:

MANDADO DE SEGURANÇA - QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO IPM. *Mandamus* impetrado pelo MPM, com pedido de concessão de liminar, em face de terem sido esgotadas todas as investigações possíveis no IPM, não sendo apuradas a autoria e a participação de envolvidos no roubo de armamento. Pedido indeferido, anteriormente, pelo Magistrado a quo, por entender inexistirem indícios razoáveis que justifiquem a invasão de privacidade. Pleito liminar deferido, consoante a documentação acostada aos autos, visto não serem constatadas as hipóteses impeditivas da interceptação telefônica, previstas no art. 2º da Lei nº 9.296/96 Instrução do feito a demonstrar adificuldade que se apresenta à polícia judiciária militar, devendo todo o indício ser cuidadosamente apurado, observadas as possibilidades de se buscar prova legítima para a responsabilização dos envolvidos. Concedida a segurança, confirmando a liminar deferida, para autorizar a interceptação das comunicações telefônicas, em relação às pessoas indicadas. Decisão unânime.

(STM - MS: 624 RJ 2004.01.000624-9, Relator: MARCUS HERNDL, Data de Julgamento: 09/09/2004, Data de Publicação: Data da Publicação: 18/10/2004 Vol: Veículo: DJ)

Assim como o caso acima, acontece corriqueiramente de serem esgotados todos os meios possíveis de investigação, e ocorrer a necessidade de apuração da autoria e a participação de envolvidos mediante a interceptação telefônica, de serem obedecidos todos os requisitos para obtenção desta e, todavia, ser impedida pelo juiz. Ocorrendo a denegação, necessita-se de um instrumento eficaz para contrapor a decisão, sendo o mandado de segurança o que se enquadraria melhor na situação, pois sigilosidade do inquérito policial é uma característica essencial para o desfecho da investigação.

5.2 Correição parcial

Em relação à correição parcial, seu objetivo é o erro *in procedendo* que se refere ao erro do juiz ao proceder, no entanto apenas é autorizada a sua aplicação quando não há previsão de recurso específico na legislação processual penal.

À guisa de corroboração, necessário faz se trazer à baila o entendimento de Aranha (2010, p. 191):

A origem histórica da correição parcial é incerta, surgindo entre os doutos duas fontes: para uns o nascimento está no “Agravo de Ordenação não Guardada”, previsto em todas as Ordenações do Reino, enquanto para outros o germen está no “Agravo por Dano Irreparável”, surgindo ao tempo do Império e que objetivava a regularidade dos atos processuais. Se incerta a origem, certo o momento do surgimento com a denominação: correição parcial. Foi em 1911, no Código de Processo do antigo Distrito Federal, logo depois copiado por outras legislações estaduais.

De acordo com Aranha (2010, p. 191 apud Castelo Branco, 2003, p. 107), “a correição parcial surgiu no sistema jurídico brasileiro para compensar a carência de recursos, capazes de impugnar algumas decisões que causavam distúrbios ao bom andamento do processo”.

A correição parcial é prevista no artigo 32, I, da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), e na legislação de cada Estado, para os casos de competência da justiça comum. No âmbito federal, é admitido a sua propositura contra ato ou despacho de juiz de que não caiba recurso e que importe erro de ofício ou abuso de poder, previsto no artigo 6º, I, da Lei 5.010/1966 (Diploma que organiza a Justiça Federal de 1ª Instância).

5.3 Apelação

A apelação criminal é um recurso que está presente em numerosas legislações estrangeiras, inclusive, no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Rangel (2015, p. 1018) preleciona, de modo esclarecedor a origem da apelação, no sentido de que:

A palavra apelação é de origem latina e significa appellatio, ou seja, ação de dirigir a palavra. O termo está ligado ao efeito de todo e qualquer recuso, qual seja, o efeito devolutivo, pois, através da apelação, o recorrente dirige a palavra ao tribunal, devolvendo-lhe o reexame da decisão.

O recurso de apelação, busca o reexame de decisão definitiva ou com caráter de definitiva que fora examinada na primeira instância. Na legislação brasileira as hipóteses de procedência desse recurso, porém, não são congêneres para todos os feitos que sucedem perante o Poder Judiciário.

O recurso de apelação na esfera processual penal é admissível nas decisões dispostas no **art. 593, do Código de Processo Penal**:

I - Das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular;

II - Das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior;

III - Das decisões do Tribunal do Júri, quando:

- a) Ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
- b) For a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
- c) Houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
- d) For a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

À vista disso, a apelação não se reveste de meio de impugnação prudente a ser utilizado para contrapor o indeferimento da interceptação telefônica, posto que a decisão judicial que a indefere é interlocutória, visto que não encerra o procedimento e nem sequer fase dele (MARÇAL, 2020, s/n). Ademais, a apelação criminal abre vista para a parte contrária arrazoar, o que impactaria no sigilo da medida e influenciaria no resultado.

5.4 Recurso em sentido estrito

O recurso em sentido estrito está disposto no artigo 581, do Código de Processo Penal Brasileiro, sendo pacificada a sua utilização em alguns tribunais de justiça, quando decorrente a recusa do juiz competente no que se refere ao pedido de interceptação das comunicações telefônicas, dado que não temos um meio de impugnação específico a ser aplicado. Segundo Marçal (2020, s/n) esse recurso não poderia ser proposto por não ter previsão no rol taxativo do artigo supracitado, tal qual a sua interposição acarretaria contrariedade à eficácia da medida, posto que a notificação da parte contrária prejudicaria inteiramente a investigação criminal.

Vendo de modo mais específico, consoante entendimento de Antonio Scarance Fernandes:

obviamente, se informado o réu ou o investigado, nunca iria ele efetuar qualquer comunicação comprometedor. O contraditório será diferido, garantindo-se, após a gravação e transição, ao

investigado e ao acusado o direito de impugnar a prova obtida e oferecer contraprova (FERNADES, 1996, P.16 apud MORAES, 2008, p. 64).

Dessa forma, o meio de impugnação preferível a ser empregado é o mandando de segurança, que garante o direito líquido e certo do Estado-Investigação sem provocar danos à diligência a ser feita. Sendo assim, o mais adequado seria seguir a mesma linha de raciocínio do art. 282, § 3.º, do Código de Processo Penal, que ao examinar providências cautelares em relação a pedido de urgência ou quando houver perigo de ineficácia da medida, não deverá o juiz intimar a parte investigada para se manifestar.

Destaca-se que a interceptação telefônica no âmbito do inquérito policial deverá permanecer em segredo de justiça, propiciando ao defensor a sua verificação, caso haja ação penal, atendendo aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal (MORAES, 2008, s/n).

Após o recebimento do resultado da interceptação, o juiz adotará as providências do art. 8º, cientificando o Ministério Público, ou seja, a diligência transcorrerá em autos apartados, anexadas ao inquérito policial ou ao processo criminal. Tal medida deve-se ao seu caráter sigiloso, pois os alvos investigados, não podem tomar ciência dela, haja vista, haver iminente prejuízo à busca da verdade real.

CONCLUSÃO

Conforme explanado ao longo deste trabalho, observou-se que os operadores do Direito, especialmente àqueles que labutam no campo da persecução penal carecem de um mecanismo legislativo mais consistente em torno do tema abordado. A decisão judicial que porventura indeferir a interceptação telefônica, quando eivada de ilegalidade, teratologia ou abuso de poder deve ser impugnada, para tanto, urge-se pelo aperfeiçoamento legislativo a fim de se alcançar um recurso plausível para o feito.

A lacuna legislativa além gerar instabilidade jurídica, deixando margem a subjetividade do julgador, igualmente abre precedente à aplicação do princípio da fungibilidade (também chamado de teoria do recurso indiferente ou teoria do tanto vale), tendo em vista o preceituado no art. 579 do CPP: “salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro”.

Em síntese, a celeuma tratada neste artigo, visou trazer ao conhecimento da sociedade acadêmica a importância do tema em discurso, bem como esmiuçar as formas como os agentes públicos diretamente envolvidos com a situação vêm lidando cotidianamente com a problemática apresentada, a qual poderia ser saneada com a

atualização legislativa, estancando todas as controvérsias jurídicas em torno da ação adequada ao indeferimento da interceptação telefônica.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Dos Recursos no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARBOSA, Adriano. Do Recurso de Apelação. **Gran Cursos Online**, 2019. Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/do-recurso-de-apelacao/>. Acesso em 14 maio 2021.

BRUSCATO, Wilges. **Quem tem medo da monografia?**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Interceptação Telefônica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Legislação penal especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO NETO, Cláudio. **A Interceptação telefônica como meio de prova**. Monografia (Graduação em Direito) – Escola Superior Batista do Amazonas. 2011.

COSTA, Júlio César Xavier. Correição Parcial e Suas Peculiaridades. **Jus.com.br**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70353/correicao-parcial-e-suas-peculiaridades>. Acesso em 13 maio 2021.

DIREITO, Escola Brasileira de. Aspectos do recurso em sentido estrito (RESE). **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/459392879/aspectos-do-recurso-em-sentido-estrito-rese>. Acesso em 13 maio 2021.

FONTES, Eduardo (Org.); HOFFMANN, Henrique (Org.). **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. Salvador: Juspodivm, 2018.

GONÇALVES, Andressa Urano. A Apelação no processo penal. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <https://andressaurano.jusbrasil.com.br/artigos/437768278/a-apelacao-no-processo-penal>. Acesso em 14 maio 2021.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARÇAL, Vinícius. O indeferimento do pedido de interceptação telefônica (e ambiental) desafia qual recurso?. **Genjurídico.com.br**, 2020. Disponível em:

<http://genjuridico.com.br/2020/06/05/pedido-de-interceptacao-telefonica-recurso/>.
Acesso em 13 maio 2021.

MARÇAL, Vinícius. O indeferimento do pedido de interceptação telefônica (e ambiental) desafia qual recurso?. **Jus.com.br**, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82797/o-indeferimento-do-pedido-de-interceptacao-telefonica-e-ambiental-desafia-qual-recurso>. Acesso em 13 maio 2021.

MARINHO, Bruno; VASCONCELOS, Adriano Zeferino de; DOS SANTOS FILHO, Valdenir Teixeira. As polícias judiciárias e suas atribuições na investigação criminal. **Jus.com.br**, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33382/as-policias-judiciarias-e-suas-atribuicoes-na-investigacao-criminal>. Acesso em 14 maio 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ORTEGA, Flávia Teixeira. Apostila - Interceptação telefônica. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/334967723/apostila-interceptacao-telefonica>. Acesso em 14 maio 2021.

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Redação forense & elementos da gramática**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STM. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 624 RJ 2004.01.000624-9. Relator: Marcus Herndl. DJ: 09/09/2004. **JusBrasil**, 2004. Disponível em: < <https://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1111194/mandado-de-seguranca-ms-624-rj-200401000624-9> >. Acesso em: 01 nov. 2021.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: Visão Jurídica, 2013.

OS CRIMES CIBERNÉTICOS E O DIREITO A HONRA

ADRIANA DOS SANTOS DA SILVA:

Bacharela em Direito pelo Centro
Universitário Ceuni Fаметro¹²⁵

RESUMO: O presente artigo busca realizar um estudo sobre o Direito Digital, buscando aprofundar o debate dos crimes no âmbito virtual, pelo fato de que ocorreu significativas mudanças paradigmáticas na sociedade contemporânea por conta da globalização e dos avanços tecnológicos, principalmente no âmbito da comunicação que evoluiu demasiadamente com o surgimento da rede mundial de computadores. Por conta dessa evolução o espaço virtual se tornou um meio para a realização de delitos já praticados no mundo real, fazendo com que o número de ações relacionadas aos crimes na internet crescesse por conta de diversas possibilidades de se praticar a violência no meio cibernético. Desse modo, o tema em questão está em alta dentro das discussões no Direito, residindo às principais divergências na necessidade de legislação específica e nas dificuldades de resposta do Estado a tais delitos informáticos.

PALAVRAS-CHAVE: Crime Virtual. Direito a Honra. Marco civil da internet. Lei nº 7.170/83.

ABSTRACT: This article seeks to conduct a study on Digital Law, seeking to deepen the debate on crimes in the virtual environment, due to the fact that significant paradigmatic changes have occurred in contemporary society due to globalization and technological advances, especially in the field of communication, which has evolved too much with the emergence of the World Wide Web. Because of this evolution, virtual space has become a means to carry out crimes already committed in the real world, causing the number of actions related to crimes on the Internet to grow due to the various possibilities of committing violence in the cyber environment. Thus, the subject in question is at the top of the discussions in Law, with the main divergences residing in the need for specific legislation and in the difficulties for the State to respond to such computer crimes.

KEYWORDS: Virtual Crime. Right to honor. Civil landmark of the Internet. Law No. 7.170/83.

Sumário: 1 Introdução. 2 O crime cibernético. 2.1 Classificação dos crimes cibernéticos. 3 O direito a honra. 4 Aspectos processuais do crime cibernético. 4.1 Aplicação das disposições comuns. 4.2 Lei Carolina Dieckmann (Lei n. 12.737/2012). 5 Conclusão. 6 Referencias.

125 E-mail: adrianamonteeiro01@icloud.com

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, a internet se tornou indispensável para a grande maioria, nessa rede temos total autonomia e um grande acesso. Vale ressaltar que, a internet surgiu no contexto da Guerra Fria, por meio da necessidade de compartilhar informações entre aqueles que ficavam muito distante no cenário de guerra. No final na mesma, o sistema criou forma e vigor e começou a se tornar mais popular.

A partir disso o alcance da internet começou a tomar proporções imensas a cada dia, crescendo a quantidade de usuários e de conteúdo espalhados pelas redes. Isso se dá pela evolução da tecnologia e o fato de os computadores estarem sendo mais populares entre a população.

Porém, infelizmente, não é somente coisas boas que a internet trouxe ao decorrer dos anos. Pelo fluxo de informações e o aumento de usuários diários fica extremamente difícil controlar o que se é compartilhado, e, por isso, muitos acham que a internet é terra sem lei. Os crimes cibernéticos são cada dia mais comuns dentro da nossa sociedade. Esses são condutas realizadas por computadores, celulares ou outros meios eletrônicos que possuem internet, tanto em rede pública quanto privada. Podem afetar uma pessoa ou um grupo, invadindo suas privacidades e praticando crimes quanto a imagem e a honra.

Se entendesse por direito a honra algo inerente a pessoa humana. Esse direito abrange tanto a dignidade e a moral intrínseca do homem, como também a reputação e a consideração social de cada indivíduo. Entretanto, diariamente cidadãos vem tendo seu direito a honra violado por meio de crimes virtuais. Por esse fato, questiona-se: como o direito protege o direito a honra em meio aos crimes cibernéticos.

Muito se era debatido sobre deficiência legislativa no nosso país, no qual diversas condutas e práticas ainda não possuem tipificação no código penal, ou possui muitas brechas, fazendo com que muitas vezes faça com que os crimes virtuais fiquem impunes.

Por conta disso, o Direito Penal passou a possuir novas diretrizes para entender como a internet pode ser instrumento de pratica delituosa. Muito se foi estudado e debatido ate que a Lei 12.737/2012 fosse promulgada.

Essa lei passou a ser uma tentativa do legislador em tipificar condutas que são praticadas por meio da tecnologia e que não são toleráveis na sociedade, mas que não possuíam punição por falta de tipificação legal.

O estudo deste tema, revela a importância do entendimento no que consiste o crime cibernético e como direito penal vem tomando mediante esse assunto. Por conta da

realização do curso na área penal, se busca o aperfeiçoamento de conhecimentos para aplicação de toda a gama de legislação penal brasileira existente.

No âmbito social, quando se fala sobre honra ainda é um tema complexo pois possui uma certa dificuldade em se evidenciar qual o ato que afeta certo indivíduo, fazendo com que este tema abordado faça com que a ideia de que o opressor não será punido por difícil identificação mude na cabeça dos indivíduos na sociedade.

Por fim, o estudo procura entender a melhor maneira, pela qual será entendido o papel do Estado quando se trata de prevenir para que não ocorra esse tipo de violação, e entender o papel do mesmo depois que o crime cibernético já ocorreu.

1 O CRIME CIBERNÉTICO.

Os crimes cibernéticos se caracterizam como condutas típicas, culpáveis, antijurídicas, entretanto, mas se diferencia dos outros crimes pelo fato desse ser praticado contra ou com a por meio de um sistema da informática.

De acordo com a OECD - Cooperação Econômica e Desenvolvimento da ONU, "crime de computador é qualquer comportamento ilegal, aéctico, ou não autorizado envolvendo processamento automático de dados e, ou transmissão de dados".

Para o doutrinador Augusto Rossini (2004), quando se fala de crime cibernético, pode se entender que:

[...] o conceito de "delito informático" poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade. (ROSSINI, 2004, p. 110.).

De acordo com Chaves (apud SILVA, 2003, p.19), cibernética é a "ciência geral dos sistemas informantes e, em particular, dos sistemas de informação". Desse modo, analisando o conceito analítico de crime, se entende que os crimes cibernéticos são condutas "típicas, antijurídicas e culpáveis praticadas contra ou com a utilização dos sistemas da informática" (SCHMIDT, 2014, [n.p.]

Vale ressaltar que, assim como os crimes tradicionais se apresentam de diversas formas, com o crime virtual não é muito diferente, ele pode ocorrer de demasiadas formas,

a qualquer lugar e tempo. Nas palavras de SHARIFF (2010. pg. 276): "... o ciberespaço se tornou um verdadeiro lugar sem regras de civilidade virtuais claramente definidas..."

ROSSINI acredita que:

[...] o conceito de "delito informático" poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança Informática, que tem por elementos a integridade, disponibilidade a confidencialidade. (2004, p. 110.).

De acordo com o doutrinador citado acima, a conduta criminosa no ambiente cibernético é baseada em uma prática ilícita e típica, ou seja, algo totalmente ligado àquilo que acontece na vida real.

De acordo com Castro (2003, p.9), um dos pontos principais do ambiente cibernético é a confidencialidade das informações, as quais são amplamente difundidas.

De acordo com Feliciano, o crime cibernético possui a seguinte conceituação:

Conheço por criminalidade informática o recente fenômeno histórico-sócio-cultural caracterizado pela elevada incidência de ilícitos penais (delitos, crimes e contravenções) que têm por objeto material ou meio de execução o objeto tecnológico informático (hardware, software, redes, etc.) (2000 p.42).

Com o intuito de melhorar a explicação, alguns doutrinadores sistematizaram o conhecimento, classificando os crimes em determinados tipos normativos.

Em primeiro lugar pode-se analisar o crime cibernético puro e entender que ele está ligado a comportamentos ilícitos que tem como objetivo atacar sistema computacional e seus componentes. Nesse crime puro o objetivo é atingir o equipamento informático, o sistema e o banco de dados, aqui ocorre a invasão dos sites e servidores. (MATSUYAMA;2016)

Enquanto o crime cibernético misto, o ato do crime está ligado ao uso da internet para que a ação delituosa possa ocorrer, conquanto o infrator vise bem jurídico distinto do informático. O autor do crime não possui foco no sistema computacional ou a seus componentes, mas sim no uso da tecnologia a qual é uma ferramenta primordial para a concretude da ação delinvente. Pode ser citado como exemplo a retirada ilícita de valores monetários de contas bancárias via homebanking. (MATSUYAMA;2016)

Classificação dos crimes cibernéticos.

Os Crimes virtuais possuem a classificação como crimes próprios ou puros e, ainda, em impróprios ou impuros. Desse modo, entende-se que:

Atos dirigidos contra um sistema de informática, tendo como subespécies atos contra o computador e atos contra os dados ou programas de computador. Atos cometidos por intermédio de um sistema de informática e dentro deles incluídos infrações contra o patrimônio; as infrações contra a liberdade individual e as infrações contra a propriedade imaterial. (FERREIRA apud CARNEIRO, 2012, [n.p.]).

Os crimes virtuais próprios podem ser entendidos como aqueles no qual o sujeito ativo usa o sistema informático do sujeito passivo, sendo assim, o próprio objeto, como sistema tecnológico, se torna o meio para a execução do crime.

Nessa classificação, se encontra, além da invasão de dados não autorizados, a interferência em dados informatizados como a invasão de dados armazenados em computador seja no intuito de modificar de alguma forma, sendo assim, atingindo diretamente o software ou hardware do computador e só podem ser concretizados pelo computador ou contra ele e seus periféricos.

De acordo com Anderson Soares Furtado Oliveira, crime cibernético próprio é aquele que:

[...] só pode ser cometido no ciberespaço, ou seja, necessariamente, deve ser realizado no ambiente do ciberespaço, para que a conduta seja concretizada, tendo um tipo penal distinto do tradicional. Ademais, tanto a ação quanto o resultado da conduta ilícita consumam-se no ciberespaço. (OLIVEIRA, 2009, p.33). Acredita-se que o cerne da discussão sobre a aplicação da norma penal aos crimes cibernéticos está mais fortemente relacionado aos crimes cibernéticos próprios.

Para Marco Túlio Viana, crimes virtuais próprios "são aqueles em que o bem jurídico protegido pela norma penal é a inviolabilidade das informações automatizadas (dados)" (VIANA, 2003 apud CARNEIRO, 2012).

Para melhor entendimento desse crime, vale destacar o entendimento de Damásio Evangelista de Jesus (apud CARNEIRO, 2012, [n.p.]):

Crimes eletrônicos puros ou próprios são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado.

Já os crimes virtuais impróprios podem ser entendidos por:

aqueles realizados com a utilização do computador, ou seja, por meio da máquina que é utilizada como instrumento para realização de condutas ilícitas que atinge todo o bem jurídico já tutelado, crimes, portanto que já tipificados que são realizados agora com a utilização do computador e da rede, utilizando o sistema de informática seus componentes como mais um meio para realização do crime, e se difere quanto a não essencialidade do computador para concretização do ato ilícito que pode se dar de outras formas e não necessariamente pela informática para chegar ao fim desejado como no caso de crimes como: pedofilia.

Do mesmo modo afirma o jurista Damásio E. de Jesus (2012 apud CARNEIRO, 2012, [n.p.]).

Já os crimes eletrônicos impuros ou impróprios são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço "real", ameaçando ou lesando outros bens, não computacionais ou diversos da informática.

Os crimes virtuais, na doutrina brasileira, são classificados como delito de natureza formal, pelo fato de que se consumam no momento em que ocorre a prática do delito, e não depende da ocorrência do resultado naturalístico.

2 O DIREITO A HONRA.

O direito a honra é um direito constitucional, previsto no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Também assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A honra, atrelada a outros direitos, dizem sobre a Dignidade Humana, o qual não é um tema novo a ser debatido. Já a algum tempo em que doutrinadores debatem o tema inclusive numa visão filosófica mostrando, de diversos viés, a importância e a

valorização que o homem merece receber, como pode-se ser entendido nas palavras de Mirandola:

[...] o homem é o mais afortunado dos seres vivos e, conseqüentemente, merecedor de toda admiração; do que pode ser a condição na hierarquia dos seres que lhe são atribuídos, que atrai sobre si a inveja, não dos brutos sozinho, mas dos seres astrais e as inteligências que habitam além dos confins do mundo. Uma coisa superando crença e ferir a alma com admiração. Ainda assim, como poderia ser de outra forma? Pois é por este motivo que o homem é, com justiça completa, considerada e chamou um grande milagre e um ser digno de toda a admiração.

Quando estudamos Silva, podemos entender a honra, por sua visão, como “a honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação”, desse modo, pode-se dizer que este é um direito fundamental da pessoa a ser resguardado, pois irá preservar a sua dignidade.

Ainda pode-se falar sobre o ponto de vista de Cunha Júnior ao respeito do conceito de honra.

Não só a consideração social, o bom nome e a boa fama, como o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal. Isso é, honra é a dignidade pessoal refletida na consideração alheia e no sentimento da própria pessoa.

Com a proteção do direito em questão disposto na Constituição Federal de 1988 traz a valoração da honra do indivíduo de maneira na qual acabou por influenciar diretamente na perspectiva dos outros ramos do direito que passaram a ter uma visão da aplicação do direito não somente a um patrimônio em si, porém às pessoas que possuem dignidade e honra as quais são o objeto de aplicação desse direito.

Sendo assim, não é suficiente apenas a proteção da honra, mas, em caso que a mesma venha a ser lesada, necessita ser objeto inclusive de reparação através do direito de resposta ou por indenização. Desse modo, pelas palavras de Puccinelli Júnior:

O direito a honra compreende tanto a dignidade e a moral intrínseca do homem (honra subjetiva), como a estima, a reputação e a consideração social que as pessoas nutrem por determinado indivíduo (honra objetiva).

Atualmente, para uma parte de doutrinadores, a honra é equiparada à própria vida, enquanto outros acreditam que é bem supremo. No prefácio de obra Aparecida I. Amarante, Antônio Chaves diz:

“A honra - sentenciou Ariosto - está acima da vida. E a vida - pregou Vieira - é um bem imortal: a vida, por larga que seja tem os dias contados; a fama, por mais que conte anos e séculos, nunca lhe há de achar conto, nem fim, porque os seus são eternos. A vida conserva-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas: a fama vive nas almas, nos olhos, na boca de todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escrita nos anais, esculpida nos mármore e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal; menos cruel e mais piedosa se o puder matar”

Para De Cupis, a honra é conceituada com base na concepção pura, sendo entendida como “a dignidade pessoal reflectida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa.”

Há outros doutrinadores que buscam caracterizar da honra com base nos elementos que a integram. Desse modo, Nelson Hungria define-a, “quer como o sentimento de nossa dignidade própria (honra interna, honra subjetiva), quer como o apreço e respeito de que somos objeto ou nos tornamos mercedores perante os nossos concidadãos (honra externa, honra objetiva, reputação, boa fama).”

Wanderlei de Paula Barreto, discorre sobre a honra, escrevendo:

a chamada honra subjetiva, de índole interna, que traduz a auto-estima, o sentimento e a convicção de que a pessoa tem da sua própria dignidade, e a honra dita objetiva, de caráter externo, social, revelado na admiração, na estima e no respeito tributados à pessoa pelos seus circunstantes; enfim, é a boa fama, o bom conceito, a reputação, a respeitabilidade, o bom nome granjeados pela pessoa na comunidade em que vive; compreende, ademais, a consideração dedicada à pessoa nos mais variados círculos em que transita, no familiar, no profissional, no social, no religioso, no esportivo etc.

No contexto do conceito acima, se entende a honra como circunstância inerente à qualquer pessoa humana e direito essencial do indivíduo, a mesma está embasada no

princípio da dignidade da pessoa humana e é um elemento extremamente frágil do indivíduo, que pode ser lesada por simples e corriqueiras atitudes alheias e próprias.

Nas palavras de Mangredini, “é a honra social, isto é, o grau de dignidade moral que deriva da valorização ambiental da pessoa e a consideração de sua posição, de sua qualidade concreta. É uma condição objetiva que corresponde aos fatos sociais de estima, opinião pública, etc. É um meio social de explicação da personalidade”

3 ASPECTOS PROCESSUAIS DO CRIME CIBERNETICO.

O debate sobre os crimes virtuais ainda é algo recente, tendo sido a Lei nº 12.737, que tem o teor de estipular os mecanismos jurídicos no ordenamento brasileiro para a penalização dos crimes cometidos na internet, aprovada pelo Congresso Nacional somente em 2012. (DAOUN, 2016).

Outro ponto importante para melhor discursão sobre os crimes cibernéticos é o Marco Civil da Internet, que foi aprovado em 2014, por meio da Lei nº 12.965 a qual fala sobre uma reforma, as disputas partidárias impossibilitaram que ocorresse uma reforma mais abrangente. Um dos motivos fora que membros do Congresso possuíam preocupações relacionadas ao aumento do controle governamental da Internet (BRASIL, 2014).

Na Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, se encontra no art. 1º os delitos de informáticos acrescentando por meio do art. 2º, ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, fica acrescido dos seguintes art. no art. 154-A e 154-B:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos” (BRASI, 2012)

A Lei nº 12.737/2012 teve o foco na perspectiva física em vez da virtual. Ela proibiu a prática de diversos elementos, os quais precisam ser interpretados e estudados de forma estrita. Caso alguém cometa um determinado crime é necessário que os

elementos tenham sido satisfeitos. Esses elementos dos crimes tendem a ser físicos: eles exigem fatos físicos, comunicações entre lugares físicos, e impacto em pessoas físicas reais (BRASIL, 2012).

3.1 Aplicação das disposições comuns.

Para um melhor entendimento sobre o tema, cabe a explicação sobre aplicação das disposições comuns do capítulo dos crimes contra a honra, tendo foco sobre quanto ao aumento de pena e a retratação.

No artigo 141 do Código Penal, são encontradas as causas de aumento de pena aplicáveis aos crimes contra a honra, entre os aumentos o que mais interessa a este tema é a do inciso III:

Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro; II - contra funcionário público, em razão de suas funções; III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria. IV - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria. Parágrafo único - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.

Parte da doutrina ainda fala sobre meios de facilitação a divulgação desses crimes, como por exemplo o uso de alto-falantes, distribuição de folders, escultura, jornais, revistas, periódicos, escrever as ofensas em lugares de fácil acesso, como muros, viadutos e outdoors. (TANAKA; 2013. p.32)

Como a internet é capaz de divulgar muito mais rápido e com um alcance maior do que qualquer lugar de fácil acesso, pode-se entender que não é razoável aplicar um aumento de apenas um terço aos crimes virtuais.

Já sobre a exclusão do crime, que está prevista no artigo 142 do Código Penal e é aplicável aos crimes de injúria e difamação:

Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível: I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador; II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar; III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do

ofício. Parágrafo único - Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

Vale ressaltar que as ações encontradas nos artigos 139 e 140 do Código Penal não serão puníveis quando coincidir nas hipóteses dos três incisos deste referido artigo. Entretanto, é necessário observar o destaque do parágrafo único: responde pela injúria ou pela difamação quem der publicidade à ofensa irrogada em juízo ou conceito desfavorável emitido por funcionário público no cumprimento de seu dever de ofício.

O termo “publicidade” faz com que haja o questionamento sobre a aplicação nos casos de crimes virtuais, pelo fato de que a publicidade na internet é muito mais ampla, e a ofensa proferida em juízo ou o conceito emitido pelo funcionário público chegará ao conhecimento de muito mais pessoas. (TANAKA; 2013. p.33)

Vale ressaltar que a retratação é admitida pelo código penal, segundo artigo 143, o qual discorre “o querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena”.

A retratação é uma causa de exclusão de punibilidade, encontrada expressamente no inciso VI do artigo 107 do Código Penal. Como pode se obter da leitura do dispositivo, a retratação só se aplica aos crimes de calúnia e difamação.

3.2 Lei Carolina Dieckmann (Lei n. 12.737/2012)

Antes de 2012, havia um déficit de legislação específica sobre crimes virtuais, o que tornava muito difícil a apuração dos mesmos, pelo fato de que a legislação que estava vigente até o ano citado, era direcionada aos crimes de forma geral, não dependendo do meio utilizado para a sua prática. Sendo assim pode-se enumerar alguns, dentre outros, o Código Penal (CP), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e Lei dos crimes de software (ou lei antipirataria, Lei n. 9.609/98) e a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83).

Nesse contexto, sem a legislação específica, a identificação dos sujeitos e a obtenção de provas para a condenação criminal, a qual exige uma certeza, era extremamente difícil.

Porém, em maio de 2012, vazou na mídia algumas fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann. As imagens foram divulgadas em diversos sítios eletrônicos, o que gerou uma grande comoção social. A partir disso, uma brecha para a edição da Lei n. 12.737 fora aberta. Publicada no DOU de 03/12/2012, com vacatio legis de 120 (cento e vinte) dias, nomeada de “Lei Carolina Dieckmann”, discorrendo, entre outras disposições, sobre a

tipificação criminal dos delitos informáticos, introduzindo os art. 154-A, 154-B, e alterando os art. 266 e 298, todos do Código Penal.

No corpo dessa lei, os crimes de invasão de dispositivo informático alheio (com ou sem acesso à internet) para fins de vantagens ilícitas; falsificação de cartões e interrupção ou perturbação de serviços informáticos, telemáticos ou de utilidade pública, foram expressamente tipificados. Além de que a mesma prevê penas privativas de liberdade e multa. Ainda, as penas poderão ser aumentadas quando resultar prejuízo financeiro; divulgação, comercialização ou transmissão dos dados obtidos a terceiros; e quando forem praticados contra:

Art. 154-A – (...) §5o Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I - Presidente da República, governadores e prefeitos; II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

No § 1º do artigo em questão, se encontra a equiparação do sujeito que pratica o crime de invasão, aquele que comercializa, distribui, repassa ou difunde programa de computador com a mesma finalidade, incorrendo este na mesma pena.

Antes que tal lei fosse editada, o agente que praticava o crime viria a responder por furto de dados ou por danos à imagem da pessoa, crimes já previstos no Código Penal (WENDT, 2012). Porém, após a vigência da nova Lei, o autor irá responder pelo próprio ato de invadir o computador ou qualquer outro dispositivo alheio, com o objetivo de obter, alterar ou destruir dados e informações sem autorização.

O caput do artigo 154-A determina que comete crime quem:

invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Desse modo, o crime de invasão de dispositivo informático será caracterizado quando for praticado “mediante violação indevida de mecanismo de segurança”. Por mais que grande parte da população atual usufrua dos benefícios da internet, a maioria dos usuários é leiga no assunto informático ou não tem condições financeiras para proteger

seus dispositivos eletrônicos, seja por meio de senhas ou a compra de softwares de qualidade.

Em regra, o crime virtual é caracterizado por ser crime de ação pública condicionada, mas nessa regra não está incluso os crimes cometidos contra patrimônio da administração pública direta ou indireta e a qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ou ainda a empresas concessionárias de serviço público; em tais casos, tornar-se-á de ação pública incondicionada (Art. 154-B).

Além disso, houve também alteração nos artigos 266 e 298 do Código Penal, os quais agora preveem os crimes de interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade; e de falsificação de documento particular, respectivamente.

Nesse contexto, entende-se que a lei trouxe um grande avanço ao tipificar condutas altamente gravosas à sociedade brasileira. Ademais, essa lei trouxe pela primeira vez a edição de um instrumento normativo voltado especificamente para a tutela do bem jurídico no mundo virtual, sendo assim, fez com que fosse aberto um espaço para que as discussões acerca do tema fossem impulsionadas.

CONCLUSÃO

A partir da evolução da raça humana, inúmeros direitos começaram a ser protegidos, tanto tangíveis como intangíveis. Como um dos principais bens intangíveis se encontra a honra, que passou a ser tutelada e protegida pelo Estado, e ser defendida pelo próprio indivíduo.

Esse artigo teve como intuito trazer informações básicas sobre procedimentos investigativos quando se é praticado um meio virtual, além de medidas necessárias para que seja evitado crimes dessa mais nova modalidade.

Foi analisado opiniões acerca da internet, assim como conceitos e classificação sobre os crimes virtuais, como contra honra, calúnia, difamação, injúria, com o intuito de oferecer ao leitor um melhor entendimento sobre as investigações policiais, as quais o presente artigo trata.

É de conhecimento geral que, com o surgimento da internet, inúmeras possibilidades foram surgindo, tanto no trabalho, como nas diversas áreas do cotidiano do ser humano, e a mesma vem se desenvolvendo de acordo com o crescimento da sociedade. Desse modo, sendo um instrumento indispensável de acesso a todos.

Porém, na mesma proporção de coisas boas e benéficas que a internet trouxe para a população em geral, fora crescendo ameaças e usuários com más intenções, que acabam utilizando a internet para a prática de suas ações delituosas.

Nesse contexto, se entende que é necessário que o próprio governo venha a adotar políticas públicas no sentido de, além de conscientizar a comunidade em geral acerca do correto uso dos serviços disponíveis na internet, apresentar os riscos eminentes mal uso da rede. Além de que, apontando as maneiras pelas quais os criminosos usam para a prática dos atos ilícitos. Isso porque, se ver a prevenção como uma das medidas mais eficazes ao combate dos crimes virtuais.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Wanderlei de Paula. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 187/188.

BRASIL. **Lei nº 12.737**, de 30 de novembro de 2012. Brasília: Congresso Nacional, 2012. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 20 de mai de 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm> Acesso 12 de agosto de

BRASIL. Lei nº **12.965/2014**. Brasília: Congresso Nacional, 2014. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 20 de mai de 2020.

CARNEIRO, Adeneele Garcia. **Crimes virtuais**: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n.99, abr. 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11529&revista_caderno=17> Acesso em 12 de agosto.

DAOUN, A. J. **Crimes informáticos**. In: BLUM, Renato M. S. Opice (Coord.). *Direito eletrônico: a internet e os tribunais*. Bauru: EDIPRO, 2016.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade**. (tradução Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro). Lisboa : Livraria Moraes, 1961. Apud AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 6. ed. Belo Horizonte :Del Rey, 2005, p. 7.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p.6

JÚNIOR, André Puccinelli. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 229.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. Oração **Dobre a Dignidade do Homem**.

Mangredini, Apud AMARANTE, Aparecida I. Responsabilidade civil por dano à honra. 6. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2005, p. 7.

MONTEIRO, J; SILVA, D. História da Internet. 2009. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/guest06f3c/historia-da-internet-1162354>>. Acesso em: 22 de maio de 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 209.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004

SCHMIDT,Guilherme. **Crimes cibernéticos**. Jusbrasil, 2014. Disponível em: < <http://g.schmidtadv.jusbrasil.com.br/artigos/149726370/crimes-ciberneticos>>. Acesso em: 20 maio de 2021

SHARIFF, Shaheen – **Cyberbullying: questões e soluções para a escola, a sala de aula e a família**. Porto Alegre, 2010.

WENDT, Emerson, JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes Cibernéticos – Ameaças e Procedimentos de Investigação**. 1. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2012.

A APLICABILIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO DA MÃO DE OBRA PARA A GERAÇÃO DE NOVAS VAGAS DE TRABALHO

FERNANDA RAMOS NONATO:

Graduada do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO¹²⁶.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo, apresentar um estudo sobre: A aplicabilidade da flexibilização e terceirização da mão de obra para a geração de novas vagas de trabalho, destacaremos: A história da flexibilização no Brasil, incluindo sua origem, o histórico de Lei 6.019\74, aspectos gerais da terceirização, caracterização e efeitos jurídicos. Utilizamos para a coleta de dados a pesquisa bibliográfica, método quantitativo e ainda os métodos secundários de fontes externas de método de coleta de dados secundários, incluindo livros, artigos científicos, periódicos e sites governamentais e não governamentais inerentes ao assunto em questão, procurando apresentar os resultados obtidos na mesma através dos dados apresentados em forma de texto dissertativo. Os resultados obtidos com a conclusão da pesquisa nos mostram que, o fato de trabalhadores tanto de atividades-fim quanto de atividades-meio poderem ser terceirizados repercute de forma positiva na justiça do trabalho. E, na prática, essa mudança aconteceria devido ao fato de menos processos serem abertos. Afinal, a nova lei regulamenta de forma mais clara o regime de trabalho dos terceirizados. Porém ainda é possível afirmar com a pesquisa que, um funcionário que não seja diretamente contratado pela empresa para a qual trabalha (terceirizado), tende a criar poucas expectativas de progredir dentro das empresas. Tornando com isso o colaborador desmotivado para o exercício de suas atribuições na empresa.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Flexibilização. Mão de obra. Empregados. Legislação.

ABSTRACT: This article aims to present a study on: The applicability of flexibilization and outsourcing of labor for the generation of new job vacancies, we will highlight: The history of flexibilization in Brazil, including its origin, the history of Law 6019\ 94, general aspects of outsourcing, characterization and legal effects. We use for the collection of data from bibliographic research, quantitative method and also secondary methods from external sources of secondary data collection method, including books, scientific articles, periodicals and governmental and non-governmental websites inherent to the subject in question, seeking to present the results obtained through the data presented in the form of a dissertation text. The results obtained with the conclusion of the research show us that the fact that workers in both core and middle activities can be outsourced has a positive impact on labor justice. And, in practice, this change would happen due to the fact that fewer cases

¹²⁶ E-mail: nandasmturamos@gmail.com

are opened. After all, the new law regulates the work regime of outsourced workers more clearly. However, it is still possible to affirm with the research that, an employee who is not directly hired by the company he works for (outsourced), tends to create few expectations of progressing within the companies. This makes the employee unmotivated to perform their duties in the company.

KEYWORDS: Outsourcing. Flexibilization. Labor. Employees. Legislation.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 ASPECTOS GERAIS DA TERCEIRIZAÇÃO. 1.1 A história da flexibilização no Brasil. 1.2 Conceito de terceirização enquanto mecanismo de flexibilização. 1.2.1 Aspectos positivos. 1.2.2 Aspectos negativos. 1.3 Evolução Legislativa no Brasil. 1.3.1 Mudanças que ocorreram com a nova Lei de Terceirização. 1.3.2 Aspectos positivos. 1.3.3 Aspectos negativos. 2 CARACTERIZAÇÃO E EFEITOS JURÍDICOS. 2.1 Terceirização Lícita e Ilícita. 2.2 Delimitação de atividade-fim e atividade-meio. 2.3 Responsabilidade da Tomadora. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Sociedade moderna do século 21, prioriza a busca pelo lucro no mercado capitalista que domina o mundo, pois está exige a flexibilização de leis trabalhistas mais apropriadas e modernas para diminuir os custos da produção. Seguindo essa premissa de que a terceirização surgiu com o objetivo de modernizar a produção de bens ou prestação de serviços, tornando-a mais especializada, já que as atividade-meio desenvolvida nas organizações, pelos trabalhadores terceirizados permitem que os empregados efetivos se dediquem excepcionalmente a atividade-fim.

É importante destacar que, com o atual modelo de terceirização, o trabalhador se insere no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os direitos trabalhistas, culminando numa relação trilateral em face da contratação da força de trabalho no mercado capitalista.

No entanto, a dissociação entre relação econômica de trabalho, que como já vimos é firmado com a empresa tomadora de serviços e relação jurídica empregatícia que é firmada com a empresa terceirizante. É importante que se destaque, configura-se a presente situação como uma mitigação do regime geral tratado pela CLT.

Destaca-se que a escolha do tema para a pesquisa deu-se pelo fato de querer conhecer sobre. A aplicabilidade da flexibilização e terceirização da mão de obra para a geração de novas vagas de trabalho, assim como seu histórico, seus aspectos positivos e seus aspectos negativos, além das atualizações da lei de terceirização: quais as principais mudanças na lei 6.019\74.

Como os objetivos e conclusão da pesquisa, pretende-se mostrar que, de fato, a aplicabilidade da lei de terceirização tanto pode apresentar seus aspectos positivos quanto negativos para os trabalhadores tanto de atividades-fim quanto de atividades-meio. E, na prática, essa mudança aconteceria devido ao fato de menos processos serem abertos na justiça do trabalho.

Contudo o tema abordado na pesquisa, não se relaciona somente com interesses acadêmicos, mas pode ser relacionar com os interesses dos trabalhadores dentro da sociedade. Pois muitos empregadores, que visando somente o lucro, acabam se utilizando desse fenômeno da terceirização com o objetivo de desrespeitar os direitos trabalhistas dos trabalhadores principalmente os de carteira assinada (CLT).

Portanto, os legisladores da lei devem analisar de maneira minuciosa a questão da terceirização e suas repercussões no âmbito social, principalmente no tocante a possíveis simulações desta situação jurídica, por algumas empresas que podem querer descumprir esta lei.

1 ASPECTOS GERAIS DA TERCEIRIZAÇÃO

1.1 A história da flexibilização no Brasil

A terceirização se apresenta modernamente em grande intensidade no Brasil e no mundo e isto se deve à necessidade de especializações nas diversas áreas. Sua abrangência se torna cada vez maior ao passo que as empresas passam a realizar as atividades na qual se aprimoram, delegando as atividades meio para empresas prestadoras de serviço. Sua abrangência é tão importante que se faz necessário analisar a terceirização dentro do âmbito trabalhista, e não somente frente ao ramo econômico.

De acordo com Martins (2011, p.1), que: Num mundo que tende a especialização em todas as áreas, gera a terceirização novos empregos e novas empresas, desverticalizando-as para que possam exercer apenas a atividade em que se aprimoram, delegando a terceiros a execução de serviços que não se especializaram

No entanto, para compreender a terceirização, se faz necessário uma breve análise histórica, vislumbrando seu desenvolvimento dinâmico no decorrer do tempo.

A flexibilização de leis trabalhistas, no ramo da terceirização começa a ser notada no período da Segunda Guerra Mundial, por volta de 1940, quando os Estados Unidos uniu-se aos países Europeus a fim de vencerem as forças nazistas.

As produtoras de armamento bélico encontravam grande dificuldade em saciar o mercado com sua capacidade produtiva sobrecarregada e a demanda cada vez maior. Neste contexto constataram que poderiam delegar estes serviços a terceiros. Então foram

“terceirizados” serviços para produção de uniformes militares, armas leves e pesadas, munições, aviões e navios, a fim de atender o mercado.

No Brasil a terceirização se inicia em meados de 1950, com a vinda das multinacionais ao país. Estas empresas internacionais que vinham se abrigar no Brasil se preocupavam apenas com suas atividades essenciais ao negócio.

As empresas de Limpeza são as pioneiras no país a oferecerem atividade terceirizada, já que atuam desde meados de 1967.

Observamos que há vários dispositivos legais, autorizadores da prática, já editados, senão vejamos:

A terceirização na Administração Pública se dá com a edição do Decreto Lei nº 200/67, que normatizou e coordenou a reforma administrativa, atribuindo-lhe o nome de Execução Indireta dos Serviços, como podemos constatar no texto legal, artigo 10º § 7º

Artigo 10º - A execução das atividades da Administração federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 7º - Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com objetivo de impedir o crescimento desmesurado da massa administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficiente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos da execução.

O artigo 17 da Lei 4594/64 proíbe a seguradora de fazer a venda do seguro diretamente ao segurado, sendo esta prática cedida à corretora, ou corretor autônomo.

-Os Decretos – Leis nº. 1.212 e 1.216 de 1966 autorizam que os bancos se utilizem de serviços de segurança oferecidos por empresas particulares, surgindo às prestadoras de serviço de segurança bancária.

A Lei nasce para regular a prática do trabalho temporário que estava se alastrando com forte intensidade, e beneficiar as pessoas que por sua vez não poderiam se submeter ao contrato de trabalho permanente como os estudantes e as donas-de-casa.

1.2 Conceito de terceirização enquanto mecanismo de flexibilização

Primeiramente é bom ressaltar que o fenômeno da terceirização não está definido em lei brasileira. No entanto gera consequências de relevância jurídica devendo ser abordado respeitando as normas trabalhistas vigentes no ordenamento jurídico.

Segundo Delgado (2009, p. 407): Para do Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviço sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.

Nesta linha preleciona Martins (2011, p.10) "consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa".

A flexibilização nada mais é que o deslocamento do Direito do Trabalho, para que possa prevalecer a vontade das partes em contratar da maneira que lhe convier, porém garantindo o mínimo de proteção e tutela possível.

Ao terceirizar um serviço a redução dos custos trabalhistas e encargos previdenciários são óbvias, porém ao contrário do que muitos imaginam o objetivo da terceirização não se limita em reduzir custos, mas também em tornar a produção mais rápida, competir com outras empresas e conseqüentemente baratear os preços dos produtos.

1.2.1 Aspectos positivos

Aprovada pela Câmara dos Deputados, e em análise, agora, no Senado, a Lei das Terceirizações permite que as empresas terceirizem todas as suas funções e não apenas as atividades-meio, como limpeza e vigilância. Ou seja, uma padaria, por exemplo, poderá terceirizar, além desses serviços, padeiros e atendentes.

A proposta também permite "quarteirização": a empresa pode subcontratar os serviços de outra, caso isso esteja previsto no contrato. O projeto, em tramitação há 11 anos, ainda não tem data para ser apreciado pelo Senado. Se os senadores optarem por mudar algum ponto, volta para debate na Câmara.

Haverá maior competitividade da economia e geração de empregos formais com o estímulo a contratação de empresas especializadas.

A lei estabelece que tanto a empresa contratante quanto a contratada tem a responsabilidade quanto às obrigações trabalhistas dos terceirizados. A empresa terceirizada também pode ser responsabilizada na Justiça pelo pagamento de dívidas deixadas pela terceirizada, o que hoje não acontece. Ou seja, se a terceirizada não pagar

causas trabalhistas, quem paga é a contratante. O presidente da FCDL-RS, Vitor Augusto Koch, acredita que a lei vai proporcionar proteção extra ao trabalhador.

Quanto as relações de trabalho

Irá formalizar uma relação que sempre foi vista como "duvidosa". Os terceirizados terão os mesmos direitos assegurados no local de trabalho aos funcionários da empresa como alimentação no refeitório, treinamento quando necessário, serviço de transporte e atendimento médico nas dependências da empresa. Tudo pago pela terceirizada. Para Paulo Garcia, da Fiergs, a lei muda a imagem que se tem dos terceirizados.

Os defensores acreditam que a defesa da diminuição dos salários é uma "falácia", já que os trabalhadores ganharão conforme o grau de especialização e a função.

É importante destacar que, Empresas acreditam que poderão contratar mão de obra especializada para funções específicas, já que a prestadora de serviços terceirizados deve ter um objeto social único, qualificação técnica.

1.2.2 Aspectos negativos

Em tese, os empregos já existem. Haverá mais demissões uma vez que as empresas estarão livres para terceirizar qualquer uma de suas funções com a premissa de que poderão economizar recursos.

Já existe um entendimento comum na Justiça do Trabalho — chamada de jurisprudência — de que a contratante deve arcar com os encargos trabalhistas não pagos pela terceirizada. Porém, hoje, se a empresa comprova que estava fiscalizando a terceirizada, ela está livre de pagar.

Para a juíza Valdete, a lei distancia o empregado de quem efetivamente se beneficia da sua força de trabalho. Em caso de mudanças de empresa com a contratação das mesmas pessoas, há dificuldade para que estes trabalhadores tirem férias.

Há casos de pessoas que trabalham sete anos sem férias, porque a cada mudança de empresa começa a contar o tempo de novo. Fica bem claro que a lei protege a empresa grande, e não as menores e o trabalhador.

A lei é apoiada pelo empresariado, é lógico que ela trará redução de custos que, provavelmente, sairão do salário de quem estiver terceirizado. O presidente da Cut-RS, Claudir Antonio Nespolo, afirma que os terceirizados ganham 25% a menos.

Uma empresa que vai terceirizar um posto de trabalho vai querer economizar, não pagar mais.

Os contrários derrubam o argumento de qualificação pois, para atividades específicas, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) já vinha autorizando a terceirização pois existe jurisprudência sobre o tema.

1.3 Evolução Legislativa no Brasil

A nova Lei de Terceirização existe desde 2017. Contudo, ainda existe muita confusão sobre o tema, principalmente em relação a quais serviços podem ou não ser terceirizados.

É importante apresentar que, antes da nova Lei de Terceirização, não havia uma legislação específica sobre o assunto. Contudo, havia uma súmula de referência para a terceirização, que é um conjunto de decisões judiciais. Esse conjunto de decisões da Justiça determinava que apenas atividades-meio poderiam ser terceirizadas no Brasil, ou seja, atividades consideradas secundárias.

Alguns exemplos de atividades-meio são as de técnicos de informática, auxiliares de limpeza e outros profissionais que atuam de forma secundária, oferecendo apoio ou suporte aos profissionais que atuam diretamente no negócio principal da empresa. Ocupações com essas características podiam ser terceirizadas antes mesmo da legislação específica sobre terceirização.

Antes da nova legislação, era passível de terceirização qualquer atividade-meio, incluindo serviços de limpeza, conservação e especializados, desde que fosse caracterizado como atividade secundária do tomador. Porém, com a implementação da legislação da terceirização quase todas as atividades empresariais agora podem ser terceirizadas, o que inclui atividades acessórias, inerentes ou complementares. As novas regras apenas não se aplicam às atividades de vigilância e transporte de valores, excluídas expressamente da Lei pelo art. 19-B.

1. 3.1 Mudanças que ocorreram com a nova Lei de Terceirização:

A nova Lei de Terceirização em 2017 trouxe mudanças importantes tanto para as empresas quanto para os trabalhadores. Conheça as alterações mais significativas:

Possibilidade de terceirização de qualquer atividade

A partir da implementação da legislação da terceirização, praticamente qualquer atividade pode ser exercida por terceiros, independente se a atividade terceirizada é principal ou secundária. Isso inclui atividades-meio e atividades-fim, sem distinção.

Antes da legislação, apenas atividades-meio poderiam ser terceirizadas, como: serviços de manutenção, limpeza, conservação, segurança.

Com a legislação da terceirização, atividades-fim também podem ser terceirizadas, como: serviços de assessoria, complementares e inerentes.

Novas regras para a terceirização:

O principal objetivo da nova legislação foi definir as regras para a terceirização, garantindo os direitos e obrigações de cada uma das partes no processo: colaborador terceirizado, empresa contratada e empresa contratante.

A empresa que oferece o serviço de terceirização, é responsável pelos direitos trabalhistas dos funcionários. Contudo, caso a prestadora de serviço deixe de pagar os direitos trabalhistas do empregado terceirizado, a empresa tomadora do serviço terceirizado deverá assumir essa responsabilidade.

Além disso, a empresa tomadora dos serviços terceirizados também é responsável por garantir que os trabalhadores atuem sob condições de trabalho seguras, com base em normas regulamentadoras de segurança do trabalho.

Garantia de direitos ao empregado terceirizado

Empregados terceirizados terão seus direitos garantidos, o que inclui: férias com adicional de 1/3, décimo terceiro salário, recolhimento do FGTS, pagamento de horas extras, adicionais de periculosidade e insalubridade, adicional noturno, e outros garantidos pela CLT. Isso tudo deverá ser garantido pela empresa prestadora de serviço, que é quem possui vínculo empregatício com o empregado terceirizado.

É importante apresentar que: Quaisquer tipos de serviços podem ser terceirizados?

Quase todos os tipos de serviços podem ser terceirizados, com a exceção de transporte de valores e vigilância. Veja alguns exemplos: Limpeza: faxineiros e auxiliares de limpeza; Contabilidade: contadores, auxiliares e técnicos; Armazenamento de produtos: estoquistas e profissionais da área; Administração: administradores, técnicos, e profissionais da área; Jurídico: advogados e assessores jurídicos; Recursos humanos: profissionais formados em RH e serviços específicos da área; Manutenção: predial, comercial, de informática e outros; Segurança: porteiro, guardiões salva-vidas e profissionais da área; Transporte: motoristas para setor de logística, motorista particular e outros; Saúde: médicos, enfermeiros, técnicos e outros.

Entretanto, atividade-fim pode ser terceirizada? Sim, a nova lei permite a terceirização de atividades-fim, que são as principais atividades de uma empresa. Por exemplo, se a empresa oferece o serviço de manutenção de celulares, ela pode contratar um técnico profissional terceirizado para realizar o serviço. Nesse contexto, é possível incluir um número imenso de atividades que agora podem ser terceirizadas, tais como: Médicos, Dentistas, Cabeleireiros, Manicures, Motoristas, Advogados, Desenvolvedores de softwares, Programadores e outros.

1.3.2 Aspectos positivos

É importante que se destaque, o fato de trabalhadores tanto de atividades-fim quanto de atividades-meio poderem ser terceirizados repercute de forma positiva na justiça do trabalho. E, na prática, essa mudança aconteceria devido ao fato de menos processos serem abertos. Afinal, a nova lei regulamenta de forma mais clara o regime de trabalho dos terceirizados.

Anteriormente não havia uma legislação clara quanto a esse tema. Existiam apenas as chamadas súmulas vinculantes, que são decisões do Supremo Tribunal Federal que disciplinam determinado tema e que podem ser utilizados como base para a decisão de outras instâncias da justiça.

Faz-se necessário destacar que, uma empresa especializada em recrutar um quadro de pessoal para determinado segmento, ao operar em grande escala, elimina alguns custos. Parte dessa economia pode ser repassada para a empresa que receberá os funcionários.

A facilidade para contratar mão de obra especializada também tem a ver com o know-how de quem realiza a contratação. Ao operar em grande escala, como já dito, a empresa especializada em mediar a contratação de trabalhadores para determinada área tem a possibilidade de organizar uma base de currículos que reúna profissionais com um nível interessante de especialização. Podemos citar como exemplo nesse sentido são as conservadoras que prestam serviços para edifícios. Empresas desse segmento realizam todo o processo de contratação de faxineiras, porteiros, manobristas, jardineiros e os demais funcionários.

Entretanto, com a lei da terceirização já em vigor, essa experiência das conservadoras – e de tantas outras atividades-meio em que a terceirização já é uma realidade e poderá ser expandida para as atividades-fim.

Por isso potencialmente, todas as vantagens aqui apresentadas poderão ser aplicadas a um número maior de empresas e setores da economia.

1.3.3 Aspectos negativos

Quanto aos aspectos negativos com aplicação dessa lei observou-se que os terceirizados x contratados que no dia a dia do trabalho, por exemplo, não seria de se espantar o fato do trabalhador terceirizado se sentir um colaborador de segunda categoria, já que ele pode ser privado de alguns benefícios e o seu contratante não é a empresa para a qual ele trabalha.

Esse ponto parece banal, mas a experiência da terceirização irrestrita em outros países mostra que não. Nesses lugares foram percebidos alguns problemas que não podem ser desprezados.

Podemos citar como exemplo, uma fábrica em que metade dos operários são trabalhadores terceirizados e a outra metade é composta por trabalhadores contratados de forma direta.

Independentemente da forma de contratação, todos os operários que trabalham na linha de produção executam tarefas com baixo nível de complexidade, sendo que existem poucas distinções de função entre eles. Ou seja, na “hierarquia do chão de fábrica” todos são iguais.

Os chamados contratados têm benefícios como plano de saúde e vale-refeição, enquanto os terceirizados não têm. Tudo isso em conformidade com a nova legislação, como já tratado na sessão anterior sobre o porquê do trabalhador terceirizado ser mais econômico.

Um outro ponto negativo que se observou foi, que com a contratação indireta e seus problemas. Pois essa problematização é a contratação indireta. Quanto a isso é razoável afirmar que um funcionário que não seja diretamente contratado pela empresa para a qual ele trabalha (terceirizado), tende a criar poucas expectativas de progredir dentro da empresa, desestimulando o colaborador a buscar querer se motivar para crescer como profissional na empresa.

2 CARACTERIZAÇÃO E EFEITOS JURÍDICOS

Terceirização é a relação trilateral que se forma entre o empregado, a empresa intermediadora (empregador aparente ou formal) e o tomador dos serviços (empregador real ou natural), em que esse último se vale da mão de obra de um trabalhador sem contratá-lo diretamente como empregado.

Entretanto, a terceirização o vínculo empregatício se forma com o prestador de serviços, desde que presente os requisitos exigidos em lei e ausentes os requisitos da relação de emprego ente o empregado e o tomador de serviços.

2.1 Terceirização Lícita e Ilícita

Terceirização lícita de trabalho acontece quando uma empresa intermediadora fornece mão-de-obra à outra empresa, sem que esta última contrate diretamente os trabalhadores.

Na terceirização lícita os trabalhadores que são terceirizados não irão exercer a atividade principal da empresa em que irão trabalhar. No nosso exemplo, a pessoa da limpeza não poderá trabalhar como caixa do Banco, sem que seja contratada diretamente por ele.

A Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, nos indica em quais situações a terceirização de serviços é permitida, são elas: a. Trabalho temporário – Necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou necessidade de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa; b. Atividades de vigilância; c. Atividades de conservação e limpeza, e d. Serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador.

Com essa delimitação das situações em que é possível realizar a terceirização de mão-de-obra, vemos que a terceirização ilícita será aquilo que fugir dessas 4 possibilidades.

Em consequência, o empregado que for contratado por empresa terceira, mas não se encaixar nas possibilidades acima mencionadas, deverá ter reconhecido o vínculo empregatício diretamente com a empresa à qual trabalhou em favor.

O trabalho desenvolvido por pessoa física em favor de empresa, de forma subordinada, não eventual e pessoal fazem com que a empresa fique responsável por pagar ao trabalhador todas as verbas trabalhistas.

Um dos aspectos críticos da terceirização de trabalho é o baixo salário pago pelas empresas que são terceirizadoras, uma vez que com esse serviço, tendo como produto as pessoas, é na redução do salário de seus empregados que irão obter lucros.

2.2 Delimitação de atividade-fim e atividade-meio

A terceirização em atividade-fim viola o princípio constitucional da progressividade social dos direitos fundamentais dos trabalhadores (CF/88, art. 7º, caput, e art. 5º, § 2º), pois reduz a eficácia protetiva dos seguintes direitos: a) promove o rebaixamento de remuneração do trabalhador terceirizado¹⁶, o que conduz ao rebaixamento de todos os direitos trabalhistas incidentes sobre a remuneração, tais como o décimo terceiro salário, FGTS, gratificação de férias, indenizações rescisórias, etc. (AMORIM, 2017, p. 160)

O principal argumento da corrente contra a terceirização da atividade-fim é no sentido de que essa prática trará a precarização do trabalho em geral. Além disso, o argumento de violação de preceitos constitucionais são embasamentos muito recorrentes, bem como a violação de tratados internacionais de direitos humanos por exemplo (LEITE, 2017, p. 341).

Entretanto a definição de atividade meio e atividade fim é importante na hora de contratar colaboradores ou terceirizar serviços.

Ao contratar colaboradores, a empresa precisa dedicar esforços para recrutar, selecionar e treinar quem for escolhido. Há um trabalho completo de recursos humanos, além de vários custos e riscos envolvidos.

Para a atividade fim, esses esforços fazem todo o sentido, já que a empresa precisa garantir a melhor qualidade nesses serviços para ganhar competitividade. Já as atividades-meio não são essenciais para a competitividade da empresa no mercado neste sentido. Por isso, geralmente elas acabam sendo terceirizadas, com fornecedores que fazem todo o trabalho de recrutamento e seleção, têm a expertise na área e disponibilizam sua mão de obra. Assim, em vez de colocar seus esforços na contratação de profissionais para atividades-meio, a empresa apenas contrata quem seja especializado nisso, com muito menos trabalho, custos e riscos.

Essas atividades não deixam de ser importantes, mas são delegadas à outra empresa, enquanto o negócio se concentra no seu objetivo principal e segue ganhando eficiência.

2.3 Responsabilidade da Tomadora

Tipos de responsabilidade do tomador de serviços e seus efeitos na terceirização.

É importante distinguir a obrigação da responsabilidade. A obrigação é sempre um dever jurídico originário; a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente a violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outras, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Desse modo, não há responsabilidade sem obrigação. Para identificar quem é o responsável, será necessário identificar aquele que a lei imputou a obrigação.

O instituto da responsabilidade tem origem no Direito Civil. Algumas disposições sobre esse tema presentes no Código Civil [[18]]:

“Art. 264 – Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

Art. 942 – Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.”

É importante citarmos que há dentro da lei de terceirização, os limites da responsabilidade do tomador de serviços na terceirização

O trabalho terceirizado envolve uma relação trilateral entre empregado, empregador e tomador do serviço. Na terceirização, ao contrário do que ocorre na relação empregatícia convencional, a figura do empregador é diversa da do tomador do trabalho. Rompe-se com a dicotomia clássica empregado-empregador, tão presente na CLT.

Entretanto, acerca do fenômeno, digladiam-se as ciências da Administração de Empresas, da Economia, da Sociologia, do Direito. A depender do plano de visão, será dito que a terceirização não é um fenômeno de todo maléfico. Mesmo no Direito do Trabalho, do ponto de vista patronal, a terceirização promove corte de gastos e favorece, em tese, o aumento do índice geral de emprego, pois os trabalhadores têm a nova opção de celebrar contrato de trabalho com empresas intermediadoras de mão-de-obra, sem preocupação com demanda de mercado.

Faz-se necessário citarmos que, O art. 16 da Lei 6.019/74 – a primeira lei regulamentadora do fenômeno no âmbito privado – dispõe que, no caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e pelas verbas remuneratórias. Instituiu-se, assim, no âmbito do trabalho temporário, a responsabilidade solidária entre tomador e prestador do serviço.

CONCLUSÃO

Contudo concluímos com a pesquisa que, assim, que a terceirização desregada, pode trazer aos trabalhadores grandes desvantagens, principalmente com relação aos seus direitos e sua valorização como profissional, constituiu causa de ameaça assustadora do sistema jurídico de proteção social dos trabalhadores, coroados no Direito do Trabalho.

É importante citarmos que, observou-se com a pesquisa que, a ausência de isonomia salarial é habitual na terceirização, tornou-se a prática da discriminação remuneratória. A lógica é que o obreiro terceirizado receba a remuneração equivalente à

do empregado efetivo, além de todos os adicionais inerentes à atividade e respectivos benefícios.

Ademais, sabiamente o artigo 12 da Lei 6.019/74 disciplina o tratamento salarial isonômico entre o trabalhador temporário e o trabalhador efetivo da tomadora de serviços, não menosprezando o esforço humano de um obreiro, ainda que seja por determinado período.

A terceirização ao gerar novas empresas, gera também novos postos de empregos e em contrapartida, aumentando a arrecadação de impostos na área de serviços.

Como desvantagens para o trabalhador, pode se indicar a perda do emprego, no qual tinha uma remuneração fixa por mês, passando a incerta, além da perda de benefícios sociais decorrentes do contrato de trabalho e das normas coletivas das categorias e também o custo nas demissões que ocorrem na fase inicial.

Contudo, é importante que, que a sociedade faça uma reflexão sobre o impacto, que a lei da flexibilização causa como impacto trará à sociedade, uma vez que estimula a desigualdade nas relações laborais, preconizando-as, violando direitos e tirando oportunidades. Diante do exposto, perdem as tomadoras de serviços, que pagarão menos, mas em contrapartida, terão diante de si uma ciranda de empregados menos especializados e pouco engajados, perde o direito do trabalho que estará regredindo e conseqüentemente perde também toda a sociedade que luta por dignidade no trabalho.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Leonardo. A nova lei de terceirização e os impactos no caso de acidente de trabalho. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-05/terceirizacao-reflexos-juridicosacidente-trabalho>>. Acesso em 17 de junho de 2017 às 09:30hs.

AMORIM, Elder Santos. A terceirização na reforma trabalhista. Revista TST, São Paulo, v.83, nº 4, out/Dez. 2017. p. 156-183. Disponível em: <<https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20TST%20v%2083%20n%204%202017/Terceiriza%C3%A7%C3%A3o%20na%20reforma%20trabalhista,%20A.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Constituição: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Consolidação das Leis Trabalhistas: decreto-lei nº. 5452 de 1º de Maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452.htm>. Acesso em 19 de setembro de 2016 às 19:40hs.

BRASIL, Lei nº. 6.019/1974 de 03 de janeiro de 1974. Disponível em: <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm)>. Acesso em 14 de junho de 2017 às 17:20hs.

BRASIL, Lei nº. 13.429/2017 de 31 de março de 2017. Disponível em: <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm)>. Acesso em 16 de junho de 2017 às 14:40hs.

BRASIL, Lei nº. 13.467/2017. Disponível em: <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em 15 de setembro de 2017 às 17:30hs.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. Terceirização: Avanços e insuficiências da Lei

13.429/2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/terceirizacao-avancoseinsuficiencias-da-lei13-429-10042017>>. Acesso em 31 de maio de 2021 às 19:15hs.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Os Limites Constitucionais da Terceirização. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. A Flexibilização e os Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTR, 2019

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, LTR/São Paulo, 8. ed., São Paulo,, LTR, 2009.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A, Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho – 8ª Ed. Rev. SARAIVA. 2017. [Livro Eletrônico]

MARTINS, Sergio Pinto. Cooperativas de trabalho. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2008

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Terceirização segundo a Lei nº 6.019/1974 com a redação da Lei nº 13.429/2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57460/terceirizacaosegundoalein6-019-1974-comaredacao-da-lein13-....>>. Acesso em 26 de maio de 2021 às 18:45hs.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Enunciado 331, do TST: ame-o ou deixe-o. Revista trabalhista, v. 4, out. /nov./dez. 2002.

AUTONOMIA E DIREITO À MORTE DIGNA: DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE

IGOR PONCIANO LIMA DA CUNHA:

Graduado em Direito pelo Centro
Universitário UNA- Campus Aimorés.
Analista de Compliance | Riscos e
Compliance | Regulamento BACEN¹²⁷.

RESUMO: Lança-se mão do instituto denominado diretivas/diretrizes antecipadas da vontade na tentativa de tornar o momento morte menos penoso não só para o enfermo, mas também para aqueles que lhe cercam. Ao aderir às diretivas antecipadas da vontade, o paciente em estado terminal pode optar pela utilização ou não de terapêuticas médicas incisivas, tendo em vista que sua morte além de inevitável, é irreversível, de modo que tais procedimentos não têm o condão de curar o enfermo, mas tão somente de ampliar uma 'subvida'. Para tanto, utilizando de sua autonomia, o indivíduo deve externar sua vontade ainda consciente, apontando desde já as futuras abstenções, bem como indicando um representante. Decerto, ainda não há lei específica para aplicação das diretivas antecipadas, contudo, afere-se do ordenamento jurídico a viabilidade de sua aplicação, seja pela previsibilidade do instituto em resoluções do Conselho Federal de Medicina, seja pela observância do princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios constitucionais.

Palavras-chave: Morte. Vida. Dignidade da pessoa humana. Autonomia. Testamento vital. Diretivas. Paciente terminal.

ABSTRACT: Throws up hand institute called directives/advance directives of the will in an attempt to make the death less painful moment not only for the patient but also for those around you. By adhering to advance directives of the will, the terminally ill patient may choose to use or not of medical therapies incisive, considering that his death besides inevitable, irreversible, so that such procedures do not have the power to heal the sick, but only to extend a life. Therefore, using its autonomy, the individual should express their will still conscious, pointing already abstentions future, as well as appointing a representative. Certainly, there is no specific law for application of advance directives, however, be gauged according to the legal viability of their application, whether the predictability of the institute in resolutions of the Federal Council of Medicine, is the observance of the principle of human dignity and other constitutional principles.

Keywords: Death. Life. Human dignity. Autonomy. Living will. Policies. Terminal patient.

127 E-mail: igorcunha282@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito elencados pela Constituição da República, podendo-se ainda citar a proteção da inviolabilidade do direito à vida, à segurança e à liberdade, sem olvidar dos demais direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, todos os outros princípios e direitos são decorrentes da dignidade, sendo certo que todos devem estar nas etapas da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte.

Assim, o presente trabalho estuda as diretivas antecipadas da vontade, com suas respectivas implicações, sendo meio capaz de garantir uma morte digna.

As diretivas antecipadas possuem diversas denominações, razão pela qual inicialmente será analisada a terminologia mais adequada, bem como apontado seus principais conceitos.

Na sequência, considerando que se trata de instituto correlato à terminalidade da vida, serão analisados os meios apresentados pela doutrina que ocasionam a antecipação ou o prolongamento da morte.

Depois, as diretivas antecipadas serão estudadas, levando-se em conta, principalmente, a dignidade da pessoa humana e demais direitos e princípios, tais como o da inviolabilidade do direito à vida e da autonomia privada, onde se verificará a viabilidade ou não de se conceituar vida e morte dignas.

Por fim, depois de analisar a relação entre médico, paciente terminal e seus familiares, será verificada a possibilidade de garantir a dignidade no processo morte por meio das diretivas antecipadas da vontade, indicando, inclusive, os meios hábeis de efetivar a vontade livre e consciente do paciente terminal, cuja morte é inevitável.

2. TESTAMENTO VITAL: CONCEITOS PRELIMINARES

Primeiramente, cumpre esclarecer algumas informações gerais concernentes ao testamento vital, incluindo o seu conceito, bem como sua origem.

Decerto, o testamento vital decorre das diretivas antecipadas da vontade, estas por sua vez, podem ser definidas como a manifestação originada por pessoa capaz, na qual há previsão expressa de tratamentos médicos, na hipótese de se tornarem pacientes terminais. Nessa linha se extrai das lições de Bomtempo:

[...] a possibilidade do paciente manifestar previamente sua vontade acerca de quais tratamentos médicos quer ou não se submeter caso futuramente estiver em estado de incapacidade. (BOMTEMPO, 2012).

Destarte, por meio das diretivas antecipadas da vontade é possível ao indivíduo, ainda em plena consciência, exteriorizar sua vontade, no sentido de determinar que tipo de tratamento médico será submetido, se se encontrar em estado terminal.

As diretivas antecipadas da vontade, também conhecidas como diretrizes antecipadas da vontade se originaram nos Estados Unidos, em 1991, advindas do Ato de Autodeterminação do Paciente.

O aludido ato foi o documento legal responsável pelo início da aceitação das diretivas antecipadas naquele país, abrindo precedente dessa forma, para sua utilização em países diversos, considerando que ao paciente foi viabilizada a não aceitação de tratamento médico, pelo reconhecimento da autonomia privada. Nesse sentido, destaca-se:

O PSDA^[1] reconheceu a autonomia privada do paciente, inclusive para recusar tratamento médico. Os centros de saúde, quando da admissão do paciente, registram suas opções e objeções a tratamentos em caso de incapacidade superveniente de exercício da própria autonomia [...] (NAVES; SÁ, 2009, p. 85).

Assim, foi permitido ao indivíduo, antecipar suas decisões que cingem ao seu estado de saúde, quando este estiver acometido de enfermidade incurável e, portanto, incapacitado.

As declarações de vontade, emanadas nas diretivas antecipadas podem ocorrer das três formas seguintes: o testamento em vida^[2], o poder duradouro do representante para cuidados com a saúde^[3] e a diretiva do centro médico avançado^[4].

Retira-se da doutrina a definição do testamento em vida, Borges defende ser “documento em que a pessoa determina, de forma escrita, que tipo de tratamento ou não tratamento deseja para a ocasião em que se encontrar doente, em estado incurável ou terminal, e incapaz de manifestar sua vontade”. (BORGES, 2007, p. 240).

Nesse desiderato, Bomtempo expõe que o testamento em vida se trata de “documento no qual o paciente dispõe em vida os tratamentos ou a recusa destes quando estiver em estado de inconsciência”. (BOMTEMPO, 2012).

Assim, o aludido documento vai constar todo tipo de terapêutica médica a ser despendido ou não, conforme manifestação anterior do paciente, sendo comum inclusive, de acordo com Sá (2005) a recusa de entubação e ressuscitação.

Em relação ao poder duradouro do representante para cuidados com a saúde, também conhecido como mandato duradouro ou procuração para tomada das decisões, este se trata do documento que contém a pessoa indicada a tomar as decisões para o paciente, no caso de enfermidade incurável deste, a qual o impeça de expressar sua vontade livre de vícios. Portanto, por meio deste mandato, será nomeado representante apto a decidir em nome paciente.

No que diz respeito à diretiva do centro médico avançado, este além de indicar a recusa a determinadas terapêuticas médicas, indica representante, responsável pelo enfermo em estado terminal. "Trata-se, portanto, de um documento mais completo, voltado para pacientes terminais, que reúne as disposições do testamento em vida e do mandato duradouro". (SÁ, 2005, p. 37).

O *living will*, oriundo dos Estados Unidos, traduzido como testamento vital, foi o precursor da lei retrocitada, a saber PSDA – *Patient Self-Determination Act*, pois apresenta previsões do próprio enfermo, ao escolher quais tratamentos médicos deseja ser submetido, caso o mesmo esteja em estado terminal, incapacitado de se manifestar sem vícios de sua vontade.

Nessa linha, extrai-se das lições de Nascimento o conceito de *living will*, senão veja-se:

[...] consiste em documento, devidamente assinado, em que o interessado, juridicamente capaz, declara manifestação de sua vontade para eventual momento futuro, de uma lesão incurável e irreversível, doença ou enfermidade considerada de condição terminal, que os procedimentos que apenas prolongam o processo de morte sejam suspensos ou retirados, permitindo a morte natural, apenas com a administração de medicação à subsistência para fornecer cuidados de conforto, devendo ser obedecido e honrado pela família e pelo médico responsável. (NASCIMENTO, 2012).

Vê-se que o cerne do instituto em comento originou-se nos Estados Unidos, porém, é possível encontrar institutos semelhantes aplicáveis em países diversos, o que, por conseguinte, apresenta vários termos afins.

2.1. Testamento Vital: Breve Análise no Direito Comparado e Terminologia

Em razão da aplicação do testamento vital em diversos países, surgem diversas nomenclaturas para designar um mesmo instituto, isso ocorre no Uruguai, Holanda, Portugal, Bélgica e Estados Unidos, sendo certo que cada um utiliza terminologia diferente, na respectiva legislação.

Podem ser encontrados os termos: testamento vital, *testament de vie*, testamento biológico, *living will*, diretivas antecipadas de vontade, declaração prévia de vontade, declaração de vontade antecipada, sendo certo que todos apresentam a mesma definição, qual seja:

[...] são documentos elaborados por uma determinada pessoa que, mediante diretrizes antecipadas, realizadas em situação de lucidez mental, declara a sua vontade, autorizando os profissionais médicos, no caso de doenças irreversíveis ou incuráveis, em que já não seja mais possível expressar a sua vontade, a não prolongarem o tratamento. Nesses casos, o paciente em fase terminal ou em estado vegetativo autoriza a suspensão de tratamentos que visam apenas a adiar a morte, em vez de manter a vida. (MAGALHÃES, 2011).

Ressalta-se que no Brasil, foi utilizado o modelo norte-americano, de modo que o termo utilizado frequentemente é o testamento vital. Porém, conforme cediço, testamento para o Direito Civil Brasileiro produz efeitos apenas após a morte, sendo que em contrapartida, testamento vital foi criado para que seus efeitos sejam alcançados em vida. Logo, tal nomenclatura tem sido alvo de várias críticas.

Decerto, são utilizados comumente diretivas/diretrizes antecipadas da vontade e testamento vital; como dito, este recebe críticas em virtude do entendimento acerca de testamento na legislação brasileira, sendo certo que aquele não recebe críticas, sendo mais correta sua utilização.

Verifica-se que se define testamento como:

[...] negócio jurídico por meio do qual uma pessoa dispõe de seus bens ou faz outras declarações de última vontade. [...] testamento é negócio jurídico. É ação humana combinada com o ordenamento jurídico, voltada à produção dos efeitos jurídicos desejados pelo disponente, aos quais a Lei dará força. É negócio jurídico *mortis causa*. É unilateral, porque proveniente de uma só declaração de vontade. É também personalíssimo, pois deve ser feito pelo próprio testador. [...] É negócio jurídico gratuito e solene. Pode ser revogado pelo testador a qualquer momento [...] (FIUZA, 2016, p. 773).

Do conceito supracitado, verifica-se que testamento no ordenamento jurídico brasileiro possui validade após a morte, momento em que suas disposições se efetivarão. Tal posicionamento também pode ser depreendido na doutrina de Nascimento:

Ao analisarmos o conceito de testamento, se verifica que o instituto está intimamente ligado ao conceito de morte, pois consiste na manifestação de última vontade, pelo qual um indivíduo dispõe, para depois da morte, em todo ou parte dos seus bens, conforme preleção do artigo 1.857 do Código Civil Brasileiro^[5]. (NASCIMENTO, 2012).

Ocorre que o testamento vital foi idealizado para surtir efeitos antes da morte do testador, sendo que sua validade dar-se-á em vida, mais precisamente, no momento em que o paciente terminal perder sua capacidade de manifestação, em razão de enfermidade grave, sem cura e sem chances de reversão.

Diante da controvérsia advinda em virtude dos testamentos ora em comento é que a doutrina vem questionando a utilização do termo testamento vital, o qual demonstra certa atecnia e preferindo outros, tais como diretrizes/diretivas antecipadas da vontade ou declaração de vontade antecipada, este último retirado do modelo uruguaio. Sentido também perfilhado por Bomtempo, a saber:

Entrementes, critica-se o termo 'testamento vital', devido ao sentido de testamento no Brasil. Visto que este instrumento trata-se de um ato unilateral de vontade, com eficácia pós-morte, não seria a nomenclatura correta, considerando que o testamento vital possui eficácia em vida. Adota-se, portanto, a nomenclatura declaração prévia de vontade. (BOMTEMPO, 2012).

Destarte, vê-se que independentemente do nome recebido, o instituto em tela será empregado com o mesmo objetivo, sendo necessária apenas sua devida regulamentação no ordenamento brasileiro, para que seja resguardada sua utilização.

Assim, não há qualquer impedimento na legislação pátria à validação das diretivas antecipadas da vontade, pois em referência aos testamentos, bastaria preencher os seus respectivos requisitos, bem como àqueles relacionados a todo negócio jurídico (art. 104 CC). ^[6]

Da mesma forma, ocorreriam com as razões de sua invalidação^[7], retirados do Código Civil Brasileiro. Com efeito, considerando que aos negócios jurídicos não é aplicado o princípio da tipicidade "os particulares têm ampla liberdade para instituir categorias não contempladas em lei, contanto que tal não venha a afrontar o ordenamento". (GODINHO, 2010).

Dessa forma, vê-se que por não ser necessária forma tipificada em lei para se firmar negócio jurídico, bastaria para a confecção das diretivas antecipadas da vontade apenas a observância dos requisitos atinentes àquele, hábeis à sua validação, sendo certo que de igual modo, sua invalidade se vincula às hipóteses de nulidade concernentes a todo negócio jurídico.

Ainda, Bostiancic e Penalva (2010) defendem que enquanto as diretivas antecipadas são gênero, o testamento vital é espécie.

Destarte, ambos os institutos apresentam a mesma concepção, razão que testamento vital e diretivas antecipadas da vontade serão analisados como se sinônimos fossem, contudo, há a preferência pelo segundo, pois o primeiro, conforme explicitado, evidencia atecnia em seu termo.

Por fim, ainda é debatida a forma como as diretivas antecipadas da vontade serão aplicadas, quando então, lança-se mão da eutanásia e das práticas a ela correlacionadas. Entretanto, o objetivo é viabilizar uma morte digna, trazendo a manifestação antecipada do paciente terminal quanto à recusa ou não dos tratamentos médicos que possuem o fito tão somente de prolongar a vida, com ou sem qualidade.

3. MORTE: *MODUS*

Quando se aborda o fim da vida, forçosa é a abordagem da autodeterminação inerente a cada pessoa, quando se trata principalmente de assuntos relacionados à sua própria saúde, uma vez que “o direito de deliberar sobre a própria morte deve ser uma garantia não apenas médica, mas também ética e jurídica”. (DINIZ, 2007, p. 300).

Impende destacar nesse diapasão que o momento morte se dá com a perda irreversível da capacidade do indivíduo de integrar e coordenar suas funções físicas e mentais.

Desse modo, se destaca que a morte ocorre quando:

- a) As funções espontâneas cardíacas e respiratórias cessaram definitivamente, ou
- b) Verificou-se uma cessação irreversível de toda a função cerebral (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2012, p. 387).

Assim, vê-se que de fato a morte é verificada com a perda das funções cerebrais- morte cerebral, uma vez que, na ocorrência de uma parada cardiorrespiratória, aquela rapidamente será constatada.

Nessa linha, cumpre esclarecer alguns institutos correlatos à morte, pois são meios anteriores à terminalidade da vida em si, tais como a eutanásia, conforme difundido pela doutrina.

3.1. Eutanásia

A palavra eutanásia possui origem grega e significa morte boa (eu = bom/boa e thánatos = morte), isto é, morte apropriada e sem sofrimento.

“Em termos gerais, a eutanásia pode ser entendida quando uma pessoa causa deliberadamente a morte de outra que está mais fraca, debilitada ou em sofrimento”. (ADONI, 2003, p. 404).

Adoni ainda acresce:

[...] a concepção de eutanásia liga-se à ideia de provocar conscientemente a morte de alguém, fundamentado em relevante valor moral ou social, por motivo de piedade ou compaixão, introduzindo outra causa, que, por si só, seja suficiente para desencadear o óbito. Ao invés de deixar a morte acontecer, buscando-se amenizar o sofrimento do paciente, a eutanásia é entendida nos dias de hoje como uma ação sobre a morte, de modo a antecipá-la. (ADONI, 2003, p. 405).

A eutanásia pode ser classificada em ativa ou passiva.

Enquanto a primeira se dá por comissão, ou seja, quando há ação médica, na qual provoca o óbito da pessoa acometida de enfermidade, aliviando assim sua dor e sofrimento. A segunda ocorre por omissão, isto é, deriva da abstenção médica, por não serem aplicadas terapêuticas médicas hábeis a prolongar a vida do paciente.

Lança-se mão da doutrina de Barchifontaine para apresentar exemplo. Enquanto na eutanásia ativa tem-se “a administração de uma superdose de morfina com a intencionalidade de pôr fim à vida do enfermo”. (BARCHIFONTAINE, 2001, p. 288). Na eutanásia passiva se verifica “a não aplicação ou desconexão do respirador num paciente terminável sem esperança de vida”. (BARCHIFONTAINE, 2011, p. 288).

Por fim, cumpre ainda esclarecer que embora parte da doutrina utilize eutanásia passiva como sinônimo de ortotanásia, ambos se tratam de institutos diversos, conforme a seguir delinea-se.

4. DIGNIDADE NO VIVER E MORRER

Conforme aferido do art. 5º da CR/88, a vida é um bem jurídico inviolável, a saber:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 2021, p. 21). (Grifou-se).

Ademais, é certo que deste direito fundamental e inviolável, advêm outros, com o mesmo caráter de fundamentalidade, dispostos nos incisos daquele artigo, aos quais cumpre ressaltar:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

[...] (BRASIL, 2021, p. 22 e 23).

Destarte, afere-se que é competência do Estado assegurar os direitos estabelecidos em Constituição, abrangendo no que concerne ao direito à vida o direito de se manter vivo, bem como ter uma vida digna no que tange à sua própria vivência.

Logo, o direito à vida deve ser exercido com observância da dignidade da pessoa humana, pois todos os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos emanam, desta, que conforme delineado se trata de fundamento do Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, faz-se necessário destacar a ligação existente entre as garantias e direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana, haja vista que “o direito à vida é protegido, mas também se abriga o direito a todos os meios e condições para trazer a esta um mínimo de autossuficiência, de decência e de condições de vivência própria por seus meios”. (BORGES, 2006, p. 168).

De igual modo, defende Silva e Campos:

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano e é a partir dela que ele tem a sua existência em plenitude. Nesse sentido, todo cidadão é titular não só do direito à vida, mas sim do direito à vida digna. [...] Na democracia constitucionalizada brasileira, ter vida digna é ter todos os direitos fundamentais efetivados, ou seja, é estar incluído na nova ordem de direitos e garantias fundamentais. [...] Isso significa dizer que os direitos fundamentais dão forma ao conteúdo mínimo da dignidade humana. (SILVA; CAMPOS, 2011, p. 218).

Nesse sentido, do direito à vida decorrem outros direitos e valores, os quais objetivam a existência digna da pessoa, abrangendo tanto o plano jurídico, quanto o plano social, razão pela qual a dignidade pode ser considerada como o núcleo dos demais direitos, sendo certo que a efetivação destes viabiliza uma vida minimamente digna.

Não só o viver a vida, mas também o seu fim devem estar amparados pela dignidade da pessoa humana, estando ambos ligados à morte, assim “a vida deve ser encarada no seu ocaso, para que lhe seja devolvida a dignidade perdida”. (SÁ, 2005, p. 33).

É no fim da vida, ou seja, na iminência da morte que as pessoas analisam como foi sua existência, se digna ou não, como desejam seu término, bem como definem as lembranças que gostariam de deixar.

Dworkin (2009), ao analisar a existência humana, desde o nascimento até seu fim, afirma que os seres humanos vivem a vida à sombra da morte, da mesma forma que morrem à sombra da vida. Ainda acrescenta que viver dignamente está ligado a uma vida boa e que a morte é reflexo do modo que se deseja ter vivido.

Para delimitar uma vida boa, o autor inicialmente esclarece que as pessoas partem de ideias intuitivas e latentes, hábeis a explicar seus sentimentos quando se deparam com o rumo que a vida vai levando, decorrente das suas escolhas pessoais.

Decerto que tais ideias, convicções e opiniões são variáveis de um indivíduo para outro, podendo estar ligadas ao conforto material, às realizações pessoais, às experiências adquiridas ou aos laços de afinidade criados. Além disso, acrescenta:

É absolutamente crucial, porém, observar que essas diferentes opiniões e convicções, por mais inarticuladas ou latentes que possam ser, são críticas no sentido de que dizem respeito ao que torna uma vida bem-sucedida, e não fracassada; em outras palavras, remetem àquelas circunstâncias em que alguém conferiu sentido à sua vida, em vez de simplesmente pô-la a perder. Não se trata, portanto, apenas de opiniões a respeito de como tornar a vida prazerosa ou agradável minuto após minuto, dia após dia. (DWORKIN, 2009, p. 283).

Ao discorrer acerca da definição de vida boa ou sobre o sentido da vida, Dworkin (2009) aponta duas razões para que seja tomada determinada direção em vez de outra no decorrer da vida: são os denominados interesses experienciais, aqueles comuns, agradáveis e preferenciais para cada indivíduo e os interesses críticos, internalizados após passar por um juízo de valor, hábil a contribuir com o crescimento interno. Nas palavras do autor, ambas as razões apontadas significam respectivamente:

Em primeiro lugar, todos têm o que chamarei de interesses experienciais. Todos fazemos coisas porque gostamos de fazê-las [...] Os prazeres desse tipo são fundamentais para uma vida boa – uma vida sem nada de maravilhoso não seria pura, mas tão-somente absurda. Mas o valor dessas experiências, avaliadas uma por uma, depende exatamente do fato de as considerarmos prazerosas ou estimulantes como experiências. (DWORKIN, 2009, p. 283).

[...] a maioria das pessoas pensam que também têm aquilo que chamo de interesses críticos: interesses cuja satisfação torna suas vidas genuinamente melhores, interesses que, se ignorados, constituiriam erros passíveis de piorar essas vidas. As convicções sobre o que ajuda a tornar uma vida boa em termos gerais são aquelas que remetem a esses interesses mais importantes. Representam juízos críticos, não apenas preferências relativas a experiências. (DWORKIN, 2009, p. 284).

Enfim, tanto os interesses experienciais quanto os interesses críticos, fazem parte do cotidiano dos indivíduos, sendo variável em cada caso. O que, por conseguinte, se conclui que uma vida boa decorre da convicção de cada um, o que também ocorre por ocasião de sua morte.

Viver dignamente, assim como ter uma vida boa, influencia no modo em que a mesma se perde, sendo certo que ter uma morte boa ou digna depende daquele que vai perdê-la. Nesse sentido Dworkin explicita, ao analisar o momento morte:

[...] as concepções das pessoas a respeito de como viver dão cor a suas convicções sobre quando morrer, e o impacto se torna mais forte quando está em jogo o segundo sentido no qual se pensa que a morte é importante. Não há dúvida de que a maioria das pessoas atribui ao modo de morrer uma importância especial e simbólica: na medida do possível, querem que sua morte expresse e, ao fazê-lo, confirme vigorosamente os valores que acreditam ser os mais importantes para suas vidas. (DWORKIN, 2009, p. 298).

Da mesma forma que as pessoas têm o livre arbítrio e vivem conforme seus interesses experienciais e críticos a fim de buscarem seu 'ideal' de existência, também se utilizam destes mecanismos para decidirem como será sua morte, bem como gostariam de serem lembrados, inclusive em relação àqueles que lhes cercam.

Nesse diapasão, Cabette defende que "na verdade a morte deve ser enfrentada como parte essencial dela, algo que inclusive lhe fornece sentido e não permite que caia em uma continuidade inócua e insípida". (CABETTE, 2009, p. 56).

Por isso as diretivas antecipadas da vontade nada mais são que a tentativa de efetivação da vontade do paciente que se encontra em estágio terminal, quando a morte é iminente, até porque "muitas pessoas têm uma razão paralela para preferir a morte se tudo que lhes restar for uma vida inconsciente e vegetativa". (DWORKIN, 2009, p. 299).

Ressaltando-se ainda, que para estes que aderiram às diretivas antecipadas, o fim da vida será digno e bom, pois observada sua própria vontade externada através desse instrumento, com respeito à autonomia da vontade.

A implementação das diretivas antecipadas da vontade caracteriza um modo de aceitação de qualidade de vida inclusive através da morte, ideia corroborada por Sá, a saber:

O ser humano tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa. O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer. (SÁ, 2005, p. 32).

Conforme já delineado, a dignidade da pessoa humana é da essência do Estado e deve estar inserida em todas as etapas da existência dos indivíduos, do seu início ao seu fim, numa interligação de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Nessa linha, reforçando a importância da dignidade da pessoa humana, cabe ressaltar entendimento de Adoni:

A dignidade da pessoa humana é o sol do universo de valores, onde os demais gravitam ao seu redor. Constitui o valor dos valores. A dignidade da pessoa humana é a célula mãe de todos os demais valores, assegurando o direito à vida, e não o dever à vida a qualquer custo e condição, mesmo porque, nas sendas do quanto preconizado pela Constituição Federal, é direito fundamental da pessoa não ser submetida a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), como sói possível ocorrer em um sem-número de circunstâncias de enfermidade incurável e dolorosa, em que a pessoa é submetida a um tratamento fútil; e desnecessário, sob o empunho cruel de bandeira erguida em defesa do direito à vida, fazendo recrudescer a vulneração teratológica à sua dignidade, além de tolher o exercício de uma liberdade legalmente garantida. (ADONI, 2003, p. 411).

Com respeito às opiniões contrárias, é imprescindível à aceitação das diretivas antecipadas da vontade, a distinção dos princípios da santidade e da sacralidade da vida, os quais explicam o enfoque da vida e sua importância.

No primeiro- santidade da vida, “a vida é fundamento dogmático e religioso, pois pressupõe o caráter heterônomo da vida humana” (DINIZ, 2007, p. 296), sendo um bem intocável, possui caráter de inviolabilidade, principalmente por razões religiosas.

Nesse referencial não há que se falar no direito de morrer ou escolher como morrer, apenas existe o dever de viver, independente da qualidade que essa vida se mantém.

Já no segundo- sacralidade da vida, a vida representa um conjunto de valores morais e sociais concernentes à existência humana, garantindo o direito à vida de diversas formas, sendo esta passível de disponibilidade. Neste é o compartilhamento do valor moral que reconhece a vida humana como um bem, com respeito à dignidade humana.

Assim, Vieira defende a possibilidade de renunciar qualquer direito e aduz que “um ser livre e autônomo pode renunciar a todo direito, inclusive ao direito à vida, desde que sua escolha seja realmente voluntária, resultante de uma informação completa e bem detalhada acerca da questão”. (VIEIRA, 2004, p. 12).

Se entendida a existência do indivíduo sob a perspectiva da sacralidade da vida, bem como da dignidade da pessoa humana, verifica-se a interligação destes com os direitos fundamentais, o que, por conseguinte, autoriza a aplicação das diretivas antecipadas da vontade, com materialização do direito de morrer, uma vez que viver não é um dever.

O que deve ser evitado é a confusão entre o direito de morrer e o direito à morte, certo que a disponibilidade da vida apresentada nas diretivas antecipadas da vontade se refere ao desejo de evitar procedimentos médicos ineficazes, sem retardar a morte inevitável, entendimento também perfilhado por Clemente:

O direito de morrer dignamente não deve ser confundido com direito à morte. O direito de morrer dignamente é o desejo, a reivindicação por vários direitos e situações jurídicas, como a dignidade da pessoa, a liberdade, a autonomia, a consciência, os direitos de personalidade. Refere-se ao desejo de se ter uma morte natural, humanizada, sem o prolongamento da agonia por parte de um tratamento inútil. (CLEMENTE, 2006).

Leal (2004) também demonstra que viver não é dever e diante da legislação brasileira, morrer deve ser interpretado como um direito das pessoas, pois proveniente dos demais direitos constitucionais.

O autor ainda acresce:

Nos Estados Democráticos, ao se clamar por um direito de morrer ante a impossibilidade do exercício dos direitos fundamentais de vida plenária (mobilidade orgânica e lucidez do pensar como dignidade mínima), não é o morrer que se quer exercer, mas o orgânico que se quer desativar, porquanto a lei, como instituidora do DEVER-SER nas democracias, assegura o SER, devido a todos, pensar (enunciar-conjecturar) a vida e a morte e não tê-las somente como eventos sagrados sumariamente pré-decididos por uma contextualidade legal imune a ressignificações. (LEAL, 2004, p. 166).

Como a essência do Estado Democrático é a pessoa, tanto a vida quanto a morte digna devem estar em consonância com a autonomia privada, inclusive quando se tratar das diretrizes antecipadas da vontade, meio revelador dos direitos atinentes à vontade pessoal de cada um.

Assim, “diante dos paradigmas da liberdade e do pluralismo, podemos afirmar que existe autonomia para a vida e para a morte”. (TEIXEIRA, 2010, p. 9).

Logo, da mesma forma que viver, o morrer deve ser encarado como parte integrante de qualquer ser humano, e cada um possui a liberdade para definir ao menos, como sua vida será vivida, refletindo assim, em sua morte.

4.1. Autonomia Privada *versus* Vontade Estatal

O principal fundamento das diretivas antecipadas da vontade é a autonomia privada atinente ao paciente terminal, que se encontra submetido a terapias que não possuem cura, apenas retardam seu fim já sabido e esperado. Respeitando-se as decisões desses que sequer têm esperanças de melhora, respeita-se a dignidade.

Ao se discutir o direito de morrer de cada indivíduo, o que se questiona principalmente é o direito que o paciente terminal tem de ser ouvido, fazendo valer sua vontade, e conseqüentemente, terá sua dignidade reconhecida enquanto ser humano, isto é, ao ser ouvido, a autonomia privada é reconhecida.

É certo que a morte decorre da vida e que é o doente titular de sua própria existência, de modo que incumbe a ele e não ao Estado o conteúdo de vida digna, bem como o que vem a ser vida indigna, porque como já visto, se trata de conceituação variável e subjetiva, decorrente das próprias escolhas e experiências. De modo que é imprescindível reconhecer a autonomia privada, e por conseqüência, a dignidade da pessoa humana.

O princípio da autonomia- para a bioética ou autonomia privada- para o biodireito correspondem à observância da capacidade de autogoverno das pessoas, reconhecendo a possibilidade de decisão e ação dos indivíduos, de modo livre e consciente, longe de qualquer influência externa ou de terceiros, é o reconhecimento dos poderes pessoais de atuação quando tratar do próprio indivíduo.

Assim, tem-se a autonomia da vontade e a autonomia privada. Enquanto a primeira está intrinsecamente relacionada ao querer do indivíduo, isto é sua vontade real, partindo do pressuposto da voluntariedade, a segunda diz respeito ao direito subjetivo do indivíduo, conferido pela lei, em autorregular-se, tomando por base principalmente as relações jurídicas firmadas particularmente.

Quanto à definição de autonomia, extrai-se das lições de Pegoraro:

Autonomia, que deriva do grego *auto* (próprio) e *nomos* (lei, norma), significa o autogoverno da pessoa, autodeterminação de seu destino, liberdade de tomar decisões que digam respeito à sua vida e saúde física. Enfim, a pessoa autônoma é a que decide o que é bom para si ou aquilo que faz seu bem-estar. (PEGORARO, 2002, p. 106).

Por vezes, também se utiliza o termo liberdade para referir-se a autodeterminação, o que pode ser depreendido das lições de Sá: "ser livre é estar disponível para fazer algo por si mesmo. Nesse sentido, a liberdade afigura-se como a possibilidade de decidir e, ao decidir autodeterminar-se". (SÁ, 2005, p. 54).

Assim, reafirmando a autodeterminação da autonomia privada atinente aos indivíduos, Pegoraro, ainda ensina:

Com base na autonomia propõe-se como ponto de partida, os direitos e deveres em relação à dignidade da pessoa, dando-se menos atenção às consequências benéficas ou menos benéficas das ações. Isto é, a autonomia individual provoca de imediato e prioritariamente o respeito à pessoa, o direito à autodeterminação, à vida, à saúde e à confidencialidade. (PERGORARO, 2002, p. 102).

Contudo, para produzir efeitos, inclusive no caso das diretivas antecipadas da vontade, o exercício da autonomia exige requisitos de validade especiais, quais sejam: informação, discernimento e ausência de condicionadores externos.

Quanto à informação significa dizer que deve ser transmitido ao paciente o maior número de informações acerca do seu quadro clínico, passadas de forma clara e abrangente, com avaliação dos riscos e benefícios.

No que diz respeito ao discernimento é imprescindível a efetiva compreensão do doente, ou seja, este precisa ter capacidade de entender sua situação.

Já a ausência de condicionadores externos significa que a decisão desse paciente deve ser livre, quando não se aceita quaisquer vícios: sociais ou de consentimento.

Então, as diretivas antecipadas da vontade, capazes de concretizar a autonomia, devem ser "exteriorizadas pelo consentimento livre e esclarecido, o qual deve reger as relações entre médico e paciente e, principalmente, ser determinante para o destino a ser dado ao tratamento (ou à ausência deste)". (TEIXEIRA, 2010, p. 10).

Ocorre que o direito fundamental à vida, é o mais protegido pelo Estado, surgindo posições contrárias às diretrizes antecipadas, uma vez que estas fazem o paciente terminal 'desistir' da vida, quando da abstenção dos tratamentos médicos invasivos, simplesmente por obstinação terapêutica.

Todavia, cumpre ressaltar que não adianta viver, sem que esta vida seja digna. Linha perfilhada pela doutrina de Borges, a qual complementa que "quando o indivíduo não goza do direito à vida em sua plenitude, nem se quer se pode mais alegar que ele apresente vida digna, pois está privado de sua liberdade e do exercício de muitos de seus direitos". (BORGES, 2006, p. 169).

Decerto a prática, tanto estatal quanto médica de obrigar uma pessoa em estado terminal manter-se viva, sem hipóteses de cura, faz com que sua existência tenha caráter de subvida, vivida em circunstâncias de morte.

Afinal, conforme se depreende dos ensinamentos de Bizatto "a principal finalidade de uma constituição é a garantia das liberdades e dos direitos individuais e coletivos, sem que isso implique numa negativa do direito de morrer". (BIZATTO, 2000, p. 134).

Portanto, num Estado Democrático de Direito é necessário reconhecer a liberdade, autonomia e autodeterminação do paciente, para evitar dores e sofrimentos diante da iminência da morte daquele acometido por doença incurável, em consonância com a dignidade da pessoa humana, pois a morte é inevitável fato da vida.

Nesse sentido, ao reconhecer a importância dos direitos fundamentais, para então reconhecer o direito de morrer, ensina Leal:

[...] se Democrático de Direito, o Estado, por não mais ter lugar na banda (bando) soberana (imunizada, neutra, inquestionável) de onde excepcionasse (sitiasse) o seu próprio ordenamento jurídico, não mais pode invocar, como entidade mítica, o direito de vida e morte

sobre todos, em nome de todos, sob rótulos de súmulas vinculantes, medidas provisórias, tutelas de urgência sem perpasso de processualidade jurídica. (LEAL, 2004, p. 166).

Logo, cabe ao enfermo, que se encontra em estágio terminal, decidir qual fim terá sua vida, bem como é o próprio paciente que define se viveu ou não dignamente, cabendo ao Estado assisti-lo no que couber, a fim de evitar qualquer tratamento desumano causador de sofrimento.

Com tal perspectiva, o deputado Alexandre Padilha - PT/SP propôs o projeto de lei nº 352/2019 [8]-ainda em tramitação- que dispõe sobre o consentimento informado e instruções prévias de vontade sobre tratamento de enfermidade em fase terminal de vida, trazendo o questionamento quanto à aceitação das diretivas antecipadas da vontade, com previsão inclusive, de casos em que a manifestação do enfermo pode ser suprida por seu representante legal.

Cumprir destacar passagem da justificativa do supracitado projeto de lei:

A presente proposta baseia-se na Lei estadual de autoria do ilustre Deputado Estadual Carlos Neder (PT/SP) recentemente aprovado na Assembleia Legislativa de SP, que tem como objetivo regular e proteger o exercício do direito das pessoas quanto à informação e à tomada de decisão durante o processo de enfermidade terminal, de modo prévio ou durante o tratamento, os deveres e direitos dos profissionais de saúde e as garantias que os serviços de saúde públicos e privados estão obrigados a oferecer nesse processo.(Brasil 2021)

Resta demonstrado, o reconhecimento da autonomia privada do enfermo, porque "é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não ao contrário, porquanto o homem constitui a finalidade precípua, e não meio de atividade estatal". (BORGES, 2006, p. 168).

Assim, diante do supracitado projeto de lei, o Estado utilizou meio hábil a reconhecer não só a autonomia privada, mas também o direito que o paciente terminal possui em determinar seu próprio destino, sem prolongar a vida com terapêuticas médicas ineficazes, ensejadoras de sofrimento, tanto para o enfermo quanto para seus familiares.

Por fim, ao apontar a necessidade da observância dos direitos fundamentais no momento do fim da vida, Teixeira ensina:

Com efeito, os princípios jurídicos que norteiam o viver não podem ser afastados nos momentos finais daquela que é, ainda e talvez até

mais intensamente, a existência da pessoa [...] O reconhecimento de tutela à autodeterminação da pessoa colhe também sua opção por tratamentos menos invasivos, menos dolorosos ou mesmo sua consciente decisão de não receber tratamento algum”. (TEIXEIRA, 2010, p. 9).

Logo, as diretivas antecipadas da vontade materializam não só a autonomia privada do paciente terminal, mas também os demais direitos fundamentais, com essência na dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, verifica-se que a maior importância está na relação entre o enfermo, seus familiares e a equipe médica que o acompanha, uma vez que tais pessoas exercem maior influência na decisão do paciente terminal.

5. DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: RESPONSABILIDADE JURÍDICA MÉDICA

Embasados nos princípios da autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, os médicos, devem observar condições de procedibilidade, quais sejam:

- a) o paciente, o representante ou o responsável precisa ser informado do diagnóstico, da evolução da enfermidade, das alternativas de tratamento, seus riscos, benefícios e possíveis sequelas;
- b) a intenção do agente de saúde voltar-se-á para uma finalidade positiva, devendo os efeitos positivos da intervenção ser proporcionalmente superiores aos efeitos negativos;
- c) a técnica interventiva terá de ser imprescindível, não podendo ser substituída por outra com menos efeitos negativos. (SÁ; NAVES, 2009, p. 87).

Assim, aos profissionais de medicina cabe o dever de informar não só o paciente, mas também seus familiares sobre todo o quadro clínico que este enfermo está inserido, de forma transparente, para assisti-lo da melhor forma quando do prognóstico de morte.

Em decorrência dos deveres advindos das funções dos agentes de saúde é que se fala em responsabilidade jurídica a eles aplicada, em razão da obrigação existente.

Da relação médico-paciente surge uma obrigação contratual de meio, o que significa dizer que advém de contrato, tendo como objeto o processo para alcançar o resultado e não o resultado propriamente dito.

Acerca das obrigações de meio e sua relação com a atuação médica Fiuza ensina:

Assim é a obrigação do médico de fornecer os meios para curar o doente. Não é de resultado, por ser este imprevisível. Mesmo porque o médico não pode ter como obrigação curar o doente, mas sim fazer o possível para tanto [...] é óbvio que também as obrigações de meio visam um fim. O médico visa à cura do doente, como seria lógico pensar. O que interessa, entretanto, é que ele não responde por esse resultado, por esse fim, mas pelos meios que empregou para se o alcançar. (FIUZA, 2008, p. 328 e 329).

A responsabilidade do médico deriva do não cumprimento do acordo entre médico e paciente que resulta em danos. Enquanto o profissional da saúde se apresenta como prestador de serviço, o paciente se apresenta como usuário deste serviço, assim os danos causados devem ser reparados ou compensados.

Em relação ao vínculo entre médico e paciente, bem como a natureza da relação estabelecida, Bomtempo acresce:

[...] consiste precipuamente em um contrato de prestação de serviços, no qual são estabelecidos direitos e obrigações entre as partes, em que o profissional médico, via de regra, utilizará de todos os recursos e meios necessários para restabelecer a saúde do paciente que requer os seus cuidados. (BOMTEMPO, 2012).

Contudo, além do vínculo contratual entre médico e paciente necessário à responsabilização, é necessária a violação de um dever profissional, previsto em lei, no contrato ou nos costumes, capaz de causar dano ao paciente, seja patrimonial ou extrapatrimonial, ocasionado a título de culpa.

O Código Civil reafirma tal posicionamento em seu art. 951, que estabelece indenização, a título de reparação ou compensação, devida quando se tratar de lesão oriunda de negligência, imperícia ou imprudência no exercício de atividade profissional. (BRASIL, 2011).

Logo, quando do exercício de sua função, principalmente ao orientar e opinar no sentido do paciente enfermo aderir às diretivas antecipadas da vontade, o médico deve ter a certeza da terminalidade e da irreversibilidade do quadro de saúde do enfermo.

Assim sendo, é certo que a cautela deve estar presente em todas as esferas da relação médico-paciente, seja quando envolver apenas a vontade do enfermo, as opiniões de seus familiares e até mesmo suas convicções profissionais.

Na tentativa de dirimir quaisquer problemas no exercício da medicina, o Conselho Federal de Medicina – CFM, edita resoluções- espécies normativas, com disposições hábeis a orientar o exercício da função do médico, indicando princípios e parâmetros, bem como seu direcionamento ético.

O CFM é favorável às diretivas antecipadas da vontade o que se depreende principalmente da Resolução nº 1.805/2006 que dispõe acerca dos direitos dos pacientes terminais, da Resolução nº 2.217/2018 que aprovou o novo Código de Ética Médico e da recente Resolução 1.995/2012 que dispõe sobre as diretivas antecipadas da vontade dos pacientes.

5.1. Resoluções do Conselho Federal de Medicina e Diretivas Antecipadas da Vontade

O CFM possui atribuições constitucionais para fiscalizar e normatizar a atuação médica e se utiliza das resoluções para estabelecer os parâmetros referentes ao exercício da medicina.

Logo, diante da aceitação da morte inevitável do paciente terminal, foi editada a Resolução nº 1.805/2006^[9] que autoriza a suspensão ou limitação de procedimentos médicos pelo profissional da saúde, desde que haja a autorização do paciente ou de seu representante.

Além disso, tal resolução reafirma a necessidade do consentimento livre e esclarecido, a importância da certeza médica quanto ao quadro clínico do enfermo, cabendo inclusive, recorrer a outras opiniões profissionais para o reconhecimento da dignidade da pessoa humana em todas as etapas da vida, inclusive na morte.

Ao comentar tal resolução, principalmente no que tange às consequências trazidas pelo tratamento do quadro do enfermo ineficazmente, Friso expõe que “não se trata, também, de disponibilidade à vida, mas sim de respeito à terminalidade da vida e da aceitação de que nenhum tratamento curará o doente, mas, ao revés, trar-lhe-á dor e sofrimento”. (FRISO, 2009, p. 148).

Vê-se desse modo a aceitação pelo CFM das diretivas antecipadas da vontade, dando azo a uma melhor qualidade de vida- ou de morte, evitando procedimentos médicos que não proporcionarão a cura da enfermidade, mas tão somente aumentarão o sofrimento do paciente e daqueles que se encontram ao seu redor.

Insta destacar ainda, que a Resolução nº 1.805/2006 trouxe a idealização do Projeto de Lei nº 352/2019, este por sua vez apresenta as mesmas disposições daquela, contudo

de forma mais detalhada, pois além de dispor sobre a possibilidade da aplicação das diretivas antecipadas da vontade, traz em seu texto conceitos necessários ao entendimento do instituto.

Ainda, reforçando a ideia da aplicação das diretivas antecipadas, o CFM editou a Resolução nº 2.217/2018^[10], que aprovou o novo Código de Ética aplicável à medicina, com revisões e alterações.

As principais mudanças feitas foram no sentido de ampliar a autonomia do paciente e autorizar a aplicação do instituto em comento.

Inicialmente prevê os princípios fundamentais da atividade médica em seus incisos do capítulo I, cabendo citar:

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados. (BRASIL, 2018).

Ainda, no capítulo IV ao dispor acerca dos direitos humanos, prevê condutas que são vedadas ao médico, no exercício de sua profissão, que também expressam a importância da autonomia do paciente terminal.

Enquanto o art. 22 proíbe a conduta de “deixar obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte” (BRASIL, 2018), o art. 24 veda a prática de “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”. (BRASIL, 2018).

Recentemente, o CFM editou a Resolução no 1.995/2012^[11], que dispõe especificamente sobre as diretivas antecipadas da vontade, a qual em seu artigo art. 1º apresenta sua definição, a saber:

Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver

incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. (BRASIL, 2012).

Destarte, com a edição das resoluções do CFM citadas, prevista e autorizada está a aplicabilidade das diretivas antecipadas da vontade, uma vez resguarda a suspensão ou recusa, por parte do enfermo, dos procedimentos médicos adotados em seu tratamento, que visam apenas o prolongamento artificial da vida, uma vez que o paciente se encontra em estado terminal, na iminência da morte.

Assim, mesmo instituto não estando expressamente autorizado no Código de Ética Médico, de breve leitura de seu art. 41 e respectivo parágrafo único, inseridos no capítulo V, referentes à relação médica com o paciente e familiares, observa-se o conteúdo das diretivas antecipadas da vontade, pois veda ao médico “abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal” (BRASIL, 2009), porém leva em conta a vontade manifestada pelo paciente ainda consciente ou de seu representante, a saber:

Art. 41 [...]

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. (BRASIL, 2018).

Ademais, vê-se a viabilidade e autorização na aplicação das diretivas antecipadas pelo CFM, ao editarem resolução específica ao instituto.

Conclui-se dessa forma que não há qualquer óbice na legislação brasileira à aplicação das diretivas antecipadas da vontade, pois reconhecedoras de princípios e direitos fundamentais constitucionais, atinentes ao Estado Democrático de Direito, sobretudo a dignidade da pessoa humana.

6. APLICAÇÃO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE

Com amparo essencialmente na dignidade da pessoa humana, e no bem-estar do paciente terminal, verifica-se a plena aplicabilidade do instituto das diretivas antecipadas da vontade, permitindo ao médico limitar ou suspender terapias médicas extraordinárias e desproporcionais que não curam o enfermo terminal, mas apenas prolongam seu estado de ‘quase morte’.

Para tanto, é imperiosa a autorização expressa do paciente em plena consciência e discernimento, podendo ser substituída em caso de incapacidade pela decisão de seu representante legal.

Lepargneur traz em seus ensinamentos extrato do living will, instrumento correlato às diretivas antecipadas da vontade aplicável nos Estados Unidos, que denota também a elevação da qualidade de vida do paciente terminal como principal preocupação da medicina, assim destaca-se:

A quem de direito. Eu, subscritor, declaro que para o caso em que eu esteja incapacitado de tomar parte nas decisões que me dizem respeito, eis a expressão de meus desejos conscientes. Caso toda esperança de cura física ou mental seja perdida, peço que me deixem morrer, sem me conservar em vida por meios artificiais ou medidas heroicas. Receio não a morte, mas a indignidade, a deterioração, a dependência e o sofrimento sem esperança. Peço medicamentos para calmar os sofrimentos, mesmo se favorecerem a morte. Faço este pedido após madura reflexão. Espero que os que me amam sentir-se-ão moralmente obrigados por esta expressão de minha vontade. Reconheço sua responsabilidade, procurando precisamente aliviá-la. Data. Testemunhas. Assinatura. (LEPARGNEUR, 2001, p. 314).

Pretende-se reconhecer desse modo a liberdade e a capacidade de autodeterminação, conteúdo da autonomia do indivíduo, para que perante uma enfermidade incurável, na beira da morte, possa o paciente terminal, uma vez legitimado para tanto, lançar mão das diretrizes antecipadas da vontade e abreviar seu fim já conhecido e aguardado. Reconhecendo-se, por conseguinte, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

7. CONCLUSÃO

A partir do presente estudo, verifica-se que é imprescindível o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, em todas as etapas da vida das pessoas.

Destarte, a dignidade deve estar presente tanto durante a vida, quanto no processo da morte, razão pela qual se recorre ao instituto das diretivas antecipadas da vontade.

Decerto, conforme demonstrado, a morte digna ou mesmo boa é reflexo de uma vida digna e boa, que por sua vez advém da vivência de cada um, pois, decorrem de suas próprias experiências e escolhas.

Ainda, as diretivas antecipadas da vontade materializam a autonomia, haja vista que diante da vontade expressa e consciente do enfermo terminal é autorizada a suspensão ou não aplicação de procedimentos médicos extraordinários e desproporcionais, sem chances de cura.

Ainda, este instrumento de vontade, como delineado, beneficia o paciente terminal, trazendo-lhe bem-estar no fim da vida.

Trata-se de instrumento garantidor de uma morte digna, hábil a humanizar o processo de morrer, com respeito aos princípios fundamentais constitucionais, responsáveis por materializar a dignidade da pessoa humana.

Sendo a morte, algo que faz parte da vida, tanto o direito quanto a medicina devem caminhar em conjunto para criar e regulamentar os meios capazes de garantir o viver e morrer com dignidade.

Assim, com base na dignidade, bem como seus princípios derivados, tais como, a autonomia e o direito à vida, tem-se a tentativa de autorizar a aplicação das diretivas antecipadas da vontade, seja pelo projeto de lei nº 352/2019, seja pelas resoluções nº 1.805/2006, nº 2.217/2018 e no 1.995/2012.

De modo que, contando com uma estreita relação entre médico, familiares e paciente, qualquer intervenção médica deve seguir a vontade do paciente cujo quadro clínico é irreversível e sua morte é inevitável.

8. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

ADONI, André Luis. Bioética e biodireito: aspectos gerais sobre a eutanásia e o direito à morte digna. **Revista dos Tribunais (São Paulo)**, São Paulo, v.92, n.818, p.395-423, dez. 2003.

BARCIFIONTAINE, Christian de Paul de. A dignidade no processo de morrer. In: **BARCIFIONTAINE**, Christian de Paul de; **PESSINI**, Leocir (Org.). **Bioética: alguns desafios**. 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Edições Loyola, 2002. p. 283-296.

BARCIFIONTAINE, Christian de Paul de.; **PESSINI**, Leo. Problemas atuais de bioética. 10. ed. São Paulo, Edições Loyola, 2012. 657 p.

BIZZATO, José Ildelfonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. 2.ed. Leme: LED, 2000. 564 p.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Diretivas antecipadas: instrumento que assegura a vontade de morrer dignamente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-98/diretivas-antecipadas-instrumento-que-assegura-a-vontade-de-morrer-dignamente/>>. Acesso em: 04 de junho de 2020.

BORGES, Gustavo Silveira. Uma breve reflexão interdisciplinar acerca da eutanásia passiva. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.6, n.21, p.159-177, jan./mar.2006.

BOSTIANCIC, Maria Carla; PENALVA, Luciana Dadalto. As diretivas antecipadas no caso M. D. C. S.: análise das contribuições deste hard case argentino para o Brasil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima F.; NAVES, Bruno T. O. (Coord.). **Direito civil: atualidades IV** – Teoria e prática no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 173-192.

BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. In: **Vade mecum acadêmico de direito**. 30 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2020

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Vade mecum acadêmico de direito**. 30 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2020

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.805, de 28 de novembro de 2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>>. Acesso em: 04 de junho de 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM Nº 2.217/2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>>. Acesso em: 04 de junho de 2020

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.995, de 31 de agosto de 2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em: 04 de junho de 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Eutanásia e Ortotanásia**: comentários à Resolução 1.805/06 CFM – Aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2009. 123 p.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira Castro. A Constituição e o direito ao corpo humano. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem

humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 279-294.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco; **PIMENTA**, Waldemar J. D. Uma reflexão bioética do testamento vital: o que você faria se tivesse 7 dias? ., Rio Grande, IX, n. 32, ago 2006.

DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida**: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 295-307.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. 362 p.

ESTEVES, Luciana Batista. (In)disponibilidade da vida?. **Revista de Direito Privado**, v.6, n.24, p.89-111, out.2005.

FERREIRA, João Bosco Dutra. Autonomia privada e aconselhamento genético – A prudência entre a potência e o ato: estudos de casos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima F.; NAVES, Bruno T. O. (Coord.). **Direito civil: atualidades IV** – Teoria e prática no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 47-70.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 21ª. ed. D'Plácido: 2020.

FRISO, Gisele de Lourdes. A ortotanásia: uma análise a respeito do direito de morrer com dignidade. **Revista dos Tribunais (São Paulo)**, São Paulo, v.98, n. 885, p.130-154, jul. 2009.

GODINHO, Adriano Marteleto. Testamento vital e o ordenamento brasileiro. **Jus. Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15066>>. Acesso em: 04 de junho de 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. Ausência de processualidade jurídica como morte pelo direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.7, n.13 e 14, p.164-171, 1º e 2º sem. 2004.

LEPARGNEUR, Hubert . Reflexões acerca da eutanásia. In: BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir (Org.): alguns desafios. 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Edições Loyola, 2002. p. 297-333.

MAGALHÃES, Carolina da Cunha Pereira França. Os testamentos vitais e as diretrizes antecipadas. In: **IBDFAM**, Belo Horizonte, abr. 2011. Disponível em:

<<https://ibdfam.org.br/artigos/720/Os+Testamentos+Vitais+e+as+Diretrizes+Antecipadas>>. Acesso em: 04 de julho de 2020

NASCIMENTO, Daniel Oliveira do. Testamento Vital: declaração de vontade. In: **Zulmar Neves Advocacia**, Porto Alegre, mar. 2012. Disponível em: <<https://zna.adv.br/testamento-vital-declaracao-de-vontade/>>. Acesso em: 04 de junho de 2020.

PADILHA, Alexandre. **Projeto Lei 352/2019**. Dispõe sobre o consentimento informado e instruções prévias de vontade sobre tratamento de enfermidade em fase terminal de vida. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190904>>. Acesso em: 22/10/2021.

PEGORARO, Olinto Antônio. **Ética e bioética**: da subsistência à existência. Petrópolis: Vozes, 2002. 133 p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, Roberta Beatriz Bernardes da; CAMPOS, Roberta Toledo. A eutanásia na processualidade democrática brasileira. **Revista Brasileira de Direito Processual**: RBDPro., Belo Horizonte, v.19, n.73, p. 197-226, jan./mar. 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia privada e tempo de morrer. In: LIMA, Taisa Maria M.; SÁ, Maria de Fátima F.; MOUREIRA, Diogo L. (Coord.). **Direitos e fundamentos entre vida e arte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-12.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Morte digna: distanásia e eutanásia em pacientes terminais. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 8, n. 183, p. 12, ago. 2004.

NOTA:

[1] PSDA – *Patient Self-Determination Act*

[2] *Living will*

[3] *Durable power of attorney for health care*

[4] *Advanced core medical directive*

[5] Art. 1857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou parte deles, para depois de sua morte. (BRASIL, 2011, p. 215).

[6] Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, 2020, p. 132

[7] Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I – for ilícito impossível ou indeterminável o seu objeto;

III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV – não revestir a forma prescrita em lei;

V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. (BRASIL, 2020, p. 134).

[8] . A presente Lei tem por objeto regular e proteger o exercício do direito das pessoas quanto à informação e à tomada de decisão durante o processo de enfermidade terminal, de modo prévio ou concomitante a ela, os deveres e direitos dos profissionais de saúde e as garantias que os serviços de saúde públicos e privados estão obrigados a oferecer nesse processo

[9] Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

[10] Aprova o Código de Ética Médica.

[11] Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

A RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES AMBIENTAIS

JOICE ALVES SILVEIRA: Bacharela em Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus (FAMETRO)¹²⁸

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar o contexto geral sobre a responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais, abrangendo os principais aspectos e divergências encontradas no mundo jurídico como problemática, busca-se responder as seguintes indagações: Quais as principais dificuldades enfrentadas para que haja a responsabilização penal da pessoa jurídica pública ou privada que pratiquem crimes ambientais? Qual a postura adotada pelos Tribunais diante da complexidade do assunto? Quais os entendimentos jurisprudenciais sobre o tema em questão? Desta feita utilizou-se como metodologia, a pesquisa bibliográfica, reunindo-se desse modo artigos, livros e etc. com seus respectivos autores a fim de debater sistematicamente sobre o tema. A abordagem do tema, justifica-se na inegável necessidade do aumento da exploração dos recursos naturais através de empresas, instituições, comunidades que acarretam a alta degradação da natureza estando estas submetidas a responsabilidade penal pelos crimes praticados contra meio ambiente, contendo previsão expressa no art. 3º da Lei de Crimes Ambientais - Lei nº 9.605/98. Contudo verifica-se que apesar de prever tal responsabilização constitucionalmente parte da doutrina nacional ainda refuta as possibilidades diante dos problemas dogmáticos relativos à tipicidade subjetiva e à culpabilidade, tais como, a impossibilidade das pessoas jurídicas de delinquir, existindo a dificuldade em caracterizar a “conduta” culposa do agente, sendo este uma pessoa jurídica que carece de vontade própria e só age por força de uma pessoa natural, verifica-se a necessidade de se estudar de se elucidar e contextualizar o tema, debatendo sobre as dificuldades enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência na responsabilização penal da pessoa jurídica;

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade; Meio ambiente; Lei de Crimes ambientais; Responsabilidade penal.

ABSTRACT: The research aims to analyze the general context of the liability of the legal entity in environmental crimes, covering the main aspects and divergences found in the legal world as problematic, seeking to answer the following questions: What are the main difficulties faced in order to have criminal liability of the public or private legal entity that commits environmental crimes? What is the posture adopted by the Courts in view of the complexity of the matter? What are the jurisprudential understandings on the subject in question? This time, bibliographic research was used as a methodology, bringing together articles, books, etc. with their respective authors in order to systematically debate the topic.

¹²⁸ E-mail: joicesilveiraalves4@gmail.com

The approach to the subject is justified by the undeniable need to increase the exploitation of natural resources through companies, institutions, communities that lead to high degradation of nature, which are subject to criminal liability for crimes committed against the environment, containing express provision in art. 3 of the Environmental Crimes Law – Law No. 9,605 of 1998. However, it appears that despite providing for such responsibility constitutionally, part of the national doctrine still refutes the possibilities given the dogmatic problems related to subjective typicality and culpability, such as, impossibility of legal entities to offend, as there is a difficulty in characterizing the agent's guilty "conduct", since this is a legal entity that lacks its own will and only act by virtue of a natural person, there is a need to study whether elucidate and contextualize the theme, debating the difficulties faced by doctrine and jurisprudence in the criminal liability of legal entities;

KEYWORDS: Society, Environment, Environmental Crimes Law, Criminal Liability

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceitos ambientais específicos; 2.1 Conceito de direito Ambiental; 2.2 Conceito Crime Ambiental; 3. Princípios Do Direito Ambiental; 3.1 Princípio Do Direito Humano Fundamental; 3.2 Princípio Da Prevenção; 3.3 Princípio Do Equilíbrio; 3.4 Princípio Poluidor Pagador; 3.5 Princípio Da Responsabilidade Socioambiental; 4. Dos Crimes Ambientais; 4.1 Dos Crimes Contra o Ordenamento Urbano e Cultural; 4.2 Dos Crimes Contra a Administração Ambiental; 5. Responsabilidade; 5.1 Responsabilidade Penal; 5.2 Responsabilidade Penal da pessoa Jurídica; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O direito criminal ambiental possui aspectos peculiares, pode se destacar o seu caráter preventivo, como exemplo, esse aspecto permite a antecipação da tutela penal remediando a ocorrência de danos irreversíveis a natureza, a lei 9605/98 carrega uma importante tarefa, no qual busca impossibilitar fatores que acarretam na alta degradação da natureza, como por exemplo o aumento no número de queimadas, desmatamentos, contaminação no solo e água, poluição, mudanças climáticas, além de gerar doenças, infertilidade da terra, extinção de fauna, flora, garantindo a qualidade de vida e a permanência de todas as espécies que compõem a natureza.

Segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, caput, dispõe sobre o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio como uma extensão ao direito à vida, seja pelo aspecto da própria existência física e saúde dos seres humanos ou quanto à dignidade desta existência, medida pela qualidade de vida. Este reconhecimento impõe ao Poder Público e à coletividade a responsabilidade pela proteção ambiental, por se tratar de um bem difuso e de uso comum do povo, o constituinte estabelece que todos possuem direito de usufruir respeitando as próximas gerações de modo que todos tenham uma vida saudável mas, ela não foi a primeira a falar sobre direito ambiental, antes de 1988 a lei n.

6.938/81 foi o divisor de águas para o direito ambiental, estabelecendo políticas públicas, princípios e diretrizes. A constituição veio em seguida e reafirmou o direito ambiental e seus princípios com um capítulo todo destinado a ele.

Ocorre que preservar e equilibrar os recursos naturais por parte de empresas ou entes coletivos ainda enfrentam grandes dificuldades, devendo ser responsabilizados por delitos ambientais ora praticados, por se tratar de um tema relevante e com várias especulações dentro da doutrina e os órgãos julgadores, torna a problemática de suma importância, pois a matéria de discussão se faz presente até os dias atuais, devendo ser analisada tal responsabilização, como aplicação das sanções cabíveis diante o ordenamento jurídico atual, assim quando se comete um crime ambiental, ocorre a violação a um direito, essa violação é qualquer dano causado ao meio ambiente sejam eles: contra a flora, fauna, recursos naturais e o patrimônio cultural.

Portanto, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não foge à regra tradicional assentada na culpa e nesse caso, o elemento anímico é regido pelos princípios constitucionais da culpa, que o direito penal não dispensou. Entretanto, inegavelmente, será um desafio para a doutrina, a jurisprudência e aos operadores do Direito como um todo estabelecer formas, meios e parâmetros para melhor acomodar a implementação do instituto segundo os ditames do Direito Ambiental e do Direito Penal pois, com a violação do direito protegido, o crime se torna passível de sanção que é regulado por legislação especial. A lei que regula tais atos criminosos é a Lei de Crime Ambientais, além de determinar as sanções penais também determina as administrativas e todas as derivadas de atos lesivos ao ambiente natural do país.

2. CONCEITOS AMBIENTAIS ESPECÍFICOS

O termo “meio ambiente” foi usado pela primeira vez em 1835. Mas na época o conceito dado a ele era muito restrito quando comparado ao conceito atualmente.

Não havia definição legal sobre o que era o meio ambiente até a criação da Lei Federal n. 6.938/81 (lei nacional de políticas do meio ambiente), que define o meio ambiente em seu artigo 3º inciso I, como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Este conceito foi positivado pela Constituição de 1988 e também foi ampliado, abrangendo além do meio ambiente natural, o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural, o meio ambiente do trabalho e o patrimônio genético. A Carta Maior não só abarcou esses novos conceitos, como também os garantiu a todos, um meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos e está intimamente ligado a qualidade de vida de acordo com o artigo 225º da Constituição:

“Art. 225º Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Com este artigo, a CF veio afirmar três pontos para o povo brasileiro, o primeiro é que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, segundo esse direito é um bem de uso comum do povo e essencial para uma vida sadia, terceiro tanto o poder público quanto a população têm o dever de proteger e preservar não só para si, mas também para a sociedade.

2.1 CONCEITO DE DIREITO AMBIENTAL

Antes de se usar o termo direito ambiental, alguns usavam o termo direito ecológico, um desses doutrinadores foi Sergio Ferraz (1972, pág.98) a definindo como o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos organicamente estruturados, para assegurar um comportamento que não atente contra a sanidade mínima do meio-ambiente. Conceitualmente, o Direito Ambiental é o ramo do direito que estabelece as normas e princípios que visam limitar as condutas humanas nocivas às relações entre o homem e a natureza, tem a finalidade de garantir o uso dos recursos sem o seu esgotamento o protegendo para futuras gerações. É um direito sistematizador fazendo articulação da legislação com doutrinas e jurisprudência relacionadas a temas que envolvam o meio ambiente, evitando assim o isolamento deles. Como bem define Leme (2012, pág. 60):

“Não se trata mais de construir um direito das águas, um direito da atmosfera, um direito do solo, um direito florestal, um direito da fauna ou direito da biodiversidade. O direito ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação.

2.2 CONCEITO CRIME AMBIENTAL

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa. Crime é a violação de um bem penalmente protegido, ele é um fato típico, onde ocorre a ação humana dolosa ou culposa, um resultado, um nexos que ligue a conduta ao resultado

e o enquadramento dessa conduta nas tipificações criminais e por fim, deve ser ilícito ou antijurídico ou seja deve violar um bem jurídico protegido pela lei.

Dito isso, é possível dizer que se considera crime ambiental qualquer conduta que cause agressão ou ainda danos ao meio ambiente, bem tutelado pela Constituição e pela Lei de crimes ambientais, para que caracterize o crime essa agressão deve ultrapassar os limites legalmente consentidos. Para isso, é necessário a existência de tipificação da conduta, enquadrando a intensidade da agressão nos parâmetros legais, de forma resumida, uma agressão ambiental só é reconhecida como infração penal quando a conduta houver sido tipificada em lei, o impacto dessa conduta pode ocorrer por qualquer ação humana que venha a afetar, direta ou indiretamente a saúde, a segurança e o bem-estar da população, abrangendo também atividades sociais e econômicas, condições estéticas e sanitárias do ambiente e a qualidade dos recursos ambientais.

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

O Direito Ambiental possui seus próprios princípios norteadores, que buscam proteger a vida, em qualquer forma que está se manifeste, garantindo dignidade para as presentes e futuras gerações. Não há um consenso na doutrina sobre quais são os princípios do direito ambiental, sendo apresentados alguns dos principais princípios em uma visão geral encontrado na doutrina. Podemos tomar como conceito de princípio o de Humberto Ávila (2018, pág.102) que diz:

“Normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”

Em razão da existência de inúmeros princípios e da íntima correlação entre eles, sendo quase impossível haver unanimidade dos autores quando de sua abordagem.

3.1 PRINCÍPIO DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Este é o primeiro e mais importante princípio Direito Ambiental, tal princípio decorre do texto expresso da Constituição Federal, em seu artigo 225º caput, que dispõe:

“Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Deste princípio basilar decorrem os demais princípios do Direito Ambiental. O reconhecimento internacional do princípio, está baseado na Declaração de Estocolmo de 1972, tendo sido reafirmado pela Conferência Rio 92, ele estabelece o que todo ser humano tem direito a um ambiente saudável por estar ligado diretamente a qualidade de vida.

3.2 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Ocorre na obrigação de evitar o dano ambiental e utilizar medidas preventivas, é aquele em que se constata, previamente, a dificuldade ou a impossibilidade da reparação ambiental, ou seja, consumado o dano ambiental sua reparação é sempre incerta ou excessivamente onerosa, motivo pelo qual busca evitá-lo. A razão maior é a necessidade da cessação imediata de atividades, potencialmente poluidoras, pelo resultado danoso que elas podem causar.

3.3 PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO

É o princípio onde devem ser pesadas todas as implicações de uma intervenção no meio ambiente, como a construção de um empreendimento por exemplo, objetivando encontrar a solução que melhor concilie um resultado positivo da obra com impactos mínimos a natureza, nele há a necessidade de se analisar todas as consequências possíveis e previsíveis da obra e verificar quais os benefícios que essa construção pode trazer, se é útil a sociedade e se sua interferência será mínima ao ambiente.

3.4 PRINCÍPIO POLUIDOR PAGADOR

Este é bem importante, ele tenta impor ao poluidor a obrigação de recuperar ou indenizar o dano que ele causou. Busca compensar a degradação causada tendo em vista que o dano é coletivo, mas o lucro recebido pelo produtor privado é uma forma de compensar o lucro do causador e de minimizar o dano. Podemos dividi-lo em duas vertentes: repressivo onde há responsabilidade civil objetiva de reparar o dano e/ou indenizar e preventivo onde o objetivo é fazer com que as pessoas físicas ou jurídicas arquem com o custo das medidas que sejam necessárias para eliminar ou dar uma destinação adequada aos resíduos da sua produção.

3.5 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

De acordo com a Lei 9.605/98, que trata dos crimes ambientais e a Lei n. 6.938/81, que fala da responsabilidade objetiva daquele que causar algum dano ambiental, este princípio cuida de responsabilizar as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio

ambiente, sujeitando os infratores, sejam pessoas físicas ou jurídicas, as sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

4. DOS CRIMES AMBIENTAIS

Neste capítulo trataremos da lei 9.605/98 carinhosamente apelidada de lei de crimes ambientais, ela veio com o objetivo de suprir uma lacuna que existia na legislação ambiental brasileira, pois faltava ao poder público preceitos penais e administrativos para proteção do meio ambiente. A legislação tem a finalidade de cuidar de forma mais detalhada da tutela penal e administrativa para completar o direito ambiental brasileiro, de qualquer forma o nome dado a lei não é por acaso, pois como mencionei o objetivo dela é legislar sobre crimes ambientais, ela possui 82º artigos divididos em 8 capítulos voltados para a proteção do meio ambiente. No entanto é importante lembrar que existem outras leis que tratam de crimes ambientais ou de sua proteção, posso citar como exemplo a lei de Proteção à Fauna (Lei n. 5.197/67).

A muito tempo sabemos que a sobrevivência humana depende do uso de recursos naturais, entretanto também se sabe que a cada década que passa esses recursos ficam mais escassos, como havia falado no início do trabalho o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, de acordo com o art. 225º, caput, da CF, portanto é plausível que ocorra a punibilidade pelos danos causados a ele simplesmente pelo fato da proteção ambiental está estritamente ligado ao direito à vida de cada indivíduo.

4.1 DOS CRIMES CONTRA O ORDENAMENTO URBANO E CULTURAL

Existe apenas quatro artigos reservados para os crimes contra o ordenamento urbano que são o 64º e 65º e o patrimônio cultural artigo 62º e 63º, eles tipificam condutas delituosas praticadas contra bem público. Os dois primeiros não ultrapassam um ano de detenção, por tanto pode ser aplicado a transação penal, previsto no artigo 76º da Lei 9.099/95, os dois últimos têm pena mínima de um ano de reclusão, aplicando-se o instituto da suspensão do processo, previsto no art. 89º da mesma lei.

Neste busca-se resguardar a proteção de um ambiente sadio para as pessoas, pois mesmo o ambiente natural sendo o mais relevante para preservação dos seres humanos ele não é o único, inclui-se também os espaços urbanos e culturais, pois os bens culturais carregam o passado histórico da sociedade e constituem assim, parte integrante do patrimônio ambiental lato sensu, de indiscutível relevância para a conformação de uma sadia qualidade de vida. Por isso deve ser inserido os crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural no rol dos crimes contra o meio ambiente, para que seja possível um meio ambiente equilibrado e sadio á todos é preciso a proteção das edificações urbanas e da cultura do nosso povo, o responsável por essa proteção é o poder

público, esta lei foi criada com a finalidade de punir aqueles que não a obedecem e garantir esse direito.

4.2 DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL

Antes do surgimento dessa lei o funcionário público e o particular respondiam pelas infrações que estavam previstas no Código Penal, artigo 328º e seguintes que tratam dos crimes praticados por particular contra a administração em geral e nos artigos 312º e seguintes que tratam dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral. Com a criação da Lei Ambiental que dispõe os determinados atos delituosos tanto ao particular quanto ao funcionário público, a lei reservou cinco artigos para estes crimes, compreende os artigos 66º até 69º têm penas mínimas de um ano de reclusão e de detenção e o artigo 69º-A que prevê pena de reclusão de 3 a 6 anos e mais multa. A lei buscou punir tanto o funcionário quanto o particular que comete a infração contra a administração ambiental, no entanto as penas para os funcionários públicos são mais severas, pois é natural que ocorra uma reprovabilidade maior de sua conduta, considerando sua capacidade acentuada de conhecimento sobre assunto.

5. RESPONSABILIDADE

A Constituição Federal tutela o meio ambiente em uma tríplice responsabilidade do poluidor, que se desdobra em três esferas, são elas: administrativa, penal e civil de acordo com o artigo 225, § 3º:

Art. 225. (...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Ressalto ainda que, quando a Carta Magna estabelece as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e sujeita os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, as infrações penais e administrativas independente da obrigação de reparar os danos, ela preceitua a regra da cumulatividade das sanções e determina a inexistência de *Bis in idem*, uma vez que as sanções penais, civis e administrativas além de protegerem objetos distintos também estão sujeitas a regimes jurídicos diferentes, ou seja, elas são independentes entre si, mas aplicadas de forma harmoniosa.

Não se pode esquecer que a responsabilidade nada mais é que a decorrência de um princípio maior, justamente o princípio do poluidor. De acordo com o artigo 3º, VI da Lei

n. 6.938/81, considera-se poluidora a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiente, ele deve responder pelo dano e se possível recuperar a área degradada.

5.1 RESPONSABILIDADE PENAL

Antes do advento da lei n. 9.605/98, as infrações existentes encontravam-se em leis esparsas e no código penal. Com a sua criação o legislador buscou proteger a sociedade e restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, com a finalidade de impedir grande população carcerária. esta lei procura estabelecer opções diferentes de sanções, pois entende que os infratores apresentam baixa periculosidade. É importante enfatizar que de acordo com o princípio da subsidiariedade da ação penal, este ramo do direito deve incidir sobre o caso concreto somente quando as demais instâncias de responsabilização (administrativa e civil) que são menos gravosas não forem suficientes para coibir a conduta infracional lesiva ao bem jurídico tutelado. Quanto a responsabilidade de pessoas físicas verifica-se no art. 2º da lei de crimes o seguinte transcrito:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminoso de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

Percebe-se que este artigo fala sobre concurso de agentes, admitindo a coautoria e a participação nos crimes, seja por ação ou omissão, de pessoas físicas ou jurídicas. Este artigo é de suma importância para a lei pois é comum ocorrer a coautoria nos crimes ambientais que por muitas vezes são cometidos por pessoas físicas que geralmente estão ligadas a pessoas jurídicas prestando serviços. Observa-se no transcrito que se adota a teoria monista no concurso de pessoas, pois mesmo todos respondendo pelo mesmo crime, cada um responde na medida da sua culpabilidade. Destaca-se que no direito penal, não vigora a responsabilidade objetiva como na responsabilidade civil ambiental, aqui torna-se imprescindível a comprovação do elemento subjetivo, culpa ou dolo do agente.

5.2 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Inicialmente a doutrina era discordante em relação a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, existem três correntes no direito a respeito desse assunto. De forma sucinta para a primeira corrente, não era aceita a responsabilidade penal da pessoa jurídica por condutas lesivas contra o meio ambiente, aludindo ao princípio *societas delinquere*

non potest, segundo o qual, é inadmissível a punibilidade penal dos entes coletivos, sendo possível apenas a aplicação da responsabilidade administrativa ou a civil, argumentando a ausência de vontade, culpabilidade e consciência.

A segunda corrente defende que para responsabilizar a pessoa jurídica pautada na teoria da dupla imputação, é preciso responsabilizar a pessoa física que a representa, ou seja, a entidade não podendo ser responsabilizada sozinha, na medida em que é a pessoa física que age com elemento subjetivo próprio. Foi nesse sentido que STJ pacificou seu entendimento, vejamos:

EMENTA-EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA. IMPUTAÇÃO SIMULTÂNEA DA PESSOA NATURAL. NECESSIDADE. PRECEDENTES. ARTIGOS 619 E 620 DO CPP. DECISÃO EMBARGADA QUE NÃO SE MOSTRA AMBÍGUA, OBSCURA, CONTRADITÓRIA OU OMISSA. EMBARGOS REJEITADOS. 9 1. A jurisprudência deste Sodalício é no sentido de ser possível a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa natural que atua em seu nome ou em seu benefício. EDcl no Recurso Especial nº 865.864- PR (2008) Rel.Min. Adilson Vieira Macabu (Des. Convocado do TJRJ j. 20/10/ 2011- Órgão Julgador Quinta Turma.

Inclusive, o STJ analisando a norma do art. 3º da Lei 9.605/98 chamou atenção para a chamada teoria da dupla imputação. Ela determina que para a ocorrência da responsabilidade da pessoa jurídica também deve haver a imputação da pessoa física responsável pelo ato, ou seja, só haveria de se falar em denúncia se houvesse a efetiva imputação da pessoa jurídica e da pessoa física representante legal da entidade. Sobre essa teoria, os Tribunais Superiores já pacificaram o entendimento de que, para que possa haver a responsabilização da pessoa jurídica, é verdadeiro requisito que também seja responsabilizado o representante responsável.

A terceira defende que é possível a responsabilização da pessoa jurídica no caso de crimes ambientais não sendo necessariamente preciso a imputação da pessoa física, pois assim está em conformidade com o § 3º do art. 225º da CF/88. Desse modo, a pessoa jurídica pode ser punida penalmente por crimes ambientais ainda que não aconteça a simultânea responsabilização de uma pessoa física em conjunto. Vejamos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR

CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA. 1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, "O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação." (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014);

2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte. (RMS 39.173/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 13/08/2015)

Destaco que para essa corrente, o § 3º do art. 225º não exige a responsabilização da pessoa física para que exista a responsabilidade da pessoa jurídica, pois a mesma ciência que atribui personalidade à pessoa jurídica deve ser capaz de atribuir-lhe a responsabilidade. Portanto ela existe de forma própria no ordenamento jurídico e prática atos no meio social através da atuação de seus administradores, podendo ser passível de responsabilização. Assim estabelece os órgãos jurisdicionais.

Antes de adentrar no tema de responsabilidade da pessoa jurídica, é preciso entender o seu conceito. Trata-se de ente criado pela lei com a finalidade de atuar em relações sociais, econômicas e jurídicas, dotada de personalidade própria, capaz de ser sujeito de direitos e obrigações. Dito isso, passo para análise do artigo 3º da Lei 9605/98, que dispõe:

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.

Observa-se que o dispositivo estabelece dois pressupostos para que seja atribuída a responsabilidade da pessoa jurídica, são eles: a necessidade de o delito ambiental ter sido cometido pelo seu representante legal, contratual ou por seu órgão colegiado e bem como por interesse, pois nesses casos é preciso que a conduta seja determinada por aqueles que de fato têm poderes para falar e agir em nome da empresa e que tenha sido no interesse ou em benefício da pessoa jurídica. Presente esses dois requisitos nasce a

responsabilidade da entidade, uma vez que a pessoa jurídica não responde nos casos em que a decisão for domada por alguém que não tem poderes para tanto, nessa situação apenas o agente será responsabilizado, pois ele não agiu em nome da pessoa jurídica e nem em interesse ou benefício dela, somente em interesse próprio. O mesmo vale para o dirigente do ente que toma uma decisão para fins ilícitos, mas, que em nada interesse ou beneficie a empresa, nesse caso não há a responsabilização penal da pessoa jurídica.

No momento da apuração da responsabilidade será observado os elementos objetivos e subjetivos da responsabilidade penal da pessoa jurídica na conduta praticada pelo seu órgão colegiado ou seu representante legal ou contratual, somando-se a isso o aspecto do benefício e do interesse, visto que mesmo se tratando de uma pessoa jurídica seus atos são praticados por pessoas físicas. Essas pessoas que representam a entidade quando agem estão também encarnando e impulsionando as vontades da pessoa jurídica. Mas mesmo o agente estando nessa posição, quando se verifica uma conduta ilícita da empresa, tem-se como consequência também a responsabilidade das pessoas físicas que a conduzem, sejam elas autoras ou coautora. Como prevê o parágrafo único do mesmo art. 3º:

“Parágrafo único: A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.”

O texto deixa claro que a responsabilidade da pessoa jurídica não excluirá a responsabilidade da pessoa física, quando for possível aferir o envolvimento das pessoas físicas em ilícitos envolvendo a empresa, elas também serão responsabilizadas junto a entidade. Este parágrafo busca evitar que a pessoa jurídica seja um instrumento usado pelas pessoas físicas para a prática de crimes, pois por muito tempo houve o uso das entidades pelos seus sócios ou representantes com o fim de utilizá-las como uma cortina para esconder a prática de infrações e outros interesses escusos, fugindo do real objetivo do ente jurídico, se aproveitando da situação, sabendo da impossibilidade de se confundir o patrimônio da empresa com o patrimônio dos sócios.

Como resposta para esses ilícitos, a legislação ambiental se adaptou e passou a admitir a desconsideração da personalidade jurídica. Impedindo que a existência da entidade seja um empecilho para responsabilização dos infratores. A desconsideração da pessoa jurídica já era permitida no direito fiscal, trabalho e nas lides de consumo, passando a ser regra também para o direito ambiental. A lei de crimes ambientais no art. 4º, determina a desconsideração da pessoa jurídica, sempre que ela se tornar uma barreira na busca da compensação sobre os prejuízos causados, vejamos:

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Salienta-se que o legislador adotou uma regra que foge dos parâmetros comuns para os outros ramos de direito. Normalmente, na solução de crises de cunho não ambiental, a desconsideração somente acontece com a comprovação da má administração ou com a ocorrência de ilícitos por parte de quem administra a empresa. No entanto, o transcrito se limita a afirmar a possibilidade da desconsideração sempre que ela for um obstáculo ao ressarcimento de prejuízos, não exigindo para tanto que seus representantes tenham agido com dolo, culpa, má fé ou ainda ilicitamente.

A desconsideração da pessoa jurídica busca impedir a inadimplência da entidade e garantir o pagamento sempre que a pessoa jurídica de direito privado danificar o meio ambiente, até mesmo quando não tiver condições para solver o prejuízo, ou seja, se o poluidor que no caso é a pessoa jurídica não tem patrimônio suficiente para arcar com o ressarcimento do meio ambiente, então essa responsabilidade passa imediatamente para o patrimônio das pessoas físicas sócias ou responsáveis pela pessoa jurídica.

Vale lembrar que tanto a administração pública direta como a indireta também podem ser responsabilizadas penalmente. Isso significa que a União, os Estados e os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as agências e as fundações de direito público, poderão ser responsabilizadas penalmente. Nesse caso, tanto a pessoa jurídica privada quanto pública responderá pela pena com a sanção cominada no art. 21º da Lei 9.605/1998 que estabelece:

Art. 21º. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - Multa;

II - Restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

a) Multa

É uma espécie de sanção patrimonial visando na obrigação imposta ao sentenciado de pagar ao fundo penitenciário determinado valor, poderá ser aplicada isolada, cumulativa ou alternativamente e será calculada de acordo com o artigo 18º da lei de crimes ambientais.

b) Restritiva de direitos

Essa pena vem descrita na lei em seu artigo 22º, estabelecendo três tipos de pena restritivas, são elas:

Art. 22. (...)

I - Suspensão parcial ou total de atividades;

II - Interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

A suspensão das atividades ocorrerá quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente de acordo com o parágrafo 1º do mesmo artigo. A aplicação da interdição ocorrerá quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com o permitido, ou ainda com violação legal ou regulamentar, assim estabelece o parágrafo 2º, esse último é bem claro ao determinar a proibição da contratação pelo poder público, o parágrafo 3º estabelece que essa proibição de contratação não pode exceder o prazo de dez anos.

c) Prestação de serviço a comunidade

A prestação de serviço está elencada no artigo 23º da mesma lei, elas consistem em prestação de serviço à comunidade e podem ser de quatro formas, como estabelece o disposto:

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

I - Custeio de programas e de projetos ambientais;

II - Execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

III - manutenção de espaços públicos;

IV - Contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas

É possível verificar uma característica comum em todas as penas de prestação de serviço descritas, todas procuram de alguma maneira “recompensar” o mal causado ao ambiente, buscando reparar o dano com atividades que revitalizam o meio ambiente.

Em seu artigo 24º a legislação vem trazendo a liquidação forçada, trata-se da dissolução da pessoa jurídica através de ação pública, onde a empresa poderá perder o seu registro tendo como resultado o impedimento dessa mesma empresa em funcionar no local. Vejamos:

Art. 24º. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

A lei é clara ao estabelecer em que circunstâncias se declara a liquidação forçada, quando a empresa for criada ou usada com a finalidade de facilitar, permitir ou ocultar a prática de crimes previsto na Lei n. 9.605/98, terá a liquidação decretada. Este mecanismo visa impedir o uso do ente para fins não lícitos e evita a não reparação do dano.

Quando ocorre um dano ambiental, pune-se aquele que praticou o ato, seja ele pessoa física ou jurídica, que esteja tanto no polo passivo quanto no polo ativo, da ocorrência do dano ambiental. No polo passivo temos os órgãos governamentais, como União, Distrito Federal, Estados e Municípios. Já no polo ativo encontramos as pessoas jurídicas e físicas. A lei nº 9.605/98 ainda diz que:

O art. 3º da referida Lei, traz a responsabilização da pessoa jurídica: 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:

Verifica-se que ainda existe divergência de entendimentos na comunidade jurídica nacional relacionado a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Podendo ser mencionando como um último grande acontecimento na esfera nacional o desastre ambiental em Brumadinho, houve o crime doloso, uma vez que, o derramamento de dejetos só ocorreu por práticas criminosas efetuadas pelos dirigentes da empresa, que mesmo sabendo dos perigos que a barragem proporcionava mante seus atos. Este tipo de crime está previsto no art. 54 do CP, a pena de reclusão de um a quatro anos e multa.

Este ocorrido abre novas discussões sobre o assunto trabalhado. Segundo notícia publicada na Folha de São Paulo (GERAQUE; MENA, 2015), em estimativas de ecólogos, geofísicos e gestores ambientais, pode levar décadas, ou mesmo séculos, para que os prejuízos ambientais sejam revertidos

Desta forma, teremos que verificar os desdobramentos jurídicos, a respeito do caso de Brumadinho, para vermos qual será o entendimento do magistrado, quanto a responsabilização penal da pessoa jurídica.

As penas restritivas de direito, podem ser a suspensão de atividades (redação dada no art.22, I e § 1º da Lei 9.605/98). E o artigo 22, II e §2º também diz que, pode haver a interdição temporária do estabelecimento, obra ou atividade. E por fim, o mesmo artigo em seu inciso III e §3º diz que a pessoa jurídica pode sofrer a proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, sendo levado as condições financeiras da pessoa jurídica, para que seja empregado multa e desta forma fique inibida de praticar novamente crimes desta natureza.

6. CONCLUSÃO

A responsabilidade penal da pessoa jurídica, é uma nova forma dentro do nosso ordenamento jurídico, sendo recente e pouco aplicado em crimes ambientais, porém, diante dos últimos acontecimentos no cenário nacional, faz-se necessária urgência em maior aplicabilidade da lei de crimes ambientais, com o objetivo de coibir, impedir, que danos desastrosos ocasionados por grandes corporações empresárias, voltem a acontecer, haja vista, o que aconteceu em Brumadinho, com um fato semelhante, ocasionado pela mesma empresa, onde houveram danos irreparáveis ao meio ambiente, além de inúmeras vidas ceifadas. A lei de n. 9.605/98 carrega um relevante papel nesse quesito, ela abrange crimes que ocorrem com frequência no país e graças a sua existência jurídica, hoje é possível punir os infratores e principalmente buscar a reparação dos danos causados por eles. Logo, o presente trabalho abordou sobre conceitos e princípios que norteiam o direito ambiental e essa lei, princípios de grande importância para a sua aplicação e para reversão dos prejuízos causados à natureza. Foi possível destacar que o direito penal, veio para ajudar a lei de crimes ambientais, pois tutela as condutas que representam perigo real para a sociedade, independentemente de serem efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas, a lei até o dia de hoje não sofreu muitas mudanças, mas trouxe consigo uma importante inovação no direito ambiental penal quanto a responsabilidade, ela busca responsabilizar as pessoas jurídicas, um avanço de grande magnitude posto que, muitos dos grandes danos causados ao meio ambiente ocorrem por atos inconsequentes de empresas, com esse transcrito também é possível evitar a criação de empresas com a finalidade única de cometer ilícitos ambientais.

Conclui-se que a principal finalidade da lei é gerar para o Estado o poder de punir os infratores e também de obrigá-los a reparar o dano causado, ressaltando que as soluções para os problemas ambientais não podem se limitar apenas a normas impostas pelo Estado para punir e tentar obrigar o homem a ter uma conduta que ele não entende

a magnitude do valor, dentro dessas soluções deve haver também, principalmente, medidas que o conscientize do valor que o meio ambiente tem para a sobrevivência de todas as espécies e o quanto dependemos dele para ter qualidade de vida.

7. REFERÊNCIAS:

ABELHA, Marcelo Rodrigues, **Direito Constitucional Esquematizado**. 3.ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. **Código Penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva ,2018.

BRASIL. **Constituição**. 20 ed. São Paulo: Saraiva ,2018.

BRASIL. **Código Civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva ,2018

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 fev.1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 11/06/20.

BRASIL. Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008. Regulamenta o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei no 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 fev.1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm. Acesso em: 15/06/20.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Brasília, em 31 de agosto 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 10/06/20.

BRASIL. lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197compilado.htm. Acesso em: 06/07/20.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 09/07/20

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: **Embargos de Declaração no Recurso Especial** nº 865.86 –Rel.Min. Adilson Vieira Macabu (Des. Convocado do TJRJ, j. 20/10/ 2011- Órgão Julgador Quinta Turma.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e abandono da dupla imputação**. Buscador dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/253f7b5d921338af34da817c00f42753>>. Acesso em: 06/08/2020

CRIMES e infrações administrativas ambientais. Comentários à Lei 9.605/98. 2. Ed. Brasília: Brasília Jurídica. 2001. FERRAZ, Sérgio. **Direito Ecológico, Perspectivas e Sugestões**. In: Revista da Consultoria-Geral do Rio Grande do Sul, vol.2, n.4, Porto Alegre, 1972.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, **Curso de direito ambiental**, editora Saraiva. Ano 14^a, São Paulo, 2013.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21^a ed. rev. atual e ampl. Malheiros, 2012.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9 ed. Ver. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MILARÉ. Édis. **Direito Do Ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico**, 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TRENNEPOHL, Terence, **Manual de direito ambiental** / Terence Trennepohl. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A COMPATIBILIDADE ENTRE AS ESFERAS PUNITIVAS DOS ATOS DE CORRUPÇÃO

ANA CAROLINE GOUVEIA VALADARES:

Advogada. Pós-Graduada em Direito Administrativo em Direito Constitucional. Universidade Federal da Paraíba¹²⁹.

RESUMO: Este artigo tem como tema a análise da existência de um microsistema normativo de combate à corrupção, em consonância com tratados internacionais que versam sobre a matéria. Coexistem nessa parcela do ordenamento jurídico brasileiro diferentes esferas punitivas dos atos corruptos, entre elas, o regime de improbidade administrativa, de responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos de corrupção e de crimes contra o Erário. A análise das disposições autorizativas de acordo das Leis nºs. 12.846/2013 e 12.850/2013, ao introduzirem o acordo de leniência e de colaboração premiada, demonstra a necessidade de releitura da norma proibitiva insculpida na Lei nº. 8.429/1992, para que se atinja a eficiência necessária no combate à corrupção e à improbidade administrativa a ela correlata, o que foi superado pela Lei nº 13.964 de 2019. Entre os objetivos específicos do trabalho, estão o estudo da doutrina e a compreensão do microsistema de combate à corrupção. Foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, com procedimento comparativo e interpretativo. Foi utilizada a técnica de pesquisa teórico-normativa.

Palavras-chave: Microsistema de combate à Improbidade administrativa. corrupção. Lei Anticorrupção. Crimes contra o erário. Incidência múltipla de normas. Coerência.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno multifacetado da corrupção atrai a atenção da comunidade internacional desde o final do Século XX, à medida que as suas nefastas consequências passaram a ser, cada vez mais, percebidas. Assim, as organizações multinacionais elaboraram diretivas que incentivaram a adoção pelos Estados-Partes de mecanismos de combate e repressão, de acordo com suas peculiaridades internas.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro passou, paulatinamente, a prever diferentes âmbitos de responsabilização dos agentes corruptos pelos seus atos, todos eles autônomos e independentes. Entre eles, destacam-se os tipos penais que atingem o Erário, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção.

129 E-mail: anacaroline.valadares@gmail.com

Em que pese a ausência de prejudicialidade entre as diversas esferas, este trabalho analisa a necessidade de existir coerência entre os procedimentos nelas adotados. Especificamente, discute-se a possibilidade de realização de acordos em ações de improbidade administrativa, quando relacionada com os outros diplomas punitivos, em que a lei já autoriza a negociação, como na seara penal e na responsabilização das pessoas jurídicas por ato de corrupção, através dos acordos de colaboração premiada e de leniência respectivamente.

2 A CORRUPÇÃO INTERLIGADA À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A compreensão da problemática a ser discutida neste trabalho impõe que seja bem delineada a esfera de responsabilização por improbidade administrativa, compreendendo que a Lei nº. 8.429/1992 se insere em um microsistema específico do ordenamento jurídico: o de combate à corrupção. Assim, deve ser analisada a complexidade do fenômeno maior da corrupção, a partir das diretivas internacionais e das múltiplas esferas de sancionamento, para que se possa adentrar no regime de improbidade administrativa.

Na comparação feita por Guilherme de Souza Nucci, a corrupção pode ser associada a “uma praga incontável, que encampa o mundo inteiro e não deixa nada em bom estado depois de sua passagem”. Na difícil tarefa de conceituar o termo, o autor reconhece que, entre os inúmeros significados compreendidos pelo vocábulo, há sempre um ponto em comum: a referência a algo negativo, jamais positivo.

No contexto atual, partindo do panorama brasileiro, em que o Estado detém inúmeras atribuições e, portanto, propicia incontáveis operações com vultuosos recursos públicos, os atos corruptos se tornam, cada vez mais, complexos, conjugando agentes públicos, particulares e pessoas jurídicas, nos mais diversos arranjos. No exemplo emblemático da “Operação Lava Jato”, em que se teve notícia de cadeia de corrupção sistêmica jamais vista no país, envolvendo práticas das mais modernas, torna-se ainda mais difícil compreender o alcance desse fenômeno.

Para Nucci, “a corrupção caracteriza-se, nitidamente, pela negociata, pelo pacto escuso, pelo acordo ilícito, pela depravação moral de uma pessoa, gerando, muitas vezes, imensos estragos ao Estado”^[1]. Marco Vinício Petrelluzzi e Rubens Rizek Jr., entendendo que desvio de poder inerente a ente público e a obtenção de vantagem ilícita são elementos constitutivos da corrupção, definem-na como sendo “a conduta de pessoa natural ou jurídica, em conexão a qualquer ente público, destinada a obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita de qualquer natureza”^[2].

Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, em obra específica dedicada ao combate à corrupção, concentram dados históricos sobre o fenômeno milenar da obtenção de vantagem indevida pelo exercício de função pública. Segundo o levantamento feito pelos autores, diz-se que, até mesmo na Antiguidade Clássica, o Senador romano Cícero, de origem pobre, teria voltado para casa rico, após um ano de mandato.

A preocupação em responsabilizar as condutas inadequadas de agentes públicos inicia-se em maior grau com o advento do Estado Moderno, a exemplo do Código Napoleônico de 1810, em que os atos de malversação de recursos públicos começaram a ser mais gravemente punidos.

Nas terras tupiniquins, em que hoje a corrupção sistêmica é realidade amplamente conhecida, o costume não tardou a fixar raízes. De acordo com estudo vanguardista de Sérgio Habib, há quem aponte o primeiro ato nos registros de carta escrita, no ano de 1500, por Pero Vaz de Caminha ao Rei de Portugal, em que ele solicita favores para o seu genro.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., o exercício da administração brasileira entre o Século XIX e meados do Século XX se fundamentou na grande monarquia patrimonialista portuguesa, cujos princípios norteadores e bases da legalidade administrativa eram as relações familiares, a lealdade, a amizade e o compadrio, o que talvez explique a endêmica corrupção brasileira. Para o autor, na ética patrimonialista do Estado brasileiro, a lei é um instrumento de poder, e, não havendo uma legalidade forte, amplia-se o espaço à existência da corrupção.

Apesar de a corrupção ser um fato social há tanto tempo reconhecido nas organizações humanas, os esforços internacionais em combatê-la surgem apenas no Século XX, remontando à década de 70, principalmente, nos Estados Unidos e na Europa, onde se tornou comum empresas multinacionais corromperem funcionários públicos estrangeiros, como o famigerado caso de *Watergate* e a renúncia do Presidente americano Richard Nixon^[3]. Desde então, as práticas corruptivas se difundem, em suas mais variadas formas, notadamente impulsionada pela globalização e pelas novas formas de negócios, incrementando-se também com a criminalidade organizada transnacional^[4].

Diante da expansão do fenômeno e da impossibilidade de combatê-lo apenas no âmbito interno de cada Estado, a comunidade internacional preocupou-se em convencionar normas sobre a temática, que é pauta de destaque, principalmente, no que diz respeito aos países em desenvolvimento. Entre as normativas internacionais sobre corrupção, a três delas é devido maior destaque, por terem sido ratificadas e internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro: a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE); a Convenção

Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA), e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC).

A Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), cujo objetivo é bem sintetizado em seu título, foi introduzida no ordenamento brasileiro através do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000^[5]. A normativa, além de diversas recomendações, traz diretrizes a serem adotadas na legislação interna dos signatários, o que, no caso do Brasil, culminou na inserção do Capítulo II-A ao Código Penal, através da Lei nº. 10.467/2002, que tipificou os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira, além de considerar esses delitos como antecedentes na Lei de Lavagem de Dinheiro^[6].

Já a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA), tratando da matéria de forma mais ampla, foi promulgada pelo Decreto nº. 4.410, de 7 de outubro de 2002. Em seu preâmbulo, o tratado destaca a importância do combate à corrupção para a estabilidade das instituições democráticas, uma vez que o fenômeno atenta contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, atingindo também o desenvolvimento integral dos povos.

A normativa interamericana traz diversas medidas preventivas da corrupção, além de listar condutas que caracterizam atos de corrupção e de estabelecer diretriz de que os delitos nela listados serão considerados entre aqueles que justificam a extradição nos tratados vigentes entre os Estados-Partes. Existe ainda comando para que os Estados-Partes adotem as medidas necessárias para tipificar como delito o enriquecimento ilícito.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC) merece análise mais apurada, por incentivar a adoção, como instrumento de aprimoramento das medidas de combate à corrupção, de institutos negociais de colaboração pelos quais passará a discussão proposta neste trabalho.

A Convenção de Mérida, como também é conhecida, em alusão à cidade mexicana onde foi assinada, foi promulgada pelo Decreto nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Apesar de o tratado reprisar pontos já dispostos na normativa interamericana, os objetivos traçados para o combate eficaz da corrupção passaram a ter alcance mundial, sendo essa, portanto, a principal convenção internacional sobre a temática, pelo número maior de Estados-Partes. De acordo com o seu artigo primeiro, o tratado tem como finalidade:

- a) Promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção;

b) Promover, facilitar e apoiar a cooperação internacional e a assistência técnica na prevenção e na luta contra a corrupção, incluída a recuperação de ativos;

c) Promover a integridade, a obrigação de render contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos.

No que diz respeito às medidas preventivas, entre outras, a convenção prevê que cada Estado-Parte deve garantir a existência de um ou mais órgãos encarregados da prevenção da corrupção, os quais possam desempenhar suas atividades com independência; adotar códigos de conduta para funcionários públicos; aprimorar sistemas de contratação e de gestão da fazenda pública; aumentar a transparência em sua administração pública; prevenir a corrupção no Poder Judiciário e no Ministério Público.

Além disso, o texto traz diversas condutas a serem enquadradas pela lei interna de cada Estado-Parte como tipos penais, entre elas, o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, o tráfico de influências, o abuso de funções, o enriquecimento ilícito e o suborno no setor privado. Também há a previsão de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por participação dos delitos previstos na Convenção, além de diretrizes para o processamento dos envolvidos, bem como para as sanções a serem cominadas.

Merece destaque o artigo 37 da Convenção de Mérida, que dispõe sobre a cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei. De acordo com o dispositivo, caberá ao Estado-Parte adotar as medidas apropriadas para que os envolvidos com a prática dos delitos qualificados no tratado “proporcionem às autoridades competentes informação útil com fins investigativos e probatórios e as que lhes prestem ajuda efetiva e concreta que possa contribuir a privar os criminosos do produto do delito, assim como recuperar esse produto”. Para tanto, o texto prevê a mitigação da pena ou a imunidade judicial para o colaborador, desde que preste colaboração substancial à investigação.

Trata-se, portanto, de incentivo à adoção dos instrumentos negociais de colaboração, os quais já vinham sendo propostos desde a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, também conhecida como Convenção de Palermo, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº. 5.015, de 12 de março de 2004.

Os fatos subjacentes à corrupção são complexos, assim como é o fenômeno. Nesse diapasão, o ordenamento jurídico brasileiro prevê múltiplas esferas de responsabilização dos atos corruptos, ao sistematizar as sanções a partir de especificação maior do que se pretende reprimir. A seguir, serão feitas breves considerações sobre os diferentes âmbitos de responsabilidade dos agentes corruptos.

3 A INTERRELAÇÃO ENTRE REFLEXOS DA CORRUPÇÃO: CRIMES CONTRA O ERÁRIO, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E RESPONSABILIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS

Ao se analisar os diplomas legais que consagram normas de combate à corrupção, vê-se que a legislação brasileira é ampla, conjugando esferas de responsabilização de natureza civil, penal, administrativa e política, havendo ainda casos de cumulação de sanções, sob o prisma da independência das instâncias. Emerson Garcia^[7] inclui ainda a responsabilidade moral, aliada às quatro já referidas, majoritariamente enumeradas pela doutrina.

Existe no ordenamento jurídico brasileiro o que se considera um microsistema de combate à corrupção, abrangendo diferentes e complementares hipóteses de sanção. Visando à “defesa da integridade pública, da moralidade e da probidade administrativas” estão inseridos nesse segmento, em destaque, o Código Penal, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), a Lei de Licitações (Lei nº. 8.666/1993) e a Lei Anticorrupção (Lei nº. 12.846/2013).

Diante disso, ocorre o fenômeno de “incidência múltipla” sobre único fato praticado pelo agente corrupto. A despeito de serem variados os reflexos do ato de corrupção, optou-se por analisar brevemente três deles: o criminal, o de improbidade administrativa e o de responsabilização da pessoa jurídica por ato de corrupção.

Segundo Aluizio Bezerra Filho, “os crimes contra o erário provêm da corrupção, um vício cultural que desvia recursos financeiros públicos da sua destinação original de atender na sua inteireza ao bem comum. Para o autor, estão compreendidos nesse núcleo os delitos contra a administração pública praticados por agente público ou por particular, as infrações contra as finanças públicas, os crimes contra a lei de licitação e os de responsabilidade de prefeitos, assim como aqueles que configuram o tipo de organização criminosa^[8]”.

Os atos de improbidade administrativa, por outro lado, são praticados exclusivamente pelo agente público, podendo haver participação de particular e benefício de terceiros, inclusive pessoa jurídica. Trata-se de antijuridicidade que enseja responsabilização civil *lato sensu*, decorrente da afronta, sobretudo, à moralidade administrativa, caracterizada pela atuação ilegal imbuída de má-fé e de desonestidade.

A responsabilização objetiva da pessoa jurídica por ato de corrupção foi recentemente introduzida pela Lei nº. 12.846/2013. Segundo o novo regime legal, são punidos os atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, sendo aqueles que “atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil”^[9].

Destaca-se que a responsabilização da pessoa jurídica não afasta a responsabilidade individual das pessoas físicas, sejam elas seus dirigentes ou administradores ou qualquer pessoa natural^[10], compreendendo-se nesse conceito inclusive o agente público que tenha concorrido para a prática do ato lesivo.

Bezerra Filho assinala que o agente público, ao praticar o crime contra o erário, simultaneamente, comete ato de improbidade administrativa^[11].

O caminho inverso não se submete à mesma regra. No âmbito penal, há a incidência do princípio da intervenção mínima, razão pela qual nem todos os fatos punidos por improbidade administrativa são considerados crimes.

Por outro ângulo, todos os atos lesivos enumerados no artigo 5º da LAC também podem configurar crimes para fins de punição da pessoa física que para eles tenha concorrido. No ponto, adentra-se na polêmica questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, admitida pela Constituição Federal quanto aos crimes ambientais^[12].

Para Nucci, o artigo 173, § 5º, da Constituição Federal autoriza também a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos crimes econômico-financeiros e contra a economia popular. Diante disso, amplia-se a viabilidade de punição para o cenário penal dos crimes de corrupção, decorrentes de atos lesivos aos cofres públicos e à ordem econômica e financeira do país^[13]. Não foi essa a opção adotada pelo legislador, tendo em vista que o artigo 1º da LAC estabelece que a responsabilização prevista no diploma é de natureza administrativa e civil. Ainda assim, existe a hipótese em que do mesmo fato decorrem efeitos nas três esferas de responsabilização aqui tratadas.

Prevalendo a natureza civil-administrativa da responsabilização da LAC, encontra-se também intercessão entre suas disposições e a LIA, à medida que um agente público concorra para a prática de atos lesivos previstos de corrupção. Também há encontro a partir do entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência no sentido de que a pessoa jurídica pode figurar no polo passivo da ação de improbidade, ainda que na condição de terceiro beneficiado, nos termos do artigo 3º da LIA.

O interlaço entre LIA e LAC bem se exteriorizou na Medida Provisória nº. 703 de 18 de dezembro de 2015. Apesar de o ato normativo precário não ter sido convertido em lei, ele acarretou momentâneas alterações na LIA e na LAC, incluindo, como será visto posteriormente, a supressão do artigo 17, § 1º, da LIA, dispositivo que compõe questão principal discutida neste trabalho.

Tem-se, então, a possibilidade de tripla incidência sancionatória. Para ilustrar, põe-se a situação da pessoa jurídica que, em conluio com agente público, através do

oferecimento de vantagem indevida, frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório público.

A existência de um microsistema específico de combate é coerente com as consequências nefastas de atos corruptos. Por outro ângulo, em razão da segurança jurídica, exigem-se diálogo e cautela por parte das autoridades atribuídas de controle, sob pena de incorrer em contrassensos insuperáveis. Sobre questão, alerta Fábio Medina Osório^[14]:

A multiplicidade de órgãos de controle dotados de competências semelhantes ou análogas, para perseguir os mesmos fatos, ainda que sob o fundamento de que se trata de bens jurídicos diversos, fragiliza direitos fundamentais e gera grave insegurança jurídica. Ao mesmo tempo, é decorrência da separação de Poderes e assegura autonomias institucionais, além de fomentar aplicação das leis sob perspectivas e competências distintas. Há, pois, importante complexidade neste tema. (...)

Emerge com singular relevância o tópico da inteligência estatal e da comunicação entre os órgãos e Poderes Públicos nas estratégias sancionatórias.

Assim, sob qualquer ângulo, não há falar-se em isolamento de distintos órgãos ou entes do Estado na apreciação de um mesmo fato da vida, sobretudo diante de um conjunto probatório e normativo unitário, qualitativamente equivalente, à luz, em especial, da boa-fé objetiva que baliza a atuação das instituições de controle e de fiscalização.

Essa comunicação, por vezes, falha dentro do mesmo órgão legitimado. No ponto, Bezerra Filho destaca situação em que, diante das atribuições de atuação distintas dos membros do Ministério Público, há oferecimento de denúncia, sem que seja ajuizada a ação de improbidade administrativa^[15]. Para coibir e minimizar incongruências no âmbito do Ministério Público Federal, foi criada a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (5ª CCR), que conjuga a operação nos feitos relacionados ao combate à corrupção, entre atos de improbidade administrativa e crimes praticados contra a administração pública em geral, incluindo-se também o regime de responsabilização da LAC.

A existência de um microsistema específico de combate à corrupção impõe coerência das autoridades atribuídas desse controle. A questão se torna mais complexa, ao

considerar que, diante do contexto da incidência múltipla, vários também são os legitimados à repressão.

Quanto aos crimes contra o erário, a legitimidade para o ajuizamento da ação penal pública incondicionada é privativa do Ministério Público. A ação civil pública por ato de improbidade administrativa pode ser proposta pelo órgão ministerial e pela pessoa jurídica interessada^[16].

No caso da responsabilização da pessoa jurídica por ato lesivo, no regime da LAC, em primeiro momento, há procedimento administrativo instaurado pela autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos três Poderes. Não há óbice a responsabilização na esfera judicial, incumbida à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, por meio de seus órgãos de representação judicial, bem como ao Ministério Público, os quais poderão ingressar em juízo para aplicação das sanções previstas no artigo 19 da LAC.

Compreendido o contexto de punição múltipla em que se insere o combate a corrupção, bem como a existência de microsistema de repressão peculiar, passar-se-á à análise de sua relação específica com a improbidade administrativa.

4 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A NECESSIDADE DE COERÊNCIA ENTRE AS ESFERAS PUNITIVAS

A corrupção, no sentido jurídico pelo qual este trabalho pretende percorrer, caracteriza-se pela obtenção de vantagem ilícita a partir desvio de poder público, com prejuízos ao Erário, aqui compreendidos não apenas os de ordem patrimonial. Segundo Emerson Garcia^[17],

Especificamente em relação à esfera estatal, a corrupção indica o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção.

(...) a corrupção configura tão somente uma das faces do ato de improbidade, o qual possui um espectro de maior amplitude, englobando condutas que não poderiam ser facilmente enquadradas sob a epígrafe dos atos de corrupção. Improbidade e corrupção relacionam-se entre si como gênero e espécie, sendo esta absorvida por aquela.

Partindo da linha do autor, para quem a corrupção é espécie do gênero improbidade, é preciso traçar algumas linhas sobre o delineamento da probidade administrativa.

Durante certo tempo, o direito foi compreendido como universo fechado, avesso à comunicação com elementos de outros sistemas. Para Hans Kelsen^[18], a validade da norma jurídica independia de sua concordância ou não com a moral, tendo fundamento em sua vigência.

Conforme preleciona Garcia, essa realidade começou a ser reestruturada a partir dos estudos de Maurice Hauriou, pioneiro na idealização da moralidade administrativa, desenvolvendo-a no ápice do positivismo jurídico na França. De acordo com a doutrina francesa, a introdução da moral no direito se deu com o desenvolvimento da ideia de desvio do poder, sob o prisma de que, além de observar a legalidade, a conduta do administrador tem como objetivo a satisfação do interesse público. Ao se exigir que o agente público não se atenha apenas à legalidade estrita, impõe-se, para que sua conduta seja legítima, a observância da ética administrativa e da boa administração, concretizando, assim, a moralidade administrativa^[19].

A doutrina em geral traz a moralidade como centro da probidade administrativa. Na acepção de Garcia, a probidade abrange o respeito a toda a normatização existente, entre regras e princípios, estando a moralidade por ela absorvida, sem delimitar a sua amplitude. Para o doutrinador, devem ser consideradas, além das finalidades às quais visa a gestão administrativa, os meios utilizados para o seu alcance^[20].

Segundo Waldo Fazzio Jr., o artigo 4º. da LIA traz o dever geral de probidade, ao estabelecer que “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade^[21] no trato dos assuntos que lhe são afetos”^[22].

A probidade administrativa se caracteriza, então, pelo dever de atuação dos agentes públicos com observância dos princípios da Administração Pública, sejam constitucionais ou ordinários, expressos ou implícitos. A conjugação desses postulados consubstancia a ética administrativa, pautada em padrões de boa-fé, de lealdade, de honestidade e, sobretudo, de respeito ao interesse público.

A Constituição Federal de 1988 prioriza a repressão às condutas que destoem da normatização além da legalidade. Assim, o artigo 37, § 4º prevê as consequências para os atos de improbidade administrativa.

A ênfase no regime de responsabilização por improbidade administrativa mostrou tratar-se a improbidade de gênero de que a corrupção é espécie, englobando, assim, todas as condutas que afrontem a ética administrativa. Suas sanções, apesar de serem aplicadas em respeito a princípios típicos do direito penal, como o da individualização da pena, possuem caráter civil, e há quem entenda que a redação do *caput* do artigo 12 da LIA demonstra certa predisposição do Estado à disponibilidade das sanções, ao impor que elas sejam cominadas de forma proporcional às características do réu e do ato ímprobo em si.

A ação de improbidade administrativa possui características singulares próprias, destacando-se até então existente vedação expressa à transação, ao acordo e à conciliação constante do artigo 17, § 1º, da LIA. Por outro ângulo, a norma proibitiva não passou imune às críticas doutrinárias analisadas, ao se constatar que a Lei de Improbidade Administrativa não acompanhou a introdução, em outras esferas punitivas, da admissibilidade de acordo, principalmente, após o desenvolvimento de técnicas de justiça penal negocial.

A barreira legal para a realização de acordos em matéria de improbidade administrativa necessitava ser superada, havendo diversos argumentos de ordem teórica, dogmática e pragmática que permitem defender a compatibilidade de acordos com o regime de responsabilização de improbidade administrativa. Entre eles, destacam-se: a) a releitura da obrigatoriedade da ação penal, pela sua disponibilidade regrada; b) a inserção dos institutos negociais de colaboração no microsistema de combate à corrupção; c) a possibilidade de conciliação em matéria de improbidade administrativa, nos termos do artigo 36, § 4º, da Lei nº. 13.140/2015; d) a revogação expressa, ainda que temporária, do artigo 17, § 1º, da LIA pela Medida Provisória nº. 703 de 18 de dezembro de 2015; e) entendimento e postura institucionais do Ministério Público, sobretudo, do Ministério Público Federal, aqui demonstrados pela análise de estudo técnico, de orientação de atuação e da Resolução nº. 179/2017 do CNMP, f) construções doutrinárias e decisões judiciais admitindo reflexos dos acordos realizados em outras instâncias nas ações de improbidade administrativa, e g) necessidade de se conferir coerência aos diplomas integrantes do microsistema de combate à corrupção.

No que diz respeito à colaboração premiada e ao acordo de leniência, não se pode olvidar que esses pactos devem ser firmados em cumprimento ao interesse público em descortinar os atos que reiteradamente atingem o Erário, os quais, sem a cooperação dos agentes diretamente envolvidos, a descoberta e as investigações seriam infrutíferas. É certo que o colaborador, ao decidir revelar informações inéditas, renuncia o seu direito ao silêncio, criando elo de confiança com o Estado. Dessa forma, admitir que as informações por ele reveladas sejam utilizadas em outras esferas punitivas, sem que, para tanto, seja-lhe conferido qualquer benefício, desestimula o firmamento de acordos, o que, conforme com a linha percorrida neste trabalho, afronta o interesse público. Assim, há quem admita

a possibilidade de acordos firmados em outras esferas punitivas refletirem no âmbito da improbidade administrativa, seja para mitigar ou excluir a aplicação das sanções, ou, até mesmo, para impedir a propositura da ação, devendo-se observar o caso concreto, desde que garantido o ressarcimento integral do dano causado ao Erário.

A conclusão é de que, assim como já ocorre no âmbito criminal, deveria também o regime da Lei nº. 8.429/1992 absorver a discricionariedade regrada, em observância ao interesse público, para que o sistema alcance a eficiência desejada no combate à corrupção e aos atos de improbidade administrativas a ela correlatos. Por fim, conforme pontuado ao longo do trabalho, em que pese o reconhecimento de que admitir a consensualidade em matéria de improbidade administrativa tem por consequência resultados mais eficazes para o Estado, sobretudo diante da morosidade processual, reconhece-se a necessidade de lei para fixar os parâmetros e o procedimento a serem aplicados, trazendo segurança jurídica aos negociantes.

Finalmente, isso aconteceu com o advento da Lei nº 13.964, de 2019, que revogou o dispositivo proibitivo, possibilitando a possibilidade de interrupção do prazo para contestação, em caso de possibilidade de solução consensual da controvérsia. Diante da alteração legislativa, vê-se que o legislador brasileiro, atento à necessidade de coerência, passou a conferir regramento compatível entre as diversas esferas punitivas dos atos de corrupção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade do fenômeno multifacetado da corrupção, aliada às nefastas consequências de seus atos, justifica a existência de um microsistema específico de normas repressivas. Cooperam para tanto os tratados internacionais sobre a matéria, os quais direcionam os Estados-Partes a preverem, no ordenamento jurídico interno, mecanismos de combate à corrupção.

Viu-se que, no caso do Brasil, existem diversas e independentes esferas punitivas para os atos corruptos, ocorrendo a incidência múltipla de normas. Entre os integrantes do microsistema anticorrupção brasileiro, foram destacadas as disposições penais dos crimes contra o Erário, a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção.

Assim, as organizações multinacionais elaboraram diretivas que incentivaram a adoção pelos Estados-Partes de mecanismos de combate e repressão, de acordo com suas peculiaridades internas, todos eles autônomos e independentes. Em que pese a ausência de prejudicialidade entre as diversas esferas, resta demonstrado ao longo do trabalho que o fenômeno da múltipla incidência de normas exige coerência entre os procedimentos

nelas adotados, o que aconteceu a partir da Lei nº 13.964, de 2019, ao permitir acordos em matéria de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério, GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017

_____. **Improbidade administrativa**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014 [Minha Biblioteca]

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Manual dos crimes contra o erário**. Salvador: JusPodivm, 2017

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resoluções nº. 181, de 7 de agosto de 2017 e nº. 183, de 24 de janeiro de 2018**. Brasília, DF, 2017. Disponível em <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-resultados>> Acesso em: 3 mar 2018

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº. 179, de 26 de julho de 2017**. Brasília, DF, 2017 Disponível em < <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5275/>> Acesso em: 3 mar 2018

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Convenção da OCDE sobre o suborno internacional**. Brasília, DF, 2016. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>> Acesso em: 14 jan. 2018

FAZZIO JR., Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016

FREITAS, Juarez. **O princípio constitucional da moralidade e o novo controle das relações de administração**. Revista Interesse Público, ano X, n. 51, 2008, p. 39.

FERRARESI, Eurico. **Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992 comentada**. São Paulo: Método, 2011

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. SALOMÃO FILHO, Calixto. NUSDEO, Fábio (Org.). **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**. Barueri: Manole, 2009

GARCIA, Emerson. **A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro: Potencial de Incidência no Âmbito da Lei nº 8.429/1992**. Revista Síntese – Direito Administrativo, ano XII, n, 141, p. 542-595, set/2017

GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2015

HECKER, João Paulo. VASCONCELOS, Ronaldo. **Efeitos da colaboração premiada e a Lei de Improbidade Administrativa**. Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, ano 28, vol. 241, p. 545-556, jan./fev./mar. 2016

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Estudo Técnico nº. 01/2017- 5ª CCR**. Brasília, DF, 2017. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>> Acesso em: 02 fev. 2018

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015 [*Minha Biblioteca*]

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de improbidade administrativa**. 3 ed. São Paulo: Método, 2015

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007

PETRELLUZI, Marco Vinício. RIZEK JUNIOR, Rubens. **Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014

NOTAS:

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, [*Minha Biblioteca*]

[2] PETRELLUZI, Marco Vinício. RIZEK JUNIOR, Rubens. **Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21

[3] GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 18

[4] GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 20

[5] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Convenção da OCDE sobre o suborno internacional**. Brasília, DF, 2016, p. 5. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartil>

ha-ocde-2016.pdf> Acesso em: 14 jan. 2018

[6] GRECO FILHO, Vicente. RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33

[7] GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério. **Improbidade administrativa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 69 *et seq.*

[8] BEZERRA FILHO, Aluizio. **Manual dos crimes contra o erário**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 36

[9] Artigo 5º da Lei nº. 12.846/2013.

[10] Artigo 3º da Lei nº. 12.846/2013.

[11] BEZERRA FILHO, Aluizio. **Manual dos crimes contra o erário**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 39

[12] Artigo 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

[13] NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015

[14] OSÓRIO, Fabio Medina. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativa, penal e civil no âmbito da improbidade. In. MARQUES, Mauro Campbell (Org.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 96

[15] BEZERRA FILHO, Aluizio. **Manual dos crimes contra o erário**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 49

[16] Artigo 17, *caput*, da Lei nº. 8.429/1992.

[17] GARCIA. Emerson. ALVES, Rogério. **Improbidade administrativa**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53

[18] Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5 ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 104 apud DINO, Nicolao. A colaboração premiada na improbidade administrativa: possibilidade e repercussão probatória. In SALGADO, Daniel de Resende. QUEROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 521

[19] GARCIA. Emerson. ALVES, Rogério. **Improbidade administrativa**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014[Minha Biblioteca], p. 134 *et seq*

[20] GARCIA. Emerson. ALVES, Rogério. **Improbidade administrativa**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014[Minha Biblioteca], p. 104

[21] Aqui podemos acrescentar a previsão expressa o princípio da eficiência, uma vez que ele foi introduzido ao *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 pela EC n°. 19 de 1998.

[22] FAZZIO JR., Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2016 [Minha Biblioteca], p. 73

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A LEI GERAL DA PROTEÇÃO DE DADOS: UMA ANÁLISE DO USO DE DADOS DO CONSUMIDOR VIRTUALMENTE E SUA VULNERABILIDADE

MARIA EDUARDA LIMA NASCIMENTO:

Bacharela em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho-UNIFSA¹³⁰.

ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA BERNARDES

(orientadora)

RESUMO: O capitalismo e o consumismo andam lado a lado e isso se deve a forma que as pessoas são incentivadas a comprarem e a terem sempre o novo, o bom, o atual, o de última geração. Por isso, que quando o mundo se moderniza, as formas de consumo também acompanham essa modernidade, sendo através de lojas físicas e atualmente: em lojas virtuais, pela rede mundial de computadores (*internet*). Quanto a metodologia, a abordagem escolhida para a realização desse trabalho foi uma pesquisa qualitativa, no qual dados foram levantados e análises de obras renomadas foram realizadas para discutir profundamente sobre o assunto em questão. Com base nisso, surge questionamentos sobre como os direitos do consumidor se adaptaram a essa modernidade e se as antigas e novas leis são suficientes para suprir a proteção do uso de dados dos consumidores quando optam por essa forma de consumo.

Palavras-chave: consumismo; consumidor; Lei Geral de Proteção de Dados; dados; *internet*; vulnerabilidade; Código de Defesa do Consumidor, legislação; virtual.

ABSTRACT: The capitalism and consumerism are side by side and its due to the way people are encouraged to buy and always have the new, the good, the current, the latest generation. Therefore, when the world is modernized, the forms of consumption also accompany this modernity, being through physical stores and nowadays: in virtual stores, through the world wide web (*internet*). As for the methodology, the chosen approach to carry out this work was a qualitative research, in which data were collected and analyzes of renowned works were carried out to discuss in depth the subject in question. Based on this, questions arise about how the consumer rights have adapted to this modernity and if the old and new laws are enough to provide protection for the use of data by consumers when they choose this form of consumption.

Keywords: consumerism; consumer; General Data Protection Law; data; *internet*; vulnerability; Consumer Protection Code, legislation; virtual.

130 E-mail: duda.baratheon18@yahoo.com

1 INTRODUÇÃO

Diante da contemporaneidade, resta claro que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada para constituir a base do Estado, que visa um caráter social, o qual define a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos presentes na República Federativa do Brasil. Neste sentido, é inquestionável a atuação do legislador acerca de conteúdo do direito do consumidor, considerado um Direito Fundamental previsto no artigo 5º da Magna Carta. Desse modo, criou-se em 1990 o Código de Defesa do Consumidor (CDC), visando proteger o consumidor, considerado parte vulnerável das relações consumeristas.

Dessa forma, através de um avanço tecnológico que a atual sociedade vem passando, os dados pessoais, principalmente, os dados dos consumidores, ganham uma atenção do mercado, sendo utilizados para várias finalidades e os tornando vulneráveis. O atual modelo faz com que o CDC atue na proteção de usos abusivos dessas informações através de mecanismos garantidores e restritos quanto à divulgação dos dados pessoais, mas não se sabe ao certo se essa proteção é efetiva. Assim, para disciplinar a questão da proteção de dados foi promulgada em 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados, que visa garantir o direito básico à liberdade e privacidade nesse novo mundo de compras *online*.

Logo, o presente artigo procura compreender tal problemática, qual seja: a Lei nº 13.709 de 2018 e do Código de Defesa do Consumidor são suficientes para proteger os dados dos consumidores na internet? Como hipótese para esse questionamento, sabe-se que o consumidor uma vulnerabilidade na relação com o vendedor e o CDC o protege, só que não de forma suficiente, visto que diante do Princípio da Vulnerabilidade, presente no artigo 4º, I do CDC, o consumidor goza de uma fragilidade técnica por não ter o conhecimento necessário acerca do produto.

Dessa forma, a relevância jurídica do tema está relacionada com a necessidade da criação de novos meios de proteção jurídicos a esse novo tipo de consumidor é de extrema importância para sociedade brasileira. Nesse novo formato de compra, o consumidor que sofre com a vulnerabilidade também não consegue identificar as consequências preocupantes em fornecer seus dados em uma compra *online*. Portanto, o presente artigo se mostra relevante em virtude da preocupação com tema, especialmente na divulgação dos dados pessoais dos consumidores, visto que é considerado um direito fundamental e está relacionado aos direitos de personalidade, privacidade, intimidade e vida privada.

Assim, espera-se atrair a atenção para um grave problema presente na sociedade brasileira e incentivar os cidadãos a atentar-se ao fornecer seus dados. E, juntamente, demonstrar a importância desses dados e como eles podem acabar sendo usados de forma irresponsável e problemática violando a privacidade do consumidor. Também é de extrema

importância uma compreensão completa do que de fato o comprador está fornecendo na hora da sua compra; ele estará consciente da importância do cuidado de fornecer seus dados, que vai muito além de um possível roubo de identidade. São inúmeros os problemas gerados por um vazamento de dados.

Quanto a metodologia, a abordagem escolhida para a realização desse trabalho foi uma pesquisa qualitativa, no qual dados foram levantados e análises de obras renomadas foram realizadas para discutir profundamente sobre o assunto em questão. Além disso, para embasar de maneira eficaz o tema proposto, foi adotado como técnica a pesquisa bibliográfica. Seguindo esse estilo, foram analisados inúmeros livros e artigos de diferentes autores e portais, bem como adotou-se a pesquisa documental, no qual dados foram coletados de matérias jornalísticas de diversos portais.

Portanto, além dessa introdução, o presente estudo possui mais quatro seções. A segunda aborda acerca dos aspectos constitucionais do código de defesa do consumidor, já no terceiro capítulo, será feita uma discussão da relação de consumo e a vulnerabilidade do consumidor, após essa discussão, o capítulo quatro irá abordar acerca do objeto central do estudo, qual seja, Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD), destacando o significado de dados e por fim, o último capítulo abordará acerca do Código de Defesa do Consumidor no combate ao vazamento de dados.

2 ASPECTO CONSTITUCIONAL DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ao discutir acerca da tutela do consumidor, tem-se que o primeiro código a abordar o assunto, foi o Código de Hamurabi, o qual protegiam os consumidores em relação ao serviço deficiente. Também existia o chamado Código Massú, previsto no século XII a.c., que salvaguardava os consumidores de forma indireta, ao controlar as relações comerciais (OLIVEIRA, 2010, p. 6).

Dessa forma, nas últimas décadas, os países começaram a se unir, a fim de diminuir as barreiras tarifárias e promover o comércio internacional para concorrer no mundo globalizado. Com isso, os consumidores passavam a ter maior facilidade para adquirir produtos e serviços de qualquer parte do mundo. Porém, com essa facilidade incide também certas dificuldades que manifestam em uma vulnerabilidade do indivíduo nas relações de consumo. Assim, levados muitas vezes pelo impulso da mídia, acabam assumindo um risco pela omissão da lei que o proteja.

Por esse motivo, com base em grupos que defendiam os direitos dos consumidores e através da mobilidade da participação popular em chamar atenção dos legisladores para adotarem medidas que visavam a proteção dos consumidores, surgiu em 1890, o Sherman Antitrust Act, como a primeira manifestação de proteção ao consumidor. Entretanto, somente em 1962 é que houve de fato a consolidação da tutela.

Cabe ressaltar que é interessante abordar o contexto histórico do surgimento dos direitos dos consumidores, principalmente nos modelos estrangeiros, pois o atual Código de Defesa do Consumidor brasileiro teve influência desses modelos, respeitando o mercado de consumo do Brasil, e, hoje o CDC é um exemplo de legislação que protege os consumidores para várias outras legislações ao redor do mundo. Assim, uma das influências que o Código de Defesa do Consumidor recebeu foi por meio da Resolução nº 39/248, realizada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), entre outras.

Dessa forma, a ONU reconheceu internacionalmente os direitos dos consumidores, através da Resolução nº 2542/69, por meio dos artigos 5º e 10. No Brasil, as primeiras leis que visavam a proteção do consumidor surgiram em 1934, entretanto, só vieram ganhar relevância a partir da Constituição Federal de 1988, considerando como fundamental o direito do consumidor, a partir do artigo 5º, XXXII, que estabelece que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988).

Assim, foi admitido na Constituição Federal o direito do consumidor como sendo um direito fundamental e de política pública, visto que tem o objetivo de proporcionar a proteção em face do consumidor não só codificando uma norma com o intuito de protegê-lo de forma abstrata, mas sim, protegê-lo de forma ativa pelo Estado, sendo um dever do Estado como legislador e como estado-juiz (BENJAMIN; MARQUES, 2014, p. 33-35).

Vale mencionar outro aspecto constitucional do Direito do Consumidor, qual seja, a estabilidade constitucional, visto que se encontra inserido no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal, considerado como cláusula pétrea, ou seja, não é passível de extinção por emendas constitucionais ou mesmo revisão constitucional. Além disso, a Magna Carta de 1988, garante o direito do consumidor como princípio da ordem econômica, previsto no artigo 170, V, CF, o qual estabelece que:

Art. 170- A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V- defesa do consumidor

Dessa forma, equipara-se como princípios relevantes para o sistema político-econômico do Brasil, como, propriedade privada, soberania nacional, livre iniciativa, entre outros. Assim, os princípios gerais da ordem econômica estabelecidos pela Constituição Federal devem existir harmoniosamente, visto que não gozam de superioridade entre eles, sendo todos relevantes.

Portanto, o direito do consumidor torna-se assunto fundamental da Constituição, cabendo a lei infraconstitucional regulamentar a sua atuação. Dessa forma, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabelece a implantação de um Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de compatibilizar as relações entre consumidores e fornecedores.

Desse modo, após a CF estabelecer o direito do consumidor como um direito fundamental e diante das mudanças ocorridas no mercado mundial, o qual o Brasil também estava inserido, foi criada a Lei nº 8.078/90, o qual estipulou o Código de Defesa do Consumidor, sendo admitida como a mais moderna ao abordar os direitos do consumidor. Com o advento dessa Lei, houve mudanças nas relações de consumo, tutelando a hipossuficiência do consumidor em face da compra e venda de produtos e serviços.

Essa Lei foi imposta para solucionar os conflitos existentes nas relações de consumo, não só de forma indireta, mas também adotando todas as particularidades dessa relação, visto que a lei infraconstitucional abordou definições para essa espécie de relação jurídica que, até então, não era tutelada.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é uma garantia de proteção, por parte do Estado, daqueles considerados hipossuficientes economicamente em relação aos monopólios que existem em uma sociedade capitalista. Portanto, o CDC corresponde a um direito inerente a todo cidadão, constituindo, por meio da Constituição Federal, o meio de combate as desigualdades sociais existentes no Brasil.

3 RELAÇÃO DE CONSUMO E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Antes de aprofundar na relação do consumo e a vulnerabilidade do consumidor, é necessário compreender quem faz parte dessa relação, isto é, quem é o fornecedor e quem é o consumidor. Essa definição é abordada pelo próprio Código de Defesa do Consumidor de 1990, em seu artigo 2º e 3º:

Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

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

exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Dessa forma, compreende-se que consumidor é todo aquele que compra ou consome algum produto ou serviço e o fornecedor é quem produz ou cria o produto ou serviço o qual o consumidor irá utilizar. Consoante Miranda (2016, p.1):

O futuro das relações de consumo tem sido bastante promissor apontam pesquisas, principalmente porque as empresas cada vez mais têm percebido que o ambiente de negócios já não gira mais em torno de seus produtos e serviços. Para se manterem competitivas, as empresas estão dando os primeiros passos em implementar programas e iniciativas com o foco no cliente, alinhando as necessidades do consumidor.

Feito, portanto, a definição das pessoas que integram a relação de consumo, é importante ressaltar o princípio imposto pelo CDC, qual seja, o princípio da vulnerabilidade do consumidor. A proteção em face do consumidor se dar por causa da vulnerabilidade do mesmo, que diante da relação de consumo é considerado a parte hipossuficiente da relação, se submete a certas situações impostas pelo fornecedor, tido aqui, como a parte mais forte da relação de consumo.

O princípio da vulnerabilidade, reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), constitui que “o ponto de partida do Código de Defesa do Consumidor é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal material aos sujeitos da relação jurídica de consumo” (BRAGA NETTO, 2019, p. 66).

Portanto, o consumidor se submete cada vez mais a uma pressão psicológica, em virtude de propagandas que os encorajam a consumirem determinados produtos ou serviços com a ajuda da mídia. Além dessa manipulação feita principalmente pela mídia, existe a vulnerabilidade da maioria dos consumidores que caem na artimanha dos fornecedores.

Destaca Moraes (2009, p. 125) que:

Vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos ou feridos na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte dos sujeitos mais potentes da mesma relação.

Ainda em consonância com esse pensamento, o autor supracitado (2009, p. 125) afirma que esse princípio “decorre diretamente do princípio da igualdade, com vistas ao estabelecimento da liberdade”, o qual “somente pode ser reconhecido igual, alguém que não está subjugado por outrem”.

Para Ragazzi (2010, p. 151), “o princípio da vulnerabilidade do consumidor é o grande alicerce do microsistema, pois suas regras foram construídas com a finalidade de harmonizar as relações de consumo entre fornecedores e consumidores”. Dessa forma, ressalta-se que o consumidor não possui o domínio da relação de consumo, sendo submetido ao poder de quem o detém. Portanto, para garantir maior proteção ao consumidor, foi estabelecido outros princípios, como o princípio da proteção do consumidor, que se subdivide em princípio da responsabilidade objetiva e princípio da inversão do ônus da prova, que são medidas que buscam ajudar o consumidor em sua evidente vulnerabilidade ao enfrentar um problema com um produto ou serviço.

Cabe mencionar que há uma distinção entre vulnerabilidade e hipossuficiência. Assim, Braga Netto (2019) afirma que a primeira não necessita de uma condição econômica, já o hipossuficiente é encontrado após analisar o caso concreto, considerando a natureza do serviço, o grau de instrução do consumidor, bem como outras particularidades. Desse modo, a vulnerabilidade do consumidor é absoluta, pois, conforme o autor, “nem todo consumidor é hipossuficiente, embora todos sejam vulneráveis”.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor está inserido no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4, inciso I, sendo garantido como um dos princípios da Política Nacional de Relações de Consumo:

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

I - Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

É importante destacar que, além da proteção conferida pela Constituição Federal, existe ainda aqueles que detém de uma hipervulnerabilidade, como, os idosos, crianças, adolescentes, sendo esse o fundamento principal da vulnerabilidade, qual seja, as particularidades de cada consumidor e o que expande a sua vulnerabilidade.

Portanto, fica claro que, de acordo com o artigo 2º do CDC, bem como o que a doutrina majoritária estipula, o consumidor na sua relação de consumo estar em uma situação de vulnerabilidade. Assim, quando existir um desequilíbrio nas relações de consumo, deverá ser utilizado o Código de Defesa do Consumidor, a fim de garantir a sua eficácia.

4 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Através da Internet, o consumo de produtos e serviços aumentou nas últimas décadas. Pensando nisso, alguns juristas sugeriram a necessidade de criar um instrumento legislativo que coibissem atos nas relações de consumo, surgindo uma nova espécie de contrato, o chamado contrato eletrônico, que constitui um contrato aplicado ao campo cibernético.

Dessa forma, o ordenamento jurídico foi se moldando nessas práticas de consumo virtual, aplicando as regras do regulamento europeu, já que não havia ainda uma lei que regulamentasse essa situação. Existiam de fato, a Lei do Cadastro Positivo e o Marco Civil da Internet, que abordava a temática do comércio eletrônico, porém de forma esparsa.

Assim, houve uma discussão no Congresso Nacional, a fim de que fosse estabelecido uma lei específica para tratar da proteção dos dados dos consumidores nessa nova forma de relação de consumo, surgindo, portanto, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – Lei n. 13.709/2018, que visa disciplinar a proteção dos dados pessoais em relação ao comércio eletrônico.

Segundo Pinheiro (2020, p. 15) essa Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) se tornou uma referência no ordenamento jurídico, reforçando os direitos e garantias fundamentais, inseridos na Constituição Federal, que garante a proteção dos direitos humanos. Essa lei garante a regulamentação do uso, proteção e transferência de dados pessoais no Brasil, certificando maior domínio dos cidadãos acerca de suas informações pessoais, sendo necessário o consentimento, de forma explícita, para coletar e usar os dados pessoais, podendo ainda o cidadão modificá-lo ou excluí-lo (SENADO, 2020).

Cabe ressaltar que a Lei Geral de Proteção de Dados tem por objetivo proteger certos direitos fundamentais, como a privacidade, liberdade de expressão, informação, inviolabilidade a intimidade, honra e imagem, bem como, a livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor e a dignidade da pessoa humana, direito que rege todo o ordenamento jurídico (BRASIL, 2021). Assim, a Lei surge como forma de evitar que os consumidores tenham seu dados pessoais evidentes de forma indevida, além de serem usados de forma diversa do que foi colocado, preservando a intimidade e o direito à privacidade, conforme estabelece o artigo 5º, inciso X, da CF.

Assim sendo, Blum (2018, p. 28) afirma que a lei que protege os dados pessoais não tem um foco específico em relação aos dados informados pelo consumidor, visto que as próprias redes sociais, com a sua anuência fornece esses dados. A proteção diz respeito a análise e normatização das formas de coleta, armazenamento, organização e utilização desses dados.

Portanto, além do direito a privacidade do consumidor, Barcellos (2018, p. 205) estabelece o direito à intimidade, o qual por meio da Lei Geral de Proteção de Dados busca garantir essa proteção em face da utilização dos dados pessoais dos consumidores pelos agentes públicos e privados. Conforme Pinheiro (2019, p. 31):

A regulamentação de proteção de dados pessoais é uma legislação principiológica [...]. Sendo assim, tanto na origem europeia como na versão nacional traz um rol de princípios que precisam ser atendidos. A melhor forma de analisar a lei é pela verificação da conformidade dos itens de controle, ou seja, se o controle não está presente, aplicado e implementado, logo o princípio não está atendido.

Nesse sentido, a LGPD estipula determinadas regras para o tratamento dos dados pessoais, aplicando certos conceitos fundamentais, entre eles, a definição de dados, além de trazer um rol taxativo de possibilidades de como ocorre o tratamento dos dados. Portanto, cabe destacar a importância dessa lei em face da proteção do consumidor, no que diz respeito aos dados pessoais, aplicados, principalmente, nas relações de consumo virtuais.

Após analisar como surgiu a Lei Geral de Proteção de Dados, faz-se necessário compreender seu objetivo, bem como os fundamentos e princípios aplicados pela referida Lei. Portanto, o objetivo da LGPD é, segundo Oliveira (2019, p. 48) “salvaguardar os direitos fundamentais da privacidade, liberdade e o desenvolvimento da personalidade humana”. Essa proteção, como bem afirma o autor, serve para tratar o titular dos dados como um indivíduo que se encontra em posição desigual, destacando sua vulnerabilidade.

Cabe ressaltar que, conforme pensamento de Rizzatto Nunes (2021), com a entrada da Lei Geral de Proteção de Dados existe uma possibilidade de que os dados fornecidos pelos consumidores necessitem de uma autorização expressa para ser utilizados. Dessa forma, garante uma maior segurança aos consumidores que integram a relação de consumo.

Por isso, ao garantir essa proteção, a Lei busca alcançar a igualdade na relação entre o consumidor, portador dos dados pessoais, e o fornecedor. Dessa forma, a lei assegura métodos de segurança para o tratamento desses dados. No artigo 2º, da LGPD, encontra-

se os fundamentos, sendo um deles a livre iniciativa, encontrado também no texto constitucional (Art. 1º, IV, CF):

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

[...]

VI - a **livre iniciativa**, a livre concorrência e a defesa do consumidor; (Grifo nosso)

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A livre concorrência atua como a garantia da liberdade pública na ordem econômica, assim, conceituando concorrência, tem-se a competição em condições de igualdade. Assim, aos particulares são assegurados esses princípios constitucionais, um como fundamento e outro como princípio da ordem econômica, entretanto, devem respeitar o princípio da legalidade, bem como a função social da propriedade (OLIVEIRA, 2019, p. 60).

A defesa do consumidor, prevista pelo CDC, constitui um fundamento da proteção de dados. O CDC estabelece que haja um banco de dados referente a um cadastro de consumidores. Entretanto, comporta riscos pois gera uma expectativa ao consumidor de que as informações contidas no cadastro, quando repassadas ao fornecedor, ficam armazenadas por ele, como forma de segurança de informação, porém, nem sempre é respeitado pelo fornecedor, que, muitas vezes, utiliza com outras finalidades, violando a segurança do consumidor.

Dessa forma, como o CDC acaba se mostrando insuficiente para solucionar tal imbróglio, a LGPD surge como forma de proteger o consumidor, além de garantir a integridade, transparência e segurança dos dados desses consumidores. Em seu artigo 6º, aborda alguns princípios aplicados ao tratamento de dados, entre eles, a finalidade, adequação, necessidade, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, livre acesso e responsabilização e prestação de contas.

Nesse sentido, a Lei Geral de Dados tem por finalidade o aperfeiçoamento de um determinado direito, proporcionando a integridade e segurança do tratamento dos dados pessoais dos consumidores. Assim, esses princípios, além de funcionarem como orientação para o cumprimento da lei, são “verdadeiras normas jurídicas que impõem um dever-ser, dotados de cogência e imperatividade” (LEITE, 2008, p. 20-22).

Cabe destacar que para buscar a efetivação dessa Lei, foi implantado mecanismos de proteção. O primeiro deles refere-se à participação do controlador e operador, o qual garantem a proteção e tratamento dos dados pessoais. Já o outro mecanismo de proteção, constitui a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), o qual exerce competências normativas, fiscalizadoras e sancionatórias. Cabe ressaltar que ainda existem muitos controladores de dados que não utilizam nenhuma medida ou utilizam, de forma inicial, medidas que façam cumprir o que a Lei propõe, acarretando em uma baixa efetividade da LGPD.

Assim, apesar de ainda não ter atingido um cenário ideal para a prática de proteção dos dados dos consumidores, principalmente, nas compras online, a LGPD ainda poderá alcançar a sua eficácia através do incentivo de políticas públicas que visem garantir a proteção dos dados pessoais com mais eficiência.

4.1 O QUE SÃO DADOS?

Abordado acerca da Lei Geral de Proteção de Dados, é importante frisar acerca do conceito de dados, tendo diversos doutrinadores uma definição diferente. Sabe-se que o surgimento de uma lei específica que visa garantir a proteção dos dados pessoais veio através da expansão da tecnologia, aliada com a globalização, que trouxe como resultado a apreciação da informação, considerando que o acesso aos dados seria o mesmo que acesso ao poder.

Vale mencionar que o artigo 1º, da LGPD destaca que:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Para Pinheiro (2018) a definição de dados pessoais significa qualquer informação referente a uma pessoa determinada ou determinável, não sendo restringível a nome, sobrenome, endereço residencial ou idade, mas também perfis de compras, número do protocolo de Internet (IP), histórico de compras, entre outros.

Já para Gediél; Corrêa (2008, p. 143), o conceito de dados pessoais pode ser extraído a partir da Diretiva da 95/46/CE do Conselho Europa, o qual preceitua em seu artigo 2º que os dados pessoais são:

qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («pessoa em causa»); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, econômica, cultural ou social.

Na Lei 13.709/18, LGPD, em seu artigo 5º, I, estabelece o conceito legal de dados pessoais, como sendo “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2021). Além disso, consta nesse artigo a definição de dados pessoais sensíveis e anonimizados. O primeiro, segundo Santos (2019, p. 5):

Origem racial ou etnia, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Já os dados anonimizados significam, segundo a LGPD, “dado relativo ao titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento” (BRASIL, 2021). Essa designação é fundamental e pretende resolver problemas que envolvem o conceito e categorização, definindo, de forma clara, o que é um dado pessoal:

A noção de dados pessoais é bem ampla e abrange toda e qualquer informação referente a uma pessoa identificada ou identificável. Nisso incluem-se, é claro, o nome, o endereço, o telefone, os números dos documentos de identificação, mas também currículos escolares, dados profissionais, fiscais e bancários, dívidas e créditos, meios de pagamento, o endereço eletrônico, o IP (Internet Protocol – que permite a identificação do usuário de computador), imagens recolhidas por câmeras de segurança, fotografias disponibilizadas na Internet, e, ainda, hábitos de consumo, dados de saúde e biométricos (GEDIÉL; CORRÉA, 2008, p. 144).

Portanto, o direito de proteção aos dados pessoais de seus titulares é marcado pela designação dos princípios que determinam o tratamento de dados pessoais, cujo seu exercício é definido dentro dos limites dos direitos fundamentais (PINHEIRO, 2018, p.62).

5 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO COMBATE AO VAZAMENTO DE DADOS

O combate ao vazamento de dados pessoais dos consumidores deve ser uma das políticas mais atuantes na qual as empresas devem investir em face de garantir a segurança de seus clientes, porque como visto anteriormente, esses vazamentos provocam muito mais problemas do que apenas danos materiais.

É por essa razão que ao fazer uma compra ou adquirir um serviço por *internet*, deve-se, primeiramente, conferir se a empresa em questão tem um certificado de ambiente virtual seguro, que é simbolizado por um cadeado cinza ou verde. Outra maneira que depende exclusivamente do consumidor, é ter zelo e cautela ao fornecer dados de cartão de crédito e débito, como também de contas bancárias, endereços residenciais, pois dependendo de quem estar do outro lado pode usá-los para extorquir e até mesmo cometer estelionatos.

Por outro lado, quem vende também deve investir em segurança, combatendo a ação de possíveis *hackers e crackers*, pois ao adquirir um ambiente confiável para seus clientes, deixa-os mais confortáveis e propicia a consumirem sem ter receio de possíveis vulnerabilidades.

Além disso, uma maneira mais clara e honesta de se agregar nessa relação de consumo é através do contrato de adesão, afinal, quando um vendedor o apresenta para a parte durante a compra, está deixando claro as condições e cláusulas na qual o outro está se submetendo, e, dentre essas cláusulas e condições, explicar a forma que os dados e informações oferecidas serão processadas e usadas e de que como a empresa irá gerenciá-lo.

Medidas como essas que são tanto por parte do consumidor, como por parte de quem vende cria um cenário ideal de relação consumista, oferecendo confiança, afinal, o Código de Defesa do Consumidor dar uma base para a proteção e a Lei Geral de Proteção de Dados, de fato, protege.

É defeso destacar que mesmo o CDC sendo uma legislação que visa proteger o consumidor, estava apto apenas a solucionar as pendências que existia à época que foi promulgado. No entanto, isso serviu como impulso para que outras legislações futuras também tivessem um embasamento para se adaptarem a conflitos que surgissem com o avanço da modernidade. Ou seja, o CDC, por si só, não possui força jurídica para combater o vazamento de dados, contudo a Lei Geral de Proteção de Dados, que tem uma parte de sua origem no Marco Civil da *Internet*, vem justamente com o objetivo de suprir essas lacunas se adaptando aos novos tipos de golpes e de perigos que surgem para os consumidores quando optam por essa alternativa de consumo.

6 CONCLUSÃO

A relação de consumo é algo que está cada vez mais presente e intrínseca na vida atual, e tende a se adaptar conforme a modernidade avança no século XXI. Como foi estudado no presente trabalho, o consumo virtual é algo que vem tomando espaço a cada dia, pois a tecnologia faz parte e tudo e podemos ter qualquer coisa apenas com um *click*, e, por esse motivo o mercado também não ficaria de fora.

Após a análise de obras, autores e do próprio Código de Defesa do Consumidor e da Lei Geral de Proteção de Dados, é conclusivo saber que o advento da Constituição Federal de 1988 deu margem a um cenário perfeito para que o consumidor seja protegido e tenha suas garantias. Sendo assim, atestamos que tanto o CDC, como a LGPD oferecem as garantias necessárias para que haja essa efetiva proteção à parte vulnerável, seja materialmente e moralmente, seja protegendo seus dados e informações pessoais.

Mesmo que o Código do Consumidor se mostre insuficiente para solucionar as lacunas trazidas pela modernidade, a Lei de Dados foi feita justamente para a realidade atual com o objetivo de melhorar esse direito, garantindo a integridade, a não violação e a segurança do tratamento dos dados dos consumidores

Portanto, constatou-se que devida a figura de vulnerabilidade do consumidor é que a Lei encontrou seu amparo legal devido a necessidade de criar uma legislação para suprir essas falhas nas relações de consumo, o que fez surgir o contrato eletrônico, fazendo o ordenamento jurídico se adaptar ao empregar, como base, costumes da Europa, pois ainda não havia esse tipo de lei no Brasil.

O fato da Lei Geral de Proteção de Dados ser nova no Brasil, não significa que ela esteja completa e absoluta em sua forma, afinal, o ordenamento jurídico deve se adaptar à medida que novas situações vão surgindo e à medida que a modernidade o obrigue.

Conclui-se que há suficiência na LGPD no que tange à proteção aos dados e informações dos consumidores, e, isso se deve por causa do embasamento jurídico que foi criado pela Constituição em 1988 e 1990 com a criação do CDC.

Por fim, é importante destacar a importância de uma legislação como essa no Brasil, pois além de servir como proteção e garantia de confidencialidade para quem é vulnerável, também serve de modelo internacional de como o país está à frente das dificuldades trazidas pelo mundo atual, ao adotar medidas para estabelecer a segurança nas relações de consumo.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 33-35.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. **Diário Oficial da União**: Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União**: Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Senado. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais entra em vigor**. **Site do Senado Federal**, Brasília, 18 set. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/18/lei-geral-de-protecao-de-dados-entra-em-vigor>. Acesso em: 21 de out. 2021.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. **Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado**. 2008. v. 47, p. 146. Trabalho de Conclusão de Curso (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/15738/10444>. Acesso em: 03 out. 2020

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008. p. 20-22.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 102.

MIRANDA, Hernán Poblete. **O Futuro é promissor, mas o momento é de ajustes**. **Jornal O Globo**, Rio de Janeiro, 16 mar. 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/o-futuro-promissor-mas-momento-de-ajustes-18889351>. Acesso em: 20 out. 2021.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai Moraes. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.125.

MOURA, Viviane Ariane Barausse. **Fundamentos de sistema e informação**. Texto aula 1. Curitiba, 2019. CST em Gestão da Segurança e Defesa Cibernética - EAD Uninter.

NETTO, Felipe Braga. **Manual De Direito do Consumidor** – à Luz da Jurisprudência do STJ. 14ª Edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2019. p. 66.

NUNES, Rizzatto. **Informações pessoais demais, ajudam ou atrapalham?. Migalhas**, 1 jul. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/347904/informacoes-pessoais-demais-ajudam-ou-atrapalham>. Acesso em: 26 out. 2021.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Tratado de direito do consumidor**: doutrina, prática forense e legislação. São Paulo: Jurídica brasileira, 2010. p. 6.

OLIVEIRA, Ricardo. **Lei geral de proteção de dados pessoais comentada**. 3ª Edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados do consumidor**: comentários à Lei n. 13.709/2018. 2ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

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

RAGAZZI, José Luiz. **Intervenção de terceiros e o Código de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p.151.

SANTOS, Dhiulia de Oliveira Santos. **A validade do consentimento do usuário à luz da lei geral de proteção de dados pessoais (Lei n. 13.709/2018)**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13802>. Acesso em: 21 de out. 2021.

CRIMES CONTRA A HONRA NAS REDES SOCIAIS

JOÃO PEDRO DOS SANTOS AZEVEDO:

Graduado do Curso de Direito do Centro
Universitário FAMETRO¹³¹.

RESUMO: O avanço tecnológico tem propiciado inúmeras mudanças na vida da população ao longo dos últimos anos, hoje o homem e a tecnologia tem andado lado a lado na busca de grandes transformações, e dentre inúmeros feitos, a modernização dos sistemas de comunicação passou a ser uma delas. Neste estudo, a internet passa a ser principal ponto de questionamento, onde, seu acesso permitiu que inúmeros usuários passassem a ter o livre acesso a informações de qualquer natureza e em tempo real. A resultado disso contribuiu para a criação do que chamamos de “cibercultura”, ou seja, um ambiente virtual onde as pessoas terão a oportunidade de não apenas compartilhar conteúdos, como também difundir ideias, crenças e opiniões em qualquer canto do mundo. Contudo, embora o ambiente virtual tenha concedido o livre passe para o usuário agir conforme seu bel prazer, muito se tem ouvido falar da ocorrência de crimes contra a honra praticados nas redes sociais, problema este na qual se debruça o presente estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo científico. Normatização. Elementos. Formatação.

ABSTRACT: Technological advances have provided countless changes in the population's life over the last few years, today man and technology have walked side by side in the search for major transformations, and among countless achievements, the modernization of communication systems has become one of them. In this study, the internet becomes the main point of questioning, where its access allowed countless users to have free access to information of any nature and in real time. As a result, it contributed to the creation of what we call “cyberculture”, in other words, a virtual environment where people will have the opportunity not only to share content, but also to spread ideas, beliefs and opinions in any corner of the world. However, although the virtual environment has granted the user a free pass to act according to his/her pleasure, much has been heard about the occurrence of crimes against honor committed in social networks, a problem that the present study focuses on.

KEYWORDS: Scientific article. Standardization. Elements. Formatting.

INTRODUÇÃO

O direito penal envolve o conhecimento acerca dos tipos penais e sua aplicabilidade mediante casos concretos. É muito comum as pessoas ouvirem falar sobre crimes em

¹³¹ E-mail: advjp2021@gmail.com

jornais e noticiários locais, contudo, grande parte desconhecem os direitos possuem mediante a ocorrência de tais infrações em que venha a figurar na posição de vítima.

Esses questionamentos têm se tornado muito comum nos dias de hoje, principalmente quando tomamos conhecimento da ocorrência de crimes que tem sido praticada em grande escala. E sobre esses crimes o presente artigo visa aprofundar seus estudos com a apresentação e exposição de conhecimentos acerca dos crimes virtuais.

Nesse contexto, o meio digital tem apresentado mudanças significativas na vida das pessoas, e com o intuito de facilitar o dia a dia é muito comum que as novas tecnologias têm propiciado a criação e o desenvolvimento de aplicativos dos mais diversos tipos e utilidades. Além do fácil acesso a informações e conteúdos digitais, vem crescendo também o número de pessoas que tem aderido o uso das chamadas "redes sociais", redes estas que fazem parte das mídias e quem possibilitam ao usuário a interação e a troca de mensagens entre pessoas.

Contudo apesar da grande margem de liberdade que a internet confere aos seus usuários, é muito comum e observar a ocorrência dos crimes contra a honra dentro desses ambientes virtuais e o seu alto crescimento, que em grande parte tem gerado motivos de grande preocupação pelos estudiosos do direito.

Ao se fazer presente uma temática de grande relevância, seu objetivo parte do conhecimento dos crimes de calúnia, injúria e difamação, que embora muitos leitores achem que todas essas nomenclaturas se tratam de um mesmo crime, o artigo apresentará o contrário. Assim, a proposta é levar ao conhecimento de todos a diferença entre eles, suas peculiaridades, diferenças, bem como exemplificação a fim de facilitar e esclarecer o entendimento sobre a ocorrência desses crimes.

Ao conhecer cada um desses crimes, o leitor saberá em que situação poderá se encontrar caso sua honra venha a ser atingida. E muito mais que isso, saber como proceder na efetivação e proteção de seus direitos, levando em conta a ocorrência de grande parte desses crimes dentro das redes sociais.

AS REDES SOCIAIS

Ao longo dos últimos anos, o mundo inteiro tem passado por uma grande evolução tecnológica, tendo a internet como um de seus maiores destaques para o crescimento e desenvolvimento do universo digital (ARANTES, 2017. 175-178).

O uso da internet proporcionou grandes avanços para a sociedade, e por conta deste dinamismo, não tardou para que o Direito acompanhasse as mudanças que

aconteciam a sua volta. Hoje em dia é muito comum que as pessoas tenham acesso a leis e jurisprudências recém-criadas para regular matéria relativas à internet e ao seu modo de uso, não apenas para se informar, como também para saber de seus direitos e proteções que a justiça confere aos cidadãos dentro desses ambientes virtuais.

Neste embasamento, Torres esclarece que as mídias sociais são fundamentais para o desenvolvimento e a aprimoramento de uma sociedade:

Isso explica o grande sucesso das mídias sociais. Elas simplesmente atendem ao desejo mais básico das pessoas e, ao mesmo tempo as colocam no centro dos acontecimentos de sua tribo ou comunidade (TORRES, 2009, p.113)

Além do fácil acesso a informações e conteúdos digitais, vem crescendo também o número de pessoas que tem aderido o uso das chamadas “redes sociais”, redes estas que fazem parte das mídias e quem possibilitam ao usuário a interação e a troca de mensagens entre pessoas, e no que diz respeito a esse assunto Recuero afirma que:

Rede social é gente, é interação, é troca social. É um grupo de pessoas, compreendido através de uma metáfora de estrutura, a estrutura da rede social **(Recuero, 2009, p.29)**.

Com base nesse entendimento, a rede social pode ser claramente definida como um grupo de pessoas conectadas entre si com o intuito de criar amizades, realizar tarefas em conjunto (como nos casos de atividades empresariais ou trabalhos de faculdade), ou para mera troca de informações e conteúdos.

Hoje em dia é muito difícil imaginar um mundo sem internet ou redes sociais, pois a mesma já se encontra enraizada no meio em que vivemos, não é a toa que hoje em dia as pessoas vão criando o hábito e vendo a necessidade de estarem cada vez mais online, sempre estando conectadas e informadas das notícias do dia a dia, dos amigos e sobre o que acontece em todo lugar com apenas um mero e simples “toque” (SILVA, 2020. p.02).

Contudo, embora se tenha tais avanços, ainda se faz necessário maiores estudos relativos aos crimes praticados dentro dos ambientes virtuais, buscando compreender a forma como essas relações se desencadeiam nas redes sociais, e como o direito visa solucionar esses problemas atualmente, e principalmente no que diz respeito aos crimes contra a honra, modalidade muito presente entre os crimes praticados nas redes sociais (SILVA, 2020. P. 12).

A proteção a honra é protegida pela Constituição Federal e configura sua prática como crime sempre que houver uma conduta que venha atingir a honra objetiva ou subjetiva, seja para ofender a dignidade pessoal da vítima ou seja para atingir sua fama

profissional, tendo muitas vezes o fim de retirar do indivíduo o respeito que lhe é assegurado. Sobre esse tema A Dra. Patrícia Peck Pinheiro Assevera que:

Antigamente, quando alguém era envolvido em uma situação de ridicularização de sua imagem e honra, a solução era mudar de cidade. Mas na era Digital, como fazer isso se o problema para na internet, e é muito difícil tirar totalmente o conteúdo da web? (PINHEIRO, 2018)

Isto posto, com esse posicionamento, percebe-se que nos crimes contra a honra, seja ele praticado na internet ou não, restará ao ramo do direito penal a apuração do fato por meio da investigação e a punição do autor do delito (CARNEIRO, 2012. P. 99).

A INTERNET

O meio digital tem apresentado mudanças significativas na vida das pessoas, e com o intuito de facilitar o dia a dia é muito comum que as novas tecnologias têm propiciado a criação e o desenvolvimento de aplicativos dos mais diversos tipos e utilidades.

Desse universo de aplicativos temos de dicas de saúde até programas de entretenimento (como no caso dos streamings) e de relacionamento. Portanto, dentro desse contexto muitas ferramentas são criadas com o propósito de atender as expectativas das pessoas que usam internet, baseando-se tão apenas em seus interesses.

Por se tratar de um gosto público, uma das coisas que mais deram certo ao longo dos últimos anos foi a criação das chamadas “redes sociais”, programas estes que permitem que o usuário ao criar seu perfil consiga encontrar amigos, conhecidos e familiares que também tenham uma conta nesta rede. Assim, eles não apenas mantêm contato, como também podem registrar fotos, mensagens e postagens com seus amigos, além de compartilhar conteúdos e informações de seu interesse (PINHEIRO, 2016. P. 13).

Com essa série de vantagens, a rede social atraiu os olhares de muitas pessoas, inclusive daqueles que não tinham conhecimento básico de internet. Essa observação é importante ser destacada, pois é muito comum ver o alto número de usuários que vem crescendo ao longo dos últimos anos, sendo essa quantidade aumentada em razão do público infantil (no caso das crianças que passaram a ter perfis em redes sociais) e de idosos acima dos 60 anos.

DOS CRIMES CONTRA A HONRA

Primeiramente convém destacar que a honra é um direito inerente a todo e qualquer ser humano, e por se tratar de algo tão importante que o estudo do direito se encarrega

de tutelar toda e qualquer violação as qualidades físicas, sociais, morais e intelectuais de todo ser humano.

Em outras palavras, o Estado puxa para si a missão de proteger e coibir os abusos afetos a honra, configurando tal ato como crime contra a autoimagem e a autoestima. nesse posicionamento, Prado enfatiza:

A honra, do ponto de vista objetivo, seria a reputação que o indivíduo desfruta em determinado meio social, a estima que lhe é conferida; subjetivamente, a honra seria o sentimento da própria dignidade ou decoro. A calúnia e a difamação atingiriam a honra no sentido objetivo (reputação, estima social, bom nome); já a injúria ofenderia a honra subjetiva (dignidade, decoro) (NOGUEIRA, 2017. P. 116).

Ademais, a Constituição Federal de 1988 assegura a proteção do indivíduo contra toda e qualquer forma que acarrete na violação de sua honra, conferindo a esse resguardo o status de direito fundamental conforme disposto no artigo 5º, X da referida carta:

Artigo 5º: (...)

Inciso X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988. P. 13).

Visando proteger o homem contra toda forma de discriminação que pudesse acarretar a quebra da proteção de sua subjetividade (de sua moral, costumes, crenças) que o código penal tutelou em seu Capítulo V, Título I da Parte Especial o estudo dos crimes contra a honra, apresentando 3 deles, sendo a calúnia, a injúria e a difamação. Muito praticados hoje nos ambientes virtuais, vejamos o dispositivo e cada um deles de forma minuciosa:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa [...]

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa [...]

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. [...]

1) Calúnia:

A calúnia esta prevista no artigo 138 do código penal e pode ser entendida como a prática de imputar falsamente um fato contra alguém, note que não basta que o sujeito infrator minta sobre a vítima, é necessário que o fato seja uma mentira. Não é à toa que sua configuração necessita de dolo específico, qualificando como crime a notícia falsa transmitida com o intuito de prejudicar ou envergonhar. Segundo entendimento apresentado por Damásio de Jesus, a calúnia é um crime formal, onde, não é necessário o alcance do resultado esperado para a sua configuração, que é atingimento da honra objetiva do sujeito (DAMASIO, 2007. P. 225).

Outra informação importante acerca desta modalidade é a de que lei exige que o fato atribuído à vítima seja definido como crime da mesma forma que o fato também deve ser determinado, não havendo necessidade do expor minuciosamente (de maneira detalhada) a calúnia a ponto de apresentar o dia, local e hora da ocorrência do fato (NOGUEIRA, 2017. P. 116).

Além disso, outro requisito importante para a confirmação da ocorrência do crime de calúnia se dá com a imputação de uma informação falsa sobre a vítima. Essa questão se faz necessária, pois caso a informação apresentada sobre a vítima seja verdadeira aí inexistirá a calúnia perante o caso concreto.

A respeito de sua consumação, ela ocorre no instante em que a informação é chegada ao conhecimento de um terceiro que não seja a vítima. Assim, uma vez repassada uma informação vista como falsa, por mais que a vítima ainda não a conheça, a calúnia foi configurada (NOGUEIRA, 2017. P. 118).

Ademais, sobre a calúnia verbal, ela não admite tentativa, pois ou o sujeito imputa a informação caluniosa ou não imputa. De um jeito ou de outro, uma vez imputada o crime se encontra consumado. Por este entendimento que a doutrina não reconhece a tentativa na modalidade de calúnia realizada verbalmente.

Apesar da calúnia verbal não admitir tentativa, a calunia escrita apresenta entendimento diverso ao reconhecer a referida modalidade. Exemplo disso é o caso do indivíduo que envia uma carta caluniosa a um terceiro e durante o envio ela é extraviada, nesse caso, admite-se a tentativa (HUNGRIA, 2015. P. 62).

Isso ocorre, pois, os estudiosos entendem que as circunstancias que impediram a chegada da carta ao terceiro (destinatário) foram alheias a vontade do agente.

b) Difamação:

Seguindo adiante, o segundo crime contra a honra é a difamação prevista no artigo 139 do código penal. Difamar é o ato de desacreditar uma pessoa publicamente, de modo a ferir-lhe sua reputação (DELMANTO, 2010. P. 279).

Note que o legislador visa proteger a honra objetiva. Na difamação a “honra” é o bem jurídico protegido, sendo em outras palavras a reputação que a sociedade confere ao indivíduo. Afirmar que João é caloteiro se configura como injúria, diferente de dizer a várias pessoas que João não pagou “A”, “B” e “C” (seus legítimos credores) e que as dívidas venceram, neste caso se tem um típico caso de difamação.

Mas para entender com mais calma o que é a difamação é preciso se orientar ao fato de que sua conduta se configura no momento em que o sujeito transmite a informação a um terceiro sobre uma conduta praticada pela vítima que ofenda a sua reputação (DELMANTO, 2010. P. 279).

Querem um exemplo? Imagine que João, rapaz de 25 anos, namora com Maria há mais de 4 anos. Por morarem em uma cidade pequena onde todos se conhecem, as pessoas da cidade acreditam que esse casal se casará em breve, sendo que o comportamento de João é bem visto pela população. Ocorre que certo dia Raimundo descobre que João traía Maria com algumas meninas da igreja, e ao saber deste fato imediatamente divulga pela vizinhança. A divulgação desta notícia levou João ao término de seu relacionamento duradouro com Maria, além de manchar a sua imagem de bom moço a cidade (como era conhecido).

No exemplo apresentado, a notícia transmitida pelo agente (Raimundo) era verdadeira e por ofender a reputação de João resultou em Difamação. Com isso, cabe mais uma vez lembrar que a difamação resulta de uma informação verdadeira, diferente da calúnia cuja informação divulgada pelo agente vem a ser falsa (PRADO, 2008. P. 233).

Assim como na calúnia, a difamação se consuma no momento em que a informação chega ao conhecimento de terceiro que não seja a vítima.

Com relação a tentativa, em regra, ela é inadmissível nas situações que envolvam a realização de difamação na forma oral. Todavia, essa regra admite a exceção de cabimento quando se estiver diante de uma difamação a ser realizada na forma escrita (FARAH, 1999. P. 60).

C) Injúria:

Seguindo adiante, temos o terceiro crime contra a honra prevista no artigo 140 do código penal que é a injúria. O crime de injúria atinge diretamente a dignidade de uma pessoa. O fator de diferencia o crime de injúria com relação aos crimes de calúnia e

difamação é que nos dois últimos o código penal tutela a honra objetiva, ao contrário da injúria, cujo texto normativo se debruça na subjetividade (MIRABETE, 2006. P. 142).

A honra subjetiva é vista como toda forma de reconhecimento que o indivíduo tem sobre si a respeito de seus valores e crenças. Esses atributos encontram-se enraizados em cada ser humano e são desenvolvidos ao longo da vida.

Uma vez que a subjetividade e os aspectos mais íntimos de uma pessoa venham a ser atacados, é necessário que a lei as proteja de tais infortúnios. Com isso, o código penal estabeleceu em seu artigo 140 o crime de injúria, que assim como as demais modalidades apresentadas também é conhecida por ser um crime formal. Tendo sua consumação reconhecida no momento que a vítima passa a tomar conhecimento da imputação de cunho ofensivo (MIRABETE, 2006. 142)

A respeito disso, o reconhecimento da prática delituosa se configura independentemente do fato das palavras proferidas pelo agente tenham ofendido ou não a vítima. Aqui a doutrina abre espaço para enfatizar que a injúria pode se referir aos xingamentos mais bobos ou simplórios até os mais pesados e de baixo calão.

Sobre a tentativa, segue a mesma regra quanto aos demais. Sendo inadmitida na forma verbal e reconhecida quando feita pelo meio escrito.

d) Injúria Racial:

No contexto discriminatório, a injúria racial ocorre sempre que a ofensa for dirigida a uma pessoa, as palavras proferidas devem estar relacionadas a motivos de raça. Geralmente, esse tipo de injúria ocorre sempre por razões preconceituosas, não podendo ser consideradas as palavras dirigidas contra a vítima como injúria simples, não havendo, portanto, motivos que levem a liberdade de pensamentos e expressões preconceituosas (MIRABETE, 2008. P. 143).

Assim, sempre que o agente se dirigir a um terceiro e vir a proferir palavras de ofensa referentes a origem, cor, etnia, religião e raça será o mesmo responsabilizado pela prática do crime de injúria racial.

OBSERVAÇÕES ATINENTES SOBRE OS CRIMES CONTRA A HONRA

Dentre alguns aspectos pontuais importantes para serem apresentados, temos aqueles referentes as causas especiais que excluem a antijuridicidade da conduta. O artigo 142 do Código Penal trata de três situações, vamos a elas:

A) Imunidade judiciária:

Para se adquirir esta forma de imunidade é preciso que haja a instauração de um processo na qual constem partes, estes receberem as proteções e garantias previstas em lei para a alegação e constatação de seus direitos em juízo (NOGUEIRA, 2017. P. 112).

Naturalmente é muito comum nas audiências de instrução e julgamento o advogado de uma das partes fazer uso de expressões ou jargões que possam ofender ou até mesmo incomodar a outra parte. Contudo, apesar desse entendimento, aqui as partes possuem a referida imunidade por ter em vista o interesse maior em fazer-se valer dos direitos e convencer o julgador sobre as questões apresentadas (DELMANTO, 2010. P. 280).

Por isso que a doutrina a chama de imunidade judiciária.

B) Imunidade Literária, Artística e Científica:

Essa forma de imunidade diz respeito a proteção que a lei confere aos direitos fundamentais da liberdade de expressão na esfera literária, científica e artística. Sendo assim, caso um crítico venha a falar mal de uma obra escrita por João, não poderá o autor entender os comentários negativos a sua obra como um crime contra a honra, pois neste caso a liberdade de expressão é prevalecida em nosso ordenamento pátrio, garantindo imunidade dentro de tais casos (DELMANTO, 2010. P. 279).

C) Imunidade Funcional:

A expressão "funcional" está atrelada as atividades desenvolvidas por servidores públicos, onde, durante o exercício de suas atividades cumprem atribuições administrativas que lhe fora atribuído.

Pode o servidor, durante o serviço, livremente expor sua opinião negativa a respeito de algo ou alguém, de modo a acarretar em situações que aflijam a reputação da vítima e até mesmo sua dignidade. Isso se faz possível em virtude da prevalência do interesse da Administração Pública sobre o interesse particular (NOGUEIRA, 2017. P. 121).

A AÇÃO PENAL DOS CRIMES CONTRA A HONRA

O artigo 145 do Código Penal estabelece a regra na qual em casos que envolvam crimes contra a honra, a ação penal será privada, podendo ajuizá-la a própria vítima ou seu representante legal.

Apesar desta regra ser clara, a doutrina estabelece exceções, e são duas:

A primeira exceção diz respeito as situações em que além do agente infringir a integridade da vítima afetando sua honra, também a lesiona fisicamente (o que chamamos de injúria real com lesão corporal), neste caso, em específico a ação penal será pública

condicionada a representação, já que possui previsão legal na ocorrência de crimes de lesão corporal de natureza leve (HUNGRIA, 2015. P. 74).

Outra exceção que vale a pena ser destacado advém dos crimes contra a honra que são praticados contra funcionário público no exercício de suas funções (artigo 141, inciso II), está será uma ação penal pública condicionada a representação. Porém, nem sempre o condicionamento a representação será conferido a toda e qualquer pessoa pública, pois nos casos de Presidentes e Chefes de Governos estrangeiros a ação penal pública será condicionada à requisição do Ministro da Justiça (HUNGRIA, 2015. P. 74).

Apresentadas essas exceções, se faz importante apresentar também o disposto na súmula 714 do STF que no caso de crimes contra a honra cometidos contra servidor público, a competência virá a ser concorrente entre o ofendido (que poderá apresenta-la mediante queixa) e o Ministério Público (pela denúncia).

OS CRIMES VIRTUAIS:

A internet tem tido muitos avanços ao ocupar importante papel de destaque dentro da sociedade, especialmente com o advento das redes sociais que tem virado uma febre entre os usuários. Porém, como um todo, o uso do ambiente virtual tem contribuído não apenas para se conectar com outras pessoas, como também para realizar pesquisas, desenvolver atividades rotineiras e acessar informações em tempo real (ARANTES, 2017. P. 183).

Apesar desses avanços terem contribuído de maneira significativa os meios de comunicação e o compartilhamento de informações, muito tem sido acompanhado o crescimento de casos envolvendo crimes de honra dentro desses ambientes virtuais. Fator este que resultou ao longo dos últimos anos em graves consequências de natureza psicossocial aos usuários de redes sociais, mesmo que inexistisse contato físico entre a vítima e o agressor, nesse entendimento Terceiro descreve:

Os crimes praticados nesse ambiente digital são caracterizados pela ausência física do agente ativo, por isso, tornaram-se usualmente definidos como crimes virtuais, ou seja, os delitos praticados através da internet são conhecidos como crimes virtuais, pela falta de seus autores e seus asseclas (TERCEIRO, 2009. P. 02)

Acerca da designação que a doutrina confere sobre crimes virtuais, Rosa entende que:

O crime virtual pode ser conceituado como a conduta que atue contra o estado natural das transferências de dados e recursos oferecidos por um sistema de processamento de dados, através da transmissão de dados, armazenamento ou compilação, na sua maneira, compreendida pelos elementos que fazem parte do sistema de transmissão, armazenagem e tratamento de dados (ROSA, 2005. P. 53).

Muitas dessas agressões e abusos cometidos em ambientes virtuais têm como resultado a ampla margem de liberdade que a tecnologia tem causado na vida das pessoas, não é a toa que hoje não só podemos acessar qualquer informação, como também expressar livremente suas opiniões, mesmo que seu argumento venha a machucar alguém.

É nesse contexto que entram os crimes virtuais e os abusos cometidos contra a honra, pois não se trata de algo tão simples assim. Muito se tem preocupado a onda de ataques virtuais causados por pessoas que criam contas falsas com o intuito de disseminar ódio, causar intrigas ou até mesmo agredir psicologicamente pessoas com palavras que venham a denegrir sua imagem. O ataque dos chamados "haters" tem causado repercussão, gerado muitas discussões no âmbito jurídico acerca da proteção de usuários de tais ataques (ARANTES, 2017. P. 184).

Nesse diapasão, os estudos sobre os crimes contra a honra foram difundidos nos principais meios de comunicação para que muitos usuários reconhecessem a extensão desses mecanismos de proteção. Isso se fez necessário como forma de coibir o aumento no número de casos na internet oriundos desse tipo de violência.

Atualmente, o crescimento da segurança pública atrelada ao estabelecimento de novos departamentos, permitiram a criação de delegacias voltadas ao combate de crimes virtuais, objetivando a melhor forma de solucionar esses problemas que circundam a internet no combate e diminuição dos ataques nas redes (ROSA, 2005. P. 53).

CONCLUSÃO

Os crimes contra a honra são facilmente entendidos quando apresentados dentro de um contexto que releve a sua importância para os dias de hoje.

A internet tem facilitado a comunicação entre pessoas em qualquer canto do mundo, hoje, com apenas um simples toque podemos enviar mensagens para parentes, amigos e colegas em qualquer hora e lugar, esse mecanismo de grande facilitação permitiu que a humanidade passasse por uma evolução tecnológica.

Contudo, apesar desses avanços, a febre se tornou maior com a chegada das redes sociais, permitindo maior adesão ao número de usuários.

Embora o uso de aplicativos e sites tenha permitido maior acesso às informações, ainda tem aqueles que apontam o seu uso irregular para burlar e infringir leis. Dentre as condutas tipificadas tem crescido ultimamente o número de casos envolvendo calúnia, injúria e difamação contra usuários.

Diante do exposto, além do breve esclarecimento dos crimes contra honra, o artigo debruçou-se ao conhecimento e solução de estratégias que viessem a solucionar e apaziguar a redução de casos de crimes na internet.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Álison Rabelo; DESLANDES, Maria Sônia. **Os perigos dos crimes virtuais nas redes sociais. Sinapse Múltipla**, v. 6, n. 2, p. 175-178, 2017.

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

CARNEIRO, Adenele Garcia. Crimes virtuais: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação. **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV**, n. 99, 2012.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2010, p. 279.

FARAH, Elias. **Caminhos tortuosos da advocacia**. São Paulo: LTr, 1999, p. 60.

HUNGRIA, Nelson, **Comentários ao Código Penal**, ed. Forense, 1995 p. 62.

JESUS, Damásio. Direito Penal. **Parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio**. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de direito penal / - 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2006. p. 142.**

NOGUEIRA, Paulo Lúcio, **Em Defesa da Honra**, São Paulo, Saraiva. 2017. p. 116

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. Saraiva Educação SA, 2016.

PRADO, Luiz. Regis. **Curso de direito penal Brasileiro: volume II, parte especial, 7 ed., 2008.**

RECUERO, Raquel. Diga-me com quem falas e dir-te-ei quem és: a conversação mediada pelo computador e as redes sociais na internet. **Revista FAMECOS: mídia, cultura e tecnologia**, 2009, p. 29.

ROSA, Fabrizio. **Crimes de informática**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

SILVA, Yuri Cavalcante de Melo e. **As redes sociais e os crimes contra a honra**. Conteúdo Jurídico, 2020. Acesso: 29 de Ago de 2021, 15:03PM.

TERCEIRO, Cecilio da Fonseca Vieira Ramalho. **O problema na tipificação penal dos crimes virtuais**, 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3186/o-problema-na-tipificacao-penal-dos-crimes-virtuais>. Acesso em: 10 de out de 2021.

TORRES, Magda Maria Jaolino. O "livro-teatro" jesuítico: uma leitura. **Para uma vida não-fascista**, p. 113.

PROVA ILÍCITA E CRIME PERMANENTE DE TRÁFICO DE DROGAS: À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO

JOÃO PAULO BORGES DE ANDRADE:

graduado do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP)¹³²

BRUNO VINÍCIUS NASCIMENTO OLIVEIRA

(orientador)

RESUMO: O presente artigo teve como tema “Prova ilícita e crime permanente de tráfico de drogas: à luz do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio”. O objetivo foi estudar a legalidade das provas obtidas na atuação da autoridade policial ao ingressar no domicílio do indivíduo embasado no crime permanente de tráfico de drogas sem possuir autorização judicial e sem autorização do morador. Para alcançar esse fim, utilizou no que concerne a espécie de pesquisa, a exploratória. Quanto ao método de análise de dados, utilizou-se o qualitativo. O método de coleta de dados foi com base na pesquisa bibliográfica e documental. O resultado obtido foi que, a jurisprudência vem admitindo de forma majoritária que o ingresso em domicílio sem autorização judicial e sem o consentimento do morador não é ilegal, tendo em vista que o crime de tráfico de drogas é considerado como permanente, em que o ingresso da autoridade competente está juridicamente procedente, contanto que seja certificada a flagrância, ou seja, fundadas razões a autorizarem o ingresso. E, por sua vez, quanto à busca domiciliar sem mandado judicial, for autorizada a entrada pelo morador, o consentimento deve ser expresso, a fim de evitar a nulidade dos elementos de prova.

Palavras-chave: Prova Ilícita. Crime Permanente de Tráfico de Drogas. Inviolabilidade do Domicílio.

ABSTRACT: The theme of this article was “Illicit evidence and permanent crime of drug trafficking: in light of the fundamental right to the inviolability of the home”. The objective was to study the legality of the evidence obtained in the performance of the police authority when entering the home of an individual based on the permanent crime of drug trafficking without having judicial authorization and without authorization from the resident. To achieve this end, it used the exploratory type of research. As for the data analysis method, the qualitative was used. The data collection method was based on bibliographic and documentary research. The result obtained was that, the jurisprudence

132 E-mail: andradejampa5@gmail.com

has admitted in a majority way that entry into a home without judicial authorization and without the resident's consent is not illegal, given that the crime of drug trafficking is considered permanent, in which entry of the competent authority is legally valid, as long as the flagrancy is certified, that is, justified reasons to authorize entry. And, in turn, as for the house search without a court order, if entry is authorized by the resident, consent must be expressed, in order to avoid the nullity of the evidence.

Keywords: Illicit Proof. Permanent Crime of Drug Trafficking. Inviolability of the Home.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. A INVIOLABILIDADE DOMICILIAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UM DIREITO (NÃO) ABSOLUTO: 2.1. PREVISÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS RELATIVAS À INVIOLABILIDADE DOMICILIAR; 2.2 EXCEÇÕES À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL; 2.2.1 FLAGRANTE DELITO; 2.2.2 BUSCA E APREENSÃO. 3. PROVA ILÍCITA E CRIME PERMANENTE DE TRÁFICO DE DROGAS: 3.1 ABORDAGEM DOS MEIOS DE PROVAS; 3.2 ASPECTOS GERAIS DO CRIME PERMANENTE; 3.3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA LEGALIDADE DA INVASÃO DOMICILIAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU CONSENTIMENTO DO MORADOR PARA CASOS DE SUSPEITA DE TRÁFICO DE DROGAS FUNDADA EM PRÁTICA DE CRIME PERMANENTE. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS. 6. ANEXO – A: MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.452-1/RJ. 7. ANEXO – B: APELAÇÃO CRIMINAL N. 118128-49.2020.8.09.0175. 8. ANEXO – C: RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 603616/RO. 9. ANEXO – D: HABEAS CORPUS N. 588.445/SC. 10. ANEXO – E: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL N. 131073/STJ.

1. INTRODUÇÃO

O referido estudo possui de um lado o princípio da inviolabilidade do domicílio, que é assegurado constitucionalmente, e, de outro lado, o flagrante delito e as provas obtidas em casos de tráfico de drogas, temática esta que tem sido alvo de discussões e controvérsias, sendo necessário realizar uma análise doutrinária e jurisprudencial de tais dispositivos.

Tal medida se torna conveniente ainda em vista do indivíduo se perfazer de um direito que lhe é assegurado para praticar delitos. Desta forma o presente trabalho de conclusão de curso tem como tema a obtenção de provas em caso de prisão em flagrante por delito de tráfico de drogas e, como delimitação do tema, a ilicitude da prova em caso de violação de domicílio por agentes policiais em suposta situação de flagrância.

O principal questionamento que se pretende responder no decorrer da pesquisa é saber se a invasão a domicílio, por autoridade policial, sem consentimento do morador e sem autorização judicial, fundada em prática de crime permanente de tráfico de drogas, pode ser considerada legal, juntamente com as provas obtidas?

O objetivo geral da presente pesquisa é estudar a legalidade das provas obtidas na atuação da autoridade policial ao ingressar no domicílio do indivíduo embasado no crime permanente de tráfico de drogas sem possuir autorização judicial e sem autorização do morador.

Os objetivos específicos consistem em i) analisar se legalmente existem limites da inviolabilidade do domicílio; ii) examinar o entendimento jurisprudencial acerca da legalidade da invasão domiciliar sem autorização judicial ou consentimento do morador para casos de suspeita de tráfico de entorpecentes; iii) evidenciar a importância das regras do princípio constitucional à inviolabilidade de domicílio na prática da ação policial em relação ao flagrante delito; e, iv) verificar as exceções em crimes permanentes de tráfico de drogas, com base na lei, doutrina e jurisprudência.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou o método de pesquisa o dedutivo, em que “parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica”. (GIL, 2008, p. 9).

No que concerne a espécie de pesquisa, será utilizada a exploratória, pois tem-se em vista propiciar uma maior afinidade com o problema.

É relevante destacar que o universo de pesquisa se concentra na temática da invasão domiciliar, tendo por primordial se pode a autoridade policial realizar tal ato em casos de indícios de prática de tráfico de drogas, que é um crime permanente, abordando o entendimento jurisprudencial e doutrinário.

Quanto ao método de análise de dados, utilizar-se-á o qualitativo, pois não se tem uma preocupação com números, mas sim de uma investigação sobre a invasão domiciliar sem mandado judicial, sem o consentimento do morador, apenas sob a perspectiva do flagrante delito em casos do crime permanente de tráfico de drogas.

O método de coleta de dados será com base na pesquisa bibliográfica e documental. Para João José Saraiva da Fonseca “a pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites” (FONSECA, 2002, p. 32), ao passo que a pesquisa documental recorre a fontes primárias, das quais fazem parte as normas e jurisprudências que abordam a respeito das provas ilícitas e crime permanente de tráfico de drogas, com enfoque na invasão domiciliar sem a devida autorização judicial.

O presente trabalho justifica-se pelo fato que podem acontecer diversas incertezas quanto a legalidade da atuação da autoridade policial nos casos de flagrante delito para o

crime de tráfico de drogas, em que o suspeito adentra o domicílio e alega estar resguardado pelo princípio da inviolabilidade. Com isto, observa-se a necessidade de realizar um estudo jurisprudencial, legal e doutrinário sobre o referido assunto.

O motivo que ocasionou a escolha do tema aqui abordado é intensamente relevante para a seara jurídica, em razão do conflito que existe entre a inviolabilidade de domicílio sem mandado judicial, em casos de tráfico de drogas, bem como quanto as provas colhidas, sob o risco de incorrer na teoria dos frutos da árvore envenenada.

O referido tema ainda é importante para a sociedade em decorrência da relevância do princípio da inviolabilidade do domicílio, que foi colocado na seara de garantias e direitos fundamentais na Constituição Federal, sendo necessário um amplo debate sobre a legalidade ou ilegalidade da invasão de domicílio por intermédio de agentes policiais sob a suspeita de tráfico de drogas.

Apesar de tanto a Constituição Federal quanto a legislação infraconstitucional admitirem que existem exceções ao princípio da inviolabilidade do domicílio, ainda há discussão acerca da referida temática.

Para tanto, o referencial teórico utilizado será a doutrina sobre Direito Penal de Cesar Roberto Bitencourt. Doutrina de Direito Processual Penal de autores como Aury Lopes Junior, Fernando Capez, Guilherme de Souza Nucci. A legislação brasileira infraconstitucional Código Penal, Processo Penal, Constituição Federal de 1988 e a interpretação Do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

A presente pesquisa será dividida em dois capítulos, no primeiro capítulo será feita uma abordagem acerca da inviolabilidade domiciliar como direito fundamental, com enfoque nas previsões constitucionais e legais relativas à inviolabilidade domiciliar, bem como a exceção a proteção constitucional.

Já no segundo capítulo será abordado sobre prova ilícita e crime permanente de tráfico de drogas, estudando os meios de provas e os aspectos gerais do crime permanente, para uma possível resposta da problemática acerca da legalidade da invasão domiciliar sem autorização judicial ou consentimento do morador para casos de suspeita de tráfico de drogas fundada em prática de crime permanente.

2.A INVIOABILIDADE DOMICILIAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UM DIREITO (NÃO) ABSOLUTO

A respeito da inviolabilidade do domicílio, evidencia-se que este não é algo novo, pois de acordo com Pitombo (2005, p. 25-26) a Lei das XII Tábuas acentuava que “de sua casa ninguém pode ser tirado contra sua vontade”, assim, o domicílio dos romanos era um local religioso, em que para eles o lar era como um altar, cujo para se entrar tinha que

adotar uma certa prudência, mesmo que fosse para procurar algum objeto que fora furtado ou roubado. (PITOMBO, 2005).

Portanto, desde as primeiras legislações que foram impostas na humanidade, observa-se que para adentrar no domicílio deveria se ter uma cautela, não sendo permitido, de acordo com a Lei das XII Tábuas, que uma pessoa fosse retirada do seu lar sem que este aceitasse. (PITOMBO, 2005).

É mister relatar que no Brasil, na Constituição de 1824 existia previsão para inviolabilidade do domicílio no que concerne aos direitos civis e políticos (SARLET, 2013), sendo que tal fato foi se abrangendo nas demais constituições brasileiras, ao passo que esta proteção foi evoluindo até se chegar à Constituição de 1988.

Esta evolução ocorreu muito em função da história constitucional do Brasil, mas também em decorrência dos documentos internacionais, o qual o Brasil é signatário em relação a proteção do domicílio.

Uns dos documentos é a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o qual foi aprovada na Nona conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. (BRASIL, 2007).

Dispõe no seu capítulo primeiro, artigo IX que “toda pessoa tem direito à inviolabilidade do seu domicílio” (BRASIL, 2007, p. 15). Contudo, ainda que há previsão no documento como inviolável, o documento trouxe também limitação dos direitos em seu artigo XXVII dispondo que “os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático” (BRASIL, 2007, p. 15).

Portanto, nota-se no documento que a inviolabilidade do domicílio há exceções. Neste mesmo sentido, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948. A Declaração em seu corpo prevê a proteção ao domicílio, dispondo no artigo 12º que:

Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei. (BRASIL, 2007, p. 15)

Percebe-se que, a proteção ao domicílio sofre também restrições na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ambas Declarações possuem um papel relevante para a construção do desenvolvimento da proteção ao domicílio.

Cabe destacar também entre os documentos internacionais duas Convenções ratificadas pelo Estado Brasileiro, para poder entender a proteção ao domicílio no direito brasileiro.

A primeira delas é o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, o qual foi ratificado pelo Brasil no Decreto nº 592, de 06 de julho de 1996, dispondo em seu artigo 17 que “ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação” (BRASIL, 1996, não paginado).

Seguindo o mesmo texto, foi ratificada através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, a Convenção Americana de Direitos Humanos, reforçando a importância da proteção do domicílio em seu artigo 11.

Desta forma, nota-se que tanto a história da evolução das constituições como também os documentos internacionais, tiveram papel fundamental para o entendimento acerca da proteção do domicílio na legislação brasileira.

2.1 PREVISÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS RELATIVAS À INVOLABILIDADE DOMICILIAR

A Constituição Brasileira de 1988 deixou de forma explícita o cabimento da inviolabilidade do domicílio no artigo 5º, inciso XI, que assim reza, “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador (...)” (BRASIL, 1988, não paginado).

Segundo Nucci (2018), a compreensão do termo domicílio deve ser interpretada de forma ampla, não ficando restrito como no Código Civil em seu artigo 70, no qual refere-se à “residência com ânimo definitivo” (BRASIL, 2002, não paginado). Isto porque, entende Sarlet (2013, p. 544-562) que:

O conceito de domicílio é definido na forma da Constituição, e não se visa discutir aqui o direito de propriedade ou posse como no Direito Civil, mas somente delimitar o domicílio ao espaço privativo do sujeito capaz de contribuir no desenvolvimento de sua personalidade para o desenvolvimento da vida privada. (SARLET, 2013, p. 544-562)

Nesta mesma linha, entende o Supremo Tribunal Federal que para fins constitucionais que “considera-se domicilio todo local delimitado que seja ocupado por alguém com exclusividade (não aberto ao público), a qualquer título” (TAVARES, 2021, p. 1177).

Quando se fala em todo local delimitado, compreende-se “a residência da pessoa, com ou sem ânimo definitivo (englobando a casa na praia, na montanha etc.), o local de trabalho reservado, o quarto de hotel ou motel ocupado, o trailer e o barco, caso sirvam de moradia”. (MARTINS, 2021, p. 2205).

O Código Penal também trouxe a definição do que vem a ser casa ao trazer no capítulo VI, seção II os crimes contra a inviolabilidade do domicílio, em que o artigo 150, §4º dispõe:

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

[...]

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. (BRASIL, 1940, não paginado)

Portanto, fica claro que se entende por domicílio “em sua ampla conceituação ser asilo inviolável” (SARLET, 2013, p. 544-562), uma vez que, a proteção jurídica se perfaz na proteção individual do cidadão, em que tanto a intimidade quanto a privacidade são pertencentes a liberdade, desta forma não podendo ser violado por terceiro sem justo motivo, sendo um direito fundamental.

Contudo, a inviolabilidade domiciliar é relativa, assim como os demais direitos fundamentais, isto porque “a própria Constituição estabelece os principais parâmetros de limitação desse direito, permitindo que a autoridade estatal adentre no “castelo”, usando a expressão norte-americana” (MARTINS, 2021, p. 2211).

Assim, o cidadão tem por protegido o seu domicílio. Porém, insta relatar que nem todos os direitos garantidos constitucionalmente possuem um caráter absoluto, conforme pode ser observado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ANEXO – A).

Sendo assim, dizer que os direitos fundamentais, dentre eles a inviolabilidade do domicílio, não possuem o caráter de serem absolutos não significa que essa proteção dada

pela Constituição Federal seja dotada de fragilidade, o que acontece na verdade é uma limitação de tais direitos em situações que são necessárias.

Deste modo, a inviolabilidade do domicílio possui restrições que a própria constituição cuidou de mencionar. Aduz o artigo 5º, inciso XI da Constituição Federal de 1988 que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (BRASIL, 1988, não paginado).

Percebe-se que da leitura do dispositivo legal, que há cinco hipóteses de exceções expressa na Constituição Federal, quais sejam: 1) consentimento do morador; 2) flagrante delito; 3) desastre; 4) para prestar socorro; e, 5) mediante mandado judicial.

Além das excludentes de inviolabilidade de domicílio, presentes na Constituição Federal em seu artigo 5º, XI, há também no artigo 150, parágrafo 3º do Código Penal, que assim reza:

Art. 150 – Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

[...]

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser. (BRASIL, 1940, não paginado)

Com isto, observa-se que tais circunstâncias distanciam a ilicitude do ato. Pensando assim, não há que se falar em responsabilidade penal do agente que praticou tal ação. Nos moldes do Código Penal, ingressar em domicílio sem que o morador permita ou sem estar munido de mandado judicial só pode ocorrer para os casos de prestar socorro e desastre ou no caso de prática de crime dentro da residência, incluídos os crimes de natureza permanente.

2.2 EXCEÇÕES À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

A inviolabilidade domiciliar é um direito fundamental à privacidade, não podendo ninguém adentrar a casa de outrem sem justo motivo, salvo exceções previstas em lei. As exceções ocorrem porque segundo Zagonel e Oliveira (2020, 105-138), “não se pode usar do domicílio como escudo para praticar ilícitos ou ir em desencontro com a justiça”.

Portanto, o direito da inviolabilidade domiciliar nas suas exceções só poderá ser admitido quando for evidente as causas que autorizam a entrada, desta forma, não podendo ser somente uma mera suspeita.

Conforme visto anteriormente, a Constituição Federal traz cinco hipóteses de exceções, contudo quanto as exceções do consentimento do morador, desastre e para prestar socorro, estes não serão objeto de estudo no presente artigo, mas tão somente as exceções do flagrante delito e mediante mandado judicial (busca e apreensão).

Neste sentido será abordado a seguir os institutos do flagrante delito e da busca e apreensão.

2.2.1 Flagrante delito

O flagrante delito é uma das hipóteses que possibilitam a quebra da inviolabilidade do domicílio, conforme visto no tópico abordado anteriormente. Tal exceção tem por objetivo “a proteção aos bens jurídicos protegidos pelo sistema jurídico” (MICHEL SOBOTTKA , 2016, não paginado).

Esta proteção ela independe do consentimento do morador ou proprietário da residência, podendo “ocorrer ainda que seja ele mesmo a lesionar o bem jurídico, ou que esteja de acordo com a lesão” (MICHEL SOBOTTKA , 2016, não paginado).

O flagrante delito traz sempre a mente segundo Lopes Junior (2021, p. 1419), “a ideia de coisas percebidas enquanto ocorrem; no participio, capta a sincronia fato-percepção, como uma qualidade do primeiro”. Nesse sentido importante é trazer o significado do termo flagrante delito nas concepções de Capez (2021, p. 621), a seguir exposto:

O termo flagrante provém do latim *flagrare*, que significa queimar, arder. É o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. Na conhecida lição de Hélio Tornaghi, “flagrante é, portanto, o que está a queimar, e em sentido figurado, o que está a acontecer”. (CAPEZ, 2021, p. 621)

Nessa mesma linha, compreende os autores Reis e Gonçalves (2020, p. 1080), que o termo flagrante, “indica que o autor do delito foi visto praticando ato executório da

infração penal e, por isso, acabou preso por quem o flagrou e levado até a autoridade policial”.

O legislador estabeleceu taxativamente as hipóteses de prisão em flagrante no artigo 302 do Código de Processo Penal, tendo por finalidade dar maior alcance ao conceito de flagrância, estabelecendo assim quatro hipóteses que podem ser presos em flagrante, assim definido:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1941, não paginado)

Segundo a doutrina, os incisos I e II são compreendidos como flagrante próprio ou real. O inciso III é chamado de flagrante impróprio ou quase flagrante, e o inciso IV nomeado como flagrante presumido ou ficto (REIS; GONÇALVES, 2020). Contudo, há outras denominações para espécies de flagrante que a doutrina e a jurisprudência buscam definir se são válidas ou não. (REIS; GONÇALVES, 2020).

O autor Capez (2021, p. 622-623) em sua obra Curso de processo penal, buscou estabelecer as definições das espécies de flagrante, que assim dispõe:

Flagrante próprio (também chamado de propriamente dito, real ou verdadeiro): é aquele em que o agente é surpreendido cometendo uma infração penal ou quando acaba de cometê-la.

Flagrante impróprio (também chamado de irreal ou quase flagrante): ocorre quando o agente é perseguido, logo após cometer o ilícito, em situação que faça presumir ser o autor da infração.

Flagrante presumido (ficto ou assimilado): o agente é preso, logo depois de cometer a infração, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Flagrante compulsório ou obrigatório: chama-se compulsório porque o agente é obrigado a efetuar a prisão em flagrante, não tendo discricionariedade sobre a conveniência ou não de efetivá-la.

Flagrante facultativo: consiste na faculdade de efetuar ou não o flagrante, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

Flagrante preparado ou provocado experiência ou delito putativo por obra do agente provocador): Trata-se de modalidade de crime impossível, pois, embora o meio empregado e o objeto material sejam idôneos, há um conjunto de circunstâncias previamente preparadas que eliminam totalmente a possibilidade da produção do resultado.

Flagrante esperado: nesse caso, a atividade do policial ou do terceiro consiste em simples aguardo do momento do cometimento do crime, sem qualquer atitude de induzimento ou instigação.

Flagrante prorrogado ou retardado: consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações.

Flagrante forjado (também chamado de fabricado, maquinado ou urdido): nesta espécie, os policiais ou particulares criam provas de um crime inexistente, colocando, por exemplo, no interior de um veículo substância entorpecente. (CAPEZ, 2021, p. 622-623) (grifos do autor)

Com relação ao flagrante provocado a doutrina entende que este é nulo, tendo em vista por se tratar de fato atípico, conforme a Súmula número 145 do Supremo Tribunal Federal. Quanto ao flagrante forjado é nulo também, e os responsáveis cometem crime. (REIS; GONÇALVES, 2020).

Nota-se que, para que o ocorra o flagrante delito, deve ser realizado nas hipóteses legalmente previstas no Código de Processo Penal, sobretudo observando as espécies de flagrante, sendo, portanto, compatível com a exceção contida na Constituição Federal de 1988.

2.2.2 Busca e apreensão

O Código de Processo Penal aborda os institutos da busca e apreensão de forma conjunta, todavia, embora estes institutos tenham a mesma natureza, devem ser analisados de forma individual, pois os institutos não se confundem.

Segundo o doutrinador Mougenot (2019, p. 951) esta diferenciação ocorre porque, “poderá haver busca sem apreensão (quando não se encontra o objeto procurado), ou a apreensão sem busca (na hipótese em que a coisa seja apresentada à autoridade, lavrando-se o auto de exibição e apreensão)”.

A busca e apreensão trata-se de uma providência que possui natureza cautelar processual no âmbito da persecução penal, que tem por objetivo “encontrar e conservar pessoas ou bens que interessam ao processo criminal” (REIS; GONÇALVES, 2020, p. 928), podendo esta medida “ocorrer antes (preparatória) ou no curso da ação penal (incidental)” (ZAGONEL, 2020, p. 105-138).

Portanto, há que se distinguir os institutos da busca e apreensão, como bem ensina Lopes Junior (2021, p. 1212):

Busca: é uma medida instrumental – meio de obtenção de prova – que visa encontrar pessoas ou coisas.

Apreensão: é uma medida cautelar probatória, pois se destina à garantia da prova (ato fim em relação à busca, que é ato meio) e ainda, dependendo do caso, para a própria restituição do bem ao seu legítimo dono (assumindo assim uma feição de medida assecuratória). (LOPES JUNIOR, 2021, p. 1212) (grifos do autor)

Acompanhado o mesmo entendimento, o autor Marcão (2021, 1363) entende que o instituto da busca “é a procura, diligência destinada à localização da pessoa ou coisa que guarde relação de interesse com determinado delito”, e que por sua vez quanto ao instituto da apreensão “é restrição jurídica que se impõe à liberdade de pessoa ou à posse de coisa certa, como decorrência de sua vinculação a um delito” (2021, p. 1363).

Os institutos da busca e apreensão poderão ocorrer no curso do inquérito policial ou durante o processo, o que fica evidente nas palavras Marcão (2021, p. 1366):

As providências tratadas – domiciliar ou pessoal – podem ser realizadas antes da instauração do procedimento investigatório ou no curso deste (inquérito ou termo circunstanciado, bem como na fase judicial, no curso do processo contraditório. (MARCÃO, 2021, p. 1366)

Ademais, o Código de Processo Penal prevê duas modalidades de busca, podendo ser domiciliar ou pessoal, conforme artigo 240, a seguir:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior.(BRASIL, 1941, não paginado)

Percebe-se que da leitura do artigo supra citado, que não se permite interpretação extensiva, pois as hipóteses contidas no parágrafo primeiro do artigo 240, do Código de Processo penal, são taxativas por tratar de direito a inviolabilidade do domicílio.

O legislador ao exigir que a busca domiciliar seja sob fundadas razões a autorizarem, referiu-se "à necessidade de risco de desaparecimento da pessoa ou coisa que se pretende conservar (*periculum in mora*) e de razoável probabilidade de que o objeto

da diligência relacione-se a fato criminoso (*fumus boni iuris*)" (REIS, GONÇALVES, 2019, p. 318).

Nesse sentido, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás ao julgar a Apelação nº 0118128-49.2019.8.09.0175 (ANEXO – B), quanto as fundadas razões.

Com relação a busca domiciliar, prevê o Código de Processo Penal seu trâmite, da seguinte maneira:

Art. 245. As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta.

§ 1º Se a própria autoridade der a busca, declarará previamente sua qualidade e o objeto da diligência.

§ 2º Em caso de desobediência, será arrombada a porta e forçada a entrada.

§ 3º Recalcitrando o morador, será permitido o emprego de força contra coisas existentes no interior da casa, para o descobrimento do que se procura.

§ 4º Observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º, quando ausentes os moradores, devendo, neste caso, ser intimado a assistir à diligência qualquer vizinho, se houver e estiver presente.

§ 5º Se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la.

§ 6º Descoberta a pessoa ou coisa que se procura, será imediatamente apreendida e posta sob custódia da autoridade ou de seus agentes.

§ 7º Finda a diligência, os executores lavrarão auto circunstanciado, assinando-o com duas testemunhas presenciais, sem prejuízo do disposto no § 4º. (BRASIL, 1941, não paginado)

Percebe-se, que da leitura do artigo, para que então o agente público possa “ingressar em domicílio alheio com o intuito de realizar a diligência de busca e apreensão pessoal ou de objetos precisa estar munido previamente de ordem escrita da autoridade

judiciária competente” (ZAGONEL, 2020, p. 105-138), contudo, deve o agente respeitar o horário permitido, para que não possa prejudicar a prova subsequente.

Isto porque a exceção prevista na Constituição Federal de 1988 deve ser interpretada de forma estrita, o agente policial percebendo que não é evidente o flagrante delito deve entender o que disciplina inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal.

O agente deve requerer “ao judiciário mandado de busca e apreensão, a fim de validar sua diligência” (ZAGONEL, 2020, p. 105-138), não violando a norma constitucional, não sendo prudente que haja tão somente com base na capacidade intuitiva.

A seguir no próximo capítulo, terá por objetivo abordar acerca da prova ilícita e crime permanente de tráfico de drogas, para que possa chegar há uma possível conclusão com relação a legalidade da invasão domiciliar sem autorização judicial ou consentimento do morador para casos de suspeita de tráfico de drogas.

3.PROVA ILÍCITA E CRIME PERMANENTE DE TRÁFICO DE DROGAS

O presente capítulo tem por objetivo abordar acerca da prova ilícita e crime permanente de tráfico de drogas, com abordagem sobre os meios de provas e os aspectos gerais do crime permanente para melhor compreensão.

Ademais, será objeto de estudo também acerca do tráfico de drogas, para uma possível resolução da problemática do presente artigo que consiste no entendimento jurisprudencial acerca da legalidade da invasão domiciliar sem autorização judicial ou consentimento do morador para casos de suspeita de tráfico de drogas.

3.1 ABORDAGEM DOS MEIOS DE PROVAS

Antes de adentrar a análise da abordagem dos meios de provas no processo penal, necessário que se tenha a conceituação do que venha ser o termo prova.

Segundo Capez (2021), prova é o conjunto de atos praticados pelas partes com finalidade de contribuir para o magistrado em sua convicção com relação a existência ou inexistência de um fato, ou veracidade.

Adotando mesmo pensamento, entende Mougnot (2019, p. 779) que, “prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional”.

Portanto, nota-se que a prova é um dos mais importantes dentro do processo penal, isto porque é o início de todo processo, utilizado com o intuito de comprovar a veracidade de um fato, tendo como finalidade contribuir para a convicção do magistrado, conforme explica Capez (2021, p. 731):

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto. (CAPEZ, 2021, p 731)

Desta forma, resta claro que a prova de um modo geral, confere uma convicção processual, por ser compreendida como uma fonte essencial, para auxiliar o magistrado durante o processo.

Contudo, “a prova não surge do nada para o processo” (MARCÃO, 2021, p. 1028), deve percorrer um caminho, “um fio condutor que liga a realidade do fato passado à realidade do processo” (MARCÃO, 2021, p. 1028), nesse viés que surge os meios de prova. Segundo Mougenot (2019, p. 789) meio de prova é,

todo fato, documento ou alegação que possa servir, direta ou indiretamente, à busca da verdade real dentro do processo. Em outras palavras, é o instrumento utilizado pelo juiz para formar a sua convicção acerca dos fatos alegados pelas partes. (MOUGENOT, 2019, p. 789)

Assim, pela perspectiva de Marcão (2021, p. 1029), meio de prova “é o veículo, instrumento ou maneira, pessoal ou real, pela qual a prova poderá ser produzida; levada ao processo”.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal Estabeleceu os seguintes meios de prova: capítulo II – Exame de corpo de delito e das perícias em geral (artigos 158 a 184); capítulo III – Interrogatório do acusado (artigos 185 a 196); capítulo IV – A confissão (artigos 197 a 200); capítulo V – Do ofendido (artigo 2001); capítulo VI – Das testemunhas (artigos 202 a 225); capítulo VII – O reconhecimento de pessoas e coisas (artigos 226 a 228); Capítulo VII – A acareação (artigos 229 e 230); capítulo IX – Os documentos (artigo 231 a 238); capítulo X – Os indícios (artigo 239), e capítulo XI – Da busca e apreensão (artigos 240 a 250). (BRASIL, 1941)

Apesar do Código de Processo Penal elencar os meios de prova, estes não são exaustivos, mas tão somente exemplificativos. Isto porque, impende observar, os diversos meios de elementos que constituem o conjunto probatório, não são absolutos, posto que se deve observar as determinações de admissibilidade dos meios de prova, uma vez que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVI, não admite provas obtidas por meios ilícitos. Quanto as provas ilícitas o Código de Processo Penal no artigo 57, também buscou dar tratamento especial.

Portanto, compreende-se que as provas ilícitas são aquelas obtidas de forma contrária as regras do direito constitucional e material. Explica melhor Marcão (2021, p. 1401) quanto a violação da norma constitucional e material, a seguir:

Haverá prova ilícita por violação de norma constitucional, por exemplo, quando for produzida em desrespeito ao art. 5º, XI, da CF, onde se lê que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

[...]

Também é considerada ilícita a prova produzida em desconformidade com as normas infraconstitucionais, tal como ocorre, por exemplo, na situação em que o laudo pericial é realizado por um único perito não oficial (CPP, art. 159, § 1º); na confissão de autoria delitiva obtida mediante tortura, e se o reconhecimento de pessoa for feito em desconformidade com o disposto no art. 226 do CPP. (MARCÃO, 2021, p. 1401) (grifos do autor)

A doutrina classifica as provas ilícitas, conforme a natureza da norma, podendo ser prova ilícita em sentido estrito e a prova ilegítima.

A prova ilícita em sentido estrito é a “denominação empregada para designar a prova obtida por meio de violação de norma, legal ou constitucional, de direito material” (REIS; GONÇALVES, 2020, p. 727). Por outro lado, a prova ilegítima “é como se designa a prova obtida ou introduzida na ação por meio de violação de norma de natureza processual” (REIS; GONÇALVES, 2020, p. 727).

Independentemente da espécie de prova ilícita, sendo ela ilícita em sentido estrito ou ilegítima, sua utilização é sempre vedada, ineficaz. Contudo, ao falar-se em prova ilícita, não há como tratar da teoria da árvore dos frutos envenenados.

Sobre a teoria da árvore dos frutos envenenados, explicar melhor Mougenot (2019, p. 805-806):

A denominação de teoria ou doutrina “do fruto da árvore envenenada” – também utilizada no singular, “fruto da árvore envenenada’ –, literal tradução do inglês (*fruit of the poisonous tree doctrine*), diz respeito a um conjunto de regras jurisprudenciais nascidas na Suprema Corte norte-americana, segundo as quais as provas obtidas lícitamente, mas que sejam derivadas ou sejam consequência do aproveitamento de informação contida em material probatório obtido com violação dos direitos constitucionais do acusado, estão igualmente viciadas e não podem ser admitidas na fase decisória do processo penal. Vale dizer: tal teoria sustenta que as provas ilícitas por derivação devem igualmente ser desprezadas, pois “contaminadas” pelo vício (veneno) da ilicitude do meio usado para obtê-las. (MOUGENOT, 2019, p. 805-806)

Esta teoria da árvore dos frutos envenenados, foi consagrado no artigo 157, primeira parte, Código de Processo Penal. Contudo a teoria da árvore dos frutos envenenados não é absoluta, isto porque na segunda parte do referido parágrafo, dispõe que “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (BRASIL, 1941, não paginado).

Observa-se que na primeira parte do referido parágrafo, não ocorre conexão causal entre a prova lícita e a ilícita. Explica melhor Capez (2020, p. 396) quanto a ausência do nexo de causalidade:

Se não existe nexo de causalidade entre a nova evidência e a prova anteriormente produzida, isto significa que uma não derivou da outra. Se a causa geradora da prova for absolutamente independente em relação à anterior, é porque uma nada tinha a ver com a outra, sendo incabível falar-se em prova ilícita por derivação. Em outras palavras, se o fruto derivou de outra árvore distinta da envenenada, não há que se falar na teoria dos frutos da árvore envenenada. (CAPEZ, 2020, p. 396)

Portanto, a lei é no sentido da sua inadmissibilidade, tendo em vista que as provas derivadas das ilícitas devem se desentranhar do processo.

Entretanto, a utilização de provas ilícitas, não significa a nulidade da ação penal, mas tão somente a “inadmissibilidade dos elementos de convicção obtidos ilegalmente e

dos que deles derivam” (REIS; GONÇALVES, 2020, p. 728), permitindo que o direito de punir seja analisado à vista de eventuais outras provas.

3.2 ASPECTOS GERAIS DO CRIME PERMANENTE

Antes de adentrar aos aspectos gerais do crime permanente no tráfico ilícito de drogas, necessário que se tenha uma compreensão do que venha ser o termo crime. Segundo o doutrinador Bitencourt (2010, p. 245), crime é uma “ação, típica, antijurídica e culpável”.

Pensamento este, no mesmo sentido contido no Dicionário Compacto do Direito, autoria de Cunha (2011, p. 231-232), dispondo que crime é a “violação grave de um bem jurídico protegido penalmente. Ato típico, contrário ao direito, imputável a título de dolo ou culpa, que a lei contrapõe a pena como sanção específica”.

O Código Penal Brasileiro não trouxe em seu corpo a conceituação do termo crime, mas trouxe critérios que fundamentam o conceito, como por exemplo o artigo 1º, que diz que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. (BRASIL, 1940, não paginado)

Dessa forma, entende-se por crime como uma conduta tipificada em lei, sendo, portanto, “contrária ao ordenamento jurídico penal culpável” (SILVA; LEITE, 2017, p. 74-87).

Compreendido o que venha a ser o termo crime, passa então ao estudo dos aspectos gerais do crime permanente no tráfico ilícito de drogas. A classificação dos crimes quanto a forma de ação, segundo a doutrina penal brasileira, é dividida em: crime instantâneo, permanente e crime instantâneo de efeitos permanentes.

Para o autor Marcão (2021, p. 1600), crime instantâneo são “os que se completam num só momento. A consumação se dá num determinado instante, sem continuidade temporal. Ex.: homicídio, em que a morte ocorre num momento certo”.

Por sua vez, quanto ao crime permanente compreende Bitencourt (2021, p. 683), que “é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro)”.

Enquanto o crime instantâneo de efeitos permanentes, “embora consumação se dê em um momento determinado, seus efeitos perduram no tempo, independente da atuação da vontade do agente” (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2021, p. 203), ou seja, “tempo do crime é apenas o momento da conduta, pouco importando o momento ou a duração do resultado” (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2021, p. 203).

Segundo Capez (2021, p. 695-696), necessário que se tenha a diferenciação de crimes permanentes de instantâneos de efeitos permanentes, que assim busca explicar:

A diferença entre o crime permanente e o instantâneo de efeitos permanentes, reside em que no primeiro há a manutenção da conduta criminosa, por vontade do próprio agente; ao passo que, no segundo, perduram, independente da sua vontade, apenas as consequências produzidas por um delito já acabado, por exemplo, o homicídio e a lesão corporal. (CAPEZ, 2021, p. 695-696)

Nota-se, pelas explicações dos autores acima citados que o fundamento dos crimes instantâneos e permanentes, consiste na consumação do crime. Seguindo desta forma ao que prevê o inciso I, artigo 14 do Código Penal, que diz que “consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal”. (BRASIL, 1940, não paginado)

Compreendido a classificação dos crimes quanto a forma de ação, tem como foco o estudo no crime permanente. Segundo o Código de Processo Penal, no artigo 303, “nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” (BRASIL, 1941, não paginado).

A doutrina de direito penal entende que o crime tráfico de drogas tem natureza permanente, uma vez, que tem “seu momento consumativo prolongado no tempo de acordo com a vontade do agente” (ZAGONEL; OLIVEIRA, 2020, p. 105-1038). Essa classificação como crime permanente ocorre porque entende Amaral (2012, p. 165-193) que:

O crime de tráfico na modalidade ‘guardar ou ter em depósito drogas para fins de comércio’ é permanente. O crime permanente pode ser constituído por um único comportamento (aquele que o realiza), revelando-se, numa primeira visada, de estrutura unitária. A lesão contra o bem jurídico tutelado é única e o fato perdura. A conduta ofensiva se protraí no tempo, sendo que a consumação somente cessa (o crime é exaurido) no momento em que termina o comportamento anti-jurídico (ação ou omissão ou ação e omissão) através da vontade do agente ou por outro motivo qualquer. Há duração do fato, que – como já dito - protraí-se no tempo, com permanência do estado anti-jurídico, fazendo que com o dano perdure sem interrupção, e por conseguinte, o crime também perdura. O crime permanente atua sobre um bem jurídico susceptível de ‘compressão’, não de ‘destruição’. (AMARAL, 2012, p. 165-193)

Portanto, o crime de tráfico de drogas tem por objeto o ato de manter substâncias entorpecentes em depósito, em desacordo com a lei ou autorização legal, tendo por natureza o crime de permanente, desta forma, permitindo “considerar o agente em flagrante delito enquanto estiver ocorrendo a prática delituosa” (ZAGONEL; OLIVEIRA, 2020, p. 105-1038), situação está que vai de encontro ao que preceitua o artigo 302, inciso I, do Código de Processo Penal, situação de flagrância.

É com base nessa situação que tem por objeto a violação do domicílio no crime de tráfico de drogas, em virtude da sua natureza permanente, o que fica evidente nas palavras de Nucci (2018, p. 679):

É indiscutível que a ocorrência de um delito no interior do domicílio autoriza a sua invasão, a qualquer hora do dia ou da noite, mesmo sem o mandado, o que aliás, não teria mesmo sentido exigir fosse expedido. Assim, a polícia pode ingressar em casa alheia para intervir num flagrante delito, prendendo o agente e buscando salvar, quando for o caso, a vítima. Em caso de crimes permanentes (aqueles cuja consumação se prolonga no tempo), como é o caso do tráfico de drogas, na modalidade “ter em depósito” ou “trazer consigo” (art. 33, caput, Lei 11.343/2006), pode o policial penetrar no domicílio efetuando a prisão cabível. (NUCCI, 2018, p. 679)

Contudo, não é a mera suspeita que possibilita o ingresso forçado no domicílio quanto a prática de crime tráfico de drogas, necessário que demonstre que foi mediante justa causa, deve existir indícios que viabiliza a suspeita, ou seja, deve ser mediante fundadas razões a autorizarem.

Nesse viés, que reside a problemática do presente estudo, que consiste em saber se a invasão a domicílio, por autoridade policial, sem consentimento do morador e sem autorização judicial, fundada em prática de crime permanente de tráfico de drogas, pode ser considerada legal, juntamente com as provas obtidas, questão esta que será objeto de estudo no próximo tópico.

3.3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA LEGALIDADE DA INVASÃO DOMICILIAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU CONSENTIMENTO DO MORADOR PARA CASOS DE SUSPEITA DE TRÁFICO DE DROGAS FUNDADA EM PRÁTICA DE CRIME PERMANENTE

O significado de drogas encontra-se no parágrafo único do artigo 1º da Lei 11.343, que dispõe, “para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos

capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. (BRASIL, 2006, não paginado)

Observa-se que o legislador não especificou os nomes dos produtos ou substâncias que podem ser considerados como drogas, deixando a listagem a cargo da União. Quanto a prática do crime de tráfico de drogas, está também se encontra na Lei 11.343/2006, em seu artigo 33 que assim reza:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (BRASIL, 2006, não paginado)

Deste modo, a conduta típica do crime de tráfico de drogas é composta por 18 (dezoito) verbos, bastando que o agente pratique apenas um dos verbos para ser tipificado. O referido crime é classificado como sendo de ação múltipla ou conteúdo alternativo, ou seja, o agente será responsável apenas por um crime, mesmo que realize mais de uma essência verbal, isso se houver um considerável lapso temporal na prática das condutas.

Mesmo se não existir um intervalo de tempo ainda é provável a tipificação de responsabilidades diversas.

Conforme visto no tópico anteriormente, o crime de tráfico de drogas se trata de um tipo de crime permanente, ou seja, a consumação deste se prolonga no tempo durante o período que persistir a ofensa ao bem jurídico. Assim, enquanto o sujeito não cessar a permanência do ato delituoso está sujeito a flagrância.

Perante a legislação pátria e a Constituição Federal, sabe-se que é possível adentrar no domicílio alheio em alguns casos, dentre eles o flagrante delito. Sendo assim, o cerne do presente trabalho tem como foco saber se a invasão a domicílio, por autoridade policial, sem consentimento do morador e sem autorização judicial, fundada em prática de crime permanente de tráfico de drogas, pode ser considerada legal, juntamente com as provas obtidas.

A respeito das funções da prisão em flagrante, Mendes comenta que (2012, p. 773):

A prisão em flagrante tem duas funções básicas. A primeira é a de interceptar o evento criminoso, impedindo a consumação do crime ou o exaurimento de seu iter criminis. Por isso, o Código de Processo Penal permite que a prisão em flagrante seja realizada por 'qualquer

do povo', tendo em vista que o Estado policial não pode estar presente em todos os lugares, em todos os momentos. Nesse sentido, a Constituição, em seu art. 5º, XI, estabelece o flagrante delito como hipótese excepcional de violação do domicílio, sem ordem judicial, mesmo à noite. A segunda função é a de possibilitar a colheita imediata de provas contundentes sobre o fato delituoso, especialmente no que se refere à autoria. (MENDES, 2012, p. 773)

Resumindo-se, a prisão em flagrante não depende do aval judicial, ou seja, o mandado autorizado por um juiz, podendo inclusive ser realizada por qualquer um do povo, conforme bem explicado por Mendes. Sobre o flagrante, Pinho (2020, p. 97) assevera que:

O Código de Processo Penal, em seu art. 302, estabelece as hipóteses em que alguém pode ser preso em flagrante pela prática de uma infração penal. Tratando-se de crime permanente, como o de sequestro e de diversas modalidades de tráfico de entorpecentes, em que o momento consumativo se prolonga no tempo, não se exige a exibição de mandado judicial para ingresso na casa, podendo a prisão ocorrer a qualquer hora do dia ou da noite. (PINHO, 2020, p. 97)

Deste modo, uma prova que teve a sua obtenção sem a autorização judicial ou então por estar em desacordo com as previsões legais deve ser anulada plenamente, em que seus efeitos jurídicos não podem ser produzidos.

Por meio de uma decisão no julgamento do Recurso Extraordinário nº 603616/RO, que foi julgado no ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, mesmo no período da noite, o agente ou autoridade policial pode realizar a entrada forçada no domicílio sem mandado judicial, desde que indique que na residência está acontecendo uma situação de flagrante delito, porém deve existir razões fundamentadas para tal, bem como a justificativa posterior tem que ser plausível, o que ficou evidente nos fatos em comento no ANEXO – C.

Portanto, a entrada forçada no domicílio sem mandado judicial estava amparada já que teve o acompanhamento prévio e nas declarações do flagrado, sendo assim suficiente para indicar fundadas razões a autorizarem o ingresso.

Outro fator importante que merece destaque, é quanto as denúncias anônimas, onde segundo o Supremo Tribunal Federal entendeu que as "denúncias anônimas, afirmações de "informantes policiais" (pessoas ligadas ao crime que repassam

informações aos policiais, mediante compromisso de não serem identificadas), por exemplo” (BRASI, 2015, não paginado), estas não possuem força probatória em juízo, não podendo ser consideradas a justa causa para o ingresso no domicílio.

Por outro lado, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (ANEXO – D) julgou recentemente dispondo que não há “nulidade na busca e apreensão efetuada por policiais, sem mandado judicial, em apartamento que não revela sinais de habitação e sobre o qual ainda há fundada suspeita de servir para a prática de crime permanente” (BRASI, 2020, não paginado).

No caso em apreço, a busca e apreensão iniciou-se após denúncia anônima informando que havia armazenamento de drogas e armas em um imóvel. Em diligência até o imóvel, os policiais foram informados pelos vizinhos que não tinha residentes no imóvel. Os agentes fizeram uma vistoria externa do imóvel, no qual não identificaram indícios de ocupação, contudo avistaram parte do material ilícito, desta forma adentraram no imóvel e encontraram,

grande quantidade de drogas (7kg de maconha prensada, fracionadas em 34 porções; 2.097,8kg de cocaína em pó, fracionada em 10 tabletes e 51 gramas de cocaína petrificada, vulgarmente conhecida como crack) de armas (uma submetralhadora com carregador, armamento de uso proibido; 226 munições calibre .45; 16 munições calibre 12; 102 munições calibre 9mm; 53 munições calibre .22; 04 carregadores, 01 silenciador, 02 canos de arma curta, 03 coldres). (Habeas Corpus nº 588.445 – (2020/0139280-1). Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Brasília (DF), 25 de agosto de 2020 (data do julgamento)).

Entendeu o Superior Tribunal de Justiça, que ainda que a propriedade privada goza de proteção constitucional, no caso em comento não se verificou nulidade na busca e apreensão realizada por agentes, sem mandado judicial, uma vez, que a fundadas razões a autorizarem o ingresso, já que o imóvel era utilizado para a prática de crime permanente, armazenando drogas e armas, concreta flagrância do crime, afastando a proteção prevista na Constituição Federal de 1988.

Nessa mesma linha, o Supremo Tribunal Federal julgou o Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental quanto as fundadas razões a autorizarem o ingresso no imóvel sem expedição de mandado judicial (ANEXO – E).

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento que para a proteção dos direitos dos cidadãos e incluindo a própria proteção da polícia, quanto a ao ingresso em

domicílio alheio sem expedição de mandado judicial, quando o morador autorize a entrada, conclui que,

ser impositivo aos agentes estatais "o registro detalhado da operação de ingresso em domicílio alheio, com a assinatura do morador em autorização que lhe deverá ser disponibilizada antes da entrada em sua casa, indicando, outrossim, nome de testemunhas tanto do livre assentimento quanto da busca, em auto circunstanciado". Além disso, toda a diligência deverá ser gravada em vídeo. (Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.742.596 – MG. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 25/05/2021, T5 – Quinta turma, Data de Publicação: DJe 28/05/2021)

Isto porque, no caso em apreço a Quinta Turma constatou que houve nulidade na busca domiciliar sem mandado judicial, tendo em vista que ocorreu invasão ao domicílio, posto que afirmam os policiais que a entrada foi autorizada pelo morador do imóvel, contudo o réu alega que não autorizou a entrada dos policiais.

Não comprovando o consentimento do morador quanto a sua voluntariedade de forma expressa, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que ocorreu ilegalidade na busca domiciliar e desta forma toda a prova dela decorrente.

Assim, a jurisprudência vem admitindo de forma majoritária que o ingresso em domicílio sem autorização judicial e sem o consentimento do morador não é ilegal, tendo em vista que o crime de tráfico de drogas é considerado como permanente, em que o ingresso da autoridade competente está juridicamente procedente, contanto que seja certificada a flagrância, ou seja, fundadas razões a autorizarem o ingresso.

E que por sua vez, quanto a busca domiciliar sem mandado judicial, for autorizada a entrada pelo morador, o consentimento do morador deve ser expresso quanto a sua voluntariedade, assim não incorrendo os policiais em nulidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma melhor compreensão sobre "a prova ilícita e crime permanente de tráfico de drogas: à luz do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio".

Para a realização do estudo foi necessário basear-se no seguinte problema: a invasão a domicílio, por autoridade policial, sem consentimento do morador e sem

autorização judicial, fundada em prática de crime permanente de tráfico de drogas, pode ser considerada legal, juntamente com as provas obtidas?

De acordo com a análise dos dois capítulos, notou-se que a Carta Magna no artigo 5º, inciso XI, trouxe em seu corpo que o domicílio é inviolável, contudo, esta inviolabilidade domiciliar é relativa, assim como os demais direitos fundamentais, permitindo que a autoridade estatal adentre no domicílio.

Sendo assim, dizer que os direitos fundamentais, dentre eles a inviolabilidade do domicílio, não possuem o caráter de serem absolutos não significa que essa proteção dada pela Constituição Federal seja dotada de fragilidade, o que acontece na verdade é uma limitação de tais direitos em situações que são necessárias.

Deste modo, a inviolabilidade do domicílio possui restrições que a própria constituição cuidou de mencionar, quais sejam: consentimento do morador; flagrante delito; desastre; para prestar socorro; e, mediante mandado judicial.

Portanto, o direito da inviolabilidade domiciliar nas suas exceções só poderá ser admitido quando for evidente as causas que autorizam a entrada, não podendo ser somente uma mera suspeita.

Isto porque, caso não haja as evidentes causas que autorizam a entrada, poderá contaminar o processo, gerando a nulidade, incluindo das provas. As provas no processo é o conjunto de atos praticados pelas partes com finalidade de contribuir para o magistrado em sua convicção com relação a existência ou inexistência de um fato, ou veracidade

A prova de um modo geral, confere uma convicção processual, por ser compreendida como uma fonte essencial, para auxiliar o magistrado durante o processo. Nesse sentido, o Código de Processo Penal estabeleceu os meios de prova.

Apesar do Código de Processo Penal elencar os meios de prova, estes não são exaustivos, mas tão somente exemplificativos. Isto porque, impende observar, os diversos meios de elementos que constituem o conjunto probatório, não são absolutos, posto que se deve observar as determinações de admissibilidade dos meios de prova, uma vez que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVI, não admite provas obtidas por meios ilícitos

Compreende-se que as provas ilícitas são aquelas obtidas de forma contrária as regras do direito constitucional e material. A lei é no sentido da sua inadmissibilidade, tendo em vista que as provas derivadas das ilícitas devem se desentranhar do processo.

Nesse viés a pesquisa se propôs, como objetivo geral de analisar a legalidade das provas obtidas na atuação da autoridade policial ao ingressar no domicílio do indivíduo embasado no crime permanente de tráfico de drogas sem possuir autorização judicial e sem autorização do morador.

O crime permanente é compreendido cuja consumação se alonga no tempo. A doutrina de direito penal entende que o crime tráfico de drogas tem natureza permanente, uma vez, que sua consumação se alonga no tempo de acordo com a vontade do agente

Portanto, o crime de tráfico de drogas tem por objeto o ato de manter substâncias entorpecentes em depósito, em desacordo com a lei ou autorização legal, tendo por natureza o crime de permanente. É com base nessa situação que tem por objeto a violação do domicílio no crime de tráfico de drogas, em virtude da sua natureza permanente.

Mas o ingresso forçado no domicílio no que concerne quanto a prática do crime de tráfico de drogas, deve demonstrar que há indícios que possibilita a suspeita, mediante justa causa, em outras palavras, mediante fundadas razões a autorizarem, não sendo meramente uma suspeita qualquer.

A jurisprudência tem admitido o ingresso no domicílio sem o consentimento do morador ou sem autorização judicial, por ser o crime de tráfico de drogas crime permanente, estando o agente competente juridicamente amparado, não sendo ilegal a entrada forçada, mas desde que mediante fundadas razões a autorizarem o ingresso, certificada a flagrância.

Por outro lado, a jurisprudência vem admitindo quando tratar-se de busca domiciliar com consentimento do morador, mas sem mandado judicial, que seja expreso o consentimento quanto a sua voluntariedade, para que não ocorra nulidade no processo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Inviolabilidade do domicílio e flagrante de crime permanente**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 165-193, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral: arts. 1 a 120** – v. 1. – 27. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil. Não paginado. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Presidência da República: Casa Civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1996.** Dispõe sobre: Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Casa Civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 11.343, de 13 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Presidência da República: Casa Civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Direitos Humanos.** – 3. Ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007. p. 15. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/154492/000154492.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso: 10 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.742.596 – MG.** Agravante: Ministério Público; Agravado: Claudine rodrigues de souza. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Data de Julgamento: 25/05/2021, T5 – Quinta turma, Data de Publicação: DJe 28/05/2021. Não paginado. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1231826590/agravo-regimental-no-agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-agrg-no-aresp-1742596-mg-2020-0206930-9/inteiro-teor-1231826602>. Acesso em: 10 out. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. – 28. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – v. 1: Parte geral – arts. 1º a 120**. – 25. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo; Editora Saraiva, 2020. p. 396.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário Compacto do Direito**. – 10. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal: parte geral**. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. – 18. Ed. – São Paulo: Educação, 2021.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. – 5. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 2205.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MICHEL SOBOTTKA, Daniel. **Inviolabilidade de domicílio e prisão em flagrante em casos de tráfico de drogas à luz da jurisprudência do STF**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito Departamento de Ciências Penais, 2016, não paginado. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/153366>. Acesso em: 03 out. 2021.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de Processo Penal**. – 13. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. -: Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 669.

PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. Vol. 17. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PITOMBO, Cleunice Bastos. **Da busca e apreensão no processo penal**. 2. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. Coordenador Predo Lenza – 9. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba. V. n. 14. p. 544-562, julho/dezembro de 2013. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11323/2/A_inviolabilidade_do_domicilio_e_seus_limites_O_caso_do_flagrante_delito.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

SILVA, Luciano do Nascimento; LEITE, Tiago Medeiros. **O crime permanente a partir das concepções do ordenamento jurídico brasileiro e da corte interamericana dos direitos humanos**. Revista Data Vênia, V. 6 n° 2 (jul/dez.) 2014, p. 74-87. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=O+crime+permanente+a+partir+das+concep%C3%A7%C3%B5es+do+ordenamento+jur%C3%ADdico+brasileiro+e+da+corte+interamericana+dos+direitos+humanos.&btnG=. Acesso em: 03 out. 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. – 19. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ZAGONEL, Luís Roberto de Oliveira; OLIVEIRA, Thays Assunção. **A ilicitude de prova colhida em busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial em crime de tráfico de drogas**. Revista Tuiuti: Ciência e Cultura, v.6 n.60, p. 105-138, Curitiba, 2020. Disponível em: <https://interin.utp.br/index.php/h/article/view/2316>. Acesso em: 30 set. 2021.

ANEXO – A: MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.452-1/RJ: OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos

direitos e garantias de terceiros. (RMS 23.452/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/09/1999).

FONTE: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 23.452-1/RJ.**

Impetrante: Luiz Carlos Barreti Júnior; Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/09/1999. Não paginado. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Acesso em: 15 set. 2021.

ANEXO – B: APELAÇÃO CRIMINAL N. 118128-49.2020.8.09.0175: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR. ILICITUDE DA PROVA POR INVASÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. 1- Se inexistem fundadas razões justificadoras da violação domiciliar pelos agentes públicos, deve ser declarada nula a prova obtida e dela derivada e, por consequência, deve ser absolvido o processado, nos termos do artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal. 2- Recurso conhecido e provido. Prejudicada a análise do mérito.

(TJ-GO - Apelação Criminal: 01181284920198090175 GOIÂNIA, Relator: Des(a). J. PAGANUCCI JR., Data de Julgamento: 02/02/2021, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ de 02/02/2021)

FONTE: GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 118128-**

49.2020.8.09.0175. Apelante: Dyonathan Nunes de Almeida; Apelado: Ministério Público. Relator: Des. J. Paganucci JR. Data de Julgamento: 02/02/2021, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ de 02/02/2021). Não paginado. Disponível em: <https://tjgo.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1162679364/apelacao-criminal1181284920198090175-goiania/inteiro-teor-1162679385>. Acesso em: 30 set. 2021.

ANEXO – C: RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 603616/RO: Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio - art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos - flagrante delito, desastre ou para prestar socorro - a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser

controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016)

(STF - RE: 603616 RO - RONDÔNIA, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 05/11/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-093 10-05-2016)

FONTE: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 603616/RO.**

Recorrente: Paulo Roberto de Lima; Recorrido: Ministério público do Estado de Rondônia. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4 e 5/11/2015. Não paginado. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864040028/recursoextraordinario-re-603616-ro-rondonia/inteiro-teor-864040034>. Acesso em: 10 out. 2021.

ANEXO – D: HABEAS CORPUS N. 588.445/SC: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIMES DE ARMAZENAMENTO DE DROGAS E DE ARMAS. BUSCA E APREENSÃO EM APARTAMENTO NÃO HABITADO, UTILIZADO COMO LOCAL DE ARMAZENAMENTO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONCEDIDA À RESIDÊNCIA/DOMICÍLIO QUE SOMENTE ABRANGE BENS MÓVEIS OU IMÓVEIS DESTINADOS À HABITAÇÃO, AINDA QUE DE FORMA TRANSITÓRIA, E O LOCAL DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. FUNDADAS SUSPEITAS DE FLAGRANTE DE CRIME PERMANENTE. INVIABILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS NA VIA MANDAMENTAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também

passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus (AgRg no HC 437.522/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018) 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. Precedentes desta Corte. 3. A Corte Suprema assentou, também, que "o conceito de 'casa', para o fim da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo (HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma do STF, julgado em 12/04/2005, DJe de 02/06/2006; RE 251.445/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, decisão monocrática publicada no DJ de 03/08/2000), pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade" (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma do STF, julgado em 03/04/2007, DJe de 18/05/2007). Conclui-se, portanto, que a proteção constitucional, no tocante à casa, independentemente de seu formato e localização, de se tratar de bem móvel ou imóvel, pressupõe que o indivíduo a utilize para fins de habitação, moradia, ainda que de forma transitória, pois tutela-se o bem jurídico da intimidade da vida privada. 4. Sem desconsiderar a proteção constitucional de que goza a propriedade privada, ainda que desabitada, não se verifica nulidade na busca e apreensão efetuada por policiais, sem prévio mandado judicial, em apartamento que não revela sinais de habitação, nem mesmo de forma transitória ou eventual, se a aparente ausência de residentes no local se alia à fundada suspeita de que tal imóvel é utilizado para a prática de crime permanente (armazenamento de drogas e armas), o que afastaria a proteção constitucional concedida à residência/domicílio. Situação em que, após denúncia anônima detalhada de armazenamento de drogas e de armas, seguida de informações dos vizinhos de que não haveria residente no imóvel, de vistoria externa na qual não foram identificados indícios de ocupação da quitinete (imóvel contendo apenas um colchão, algumas malas, um fogão e janela quebrada, apenas encostada), mas foi

visualizada parte do material ilícito, policiais adentraram o local e encontraram grande quantidade de drogas (7kg de maconha prensada, fracionadas em 34 porções; 2.097, 8kg de cocaína em pó, fracionada em 10 tabletes e 51 gramas de cocaína petrificada, vulgarmente conhecida como crack) e de armas (uma submetralhadora com carregador, armamento de uso proibido; 226 munições calibre .45; 16 munições calibre 12; 102 munições calibre 9mm; 53 munições calibre .22; 04 carregadores, 01 silenciador, 02 canos de arma curta, 03 coldres). 5. A transposição de portão em muro externo que cerca prédio de apartamentos, por si só, não implica, necessariamente, afronta à garantia de inviolabilidade do domicílio. Para tanto, seria necessário demonstrar que dito portão estava trancado, ou que havia interfone ou qualquer outro tipo de aparelho/mecanismo de segurança destinado a limitar a entrada de indivíduos que quisessem ter acesso ao prédio já no muro externo, o que não ocorre no caso concreto, em que há, inclusive, depoimento de policial afirmando que o portão estaria aberto. 6. De mais a mais, havendo depoimento de policial, asseverando que teria sido visualizada, pela janela, parte do material ilícito ali existente, é de se concluir que a entrada dos policiais na quitinete em questão se deu em razão da suspeita concreta de flagrância do crime de armazenamento de drogas, que é permanente. 7. Modificar as premissas tidas como válidas pela instância ordinária demandaria o revolvimento de todo o material fático/probatório dos autos, o que inviável na sede mandamental. 8. Habeas corpus de que não se conhece.

(STJ - HC: 588445 SC 2020/0139280-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 25/08/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2020)

FONTE: BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Habeas Corpus nº 588.445 – (2020/0139280- 1)**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina; Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; Paciente: Dileon Charles de Campos Barbosa. Ministro Relator: Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Brasília (DF), 25 de agosto de 2020 (data do julgamento). Não paginado. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&s equencial=1974704&num_registro=202001392801&data=20200831&formato=PDF. Acesso em: 15 out. 2021.

ANEXO – E: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL N. 131073/STJ: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES PARA INGRESSO NO DOMICÍLIO DO PACIENTE. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA INADEQUADA. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. DISPENSA DE MANDADO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A análise das questões fáticas suscitadas pela defesa, notadamente quanto à suposta

ausência de fundadas razões para proceder à busca domiciliar, demandaria o reexame do conjunto probatório, providência incompatível com esta via processual (cf. HC 144.343-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 11/9/2017; HC 136.622-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 17/2/2017; HC 135.748, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/2/2017; HC 135956, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 28/11/2016; HC 134445-AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe de 27/9/2016). 2. A conclusão a que chegou o Superior Tribunal de Justiça está alinhada ao entendimento jurisprudencial firmado por esta CORTE, no sentido de que “[o]s crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico são de natureza permanente. O agente encontra-se em flagrante delito enquanto não cessar a permanência” (HC 95.015, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 24/4/2009). 3. Nesse contexto, em se tratando de delito de tráfico de drogas praticado, em tese, na modalidade ter em depósito, a consumação se prolonga no tempo e, enquanto configurada essa situação, a flagrância permite a busca domiciliar, independentemente da expedição de mandado judicial, desde que presentes fundadas razões de que em seu interior ocorre a prática de crime. Nesse sentido: RE 603616, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 10/5/2016. 4. Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental, ao qual se nega provimento.

FONTE: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental. Origem HC- 131073/STJ.** Embargantes: José Cesar Pedrini e outros; Embargado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma, Sessão Virtual de 6.8.2021 a 16.8.2021. Não paginado. Disponível em: <https://www.escavador.com/diarios/5238547/STF/P/2021-08-19?page=40>. Acesso em: 10 out. 2021.

O DIREITO SUBJETIVO À PRISÃO DOMICILIAR À LUZ DOS ARTIGOS 318 E 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

JAQUELINE GONÇALVES PEREIRA:

Bacharela em Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins – FCJP¹³³.

VALDIVINO PASSOS SANTOS ^[1]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo principal analisar a possibilidade da concessão da prisão domiciliar, surgiu no Brasil há alguns anos atrás desde então vem sofrendo algumas alterações, mais ainda o presente tema traz algumas controversas com posicionamentos diferentes a respeito dos requisitos para admissibilidade para a prisão domiciliar, mais deixando claro o direito do magistrado como forma facultativa analisar a possibilidade de conceder ao agente o direito a substituição da prisão para prisão domiciliar, entendimentos Jurisprudencial e doutrinário faz chegar a conclusão que um direito subjetivo do acusado, cabe ao magistrado averiguar se o acusado se enquadra em alguns dos requisitos apresentado no Ordenamento Jurídico. A prisão domiciliar é quando o acusado ou o indiciado passa a cumprir a pena que lhe foi imposta pelo magistrado em seu próprio domiciliar, dele podendo se ausentar somente com autorização judicial prévia. Entende-se que é uma faculdade do juiz cabendo a ele decidir se irá conceder ao acusado esse benefício de substituição de prisão, a substituição e uma medida alternativa de cumprimento de pena.

Palavras-chave: Concessão; faculdade; domicílio.

ABSTRACT: The main objective of this article is to analyze the possibility of granting house arrest, it emerged in Brazil a few years ago since then it has undergone some changes, even more the present theme brings some divergent positions on the admissibility requirements for granting house arrest, making clear the magistrate's right as an optional way of granting the agent the replacement of preventive detention by house arrest, jurisprudential and doctrinal understandings lead to the conclusion that a subjective right of the accused, it is up to the magistrate to determine if the accused fits in any of the requirements set out in the Legal Law. House arrest is when the accused or the accused begins to serve the sentence imposed on him by the magistrate in his own home and can only be absent with prior judicial authorization. It is understood that it is a default form for the judge to decide

133 E-mail: pereirajaqueline0902@gmail.com

whether to grant the accused this benefit of replacing the prison, it is considered the house arrest as an alternative measure of serving sentences.

Keyword: Concession; college; residence.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2. Prisão domiciliar no Direito Brasileiro. 2.1 Prisão domiciliar preventiva. 2.2 Prisão domiciliar como medida cautelar. 2.3 Diferenciações da Prisão Domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro. 3 Direito Objetivo e Direito Subjetivo. 4 Requisitos de Admissibilidade dos artigos 318 e 318-A do Código de Processo Penal. 5 Entendimentos Jurisprudenciais. 6 Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O instituto da prisão domiciliar traz diversos entendimentos nos Tribunais Superior quanto a sua aplicabilidade. O artigo 318 e são requisitos necessários para que o condenado possa fazer jus a essa concessão desse beneficia.

Nesta circunstância, questionasse que: a prisão domiciliar e um direito subjetivo do acusado ou é uma faculdade do juiz?

O instituto da prisão domiciliar foi introduzido pela lei 12.403/2011, com o intuito de alterar o código de Processo penal que foi criado no ano de 1941.

A referida lei trouxe algumas modificações nos artigos 318 e 318-A, entre elas a prisão domiciliar.

Para tanto o presente estudo tem como objetivo geral verificar, se a prisão domiciliar é um direito subjetivo do acusado ou é uma faculdade dada ao juiz? São seus objetivos específicos: a comprovar com base no art. 318 e 318-A do Código de Processo Penal, que a substituição da prisão preventiva para prisão domiciliar está de acordo com os requisitos estabelecidos pelos respectivos artigos; reconhecer o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores acerca da conversão da prisão preventiva para prisão domiciliar como uma faculdade do juiz e estudar o entendimento dos Tribunais Superiores sobre a possibilidade de utilizar a substituição da prisão preventiva para prisão domiciliar, diante do cenário pandêmico.

Justifica-se o tema porque traz para a atualidade muita repercussão no meio jurídico, com isso, verifica-se o quanto esse assunto transpassa diferentes posicionamentos. Desta forma, o instituto da prisão domiciliar foi introduzido pela lei 12.403/2011, com o intuito de alterar o código de Processo penal que foi criado no ano de 194. A referida lei trouxe algumas modificações nos artigos 318 e 318-A, entre elas a prisão domiciliar. O presente tema surgiu da dúvida quanto ao instituto da prisão domiciliar, no

que tange a subjetividade do instituto ao preso ou uma faculdade concedida pelo magistrado.

Para alcançar esse fim, a pesquisa utilizará a metodologia da pesquisa jurídica, por meio da pesquisa exploratória bibliográfica e documental, para que por meio de conceitos doutrinários, lei e jurisprudência possa-se consolidar que a prisão domiciliar é uma faculdade concedida pelo juiz.

Para a análise dos dados, aplicar-se-á a técnica qualitativa, colhendo informações sobre a prisão domiciliar e os institutos que a cercam na doutrina, bem como na legislação pátria, para, dessa forma, explicar o problema apresentado. A partir deste estudo será possível compreender, de forma mais aprofundada, os fundamentos da prisão domiciliar, abrindo caminhos para construir novos olhares e debates sobre o assunto.

2 PRISÃO DOMICILIAR NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto da prisão domiciliar surgiu no Brasil mediante a criação da Lei nº 5.526, de 06 de abril de 1967, uma vez que, não existiam estabelecimentos de recolhimento para de presos que tinham o direito a prisão especial.

Vale Ressaltar que antes da criação da lei 7.210/1984, a prisão domiciliar não passava uma certa credibilidade para a população brasileira, pois a prisão domiciliar era concedida como uma simples justificativa de que não tinha casa de albergado[2].

Definindo o que seria a casa de albergado, é um estabelecimento prisional em que o preso com baixo ou nenhuma periculosidade que venha a cumprir pena por delitos de menor potencial ofensivo, outro ponto importe é que na casa não tem nenhum obstáculo que que venha proibir o preso a fugir.

Seguindo nesse entendimento, os artigos 93, 94 e 95 da Lei de Execução Penal, assim esclarece sobre a casa de albergado[3]:

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

A prisão domiciliar é um benefício concedido ao preso, pois poderá cumprir a pena que lhe foi imposta em sua residência, como também poderá usufruir do benefício, caso falte casa de albergado.

Outra questão relacionada a prisão domiciliar é que o preso, além de cumprir a prisão em sua residência, ele ainda usará tornozeleira eletrônica para poder ser monitorado, como forma de garantir que o preso está cumprindo a pena que lhe foi imposto, no cumprimento da prisão domiciliar.

Caso o preso descumpra com a medida, poderá ser considerada falta grave, e se ao preso foi concedido como forma de progressão, poderá regredir para outra medida mais gravosa.

Assim temos que: “O fato de o preso não cumprir as condições impostas para a prisão domiciliar constitui falta grave e pode resultar na perda do benefício com expedição de mandado de prisão.”^[4]

Considera-se a prisão domiciliar uma medida cautelar, uma vez que o preso em vez de ficar em alguma unidade prisional, passa a ficar recolhido em sua própria residência. Ela tem a natureza de prisão, porém uma prisão no conforto de sua residência.

A doutrinadora Ana Flávia Messa, preleciona acerca da reformulação do instituto, trazidos pela lei n.º 12.403/2011 que trouxe duas espécies da prisão domiciliar:

“Com o advento da Lei n. 12.403/2011, existem duas espécies de prisão domiciliar:

- a) a prevista no art. 117 da Lei da Execução Penal como forma de cumprimento de pena;
- b) a prevista como medida cautelar.” [...]^[5]

A respeito do instituto da prisão domiciliar Nucci entende que:^[6]

O novel instituto não causa surpresa, pois até mesmo a pena, em regime aberto, tem sido cumprida em domicílio, em face da prisão albergue domiciliar. Entretanto, não se deve vulgarizar a prisão cautelar, a ponto de estender a todos os acusados, mesmo fora das hipóteses deste artigo, a prisão em domicílio, sob pena de se desacreditar, por completo, o sistema penal repressivo. Note-se ser da essência da prisão cautelar a eficiente segregação do indiciado ou réu do convívio social, afinal, estaria ele perturbando a ordem pública ou econômica, prejudicando a instrução ou pretendendo fugir. São hipóteses graves, merecedoras da pronta tutela do Estado,

incompatíveis com a prisão domiciliar, salvo para os casos particulares descritos pelo art. 318.

Diante a das palavra de Guilherme Nucci, não se deve vulgarizar a prisão cautelar, pois não pode estender o benefício a todos os acusados, mesmo que esteja fora dos requisitos estabelecidos pelo Código de Processo Penal, pois acabaria desmoralizando o sistema prisional brasileiro.

2.1. Prisão domiciliar preventiva

Prisão preventiva consiste no recolhimento do indiciado no percurso do processo sendo decretada pelo magistrado por tempo indeterminado, podendo estar sendo revisada essa decisão deve ser revisada a cada 90 dias, podendo ser prorrogado de acordo com a necessidade.

O artigo 312 do Código de Processo Penal, traz quando será decretada a prisão preventiva:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.^[7]

Como visto anteriormente, será decreta a prisão preventiva como uma garantia de ordem pública, o doutrinador Renato Brasileiro conceitua prisão preventiva da seguinte forma^[8]:

Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319). Na redação original do Código de Processo Penal, era possível se falar em uma prisão preventiva obrigatória e outra facultativa. Isso porque, embora o Código não usasse as referidas expressões, segundo a redação original do art. 312 do CPP, a prisão preventiva seria decretada nos crimes a que fosse cominada pena de reclusão por tempo igual ou

superior a dez anos. Logo, nessas hipóteses, tinha-se espécie de prisão preventiva obrigatória. A expressão prisão preventiva facultativa era usada em contraposição à preventiva compulsória, sendo cabível quando, além de prova da materialidade e indícios de autoria, estivessem presentes outros pressupostos. Com a extinção da prisão preventiva obrigatória pela Lei nº 5.349/67, que deu nova redação ao art. 312 do CPP, não há mais falar em prisão preventiva obrigatória nem facultativa.

O Código de Processo Penal dispõe que a prisão domiciliar preventiva é uma das alternativas que deve ser aplicada antes da sentença definitiva, devendo ser observados alguns requisitos necessários para ser aplicada a prisão preventiva domiciliar.

Aplica-se a preventiva domiciliar aqueles apenados que cumpram alguns requisitos como o idoso maior de 80 anos que se encontra em estado muito debilitado por motivo de doença grave, para aquele que é imprescindível aos cuidados especiais de menor de 6 anos ou com deficiência, homem ou mulher que se encaixa nesses requisitos caso seja o único responsável para os cuidados da criança que ainda não tenha 12 anos completos, para mulheres gestantes, ao analisar os seguintes requisitos o magistrado poderá decretar a prisão domiciliar preventiva.

Para Aury Lopes existe a possibilidade da substituição da prisão preventiva em domiciliar^[9]:

De acordo com a Lei n. 13.769, de 2018, foi estabelecida a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar (sem prejuízo da aplicação de outras medidas cautelares diversas previstas no art. 319) da gestante ou que for mãe ou responsável por criança ou pessoas com deficiência, através da inserção dos arts. 318-A e 318-B.

Como mencionado pelo doutrinador, existe a possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar (sem prejuízo da aplicação de outras medidas cautelares diversas previstas no art. 319).

O cumprimento da prisão preventiva em domiciliar servirá com detração na pena do apenado, ou seja, será descontado o tempo em que o mesmo se encontrou em sua residência.

Nesse mesmo pensamento Renato Brasileiro entende que^[10]:

Nada disse a Lei nº 12.403/11 quanto à detração nas hipóteses de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Em que pese o silêncio do legislador, entendemos que, funcionando a prisão domiciliar como modalidade de cumprimento de prisão preventiva, o desconto do tempo de cumprimento da medida em caso de condenação previsto no art. 42 do Código Penal é medida de rigor e adequada.

E para consolidar o entendimento do autor, o STJ já entendeu em seus julgados que será computado o tempo em que o apenado estiver em prisão domiciliar preventiva.

2.2 Prisão domiciliar como medida cautelar

A medida cautelar é imposta pelo magistrado impondo algumas regras ao indiciado com caráter de ser provisória, para que possa assegurar o andamento do processo é não sofra nenhum prejuízo, como também poderá o magistrado proibir o acusado de frequentar certos lugares, restrição de sair em determinados horários, contato pessoas que possa ter algum vínculo ao processo.

Acerca do tema Renato Brasileiro assim entende que^[11]:

Destarte, sempre que o magistrado verificar que a prisão domiciliar se mostra adequada ao caso concreto, revelando-se por demais gravosa a imposição da prisão preventiva, poderá impor a prisão domiciliar como medida cautelar autônoma. Nesse caso, não será necessária a observância das hipóteses do art. 318 do CPP. Basta que a prisão domiciliar seja adequada e suficiente para neutralizar os perigos indicados no art. 282, I, do CPP. Lado outro, caso o juiz constate que a prisão domiciliar não é suficiente para resguardar a eficácia do processo, deverá decretar a prisão preventiva, hipótese em que a prisão domiciliar só poderá ser concedida de maneira substitutiva, e desde que presentes os requisitos do art. 318 do CPP.

O artigo 319 do Código de Processo Penal ^[12]traz a respeito de medidas cautelares diversas da prisão, dentre elas está o inciso V que preceitua sobre o recolhimento domiciliar no período noturno.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

[...]

V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

Dessa forma, entende-se que poderá ocorrer o recolhimento domiciliar no período noturno, podendo, ser aplicada a ao apenado para que possa trabalhar durante o dia e recolher no período noturno e nos dias de folga em sua residência. Vale destacar que existem diferença entre prisão domiciliar e recolhimento domiciliar, como também a prisão domiciliar do Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal.

2.3 Diferenciações da Prisão Domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro

Existem diferenças entre os requisitos para a concessão da prisão domiciliar do art. 317 e 318 do Código de Processo Penal e os requisitos do artigo 117 da LEP. Verifica-se que os artigos do Código de Processo Penal cuidam da substituição da prisão preventiva para prisão domiciliar, já a LEP ela funciona como uma modalidade de prisão aberta.

A referida lei de execução penal ela tem algumas divergências com o Código de Processo Penal, no Código diz que a mulher pra obter essa concessão deverá ter o filho menor de 12 anos, outra controversa a respeito da idade para o idoso e que a pessoa terá que ser maior de 80 anos.

Já na lei execuções penais fala que basta apenas ser menor de idade não estipulando uma idade fixa já única exigência e que seja menor, e que o condenado tenha que ser maior de 70 anos.

Quanto essa diferenciação Renato Brasileiro Lima tem o seguinte entendimento^[13]:

Como se vê, enquanto os arts. 317 e 318 do CPP cuidam da substituição da prisão preventiva, espécie de prisão cautelar, pela prisão domiciliar, a prisão-albergue domiciliar prevista no art. 117 da LEP funciona como modalidade de prisão aberta, ou seja, hipótese de cumprimento de prisão penal de regime aberto em residência particular.

Desta forma, Renato Marcão faz a seguinte diferenciação dos institutos da prisão domiciliar do art. 117 da LEP e a prisão domiciliar do art. 317 e 318 do Código de Processo Penal^[14]:

Reconhecendo que a prisão-albergue não se confunde com a prisão domiciliar, a LEP declara, para evitar dúvidas, que o regime aberto

não admite a execução da pena em residência particular, salvo quando se tratar de condenado maior de setenta anos ou acometido de grave doença e de condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou, finalmente, de condenada gestante (art. 117). Trata-se, aí, de exceção plenamente justificada em face das condições pessoais do agente.

Outro ponto que é de suma relevância, é a diferença entre a prisão domiciliar do Código de Processo Penal e a medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno. Assim Paulo Rangel ensina é diferença entre os dois institutos^[15]:

A prisão domiciliar processual não se confunde com a medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno. Aqui (art. 317) o indivíduo está preso processualmente, isto é, existe um mandado de prisão em seu desfavor, mas que será cumprido em sua residência por preencher os requisitos exigidos na lei. No recolhimento domiciliar (art. 319, V) há uma medida também cautelar, mas que limita o *ius libertatis* do indivíduo apenas durante o repouso noturno e nos dias de folga, desde que tenha residência e trabalho fixos.

Diante o exposto conclui-se que existe diferença da prisão domiciliar do Código de Processo Penal da Lei de Execução Penal.

Também existe diferença no ordenamento jurídico em relação a prisão domiciliar como uma medida cautelar e o recolhimento domiciliar.

A prisão domiciliar como medida cautelar é quando o preso irá cumprir a pena na sua casa. Já o recolhimento prisional é quando o réu terá que cumprir a pena apenas no período noturno e nos dias em que estiver de folga.

Ademais, a respeito sobre essa diferenciação, Capez entende da seguinte forma:

Não se deve confundir prisão domiciliar com o recolhimento domiciliar noturno previsto no art. 319, V, do CPP. Este último consiste em medida cautelar alternativa diversa da prisão preventiva e pode ser aplicado a qualquer pessoa, mesmo não enquadrada nas hipóteses do art. 318 do CPP. A prisão domiciliar por sua vez, é a prisão preventiva cumprida no domicílio do agente, ou seja, o juiz verificou que nenhuma das medidas do 319 do Diploma Processual seria suficiente para garantir o juízo e decretou a medida excepcional da prisão preventiva.^[16]

Seguindo o mesmo entendimento de Capez quanto as diferenças relacionadas a prisão domiciliar e o recolhimento domiciliar, assim entende acerca dos assunto Nucci^[17]:

“Diferença da prisão domiciliar: a prisão prevista pelo art. 318 é fruto do cumprimento da preventiva, destinando-se a réus em situações excepcionais. Ademais, a prisão domiciliar abrange as 24 horas do dia, somente podendo o sujeito deixar a casa com autorização expressa e prévia do magistrado. O recolhimento domiciliar envolve apenas o período noturno e os dias de folga, voltando-se ao acusado que tenha residência e trabalho fixos. Quem é inserido em prisão domiciliar tem a preventiva decretada; quem se encontra em recolhimento domiciliar tem medida cautelar diversa da prisão imposta. O não cumprimento da prisão domiciliar importa em mera transferência do réu para o cárcere fechado; o não seguimento do recolhimento domiciliar implica, como última solução, a decretação da preventiva.”

Para aplicação de qualquer dos benefícios ao réu, tanto o recolhimento domiciliar, quanto a prisão domiciliar, caberá ao magistrado analisar caso a caso, para ver se o réu faz jus a um dos benefícios mencionados.

3 DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

Primeiramente vamos entender melhor o que vem ser direito objetivo e direito subjetivo, para poder responder se a prisão domiciliar é um direito objetivo ou subjetivo do acusado.

Entende-se que o direito subjetivo nada mais é do que a pretensão de exigir de alguém algo, ele é garantido pela existência do direito objetivo. No entanto, conforme Paulo Hamilton Siqueira Jr^[18]:

O direito objetivo é a norma jurídica (*norma agendi*). O direito subjetivo é a faculdade do titular da norma. É o próprio direito faculdade (*facultas agendi*). O direito subjetivo é o reconhecimento pelo direito objetivo de um interesse, seja ele qual for. O direito subjetivo é a faculdade, a prerrogativa concedida pelo direito objetivo. A expressão direito subjetivo se explica e se justifica, porque o direito nessa acepção é realmente um poder do sujeito. É uma faculdade reconhecida ao sujeito ou titular do direito. É a possibilidade de agir.

Aprofundando mais sobre a questão do que vem ser o direito subjetivo e objetivo, o doutrinador Bruno Miragem tem o seguinte entendimento a respeito do tema e ensina que^[19]:

“Assim é que o direito subjetivo sempre terá seu conceito estabelecido segundo condições definidas pela norma jurídica, não apenas como uma condição formal, senão também como conceito substancial, de modo que não se deve compreender sua noção dissociada do sistema jurídico em que se estabeleça. Tanto assim é que quando se identifique o exercício de um direito em desacordo a condições ou limites que o próprio sistema jurídico lhe determine, se estará a agir contra o direito (ou seja, de modo antijurídico), conforme será visto adiante quando for examinada a categoria do abuso do direito e sua identificação com a ilicitude (art. 187 do Código Civil). Nestes termos, pode-se definir direito subjetivo como resultante de previsão normativa que outorga ao seu titular prerrogativa para fazer respeitar ou exigir de outra pessoa um comportamento determinado, seja ele uma atuação positiva ou uma abstenção, cuja violação faz nascer a pretensão de exigir coercitivamente sua realização, ou ainda o de ter reparados ou compensados os efeitos que dela decorram.”

Como mencionado pelo ilustríssimo autor e com uma explicação esclarecedora, pode-se dizer que o direito subjetivo terá seu conceito estabelecido por algumas definições pela norma jurídica.

E após a diferenciação entre direito objetivo e subjetivo, entende-se que a corrente majoritária considera que a prisão domiciliar é uma faculdade do magistrado e não um direito subjetivo do condenado.

Diante dessa divergência doutrinária e jurisprudencial, dessa maneira esclarece sobre ser uma faculdade do juiz em conceder a prisão domiciliar do sentenciado, como também levantar informações importantes sobre esse tema ao analisar os requisitos dos artigos 318 e 318-A do Código de Processo Penal e os precedentes dos Tribunais Superiores.

4 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS ARTIGOS 318 E 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A prisão domiciliar é uma substituição de pena, onde o réu que se encontra em estabelecimento carcerário poderá passar a cumprir a pena em seu domicílio de maneira restrita, de modo que dela não poderá sair sem a devida autorização judicial.

O agente para fazer jus a prisão domiciliar deverá ser encaixar nos requisitos exigidos pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, devendo ele apresentar prova válida ao magistrado, que comprove que realmente ele se enquadra em algum requisito que é exigido no nosso Ordenamento jurídico, diante da comprovação do agente que ele realmente se enquadre na condição exigida, ficando critério do juiz de execução para avaliar se ira da essa concessão ao réu.

Porém o art. 318 do CPP, traz os requisitos de admissibilidade para a concessão da prisão domiciliar, que são:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.^[20]

Ressalta-se a questão do inc. I, uma vez que vai além do estatuto do idoso, visto que, tutela maior de 80 anos, e não traz tanta periculosidade, a respeito disso, Nucci preleciona^[21]:

Maiores de 80 anos: foge-se à regra do Estatuto do Idoso, tutelando o maior de 60, bem como à idade-padrão do Código Penal e da Lei de Execução Penal para benefícios (70 anos). Melhor assim, pois a prisão preventiva é instituto rigoroso, particular e excepcional, razão pela qual não deve ser vulgarizado; muito menos a prisão domiciliar. Portanto, quem atinge 80 anos, em tese, já não representa tanto perigo à sociedade, mesmo quando ligado ao crime.

Destaca-se o art. 318-A que incluiu a substituição da prisão preventiva da gestante, mulher com filho de até 12 anos incompletos e homem, quando for o único responsável, por prisão domiciliar, dessa maneira Aury Lopes Jr. explana acerca do assunto[22]:

A Lei n. 13.257/2016 ampliou o rol de cabimento da substituição para incluir as situações de gestante, mulher com filho de até 12 anos incompletos e homem, quando for o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos incompletos. A tutela aqui está voltada para os cuidados que a criança exige e, no caso da gestante, da qualidade de vida dela e do feto. Não mais exige o dispositivo legal que a gestação seja de alto risco ou que esteja com mais de 7 meses. Basta a comprovação da gravidez para a substituição ser concedida. Trata-se de proteção de caráter humanitário e, em todos os casos, plenamente justificada, bastando a comprovação idônea da situação descrita no dispositivo legal.

Quanto a questão da prisão domiciliar da gestante, Guilherme Nucci, entende que[23]:

“Logo, se o próprio ECA (e outras leis) estabelece deva o poder público cuidar de manter, nos presídios, lugar apropriado para amamentação e outros cuidados, significa mais prudência, caso a prisão preventiva seja indispensável, manter a mulher presa, seja gestante ou não. Note-se que o caput do art. 318 faculta ao juiz essa opção, logo, não se trata de direito subjetivo da ré gestante ficar em recolhimento domiciliar.”

Mesmo diante dos casos previstos nos arts. 318 e 318-A do Código de Processo penal, é importante ressaltar que, ainda que o acusado tenha algum dos requisitos do referido artigo, caberá ao juiz verificar caso a caso.

Nesse mesmo entendimento, trazemos as palavras de Nucci, sobre ser uma faculdade do juiz para conceder o benefício da prisão domiciliar ao acusado[24]:

a prisão domiciliar constitui faculdade do juiz – e não direito subjetivo do acusado. Por óbvio, não significa que a sua concessão se submete ao capricho do magistrado, algo afrontoso à legalidade. Se o sujeito, cuja preventiva é decretada, preenche alguma das hipóteses do art. 318 do CPP, havendo oportunidade, merecimento e conveniência, o juiz pode inseri-lo em prisão domiciliar. Não haveria sentido, por exemplo, em ser o magistrado obrigado a colocar em domicílio o perigoso chefe de uma organização criminosa somente porque completou 80 anos.

Também entende-se que, além desses requisitos, podem existir outros requisitos que levem ao réu cumprir a penal em domicílio, como no caso em que não houver vaga para o recolhimento do preso no estabelecimento prisional.

Ressalta-se que, não é porque o apenado tenha algum dos requisitos mencionados, que ele fara jus ao benefício, lembrando que caberá ao magistrado da execução penal para analisar, cada caso, para sim verificar a possibilidade da concessão do benefício. Em algumas ocasiões o preso tem algum dos requisitos, porém é de alta periculosidade, ou já cometeu alguma falta grave no recolhimento prisional.

Desta forma considera-se que a prisão domiciliar é uma faculdade do julgador e não um direito subjetivo do preso. Para essa concessão o juiz poderá existir provas que o réu realmente se encaixa nos requisitos dos artigos 318 e 318-A, depois de apresentada a prova ao juiz caberá a ele avaliar se irá conceder esse benefício da substituição da prisão ao réu e lembrando que o juiz não tem a obrigação de conceder o benefício ao apenado.

5 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado acerca do assunto^[25]:

[...] Ademais, segundo informações constantes nos autos, a indiciada reside sozinha, não sendo feita uma única menção de que haveria uma criança no local sob os seus cuidados, ficando, assim, demonstrado que já estava afastada do filho quando veio a esta cidade. No mais, ressalto que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não se trata de providência de caráter obrigatório, mas sim, é uma faculdade do juiz. Dessa forma, a prisão domiciliar não constitui direito absoluto da flagrada ou indiciada, devendo ser concedida somente quando preenchida alguma das condições do referido art. 318 e quando o juiz verificar que a substituição não será prejudicial ao andamento do processo, à aplicação da lei penal ou à

coleta da prova, atentando, ainda, para as condições subjetivas do agente. Assim, em que pese a decisão que concedeu HC Coletivo nº 143.641/SP para substituir a prisão preventiva pela domiciliar a todas as gestantes ou mães de crianças até 12 anos e deficientes, exceto nos casos de crimes praticados pelas mulheres mediante violência ou grave ameaça, ou contra seus filhos, entendo que a sua aplicação deve ser avaliada caso a caso, sendo que, na espécie, trata-se de fato grave, envolvendo a apreensão de expressiva quantidade de droga, reclamando a manutenção da custódia cautelar, como garantia da ordem pública. Diante desse contexto, o Relator da ação originária não verificou a existência de flagrante ilegalidade, razão pela qual indeferiu a liminar (e-STJ fl. 19). Com efeito, verifica-se que o decisum não apresenta manifesta ilegalidade que justifique a superação do enunciado sumular. Com efeito, a questão posta em exame demanda averiguação mais profunda pelo Tribunal estadual, no momento adequado. Entendo, portanto, não ser o caso de superação do enunciado 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

No ano de 2020 iniciou-se a pandemia do Covid-19, que em um primeiro momento tinha-se a certeza que seria rápida, porém não foi o que aconteceu, diante desse fato inesperado que acabou pegando o mundo despreparado em relação a questão sanitária, criou-se a recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, aos Tribunais e magistrados para a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Assim, tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

[...] Quanto à análise do pleito de prisão domiciliar sob a perspectiva da Covid-19, de acordo com as instâncias anteriores “a pretensão de prisão domiciliar, ou mesmo a antecipação da progressão para o regime aberto, deve ser analisada, em primeiro lugar, pelo Juízo da Execução, que poderá avaliar se a unidade prisional onde o paciente cumprirá a pena que lhe foi imposta realmente não tem condições de assisti-lo adequadamente, pelo frágil estado de saúde”. Nesse contexto, descabe a invocação da Recomendação 62 do CNJ para alcançar o benefício da prisão domiciliar. Não está comprovada a situação de vulnerabilidade concreta e atual do paciente e inexistentes indicativos de negligência de medidas mitigadoras/preventivas quanto à disseminação do vírus por parte do estabelecimento prisional a que será recolhido para cumprimento de sua pena, porquanto a condição de foragido do paciente impede que se tenham tais informações. De outro lado, a mencionada

Recomendação não sinaliza para a imediata revogação ou substituição das prisões cautelares e das prisões-pena, apenas concita os magistrados a adotarem ações contra a disseminação da pandemia do novo coronavírus, sem prescindir, contudo, da análise individualizada -, ou seja, em cima de casos concretos - sobre situações particularizadas de prisão provisória ou de execução penal (artigo 4º). Nesse espectro, '[a] crise sanitária decorrente do novo coronavírus é insuficiente a autorizar o recolhimento em domicílio' (HC 183.140/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, j. 15.6.2020); 'a referida Resolução não recomenda a automática conversão da prisão preventiva em domiciliar. Devem ser tidos em conta, entre outros fatores, a situação pessoal do preso, o crime de que é acusado, a situação do estabelecimento prisional etc.' (Ext 1.270, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, DJe 29.5.2020). Ante o exposto, nego seguimento ao presente habeas corpus (art. 21, § 1º, do RISTF).[26]

Diante do exposto, verificar-se, que mesmo o preso tenha preenchido alguns dos critérios estabelecidos pelo art. 318 e 318-A do Código de Processo Penal e mesmo no período pandêmico caberá ao juiz da execução analisar cada caso concreto, para ver se caberá a substituição da pena em estabelecimento prisional para a prisão domiciliar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da prisão domiciliar introduzido pela lei 12.403/2011, que teve o intuito de alterar o Código de Processo Penal que foi criado no ano de 1941, o estudo do respectivo tema e de suma importância, uma vez que existe divergência entre os tribunais.

Conclui-se que no artigo 318 e 318-A do Código de Processo Penal, a prisão domiciliar consiste na detenção de alguém em sua residência. Antes da criação da lei nº 7.210/1984 a prisão domiciliar não passava uma certa credibilidade para população, uma vez que, aplicava-se em casos em que não existia casa de albergado.

Avalia-se que são vários critérios legais para que seja concedido a prisão domiciliar ao agente que está em prisão preventiva, como por exemplo, ser maior de 80 (oitenta) anos, tal critérios limita o acesso da concessão da prisão domiciliar.

Existe a prisão domiciliar preventiva que é uma alternativa que deve ser aplicada antes da sentença, como mencionada anteriormente sempre analisando os, critérios dos artigos 318 e 318-A.

Por fim considera-se a prisão domiciliar como medida cautelar, conforme previsto no art. 319 inciso V do Código de Processo Penal, que estabelece o recolhimento domiciliar no período noturno. Conforme pesquisa jurisprudencial e doutrinária acerca do instituto, verificou-se que a prisão domiciliar é uma faculdade dada ao juiz, podendo ele aplicar ao agente que se encontra em algum estabelecimento prisional e não um direito subjetivo do acusado, ressalta-se que, mesmo que o agente se enquadre nos critérios estabelecidos pelos artigos já mencionados, e caberá ao juiz verificar caso a caso.

Ante o exposto, comprovou-se com base nos artigos 318 e 318-A do Código de Processo Penal a substituição da prisão preventiva para prisão domiciliar, também se reconheceu o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores acerca da conversão da prisão preventiva para prisão domiciliar como uma faculdade do juiz.

Ademais, os Tribunais superiores entendem conforme a recomendação 62/2020, a possibilidade a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, ou seja, a concessão do benefício da prisão domiciliar.

REFERÊNCIAS

- MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade**. 3. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.
- SEIKE, Edson Koshiro. **Prisão domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro: sua origem e implementação na atualidade**. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54336/priso-domiciliar-no-ordenamento-juridico-brasileiro-sua-origem-e-implementao-na-atualidade>>. Acesso em: 12 Out. 2021.
- Assessoria de Comunicação Social – ACS- TJ-DF. **Regime aberto em prisão domiciliar**. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/regime-aberto-em-prisao-domiciliar>>. Acesso em: 18 Out. 2021.
- LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8ª ed. Salvador: JusPODVIM, 2020.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SIQUEIRA Jr, Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. **Lei Nº 7.210, DE 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 654556 - RS**. Impetrante: Giulia Natacha Dos Santos Speroni e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça Do Estado do Rio Grande Do Sul. Relator(a) Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 26/03/2021.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1200824557/habeas-corpus-hc-654556-rs-2021-0087667-0/decisao-monocratica-1200824568>. Acesso em 20 de set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 190.760 - SP**. Impt. Maria Rita de Jesus Alves Garcia. Pacte: Benedito Garcia. Relator(a) Ministra Rosa Weber, julgado em 26/03/2021.

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1187831420/habeas-corpus-hc-190706-sp-0101796-4720201000000/inteiro-teor-1187831425>. Acesso em 20 de set. 2021.

NOTAS:

[1] Mestre. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: valdivino.santos@unest.edu.br

[2] SEIKE, Edson Koshiro. **Prisão domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro: sua origem e implementação na atualidade**. Disponível em: < <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54336/priso-domiciliar-no-ordenamento-jurdico-brasileiro-sua-origem-e-implementao-na-atualidade>>. Acesso em: 12 Out. 2021.

[3] BRASIL. **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

[4] Assessoria de Comunicação Social – ACS- TJ-DF. **Regime aberto em prisão domiciliar**. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas->

e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/regime-aberto-em-prisao-domiciliar>. Acesso em: 18 Out. 2021.

[5] MESSA, Ana Flávia. **Prisão e Liberdade**. 3. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 308.

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 1186.

[7] BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

[8] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal. Volume único**. 8. ed. Salvador: JusPodivm. 2020, p. 1054.

[9] LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 808.

[10] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8ª ed. Salvador: JusPODVIM, 2020, p. 1131.

[11] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8ª ed. Salvador: JusPODVIM, 2020, p. 1131.

[12] BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

[13] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8ª ed. Salvador: JusPODVIM, 2020, p. 1124.

[14] MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 318.

[15] RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 803.

[16] CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 682.

[17] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 1203.

[18] SIQUEIRA Jr, Paulo Hamilton. **Teoria do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 47.

[19] MIRAGEM, Bruno. **Teoria Geral do Direito Civil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 126.

[20] BRASIL. **Decreto-Lei N° 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 set. 2021.

[21] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 1188.

[22] LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 808.

[23] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 1192.

[24] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020, p. 1186.

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 654556 - RS**. Impetrante: Giulia Natacha Dos Santos Speroni e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça Do Estado do Rio Grande Do Sul. Relator(a) Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 26/03/2021. <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1200824557/habeas-corpus-hc-654556-rs-2021-0087667-0/decisao-monocratica-1200824568>. Acesso em 20 de set 2021.

[26] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 190.760 - SP**. Impt. Maria Rita de Jesus Alves Garcia. Pacte: Benedito Garcia. Relator(a) Ministra Rosa Weber, julgado em 26/03/2021. <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1187831420/habeas-corpus-hc-190706-sp-0101796-4720201000000/inteiro-teor-1187831425>. Acesso em 20 de set. 2021.

A CONSTITUIÇÃO NO DIVÃ: A ORIGEM DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL À LUZ DA PSICOLOGIA DAS MASSAS

ANDRÉ JALES FALCÃO SILVA: advogado (OAB: 29.591). Possui Licenciatura em Sociologia pós-graduação em Psicanálise Clínica pela Faculdade Iguazu (PR). É Professor no Ensino Médio das disciplinas correlatas ao eixo das Ciências Humanas e Sociais Aplicadas. (PR).¹³⁴

Resumo: Este artigo promove uma análise interdisciplinar da formação e legitimação do poder estatal, entrelaçando filosofia, política e psicologia. Da antiguidade à contemporaneidade, a evolução dessas dinâmicas é explorada, destacando a transição das bases mitológicas para as contribuições de pensadores modernos como Hobbes e Weber. Integrando a obra de Freud, analisamos os mecanismos psíquicos em regimes autoritários, populistas e paternalistas, aplicando-os à formação do Estado. A identificação narcísica e a participação ativa dos cidadãos na democracia emergem como elementos-chave para a coesão social e a legitimidade do poder estatal. Este estudo interdisciplinar oferece uma visão abrangente das complexas relações entre indivíduo, coletividade e Estado, contribuindo para uma compreensão mais completa das questões contemporâneas.

Palavras-chave: **Direito Constitucional**, Filosofia do Direito, Teoria do Estado, Legitimidade do Poder Estatal, Psicanálise, Psicologia das Massas.

Abstract: This article promotes an interdisciplinary analysis of the formation and legitimation of state power, intertwining philosophy, politics, and psychology. From antiquity to the present day, the evolution of these dynamics is explored, emphasizing the transition from mythological foundations to the contributions of modern thinkers such as Hobbes and Weber. By incorporating Freud's work, we examine psychic mechanisms in authoritarian, populist, and paternalistic regimes, applying them to state formation. Narcissistic identification and active citizen participation in democracy emerge as key elements for social cohesion and the legitimacy of state power. This interdisciplinary study provides a comprehensive perspective on the intricate relationships among individuals, communities, and the state, contributing to a fuller understanding of contemporary issues.

¹³⁴<http://lattes.cnpq.br/5280365697241990> - E-mail ajfalcao@gmail.com

Keywords: Philosophy of Law, State Theory, Legitimacy of State Power, Psychoanalysis, Mass Psychology.

Sumário: 1 - TEORIA DA LEGITIMIDADE DO ESTADO; 2 – REFLEXÕES SOBRE A PSICOLOGIA DAS MASSAS; 3 - A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA FREUDIANA

INTRODUÇÃO

No cenário da formação e legitimação dos Estados ao longo da história, as raízes ideológicas e as dinâmicas sociais desempenharam papéis cruciais. Desde os primórdios, a legitimidade do poder estatal esteve intrinsecamente vinculada à compreensão coletiva de valores, normas e à figura central do líder.

De início, o intento inicial do presente trabalho foi estabelecer um diálogo entre a vasta obra do constitucionalista Paulo Bonavides com a intrigante obra de Sigmund Freud, especialmente no que ambos autores lecionam sobre a legitimidade da Constituição, das leis e do Poder Estatal associados a manifestação das subjetividades no coletivo.

Todavia, constatou-se que uma análise acadêmica desta natureza demanda compreender a evolução das concepções basilares de Legitimidade do Poder Estatal, sendo imprescindível retomar, na obra de Bonavides, desde a antiguidade, onde mitos e conquistas territoriais eram fundamentais, até o advento da sofística na Grécia antiga, e posteriormente, na influência marcante de pensadores como Sócrates, Platão, Aristóteles, Hobbes e Weber.

Com este robusto *background* teórico, no primeiro tópico delinea a transição do poder constituinte fundamentado em mitos para uma abordagem mais ética e filosófica, especialmente sob a influência de Sócrates, que defendia a busca pela verdade e conhecimento como fundamentos para a justiça. A legitimação das leis, sob essa ótica, tornou-se intrinsecamente ligada à ética e ao conhecimento. A análise se estende à modernidade, com Hobbes e Weber, destacando como o contrato social e a legalidade racional moldam a aceitação das leis nos Estados contemporâneos.

Diz-se por aí que Freud tudo explica. Com a manifestação das subjetividades coletivas debaixo das normas tácitas e expressas do Estado não seria diferente. Nessa toada, o segundo tópico direciona o foco para a "Psicologia das Massas e a Análise do Eu" de Freud, explorando como as dinâmicas coletivas influenciam regimes autoritários, populistas e paternalistas. A identificação narcísica, a manipulação emocional e a busca por lideranças paternalistas são examinadas em profundidade. A obra de Freud é então expandida para compreender não apenas regimes específicos, mas também a formação e legitimação do Estado em sua totalidade.

Na parte final, a obra de Freud é transposta para a esfera democrática, destacando a participação ativa dos cidadãos na formação do Estado e na legitimidade do poder. A identificação com valores e lideranças políticas é considerada crucial, refletindo na coesão social e na aceitação voluntária das leis e da constituição. A psicologia das massas emerge como uma ferramenta multifacetada, proporcionando uma compreensão mais profunda das complexas relações entre o indivíduo, a coletividade e o Estado em sociedades democráticas contemporâneas.

Este artigo busca, portanto, promover uma análise crítica e abrangente das dinâmicas que permeiam a formação e a legitimação do poder estatal, integrando aspectos filosóficos, políticos e psicológicos.

Contrariando aquela academia engessada pelas normas de metodologias, preferimos dizer o que compreendemos a partir da revisão bibliográfica ao invés de nos limitar a comentar citações. De certo, lançamos mão desse recurso pontualmente, em casos indispensáveis, para fundamentar, complementar e enriquecer o texto.

Ao examinar a evolução dessas dinâmicas ao longo do tempo, almejamos lançar luz sobre os fundamentos que sustentam a legitimidade do poder estatal nas sociedades contemporâneas.

1 - TEORIA DA LEGITIMIDADE DO ESTADO

Na antiguidade, a formação dos Estados estava muitas vezes vinculada a conquistas territoriais e ao estabelecimento de sistemas políticos que buscavam assegurar a estabilidade e a ordem. Nesse contexto, o poder constituinte emergia frequentemente de líderes carismáticos ou de assembleias que representavam diferentes estratos sociais. No entanto, a legitimidade desses Estados era muitas vezes fundamentada em concepções mitológicas, como o direito divino dos reis.

O advento da sofística na Grécia antiga trouxe uma mudança paradigmática na compreensão do Direito e do Estado. Insta esclarecer que deve-se

Considerar os sofistas ramo orgânico da evolução filosófica, como fazem habitualmente nossos compêndios de história filosófica grega, foi sempre algo estranho e ambíguo, posto que tradicional e tácito. (Jeager, 1954 p.337)

Assim, os sofistas questionaram as bases tradicionais da moral e do direito, propondo uma abordagem mais relativista e pragmática. Protágoras, por exemplo, afirmava que "o homem é a medida de todas as coisas", destacando a subjetividade inerente às normas e valores.

Sócrates, (BONAVIDES, 2004), por sua vez, desenvolveu uma abordagem ética e filosófica que influenciaria profundamente o pensamento jurídico. Contrariamente aos sofistas, Sócrates buscava uma verdade objetiva e universal nas questões morais. Sua compreensão filosófica do Direito fundamentava-se na ideia de que a justiça não poderia ser separada do conhecimento. Sócrates defendia a importância da virtude e do conhecimento para uma sociedade justa, questionando e dialogando para conduzir as pessoas à reflexão sobre suas próprias crenças e valores.

A legitimidade das leis (BONAVIDES, 2004), sob a influência de Sócrates, tornou-se intrinsecamente ligada à justiça e ao conhecimento. Sua abordagem ética influenciou pensadores posteriores, como Platão, que desenvolveu teorias sobre a formação de um Estado ideal e a necessidade de governantes filósofos. Aristóteles, discípulo de Platão, propôs a ideia de que a legitimidade política deveria ser fundamentada na busca do bem comum.

Assim, a evolução do pensamento desde a Idade da Sofística até Sócrates moldou concepções mais profundas sobre a legitimidade das leis. (JEAGER, 1954) A busca pela verdade, virtude e conhecimento influenciou a filosofia do Direito, promovendo a ideia de que as leis deveriam refletir princípios éticos universais para serem legitimadas. Este legado filosófico continua a desempenhar um papel crucial na compreensão contemporânea da legitimidade das leis e na construção de Estados baseados em princípios éticos e morais sólidos.

A legitimidade das leis é um conceito crucial para a compreensão da ordem social e política em uma sociedade. Nesse sentido, Bonavides (2004, p.327) leciona:

A legitimidade se subsumira por inteiro na legalidade, por inteiro, na legalidade, de sorte que ultrapassa a sociedade feudal e vencido o poder de realeza absoluta, já não havia lugar desde o Estado Liberal para o jusnaturalista primeiro grau, cujas funções, concluída a tarefa institucionalizadora, expira após a queda do sistema onde o poder não se limitava e onde o homem, pelo aspecto político, não era sujeito mas coisa, e não se alçado à cidadania se conservava súdito, ou seja, não se pudera afirmar como agente governante ou partícipe na formação da vontade estatal.

Assim, sendo para Bonavides (2004, p.326) a legitimidade “um problema de consenso”, pode-se entender que legitimidade se fundamenta na institucionalização de uma aceitação manifesta na subjetividade coletiva ao reconhecimento da autoridade das leis por parte dos cidadãos. Em outras palavras, uma lei é considerada legítima quando é

percebida como justa, equitativa e em conformidade com os valores e normas compartilhados pela comunidade.

No contexto da filosofia política, o pensamento de Thomas Hobbes, expresso em sua obra "Leviatã", é relevante para a discussão sobre a legitimidade das leis. Hobbes argumenta que a legitimidade das leis e do poder estatal decorre do contrato social, no qual os indivíduos abdicam de parte de sua liberdade em troca de segurança e ordem proporcionadas pelo Estado soberano, o "espinhoso tema da legitimidade do poder político abrange uma literatura diminuta" nesse sentido, é baseada no consentimento dos governados em obedecer às leis em prol da preservação da paz e da estabilidade social, sendo que esse tema corriqueiramente retorna a mente dos legisladores, políticos e pensadores sociais (Bonavides, 2006, p.129-131).

Max Weber, sociólogo alemão, também contribuiu para a compreensão da legitimidade das leis em sua obra "Economia e Sociedade" nos trouxe à ciência política um viés sociológico. Weber distingue três tipos de legitimidade: tradicional, carismática e legal-racional (Bonavides, 2006, p.126). No contexto do Estado moderno, a legitimidade legal-racional é de particular importância. Ela se baseia na crença na legalidade das normas e instituições, ou seja, as leis são consideradas legítimas porque foram estabelecidas de acordo com procedimentos formais e racionais.

Weber argumenta que a burocracia moderna é um componente essencial para a legitimidade legal-racional, uma vez que ela assegura a aplicação consistente das leis (Bonavides, 2006). A racionalidade burocrática e a legalidade são fundamentais para a aceitação generalizada das leis e do poder estatal, conferindo-lhes legitimidade aos olhos dos cidadãos.

Ambas as obras, "Leviatã" de Hobbes e os escritos de Weber, destacam a importância do consentimento e da racionalidade na legitimação do poder estatal e de suas leis (Bonavides, 2006). Enquanto Hobbes enfatiza o contrato social e a segurança como fundamentos da legitimidade, Weber destaca a legalidade racional e a burocracia como elementos essenciais para a aceitação das leis por parte da sociedade. Em conjunto, essas perspectivas oferecem insights valiosos sobre a complexa questão da legitimidade das leis em contextos políticos diversos.

O Estado, entidade soberana que detém autoridade sobre um território e sua população, é conceituado por meio de três elementos fundamentais: Povo, Território e Poder. Esses elementos, interligados e interdependentes, formam a estrutura básica que constitui as bases do ordenamento jurídico de uma nação.

O povo é a base humana do Estado, representando a coletividade que compartilha laços históricos, culturais e sociais dentro de um território específico. A população de um

Estado não é apenas um aglomerado de indivíduos, mas sim uma comunidade que compartilha uma identidade comum, moldada por valores, tradições e aspirações. O povo é, portanto, o titular dos direitos e deveres que regem a convivência dentro do Estado, sendo parte integrante e ativa na construção do destino coletivo.

O território representa o espaço geográfico sobre o qual o Estado exerce sua soberania. Ele não é apenas uma delimitação física, mas também inclui os recursos naturais e as fronteiras que definem a extensão do controle estatal. O território é um componente vital para a identidade de um Estado, sendo palco das interações sociais, econômicas e políticas que moldam a vida de sua população (Bonavides, 2006). A delimitação territorial é fundamental para a organização e gestão da sociedade, estabelecendo as bases para o exercício do poder e a promoção do bem-estar comum.

O poder é a capacidade do Estado de impor sua vontade e exercer controle sobre seu território e população. Esse elemento é a manifestação prática da soberania estatal, envolvendo a criação e aplicação das leis, a administração da justiça, a defesa da ordem e a promoção do bem-estar coletivo. O poder estatal é exercido por meio das instituições governamentais, que representam a autoridade legítima responsável por tomar decisões em nome da sociedade.

Para encerrar, Paulo Bonavides (2006), destaca a nação como um elemento subjetivo materializado pela unidade de território, costumes e língua, indo além da mera identificação jurídica, sendo a nação é formada por um grupo de pessoas que compartilham laços históricos, culturais e afetivos, unidos por uma consciência de pertencimento a uma mesma comunidade. A Repisa-se que nação é uma construção genuinamente subjetiva Paulo Bonavides (2004), que se manifesta na solidariedade, na consciência de uma herança comum e na busca por um destino coletivo.

Essa é uma breve síntese do que o constitucionalista Paulo Bonavides traz obra acerca da Legitimidade do Poder Estatal. Conforme se vê, o Jurista não ousa nos indicar de forma contundente e assertiva sobre a gênese da legitimidade do poder estatal, mas nos lança valiosas pistas, a partir de uma visão holística composta por suas lições de Filosofia, Sociologia, História, Ciência Política e Direito Constitucional.

Em suma, os elementos do Estado - Povo, Território e Poder - formam a base estrutural que define a existência de uma entidade soberana. A compreensão desses elementos é crucial para a análise e a compreensão das dinâmicas políticas, sociais e culturais que moldam a vida em uma nação.

2 – REFLEXÕES SOBRE A PSICOLOGIA DAS MASSAS

"Psicologia das Massas e a Análise do Eu", obra seminal de Sigmund Freud, lançada em 1921, oferece uma profunda incursão nas complexas dinâmicas que regem o comportamento coletivo. O autor, ao explorar os mecanismos psíquicos subjacentes à formação de grupos, busca compreender como as massas se configuram e, conseqüentemente, como influenciam a psique individual. Freud ressalta:

[...] primeiro, a identificação é a mais primordial forma de ligação afetiva a um objeto; segundo, por via regressiva ela se torna o substituto para uma ligação objetual libidinosa, como que através da introjeção do objeto no Eu; terceiro, ela pode surgir a qualquer nova percepção de algo em comum com uma pessoa que não é objeto dos instintos sexuais (FREUD, 1921, p.65).

Freud discute a noção de uma mente coletiva que emerge quando os indivíduos se unem em um grupo, destacando a tendência das massas à identificação com uma figura líder. Esse fenômeno, conhecido como 'identificação narcísica', sugere que as massas buscam uma figura que personifique seus anseios e desejos reprimidos, conferindo-lhes uma sensação de poder e pertencimento. Mas afinal, o que são as massas? Freud descreve as massas com as seguintes características:

A massa é extraordinariamente influenciável e crédula; é acrítica, o improvável não existe para ela. Ela pensa por imagens que se evocam umas às outras associativamente, tal como elas se apresentam ao indivíduo durante os estados de livre fantasiar [freien Phantasierens], e que não são medidas por nenhuma instância racional no que diz respeito à conformidade com a realidade. Os sentimentos da massa são sempre muito simples e muito exagerados. A massa não conhece, portanto, nem a dúvida nem a incerteza (Freud, 1921, p. 114-115).

E adiciona que:

Ela chega muito rapidamente a extremos; uma vez enunciada uma suspeita, esta se transforma para ela, de imediato, em certeza irrefutável; um germen de antipatia torna-se ódio selvagem. Inclinação ela mesma a todos os extremos, a massa também só é excitada por estímulos desmedidos. Quem quiser influenciá-la não necessita de nenhuma dimensão lógica em seus argumentos; ele tem de pintar as imagens mais fortes, exagerar e repetir sempre a mesma coisa. Como a massa não tem dúvidas sobre o que é verdadeiro ou falso, e ao mesmo tempo tem consciência de sua grande força, ela é tanto intolerante quanto crente na autoridade.

Ela respeita a força e só se deixa influenciar moderadamente pela bondade, que, para ela, significa uma espécie de fraqueza. O que ela exige de seus heróis é a força, até mesmo a violência. Ela quer ser dominada e reprimida e temer seu mestre. No fundo inteiramente conservadora, ela tem uma profunda aversão por todas as inovações e progressos e um respeito ilimitado pela tradição. (Freud, 1921, p. 115)

Freud destaca a tendência das massas à identificação narcísica, em que os indivíduos buscam uma figura líder que personifique seus anseios e desejos reprimidos. Há, na teoria freudiana, uma curiosa relação entre dois elementos cruciais na conjuntura da massa, sendo eles o amor e o ódio. Dessa forma, Para a manutenção de um espírito de união na massa, é essencial que exista um escoamento do ódio. Essa constatação levou Freud a desenvolver em sua teoria o que denominou como narcisismo das pequenas diferenças.

Não deve ser menosprezada a vantagem de um círculo cultural mais restrito, a de permitir à pulsão encontrar uma saída na hostilização daqueles que se acham fora dele. Sempre é possível ligar um grande número de pessoas pelo amor, desde que restem outras para que se exteriorize a agressividade. Uma vez, ocupei-me com o fenômeno de que justamente comunidades vizinhas e até próximas umas das outras em outros aspectos atacam-se e ridicularizam--se, como os espanhóis e os portugueses, os alemães do norte e os do sul, os ingleses e os escoceses etc. Dei a esse fenômeno o nome de "narcisismo das pequenas diferenças" [...] Passamos a reconhecer nele uma satisfação conveniente e relativamente inofensiva da tendência à agressão, através da qual é facilitada a coesão dos membros da comunidade. (Freud, 1930, p. 292).

Essa identificação pode ser relacionada à formação do Estado, onde a figura do líder ou as ideias do Estado tornam-se pontos de identificação para a população.

Eis aqui o que acreditamos ser a chave da legitimidade do poder estatal, materializado na força que sustenta a Constituição de um Estado: O elo afetivo, libidinoso, narcísico constituído por relações de amor e ódio entre líderes e liderados no qual a coletividade encontra a oportunidade para escoar o ódio de cicatrizes passadas e proteger de medos presentes e futuros. Senão, vejamos:

A tal “Psicologia das Massas” corresponde a soma da reprodução da psicologia individual aplicado em um contexto macro, conforme aqui Freud leciona:

Na vida psíquica do indivíduo, o outro é, via de regra, considerado como modelo, como objeto, como auxiliar e como adversário, e por isso a psicologia individual é também, de início, simultaneamente psicologia social, nesse sentido ampliado, mas inteiramente legítimo. A relação do indivíduo com seus pais e com seus irmãos e irmãs, com seu objeto de amor, com seu professor e com seu médico, logo, todas as relações que foram até agora objeto privilegiado da investigação psicanalítica, podem reivindicar ser consideradas fenômenos sociais [...] (FREUD, 1921, p. 137)

O líder do Estado pode ser visto como uma projeção dos desejos coletivos, contribuindo para a coesão social. A análise de Freud é particularmente relevante ao examinar regimes totalitários e populistas. Nos regimes autoritários, a identificação narcísica pode levar à devoção cega, fortalecendo dinâmicas de poder centralizado. Líderes populistas podem manipular as emoções coletivas para consolidar seu poder, conectando-se diretamente às aspirações e frustrações das massas. Essa dinâmica influencia a forma como as leis são formuladas e aplicadas.

Esta análise freudiana torna-se particularmente relevante ao se examinar regimes totalitários. Nos contextos autoritários, a psicologia das massas é muitas vezes explorada para explicar a submissão generalizada a líderes carismáticos, onde a identificação narcísica se converte em devoção cega, alimentando dinâmicas de poder centralizado. Destaca-se que para Freud para haver o aceite a identificação com um líder aqui subsiste de forma destacada entre líder e liderados um vínculo subjetivo de amor (Eros), conforme se vê:

[...] as relações de amor (ou, expresso de modo mais neutro, os laços de sentimento) constituem também a essência da alma coletiva. [...] evidentemente a massa se mantém unida graças a algum poder. Mas a que poder deveríamos atribuir tal feito senão a Eros, que mantém unido tudo o que há no mundo? (FREUD, 1921, p. 45).

Além disso, ao abordar regimes populistas, Freud destaca a manipulação das emoções coletivas, ressaltando como líderes podem aproveitar as aspirações e frustrações das massas para consolidar seu poder. A psicologia das massas, portanto, fornece uma lente valiosa para entender a ascensão de líderes populistas que se apoiam na emotividade coletiva para promover suas agendas políticas.

No que diz respeito aos regimes paternalistas, a análise freudiana sugere que a busca por uma figura paternal, que simbolize proteção e orientação, pode levar as massas

a aceitar restrições individuais em troca de uma suposta segurança proporcionada pelo líder paternal. Esse aspecto da psicologia das massas é particularmente evidente em sistemas políticos que buscam controlar e direcionar o comportamento coletivo em nome do bem-estar geral.

A corriqueira aplicação da "Psicologia das Massas" na análise de regimes totalitários, populistas e paternalistas destaca sua relevância contínua. No entanto, é possível estender essa análise para além do campo político imediato, visando compreender a formação do Estado e a legitimidade do Poder Estatal como um todo. Ao explorar as raízes psicológicas da obediência coletiva, podemos lançar luz sobre as bases do poder político e as complexas interações entre o indivíduo e o Estado. Nesse sentido, o estudo da psicologia das massas emerge como uma ferramenta essencial para desvendar os mecanismos subjacentes à formação e sustentação das estruturas de poder em sociedades complexas.

Ao expandir a análise do texto "Psicologia das Massas e a Análise do Eu" para compreender a formação do Estado e a legitimidade do Poder Estatal, é crucial examinar como as dinâmicas coletivas moldam a estrutura política. Freud, ao explorar o papel do líder na psicologia das massas, sugere que a autoridade é muitas vezes internalizada pela coletividade, estabelecendo assim um elo entre a mente individual e a estrutura estatal.

A compreensão das massas como entidades psíquicas coletivas lança luz sobre a formação e manutenção do Estado. A identificação com o líder ou com as ideias do Estado é parte integrante da coesão social, permitindo a criação de um tecido político que sustenta a ordem e a estabilidade. Nesse contexto, o estudo da psicologia das massas se revela instrumental para desvendar as raízes da obediência e lealdade à autoridade estatal.

Além disso, ao investigar a psicologia coletiva, é possível abordar a legitimidade do Poder Estatal. A aceitação e adesão voluntária às normas e leis do Estado muitas vezes são moldadas pelas mesmas forças psicológicas que Freud descreve em sua obra. A compreensão da mente coletiva como um fator determinante na formação do Estado amplia a discussão sobre como as estruturas de poder se legitimam na psique das massas.

Na contemporaneidade, a análise da psicologia das massas pode oferecer insights valiosos para compreender as democracias modernas, onde a formação do Estado é intrinsecamente vinculada à participação ativa e à identificação da população com as instituições políticas. O estudo dessas dinâmicas coletivas, ancorado na obra de Freud, proporciona uma base teórica robusta para compreender não apenas regimes autoritários, populistas e paternalistas, mas também a construção e sustentação do Estado democrático.

Assim, ao aprofundar a análise do texto "Psicologia das Massas e a Análise do Eu", ampliamos sua aplicação para a compreensão mais ampla das estruturas políticas. A psicologia das massas emerge não apenas como uma ferramenta para decifrar os elementos autoritários, mas como um prisma valioso para explorar a dinâmica complexa entre o indivíduo, a coletividade e o Estado, proporcionando uma compreensão mais profunda da formação e legitimação do poder estatal em sociedades contemporâneas.

Ao desdobrar a análise do texto "Psicologia das Massas e a Análise do Eu" para compreender a formação do Estado e a legitimidade do Poder Estatal, é pertinente explorar a influência dessas dinâmicas psicológicas nas instituições democráticas. A participação cidadã, fundamentada na identificação coletiva, é vital para a estabilidade e eficácia das democracias modernas.

Na esfera democrática, a compreensão das massas como entidades psíquicas coletivas ganha destaque na medida em que a formação do Estado não ocorre de cima para baixo, mas sim por meio da participação ativa dos cidadãos. A identificação com valores, ideais e lideranças políticas desempenha um papel central na criação de uma coesão social que sustenta a legitimidade do Estado democrático.

A psicologia das massas, ao analisar os mecanismos de influência coletiva, oferece uma lente para entender como a opinião pública é moldada e como as decisões políticas refletem a dinâmica psicológica da sociedade. O diálogo entre as teorias de Freud e as estruturas democráticas possibilita uma reflexão crítica sobre a formação do Estado em sociedades baseadas na participação popular e na representatividade.

Além disso, ao considerar a legitimidade do Poder Estatal em contextos democráticos, é relevante explorar como a confiança e a adesão voluntária às instituições políticas são influenciadas por processos psicológicos coletivos. A compreensão da mente coletiva pode lançar luz sobre as razões pelas quais as democracias prosperam quando há um consenso geral sobre a validade das instituições e dos processos democráticos.

Portanto, ao estender a análise do texto de Freud para além dos regimes autoritários, populistas e paternalistas, abraçamos a oportunidade de explorar as nuances da formação do Estado em diferentes contextos políticos. A psicologia das massas emerge como uma ferramenta multifacetada que não apenas explica dinâmicas autocráticas, mas também enriquece nossa compreensão das complexas relações entre os indivíduos e o Estado em sociedades democráticas contemporâneas. Essa abordagem mais ampla destaca a universalidade e a relevância duradoura da obra de Freud no entendimento das dinâmicas políticas e sociais.

3 – A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA FREUDIANA

Ao explorar os mecanismos psicológicos subjacentes ao comportamento de grupos, Freud destaca a importância da identificação com valores e lideranças políticas. Essa identificação não apenas molda as crenças individuais, mas também contribui para a coesão social, formando uma base para a aceitação voluntária das leis e da constituição. Na perspectiva freudiana, a psicologia das massas revela-se crucial para compreender como os indivíduos se integram em um corpo político coletivo.

Na lição de Freud, a figura do Líder, seja qual for a suas configurações weberianas, pode ser interpretado como o Poder constituinte, Assembleia Constituinte ou o Poder Estatal propriamente dito. Bonavides (2006, p.53) nos traz que:

Trava a psicologia com a sociologia um duelo reivindicatório da simples pretensão de hegemonia à impertinência de uma eventual absorção. Se há esfera de modernidade ou atualidade no problema de relações da Ciência Política com outras ciências sociais, essa esfera pertence agora a psicólogos políticos, que intentam impor suas técnicas de investigação e operar uma redução sistemática de ciência política a disciplina da qual procedem pela qual sempre se orientam. Aí estão os "behavioristas" para atesta-lo, formando já escola e fundando a chamada nova Ciência Política tão em voga nos Estados Unidos.

A participação ativa dos cidadãos em processos democráticos é essencial para a saúde do sistema. À medida que os indivíduos se identificam com determinados valores ou líderes políticos, eles tornam-se partes ativas na construção do Estado. Essa participação não se limita apenas ao exercício do voto, mas também inclui o engajamento cívico, o diálogo e a busca por um entendimento comum.

Todavia, esses ares de novidade, para Bonavides (2013), o estudo das massas por um viés social e psicológico ainda está longe de alcançar a idade adulta.

Por outro lado, já está solidificado o conhecimento de que a identificação com líderes políticos e valores compartilhados não apenas fortalece a coesão social, mas também influencia a aceitação voluntária das leis e da constituição. Quando os cidadãos se identificam com os princípios fundamentais do Estado, há uma maior propensão para aceitar as normas e regulamentos, promovendo a estabilidade e a legitimidade do poder constituído.

A psicologia das massas emerge como uma ferramenta multifacetada, proporcionando uma compreensão mais profunda das complexas relações entre o indivíduo, a coletividade e o Estado em sociedades democráticas contemporâneas

(Bonavides, 2006). Ela lança luz sobre os fenômenos de influência, sugestibilidade e formação de identidade coletiva, aspectos que desempenham um papel central na legitimação constitucional em uma democracia.

Essa concepção é relativamente recente, sendo própria do século XX, no qual estabeleceu um “duelo” entre Sociologia e Psicologia para apropriarem-se da dogmática da Ciência Política. Apontando os behavioristas como os bastiões da escola da nova Ciência Política, Bonavides (2006, p.53-54) leciona que:

Temos visto como a Filosofia, o Direito e a Economia relacionaram já um elevadíssimo grau de participação no moldar da índole da Ciência Política. Houve épocas em que o pensamento crítico se inclinou fortemente a anexar aquela ciência a cada um daqueles distintos ramos do conhecimento. Cada fase histórica expôs o seu figurino de influencia dominante. Nesse século, chegou a vez dos psicólogos e sociólogos, os mais recentes a quererem apropriar-se da Ciência Política fazendo hoje o que ontem fizeram os filósofos, juristas os economistas e historiadores

Portanto, ao aplicar a perspectiva freudiana à esfera democrática, reconhecemos que a psicologia das massas desempenha um papel fundamental na formação e na legitimação do poder político. A compreensão desses mecanismos psicológicos pode contribuir para o aprimoramento das práticas democráticas, promovendo uma participação cidadã mais informada e consciente, fortalecendo, assim, a base da legitimidade constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao percorrer as intrincadas sendas da formação e legitimidade do poder estatal, este artigo proporcionou uma análise que transcendeu as fronteiras tradicionais entre filosofia, política e psicologia. O entendimento da evolução dessas dinâmicas ao longo do tempo e sua manifestação em diferentes regimes políticos e estruturas democráticas revelam a complexidade subjacente à legitimação do poder estatal.

A jornada iniciou-se na antiguidade, onde mitos e conquistas territoriais eram pilares da formação dos Estados, evoluindo para a sofística na Grécia antiga, onde Sócrates e seus discípulos introduziram a busca pela verdade e conhecimento como elementos fundamentais da legitimidade. As contribuições de pensadores como Hobbes e Weber, na modernidade, ampliaram o escopo ao incorporar o contrato social e a legalidade racional como alicerces da aceitação das leis.

A incursão na "Psicologia das Massas e a Análise do Eu" de Freud trouxe à tona os mecanismos psíquicos que permeiam regimes autoritários, populistas e paternalistas. A identificação narcísica, a manipulação emocional e a busca por figuras paternalistas foram analisadas em relação à formação do Estado, contribuindo para uma compreensão mais profunda das dinâmicas que moldam as leis e a constituição.

A transposição dos conceitos freudianos para o cenário democrático destacou a importância da participação ativa dos cidadãos na formação do Estado. A identificação coletiva com valores e lideranças políticas emergiu como fator crucial para a coesão social e a legitimidade do poder estatal. A psicologia das massas ofereceu uma lente valiosa para decifrar a influência da dinâmica psicológica na aceitação voluntária das instituições democráticas.

Assim, ao concluir esta análise interdisciplinar, é imperativo reconhecer a universalidade e a duradoura relevância desses insights filosóficos, políticos e psicológicos na compreensão das complexas relações entre o indivíduo, a coletividade e o Estado. A legitimação do poder estatal não é um fenômeno estático; é uma tapeçaria em constante tecitura, entrelaçando-se com a história, a cultura e as aspirações das sociedades.

Ao unir os fios de filosofia, política e psicologia, podemos vislumbrar uma compreensão mais holística da legitimidade do poder estatal. Nesse emaranhado teórico, somos levados a constatar que a legitimidade do poder estatal reside na força que fundamenta a Constituição. Essa força se manifesta por meio de um vínculo afetivo complexo, que envolve elementos libidinosos e narcísicos nas relações entre líderes e liderados. Nesse contexto, a coletividade encontra a oportunidade de canalizar o ódio decorrente de cicatrizes passadas e proteger-se de receios presentes e futuros.

A busca incessante pela verdade, o papel central da participação cidadã e as dinâmicas psicológicas coletivas convergem para moldar o tecido político que sustenta as sociedades contemporâneas. Este exercício de análise crítica, ancorado em diversas disciplinas, contribui para desvendar os mistérios subjacentes à legitimação do poder estatal, oferecendo uma visão mais completa e esclarecedora para as questões prementes de nosso tempo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

JEAGER, Werner. Paideia I e II, Berlim zweite Aufgale, 1954.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na cultura (1930). In: FREUD, Sigmund. Cultura, sociedade, religião: o mal-estar na cultura e outros escritos/Sigmund Freud; trad. Maria Rita Salzano Moraes. Belo Horizonte: Autêntica, 2020

FREUD, Sigmund. Psicologia das massas e análise do Eu (1921). In: FREUD, Sigmund Cultura, sociedade, religião: o mal-estar na cultura e outros escritos/Sigmund Freud; trad. Maria Rita Salzano Moraes. Belo Horizonte: Autêntica, 2020

A ESTRUTURAÇÃO DO DIREITO E OS VALORES CONSTITUCIONAIS

VITOR DE CHECCHI GARCIA:

Advogado; graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).¹

RESUMO: A Teoria Geral do Direito é a matéria competente para analisar o fenômeno prático da aplicação do direito em um sistema, a conceituação dos princípios legais, e a própria formulação do Estado. A presente análise foi um breve estudo dos conceitos essenciais para o estudo do direito na prática, em especial quanto à concretização de temas de direito de caráter filosófico, especificando os meios de sua positivação no Ordenamento Jurídico e os resultados disso. Também são apresentados os conceitos de princípios e regras constitucionais e a utilização desses na estruturação do Direito e na solução de conflitos.

Palavras-chave: Estruturação do direito; Relações Legais; Valores Constitucionais

ABSTRACT: The General Theory of Law is the subject that aims to observe the practical application of the law in an organized society, as well as the concept of legal principles and the creation of an Estate. This analysis was a brief digression over the essential concepts for the study of Law in the practice, regarding specially the realization of subjects of Philosophy of Law, determining the ways in which it should be applied in the legal system and its reflections. Also, the present study will introduce a brief concept regarding the principles and constitutional rules that define and order the legal system, as well as its practical use in the structuring of the mentioned system and in the solution of conflicts.

Keywords: structure of the legal system; legal connections; constitutional values

INTRODUÇÃO

Dentro do estudo aprofundado da disciplina do direito, muitos são os ramos a serem observados e categorizados. Entre eles, é necessário realizar a observação das disciplinas de Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito, competentes na discussão e concretização do direito, não como questões diretas como as normas, mas presentes na evolução dos conceitos do próprio direito.

Na análise realizada pela Teoria Geral do Direito verifica-se a evolução no próprio sistema jurídico, concepção de justiça, direito, lei, e a própria estruturação governamental e legal.

São esses valores definidos que orientam um Estado e seus membros, evoluindo constantemente com esses para se adequar às novas situações complexas do cotidiano e vislumbrando a solução mais efetiva para esses.

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E JUSTIÇA

Destaca-se, primeiramente, a existência debatida entre os termos de direito e justiça. Seriam esses termos correlatos? Existem diferenças ou semelhanças?

Tratando-se de um debate extenso, é tomado para o presente estudo os conceitos de justiça e moral na conduta do indivíduo, objetivando uma simples análise acerca das diferenças dos conceitos, ainda que complementares.

Diante dos ensinamentos apresentados pelo Professor Paulo Nader, temos que a moralidade seria o resultado de uma ação ou inação que traga bem (ou bem-estar) ao indivíduo praticante, logo, tudo que fizer e resultar positivo a este, será moral, da mesma forma, se causar um mal, será imoral.

Já o conceito de justiça, seriam injustos aqueles atos que definitivamente abarcam prejuízo a outrem, de mesmo reflexo, justas são aqueles atos que ou beneficiam ou simplesmente não interferem no plano de um indivíduo terceiro.

Assim conceitua:

“A justiça, diversamente da moral, se caracteriza na conduta adotada, seja esta uma ação ou omissão. Revela-se no *forum externum*, no âmbito da conduta materializada. Ainda que bem-intencionado o agente, o seu comportamento se qualifica como injusto quando se distancia dos critérios legais e impõe danos a outrem. Já a avaliação moral se orienta pelo *forum internum*, de acordo com o desejo íntimo do autor da conduta.” (NADER 2021. p. 83)

Diante da narrativa exposta, o Direito poderia ser apresentado como o “mínimo moral” ou “mínimo ético” a ser tratado pela sociedade, haja considerado que ele não é capaz de regular a totalidade das ações e inações das pessoas a ele relacionada.

Contudo, ainda que não seja capaz de prever todas as hipóteses, deve ser estruturado o suficiente para diferenciar a boa e a má conduta, versando, ainda que minimamente sobre essas.

A utilização de conceitos como “o *bem* e o *mal*, o proveitoso e o inútil, o saudável e o nocivo” é caráter essencial para fundamentar e conceituar as normas jurídicas, além de que, na ausência dessas normas, deverá se basear nos conceitos abstratos para orientar suas decisões (NADER, 2021, p. 84).

Dito isso, há de se destacar a diferenciação pouco realizada na prática entre as bases do direito, o direito natural contra o direito positivo.

Tratando-se de longa discussão com a evolução social e jurídica, aborda-se de plano o posicionamento jusnaturalista atualmente vigente tanto na sociedade brasileira quanto em diversos outros países. Tal teoria é definida como a união entre os conceitos: do direito natural, que seria a essência da norma, inerente ao ser em razão de sua natureza; e o direito positivo, a concretização das normas e a tomada da regra escrita como única previsão válida.

Dentro do que já fora exposto, os conceitos de justiça e moral, constituídos pelo Direito Natural, são conceitos que não necessitam de uma norma escrita para serem válidas, pelo contrário, estão presentes em cada ser humano (em sua própria maneira) e são capazes de influenciar na geração de normas jurídicas, estruturando o sistema de regras de uma sociedade.

Já o “mínimo ético” apresentado por Paulo Nader, seria a conceituação do próprio Direito Positivo, o reflexo da justiça e moral numa estrutura que possa englobar, ainda que levemente, toda uma sociedade.

Ante o exposto, o Direito Natural e o Direito Positivo são conceitos que coexistem na realidade contemporânea, atuando de forma conjunta para o bom funcionamento do Direito. A atuação complementar dos conceitos surge na abstração do Direito Natural e conceituação mínima do Direito Positivo, o Ordenamento Jurídico resta devidamente estruturado na utilização de ambos para a melhor aplicação da norma.

Dessa forma, o Direito Natural seria o pressuposto para positivação da norma, mas também é utilizado para configurar o alcance e a validade do Direito Positivo, atuando como garantia de sua legalidade e ordem (NADER, 2021, p.199).

RELAÇÃO DO DIREITO COM A LEI

Com a distinção realizada anteriormente, percebe-se que, nos conceitos atuais existe a clara diferenciação entre o Direito e a Lei, sendo a última parte da primeira, mas não a sua totalidade.

Ainda assim, para a teoria jusnaturalista, o direito somente existe quando realizado o vínculo correspondente entre o Direito Positivo e o Direito Natural, o encontro entre a moral, justiça e o mínimo ético.

Logo, as normas estruturadas que não tratam acerca do bem individual ou causam danos a uma outra pessoa não podem ser consideradas como Leis justas, tanto como não poderiam ser consideradas parte do Direito puro.

Acerca dessa análise, temos a afirmação de Clóvis Lema Garcia, apresentada na obra de Maria Garcia:

“Se o direito se fundasse na vontade dos povos, nas decisões dos juízes, jurídico seria o roubo, jurídica a falsificação, jurídica a inobservância dos testamentos, sempre que tivesse a seu favor os votos ou assentimento da massa popular. E se o poder da opinião e a vontade dos néscios é tal que podem eles, com seus votos, perverter a natureza das coisas, por que não sancionam que se tenha por bom e salutar o que é mau e pernicioso? Se a lei pode converter em justiça a injustiça, por que também não pode converter o mal em bem? Ocorre que para distinguir a lei boa da má não temos outra norma senão a da natureza... A natureza nos deu assim um senso comum que inscreveu em nosso espírito para que identifiquemos o honesto com a virtude e o torpe com o vício” (GARCIA, 2020, *apud*. DINIZ, 2020, p. 183)

A grande consideração apresentada nos traz ao questionamento do certo e errado para um indivíduo ou grupo de indivíduos, que, ao normatizar seus entendimentos acerca do certo e errado ou bem e mal acaba por trazer a subversão desses conceitos.

É somente por meio do trato conjunto da sociedade na definição das normas e em sua positivação que a Lei de fato será conceituada como parte do Direito, visto que somente assim ela objetivará o mínimo a todos, trazendo a conexão entre o Direito e a Lei.

DIREITO E A NORMA JURÍDICA

Ainda que tratemos os conceitos de moral e justiça para a conceituação do que seria o Direito, esses não são tratos suficientes para defini-lo. Ora, considerando a possibilidade de conflitos entre o entendimento de um grupo sobre o que seria justo, como afirmar de fato que a minha justiça é de fato a mesma justiça conceituada por outro indivíduo?

É nesse tocante que se torna essencial a estruturação física do regramento, a criação de um sistema capaz de reger as relações interpessoais.

Assim aponta o professor Miguel Reale:

“No período anterior à Revolução Francesa, o Direito era dividido ou fragmentado em sistemas particulares, quer do ponto de vista das classes, quer do ponto de vista material e territorial. Havia um Direito para o clero, como outro havia para a nobreza, e outro ainda para o povo, ao mesmo tempo que cada região possuía seu sistema particular de regras, seus usos e costumes, muitas vezes conflitantes, regendo-se determinadas relações pelo Direito Canônico e outras pelo Direito Estatal.

Era um sistema jurídico complexo, dominado pelos esquemas gerais das Ordenações Regias, completadas pelos usos e costumes, pelos preceitos do Direito Romano e do Canônico, pela opinião comum dos doutores e os recursos ao Direito Natural, concebido este de maneira abstrata, como que um Código de Razão do qual defluía uma duplicata ideal do Direito Positivo.

Compreendem-se facilmente as dificuldades e os conflitos resultantes dessa coexistência de sistemas normativos, dando lugar a abusos e fraudes.” (REALE, 2010, p. 400 e 401)

Tão logo se percebe a possibilidade anterior de diferentes aplicações da norma, a depender da interpretação e tratamento legal dos diversos setores de uma sociedade (REALE, 2010). Seria isso realmente justo?

Para tanto, a questão do “mínimo ético” tratado pelo professor Paulo Nader é vital para que seja garantida à integralidade de um povo a paridade no tratamento, o que seria impossível caso considerada a validade de conceitos sociais ou personalíssimos para diferenciar as pessoas (NADER, 2021).

Tratando-se de um grande marco na evolução do tratamento da sociedade, Miguel Reale destaca o Código Napoleônico que, por influências iluministas, tratou acerca da criação dos conceitos de *liberté, égalité e fraternité*, garantindo, então, a hegemonia de tratamento das pessoas na nação francesa, o que serviu de exemplo para as demais nações (REALE, 2010)

Nesse tocante, apresenta a essencialidade do vínculo entre a disposição natural e a positivada:

“Os usos e costumes têm uma vantagem, que é a de refletir, de maneira imediata e mais autêntica, as aspirações de um povo, mas os comprometem sobremodo a particularidade, a insegurança e a

incerteza de seus imperativos.

O Código Civil, pondo paradeiro aos conflitos das normas costumeiras e ao cipoal dos textos extravagantes, representou um corpo harmônico e lógico de preceitos, como expressão da razão mesma, capaz de atender a todas as hipóteses ocorrentes na vida, de maneira que tudo já estivesse de certo modo garantidamente ordenado no sistema legislativo.” (REALE, 2020, p. 402)

Com isso, afirma-se que a conexão entre o íntimo da sociedade e a sua reflexão na norma positivada, podendo, assim, criar de fato o Direito que englobe a totalidade dos envolvidos, sendo o pensamento intrínseco base para a estruturação da norma, bem como meio para que essa venha a ser aplicada.

AS CAUSAS DO DIREITO

Com a exposição acerca do Direito Natural e do Direto Positivo, temos definido o posicionamento mínimo para a conceituação do Direito na visão jusnaturalista. Contudo, quais seriam os fatores determinantes para que esse direito seja formado e desenvolvido?

Assim como na filosofia geral, poderíamos apresentar os conceitos de Thomas Hobbes, em que o homem necessita da ordem estatal para definir a sua conduta, ou até a teoria de Jean-Jacques Rousseau, em que a sociedade acaba por corromper o homem intrinsecamente bom.

Sob essas duas óticas narradas, restam elencados dois pontos chave: o homem como indivíduo; e o homem na sociedade.

Durante a presente análise, tratou-se extensamente do Direito como a garantia do tratamento igualitário entre as pessoas, trazendo a possibilidade do homem em garantir seus direitos pessoais, mas também para garantir seu trato com outras pessoas e com o próprio sistema estatal. Em todas essas situações resta o Direito como meio para regular a sociedade e a vida em sociedade.

Filosofando sobre essa análise, aponta Paulo Nader:

“Pela definição kantiana de Direito, este seria “o complexo das condições que possibilitam a coexistência do arbítrio de cada um com o arbítrio dos outros, segundo uma lei universal de liberdade”. (...) Del Vecchio, em consecutivum, apresentou a sua definição (...) O conceito do Direito foi por ele definido como: “A coordenação objetiva das ações possíveis entre vários sujeitos, segundo um princípio ético que as determina, excluindo qualquer impedimento.”” (NADER, 2021, p. 268-269)

Ainda que tratem de forma diferente sobre o tema, as análises ora apresentadas versam sobre o homem e a sua relação com a sociedade.

A lógica de Immanuel Kant baseia-se na limitação da liberdade individual quando essa conflita com a liberdade de outro, já o pensamento *del vecchiano* limita as atuações do homem por meio de suas próprias concepções íntimas acerca do mal, do bem e do querer, tratando-as em seu campo de Direito e Moral.

Ambas acabam por trazer questionamentos objetivos acerca da conduta, e de fato, por mais que se considere a reserva íntima da pessoa, essa não pode ser fator para limitar a atuação, até porque cada indivíduo possui a sua individualidade. A estruturação de um limite na liberdade é a forma capaz de assegurar a sua eficácia no plano prático.

O BEM E O MAL NA LEI

Ainda que definidos os limites da atuação individual através de regras, resta o questionamento acerca da própria norma, considerando que o direito postulado nem sempre reflete o conceito direto sobre o bem e o mal. A simples definição do permissivo e proibitivo é incapaz de definir a fundo essas questões.

Sobre isso afirma Montesquieu:

“O homem, como ser físico, é, assim como os outros corpos, governado por leis invariáveis. Mas, como ser inteligente, ele viola sem cessar as leis estabelecidas por Deus, e muda as que ele próprio estabelece.

Ele precisa conduzir-se. E, no entanto, é um ser limitado: sujeito à ignorância e ao erro, como todas as inteligências finitas. E os tênues conhecimentos que tem, ele os perde ainda, pois, como criatura sensível, ele se torna servo de mil paixões.” (MONTESQUIEU, 1993, Trad. MOTA, 2004, p.82-83)

Com a análise apresentada temos que, ainda que estruturadas num espaço-tempo em que a norma possa ser, de fato, a definição entre certo e errado, esses próprios conceitos sempre se encontram em evolução e mutação, visto que, se o legislador, sendo ser humano, é capaz de falha, logo, suas normas também.

É ante a constante evolução no pensamento e na sociedade que a interpretação se faz essencial para definir a verdadeira essência da lei, haja visto que o simples texto definitivo acaba por vezes limitando ou subvertendo a essência natural que o originou.

Nesse tocante, Maria Garcia apresenta breve enxerto de Maria Helena Diniz:

“Se norma jurídica é produto da atividade consciente do homem, há de servir a fins, que não de ter um conteúdo valioso, devendo ser compreendida na integridade deles, segundo conexões determinadas valorativamente. Compreender a norma jurídica é revelar o sentido.” (GARCIA, 2020, p. 188)

Reafirma-se que a sociedade não é um conceito estático, mas sim em constante movimento e evolução, principalmente em seu entendimento sobre o certo e errado, o que se deve ou não fazer.

Em razão da constante evolução, é natural que uma norma anterior deixe de refletir as conceituações mais atuais de um povo, o que torna vital a sua modulação a fim de trazer respaldo ao direito interno da sociedade.

Todavia, a evolução normativa, ainda que buscando refletir o pensamento social, não pode gerar inseguranças e instabilidades para as pessoas que se encontram sob o seu regramento.

Sobre a evolução das normas e a necessidade de sua reflexão sobre a sociedade que ela rege, versa Montesquieu:

“A lei, em geral, é a razão humana, tanto que ela governe todos os povos da Terra; e as leis políticas e civis de cada Nação não devem constituir senão casos particulares em que se aplica essa razão humana.

Elas, as leis, devem ser de tal forma apropriadas para um povo, para o qual são feitas, que será grande coincidência se as leis de uma Nação servirem para outra. (...)

Elas devem ter relação com o elemento físico do País; com o clima gelado, ardente ou temperado; com a qualidade do terreno, a sua situação, sua extensão; com o gênero de vida dos povos - agricultores, caçadores ou pastores. (...)

Enfim, elas guardam relação entre si, e com a sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas para as quais são estabelecidas.

É sob todos esses aspectos que precisa considerá-las.” (MONTESQUIEU, 1993, Trad. MOTA, 2004, p. 85-86)

Ocorrendo alterações marcantes na sociedade, respectivamente nos elementos que são essenciais às leis, devem essas também ser alteradas, levando em consideração tanto o aspecto físico quanto mental daquela população.

Contudo, conforme apontado anteriormente, a simples mudança conceitual não deve ser razão para a mudança no texto da lei, veja que a constante alteração traz consigo a violação à segurança e a justiça, em qual hipótese poderia a nova norma interferir naquilo que já foi tratado pela norma ultrapassada?

Exemplo disso no direito brasileiro é a possibilidade de alteração numa condenação penal, art. 2º, do Decreto-Lei nº 2.848/1940, e art. 5º, XL, da Constituição Federal). Nesse exemplo específico temos que a consciência social é alterada acerca de um crime, sendo que um ato típico pode se tornar atípico (BRASIL, CÓDIGO PENAL. Lei 2.848, 1940; BRASIL. CF, 1988)

Dadas algumas poucas exceções, a norma brasileira é clara em respeitar o que já foi definido em lei anterior, garantindo, assim a estabilidade no tempo e espaço art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (BRASIL. CF, 1988).

Dessa forma, a Lei, considerando-a como a expressão do Direito Positivo, deve refletir o Direito Natural, contudo, não pode ser alterada a ponto de trazer instabilidade sobre assuntos discutidos e findos anteriormente a mudança social.

PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

É em razão da constante evolução da comunidade, e conseqüentemente das normas, que restam institucionalizados comandos constitucionais, tratados com o objetivo de garantir a prevalência de uma norma sob a outra considerando as questões naturais da sociedade e o seu clamor, respeitando, contudo, aquilo que já se encontra seguro e garantido.

Para tanto, restam traçados no texto constitucional diversos princípios e regras capazes de definir a norma a ser seguida no caso prático, haja visto que a constante evolução normativa acaba por apresentar, também, embates sobre a norma que deve finalmente ser aplicada ao caso prático.

Antes de tudo, devemos traçar a diferença apresentada acerca dos termos "princípio" e "regra".

Princípio seria aquele conceito com o objetivo de nortear o ordenamento jurídico, sendo fundamental para seu estabelecimento e interpretação. Acerca dos princípios, afirma Paulo Nader:

“É que neles se acham concentradas as ideias diretoras dos sistemas jurídicos. Quem pretende assimilar a cultura jurídica há de cultivá-los, pois é a partir deles que se elaboram teorias e códigos. Há princípios de natureza estritamente jurídica e há outros, não jurídicos, consagrados pelos ordenamentos, como os pertinentes à moralidade. Embora se fundamentem na razão – estão impregnados de racionalidade – tais princípios são alcançados pela via da experiência. Pode-se dizer que o Direito são princípios e derivações de princípios.” (NADER, 2021, p. 122)

Logo, os princípios seriam os conceitos abstratos que fundamentam as normas de um Estado, tanto de ordem moral quanto de ordem jurídica. São criados a partir da consciência coletiva, através dos conceitos de justiça e moralidade, e trazem consigo a os meios de aplicação e interpretação da norma positivada.

Os princípios existentes no Direito Natural e no Direito Positivo servem como guias para o estabelecimento de normas, mas também atuam na lacuna dessas, também servindo para solucionar conflitos de interpretação, aplicando uma forma de pensar específica ou fortalecendo um posicionamento já existente.

A aplicação de princípios para a solução de conflitos encontra-se codificada, por meio da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro:

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

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Em situações em que a lei é omissa, é função dos princípios legais encontrar um meio de solução, preenchendo as situações práticas onde a norma tipificada não alcança.

A utilização de normas por analogia ou costumes, limitando a atuação do magistrado, também se faz essencial, impedindo atos radicais desse e que possam ao fim desvirtuar os fundamentos e princípios do Direito.

Por outro lado, as regras jurídicas podem se classificar como a concretização dos princípios legais, tanto de forma pura e literal ou como interpretações desses, estabelecendo, assim, o regramento jurídico.

Sobre as regras, afirma Paulo Nader:

“Os princípios não se confundem com as normas jurídicas e a distinção básica consiste na abstratividade, que é maior naquelas. De um modo geral, os princípios são expressos na constituição e na doutrina, como diretiva para o legislador ordinário e para o intérprete do ordenamento. Dado o seu elevado grau de abstratividade, os princípios geralmente são insuficientes para a disciplina social; necessitam das normas jurídicas como instrumento de sua aplicabilidade.” (NADER, 2021, p. 123)

Ante a análise, temos que os princípios são as vias norteadoras do ordenamento jurídico, trazendo orientação para a sua estrutura, bem como servindo para suprir a sua falta em casos específicos, contudo, em razão de sua abstratividade, não podem reger sozinhas a vida em sociedade, sendo necessárias normas reflexas a esses princípios, tanto de forma direta quanto indireta, para tratar mais especificamente sobre uma hipótese.

De mesma forma, o próprio texto constitucional, apesar de servir como alicerce ao restante do Ordenamento Jurídico brasileiro, não contém somente princípios. Apesar de deter, sim, tanto princípios implícitos e explícitos, também possui normas e regras capazes de estruturar todo o sistema do Estado de forma não principiológica.

A organização dos poderes e do sistema de governo nada dependem de princípios, se estruturam através de acordos e convencimentos causados pelo Poder Constituinte, tanto o originário quanto o derivado.

CONFLITOS LEGAIS

Dentro da existência de diversos princípios e regras, bem como a constante evolução no pensamento da sociedade, é evidente a existência de situações em que a norma jurídica entra em conflito consigo mesma, uma lei contrariando outra.

Na aplicação prática do Direito temos diversas hipóteses que evidenciam o conflito de direitos de um sobre o outro, ou mesmo um direito novo sobre um direito antigo, o que resta popularmente conhecido como o conflito aparente (ou até mesmo direto) de direitos.

Nesses casos, a aplicação dos princípios constitucionais e das regras estruturadas, bem como entendimentos teóricos e doutrinários, é visada para solucionar os conflitos práticos.

Para narrar sobre os entendimentos teóricos, debruçamos antes na teoria de Hans Kelsen e a “pirâmide de Kelsen”, situação em que a ordem das leis e o seu sistema

hierárquico é capaz de solucionar os conflitos aparentes, em razão do poder hierárquico de uma norma sobre a outra.

Aponta Miguel Reale:

“Para Kelsen, como vimos, o Direito não é senão um sistema de preceitos que se concatenam, a partir da Constituição, que a norma fundamental manda cumprir, até aos contratos privados e às sentenças. Desse modo, a concepção kelseniana redundava em um monismo normativista, do ponto de vista da atividade jurisprudencial. Consiste essa doutrina em dizer que para o jurista a realidade não pode ser vista a não ser como sistema de normas que se concatenam e se hierarquizam. Todo o mundo jurídico não é senão uma seqüência de normas até atingir, sob forma de pirâmide, o ponto culminante da norma fundamental, que é “condição lógico-transcendental” do conhecimento jurídico.” (REALE, 2010, p. 459)

Dessa forma, a estrutura hierárquica formada pelo ordenamento jurídico seria capaz de solucionar a sobreposição necessária de normas conflitantes.

Contudo, existem situações em que as normas se encontram em um mesmo patamar hierárquico, e para esses casos, a utilização das regras e princípios norteadores do Direito se fazem essenciais.

Para tanto, voltamos a conceituação dos princípios e regras, agora sob a ótica de Robert Alexy e Ronald Dworkin, que apresentam as teses de separação rigorosa e fraca, teses essas que distinguem os conceitos acima tratados com base em sua natureza e objetivo final.

Para Dworkin, defensor de uma separação rigorosa entre princípios e regras, aponta que a diferenciação mais clara seria realizada pelo “tudo ou nada”, aplicável às regras. Para essa teoria, ante o conflito de regras, apenas uma prevalecerá, enquanto a outra deixará de pertencer ao ordenamento jurídico. Apenas uma norma pode versar sobre um tema no sistema legal.

Os princípios, por sua vez, por não possuírem uma decisão estrita de conduta, não são conflitantes-excludentes, o que realizam, de fato, são sugestões de ação. Dessa forma, havendo o conflito de princípios, um prevalecerá, mas somente diante daquela situação, não excluindo o outro de futura interpretação sobre tema diverso, ainda será válido no ordenamento jurídico.

Eventuais conflitos definidos seriam tratados como contraexemplos de um princípio, situações em que ele será sobreposto por outro ou deixará de ser aplicado, mas nunca deixando de valer no ordenamento. (ALEXY, 2018.)

Seguindo a distinção lógica e não hierárquica entre os princípios e regras, Robert Alexy apresenta a tese da conformidade,

Para essa tese, não existiria uma separação direta acerca de princípios e regras, ambos poderiam ser fundamentados pela mesma lógica e aplicados de mesma maneira.

Ainda, Robert Alexy aponta a tese da separação fraca, que utiliza tanto de uma separação lógica quanto de uma separação hierárquica.

Para o autor, as três teses ainda teriam certa relação:

“As três teses se relacionam em um sentido amplo, que inclui na estrutura lógica das regras e dos princípios coisas como as formas da aplicação e as formas da colisão. Ao lado de tais tipos de critério, ou em concorrência com eles, muitos outros critérios de distinção podem ser pensados e são frequentemente mencionados. Assim poderia se cogitar distinguir regras e princípios de acordo com o modo de sua formação, por exemplo se elas foram criadas ou expandidas, de acordo com o caráter explícito de seu conteúdo de valor, de acordo com seu conteúdo moral, sua relação com a ideia de direito ou com uma lei jurídica superior, de acordo com seu significado para o ordenamento jurídico ou de acordo com a certeza de seu reconhecimento, com sua validade geral ou com sua ubiquidade. Interessam também outros critérios de distinção lógicos em sentido amplo. Assim foi sugerido distinguir regras e princípios considerando se eles são fundamentos para regras ou regras em si mesmas, ou ainda de acordo com seu objeto de regulamentação, por exemplo, se eles são regras de argumentação ou regras de comportamento. A frequentemente salientada multiplicidade dos tipos de princípios vai de encontro à multiplicidade desses critérios. O catálogo mais colorido é apresentado por Esser, que distingue os princípios em axiomáticos, retóricos e dogmáticos, imanentes e informativos, princípios jurídicos e princípios do direito, e princípios de construção e de valor, dentre outros.” (ALEXY, 2018, p. 149)

Diante do apresentado, fica simplificada a distinção entre os princípios e regras constitucionais, tanto pela sua formação, quanto pela sua relação com outros dispositivos legais.

Os princípios, originados a partir de intensa discussão e fundamentados para guiar o ordenamento, muitas vezes não limitados ao texto legal, buscam, além de nortear o direito, também apresentam meios para interpretação e aplicação desse.

Por outro lado, as regras constitucionais são a concretização de uma conduta a ser realizada ante a ocorrência de uma determinada hipótese, sendo, dessa forma, o enquadramento da realidade e definindo um meio de agir diante disso.

A abstratividade dos princípios e concretização das regras, tal conceituação já inicia um pensamento lógico do posicionamento superior dos princípios sobre as regras, em que aquela influenciaria essa.

A CRIMINALIZAÇÃO, CONCEITUAÇÃO DO BEM E MAL

Diante da narrativa exposta, partimos para uma situação mais prática a fim de ilustração.

Com a existência de diversas regras e princípios que regem o direito brasileiro, a ocorrência de conflitos entre esses acaba por ser situação constante. Diante de tais situações, a mitigação e sobreposição de conceitos acaba por ser fenômeno comum.

Visando os direitos do réu no direito penal, por exemplo, temos no próprio texto constitucional a máxima de respeito aos direitos humanos, a ser praticado tanto pelo Estado quanto pela sociedade.

É inclusive na Constituição Federal que encontramos diversas vedações à legislação inferior quanto ao que pode ser tipificado como crime e quais as penas cabíveis:

Art. 5º:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

(BRASIL. Constituição da Republica Federativa, 1988)

As previsões dadas pelo texto constitucional definem as limitações legislativas para as normas infraconstitucionais, Código Penal e outras leis especiais. Ainda que apresentem várias hipóteses de crimes e penas, nunca podem ultrapassar os limites constitucionais.

As limitações ainda não restam somente nas definições da Constituição, mas também para tratados internacionais de direitos humanos os quais o Brasil é signatário.

Ainda que tratadas de forma expressa, percebe-se a existência de conflitos entre a aplicação de uma sanção penal com os direitos do réu.

A contrariedade entre o direito à liberdade, previsto no *caput* do art. 5º, da Constituição Federal estaria em conflito com o direito à vida, à segurança e à propriedade de outras pessoas, presente no mesmo texto do *caput*.

Afinal, qual deve se sobrepor?

Nessas hipóteses cabe a atuação interpretativa do magistrado, aplicando a teoria ao caso, definindo os limites para a aplicação de uma norma sobre outra e decidindo pela absolvição ou condenação (e a dosimetria a ser aplicada).

Mesmo havendo a condenação, ainda devem ser respeitados os direitos do acusado, tal como a vedação à tortura, art. 5º, III, e até mesmo a sua condenação à prisão perpétua, art. 5º, XLVII, "b" (BRASIL. CF, 1988).

Percebe-se assim a existência constante de conflitos dentro do próprio ordenamento jurídico, existindo, para tanto, diversos meios de solução e definição sobre qual norma deverá ser aplicada ao caso.

Especificamente em matéria de Direito Penal, preza-se pela vida e segurança, entretanto, a restrição do réu não pode ser tanta que chegue a violar os seus direitos humanos, situações em que este acaba por prevalecer ante a penalização.

A mitigação e reavaliação das normas a serem aplicadas em matéria penal é constante, contudo, conforme exposto, são diversos os meios para a solução de eventuais conflitos e contradições.

CONCLUSÃO

Conclui-se pelo presente estudo frente a apresentação dos conceitos básicos que versam sobre a Teoria Geral do Direito.

É de rigor notar a essencialidade na discussão acerca dos temas de moral e justiça para que possamos, então, definir o próprio conceito de Direito no aspecto contemporâneo.

A adoção de um sistema jusnaturalista traz consigo a necessidade de adequação do direito postulado a um “mínimo ético”, uma garantia aos membros de uma sociedade de que encontrarão no ordenamento jurídico um tratamento igualitário e uma paridade nos direitos e deveres que lhe são previstos.

Ante a análise exposta, percebe-se, inclusive, a evolução na consciência da sociedade acerca do certo e errado, sendo ressaltada a necessidade de adequação das leis à mudança de pensamento do coletivo, sem, contudo, vir a transigir aqueles atos já definidos (o que traria o efeito da injustiça da norma), excetuado casos específicos para a modulação dos direitos da pessoa.

De mesma forma, para definir as limitações do direito e do ordenamento jurídico, faz-se necessário explicitar os conceitos de princípios e regras constitucionais, verdadeiros guias e limitadores à competência infraconstitucional que orientam o restante do ordenamento jurídico e permitem a uniformização legal num Estado.

Diante da existência de diversos princípios e regras que regem o Direito brasileiro, imperioso ressaltar a existência de conflitos entre as próprias normas jurídicas, sendo necessário, de plano, a definição de meios para a solução desses.

A solução de conflitos, por sua vez, é realizada tanto para conflitos aparentes (situações de conflito temporal ou hierárquico), mas também para conflitos nos chamados “casos difíceis”, estes, por sua vez, solucionados pela sobreposição de princípios ou conflito direto entre as regras. (**BARROSO, 2018, apud** ALEXY. 2018).

Apesar de apresentados como fatores novo na sociedade, os “casos difíceis” se encontram cada vez mais presentes no cotidiano, sendo essencial a atuação dos juristas e magistrados na solução desses conflitos e determinando o direito a ser aplicado no caso prático.

Exemplo direto dessa situação são os choques de direitos no âmbito penal, sendo necessário do magistrado a análise e interpretação da norma para que a sobreposição de uma determinação penal não venha a ferir um princípio dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R.; TRIVISONNO, A. T. G.; SALIBA, A. T. **Coleção Fora de Série - Princípios Formais**. 2ª edição. São Paulo. Grupo GEN. 2018.

BARROSO, L. R. apud. ALEXY, R; TRIVISONNO, A. T. G.; SALIBA, A. T. **Coleção Fora de Série - Princípios Formais**, 2ª edição. 2018

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 set. 1942.

GARCIA, M. Sentido do Direito: O Sentido Da Convivência Humana. *In.* DINIZ, M. H. **Direito em debate - Vol.1**. Portugal: Grupo Almedina. 2020.

LUHMANN, N. **Poder**. Brasília: Ed. UnB. 1985

MONTESQUIEU. C. de S., Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Tradução: Pedro Vieira Mota. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, A. D. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

NADER, P. **Filosofia do Direito**. 28ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

INTERSEÇÃO DAS NORMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO COM O DIREITO PRIVADO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

LUCILA PRAZERES DA SILVA:

Advogada atuante no mercado financeiro e de capitais desde 2002. Cursando o mestrado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Responsável pelo jurídico da Constellation Investimentos e Participações Ltda¹³⁵.

Resumo: O presente artigo busca analisar a interseção das normas de direito privado e de direito administrativo nos contratos administrativos. Explico brevemente a intervenção do Estado na ordem econômica, sintetizo os elementos essenciais do contrato administrativo, e então analiso os princípios do regime privado e regime público aplicáveis aos contratos administrativos, inclusive as situações em que tais princípios colidem e aponto alguns casos relevantes extraídos da jurisprudência do STF.

Palavras-chave: Contrato administrativo. Princípios do contrato administrativo.

1.Introdução

Tarefa verdadeiramente difícil é escrever sobre o tema desse artigo, não só por sua complexidade, mas, principalmente, pelo fato de que juristas magistras já se encarregaram dessa tarefa.

Há vasto e excelente material para pesquisa a respeito dos contratos administrativos (principalmente pelos ilustres juristas que tornaram a PUC-SP referência no direito administrativo brasileiro). Ainda assim, a discussão acadêmica segue sua marcha e, nessa toada, propomo-nos apresentar mais um olhar nesse tópico, ainda mais agora que os contratos de direito administrativo voltaram às manchetes com aquisições para combater a pandemia ou com os riscos de desabastecimento energético.

O primeiro obstáculo a ser superado é a aparente oposição entre o direito público e o direito privado, como se o primeiro fosse de um direito puramente social e solidário enquanto que o segundo representasse a especulação financeira e o oportunismo egoístico dos indivíduos. Essa é uma premissa falsa, que ignora a integridade do atual sistema jurídico.

135 E-mail: lu29pd@gmail.com

Assim como o direito privado sofreu profundas alterações para acomodar normas de ordem pública aplicáveis aos contratos entre particulares, o direito administrativo também se desapegou de concepções tradicionais e muito arraigadas no liberalismo econômico para abraçar uma nova realidade em que as atividades econômicas privadas e os serviços públicos dividem regulações comuns e competem em termos de eficiência e qualidade perante a sociedade-cliente. Ou, como no caso mais comum das manchetes atuais, como o direito administrativo pode “contratar” melhor e mais rápido tendo em vista a Pandemia de Covid-19.

Precisamos refletir sobre o impacto que esse avanço gerou na interpretação dos contratos administrativos. Revisitar suas características e investigar os princípios comuns que guiam os contratos regidos pelo direito privado e pelo direito público. Da mesma forma, devemos buscar sopesar princípios colidentes decorrentes de ambos os regimes jurídicos e verificar de que forma eles constroem o contrato administrativo.

Esse é o eixo temático do presente artigo. Certamente que as ponderações aqui apresentadas estão longe de arrematar a questão. O que podemos afirmar é que a Administração Pública não pode afastar-se dos deveres sociais trazidos pela boa-fé, função social e outros princípios integradores do direito contratual brasileiro, mas ao mesmo tempo deve buscar formas – lícitas, legítimas, no interesse público – de contratação mais rápidas e diferenciadas, em especial diante da situação diferenciada da Pandemia. E, ao contrário do que se poderia supor, o Estado não sairá mais fraco desse novo processo de integração, mas mais forte e mais alinhado aos anseios da sociedade e ao interesse público que o guia.

Para tanto, o artigo foi dividido em quatro seções. A primeira seção traz uma breve análise da intervenção do Estado na ordem econômica.

A segunda seção analisa a interseção das regras do direito administrativo e do direito privado nos contratos administrativos, primeiro traçando a diferença entre os tipos de contratos celebrados pela Administração, para depois delinear as principais características dos contratos administrativos e, então, analisar os princípios comuns e os princípios colidentes de cada um dos regimes jurídicos aplicáveis. A interseção para a necessária evolução interpretativa dos contratos de direitos administrativos mostrar-se-á com todas as suas matizes aqui.

Na terceira seção foram trazidos alguns casos relevantes colhidos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para demonstrar como os princípios da teoria geral dos contratos de direito privado e do direito administrativo têm sido aplicados nos casos concretos.

Por fim, a última seção arremata as ponderações e a pesquisa realizada na expectativa de que o tema seja ainda mais debatido e que as questões aqui expostas sejam úteis para a resolução dos problemas que não puderam ser tratados nesta oportunidade.

2. Intervenção do Estado na ordem econômica

O envolvimento do Estado na economia é um fato irreversível. Os diferentes contextos históricos e regimes econômicos mostram os erros e acertos da intervenção estatal na atividade econômica e ajudaram a moldar o arcabouço jurídico para essa relação entre o Estado e os particulares.

Hoje é impossível imaginar a sobrevivência do regime capitalista sem qualquer interferência estatal. A Pandemia de Covid é exemplo fático incontestável: compra de vacina sem licitação, governo mudando rotas de suprimento de produtos da área médica e “alugando” leitos de hospitais privados, enfim, tudo a evidenciar que o Estado – além de financiar as atividades de compras de título de instituições públicas, programas sociais de sobrevivência – que já era persente far-se-á ainda mais presente. Afinal, as imperfeições do sistema econômico reclamam novas funções a serem exercidas pelo Estado, que ultrapassam o mero poder emissor de moedas e o poder de polícia para alcançar um novo papel de agente regulador da própria economia do país.

A busca pelo desenvolvimento é um objetivo elevado a condição de ideal social, como ensina Eros Roberto Grau e, sendo assim, essa busca depende de uma aliança entre o setor privado e o setor público[1].

Assim, o Estado atua de forma ampla, para além da esfera do público e adentra a esfera do privado, em legítima intervenção, como ensina Eros Grau, uma vez que se trata de atuação em área de outrem - a atuação do Estado além da esfera do público para alcançar o domínio econômico (área do setor privado) é intervenção estatal[2].

À medida que o Estado intervém na atividade econômica, a resposta social varia conforme o contexto político, econômico e histórico. A tendência neoliberal dos últimos anos reclama do Estado uma interferência menor - exceto, claro, diante de crises econômicas severas ou setores que dependem da atuação estatal para garantir determinadas necessidades coletivas, de interesse geral. Tendência essa que virou de ponta cabeça desde março de 2020, com os programas de liquidez e compras de títulos de os governos do mundo Ocidental.

A esse respeito, observa Subrá:

“En tal contexto, dejamos asentado que es deseable que exista asimismo una cierta atenuación de la preeminencia del Estado, lo

cual trae aparejado cambios en el derecho administrativo. Pero también parece, y esto es igualmente generador de una renovación del derecho administrativo, que el Estado sólo seguirá siendo un actor privilegiado e indispensable a condición de que sepa transformar sus modalidades de intervención.” (SUBRÁ, 1993, p. 64)

Nossa Constituição, notadamente dirigente, traçou metas, programas de ação e objetivos para a atuação do Estado no domínio econômico. O art. 174 da Carta Magna estabelece que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e apenas indicativo para o setor privado. Essas funções, acompanhadas da função empresarial prevista no art. 173, estabelecem a forma de intervenção estatal na ordem econômica.

Celso Antônio Bandeira de Mello explica a intervenção do Estado na ordem econômica da seguinte forma:

“Considerando- se panoramicamente a interferência do Estado na ordem econômica, percebe-se que esta pode ocorrer de três modos; a saber: (a) ora dar-se-á através de seu “poder de polícia”, isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las, como “agente normativo e regulador da atividade econômica” — caso no qual exercerá funções de “fiscalização” e em que o “planejamento” que conceber será meramente “indicativo para o setor privado” e “determinante para o setor público”, tudo conforme prevê

o art. 174; (b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito, atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; e (c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido”.(MELLO, 2010, p. 795)

Eros Grau resume da seguinte maneira:

“As atividades econômicas em sentido estrito, embora de titularidade do setor privado, podem, não obstante, ser exploradas pelo Estado. Isso poderá ocorrer tanto nas hipóteses enunciadas pelo art. 173 da Constituição – isto é, se a exploração direta, pelo Estado, for necessária aos imperativos da segurança nacional ou a

relevante interesse coletivo – quanto nos casos nos quais tal tenha sido determinado pela própria Constituição.”(GRAU, 2010, p. 126)

Os limites dessa interferência na atividade econômica foram bem observados por Cassagne:

“En síntesis, si el bien común que constituye el fin o causa final del Estado posee naturaleza subsidiaria y se encuentra subordinado al mantenimiento y al desarrollo de la dignidad de las personas que forman parte de la sociedad civil, el Estado no puede absorber y acaparar todas las iniciativas individuales y colectivas que se generan en el seno de aquélla. En otros términos, que la subsidiariedad es una obligada consecuencia de la propia naturaleza de la finalidad que el Estado persigue y el presupuesto indispensable para el ejercicio de las libertades del hombre.” (CASSAGNE, 1992, p. 129)

E, levado por um espírito moderador, Subrá alerta:

“Es legítimo admitir que el Estado deba permanecer como responsable de las regulaciones esenciales de la vida social y que, desde esta perspectiva, los principios de igualdad y de interés general continuarán siendo las justificaciones esenciales de sus intervenciones.” (SUBRÁ, 1993, p. 88)

Para materializar a atuação estatal no setor privado, o Estado pode atuar como verdadeiro empresário, utilizando a figura da empresa para realizar parcela de suas atividades, mediante a constituição de empresas públicas ou aplicando recursos públicos em empresas privadas, com diferentes formas de parceria (associação, aquisição de participação acionária, crédito privado, dentre outras).

Outro modo de atuação decorre da interação do Estado com os particulares mediante a celebração de contratos - que é o que interessa para o presente artigo. Tais contratos podem seguir o regime do direito público ou do direito privado, conforme será melhor explicado a seguir.

Voltando ao exemplo da Pandemia: alguém justificaria que deveria o Estado não ter feito o auxílio emergencial? Ou que para a compra de vacina deveria ter feito licitação entre as fabricantes, perdendo ainda mais vidas? A excepcionalidade da situação e o sopesamento entre vidas e segurança, seguramente, com o perdão do quase pleonismo, favorece o primeiro princípio.

3. Interseção das regras do direito administrativo com o direito privado nos contratos administrativos

3.1 Contratos administrativos e contratos celebrados pela Administração Pública

Contrato é um acordo de vontades firmado livremente entre as partes para criar obrigações e direitos recíprocos. Como pacto social, é realizado entre pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens.

Na lição de Clovis Bevilacqua:

“Entre os atos jurídicos, estão os contratos, por meio dos quais os homens combinam os seus interesses, constituindo, modificando ou solvendo algum vínculo jurídico.” (BEVILAQUA, 1954, p. 132)

O contrato é uma figura típica do direito privado. A Administração Pública vale-se desse instituto para celebrar contratos com os particulares que são regidos por normas do direito privado (contratos privados celebrados pela Administração Pública) ou com ajustes necessários para a celebração de negócios públicos (contratos administrativos).

De acordo com Bielsa (1964, p. 173), conforme citado por Cassagne (1975, p. 415), tanto os contratos regidos pelo direito público como os contratos de direito privado compartilham uma identidade teórica:

“Para BIELSA, hay identidad conceptual desde el punto de vista jurídico entre ambas clases de contrato y las diferencias que la doctrina pretende encontrar no son exclusivas de los contratos de Derecho público (Ej., desigualdad de las partes), sino que también se encuentran en los contratos de Derecho privado.” (CASSAGNE, 1975, p. 415)

Dessa forma, os contratos celebrados pela Administração Pública abrangem aqueles regidos por normas de direito público ou privado. Em ambos os casos, as formalidades e condições para estipulação e aprovação são disciplinadas pelo Direito Administrativo. A diferença está no regime jurídico que rege a relação entre as partes^[3], conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Ditos contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito — ressalvados os aspectos supra referidos —, os “contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios

hauridos no Direito Público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.” (MELLO, 2010, p. 615)

Nos contratos privados celebrados pela Administração Pública, o particular e a Administração Pública compartilham o mesmo nível na relação jurídica - essa relação é caracterizada pela horizontalidade. Já nos contratos administrativos, a Administração atua como poder público, de modo que a relação entre particular e Administração é caracterizada por sua verticalidade.[4]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que a maioria dos administrativistas brasileiros entendem que o contrato administrativo é uma espécie do gênero contrato, com características próprias, sujeito ao regime jurídico de direito público, que derroga e extrapola o direito comum.[5]

Já Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que as prerrogativas legais da Administração ao celebrar contratos com os particulares a colocam em posição privilegiada e subvertem profundamente a noção de contrato trazida pela teoria geral do Direito, levando a questionar se o contrato administrativo realmente poderia ter essa titulação.[6]

Referido jurista e professor adota uma posição minoritária diante dos demais administrativistas brasileiros. É inegável que o acordo de vontades em igualdade de condições característico dos contratos privados sucumbe às normas de direito público, que confere à Administração Pública supremacia diante do particular, inclusive para estipular as cláusulas contratuais de modo unilateral. No entanto, o contrato depende da anuência do particular, que voluntariamente se apresenta para participar do processo de licitação ou outro procedimento aplicável para a celebração do contrato. Após a celebração do contrato, nascem direitos e obrigações para as partes, conformados por princípios consagrados tanto no direito público como no direito privado. Aliás, a tendência de publicização do direito privado tem se manifestado há muito tempo na jurisprudência pátria. Assim, o formalismo para classificar o contrato administrativo sucumbe às interseções hodiernas entre direito público e direito privado, tornando quase que obsoleta essa discussão.

Odete Medauar traz uma visão mais abrangente a respeito do contrato administrativo:

“Na verdade, tanto os contratos administrativos clássicos, como os novos tipos contratuais, incluem-se numa figura contratual, num módulo contratual. Tal afirmação pode ser feita se for deixada de lado a concepção restrita de contrato, vigente no século XIX,

centrada na autonomia da vontade, na igualdade absoluta entre as partes e na imutabilidade da vontade inicial das mesmas. Se for retomada a ideia básica do contrato, predominante na Grécia clássica e no Direito Romano mais antigo, centrada no “intercâmbio de bens e prestações”, regido pelo direito, pode-se cogitar de um módulo contratual, formado por vários tipos de contrato, com regimes jurídicos diversos.” (MEDAUAR, 1996, p. 234)

Hely Lopes Meirelles entende que a Administração Pública utiliza a instituição do contrato em sua “pureza originária” (contratos privados celebrados pela Administração) ou com as adaptações necessárias para celebrar negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos), mas a teoria geral dos contratos é a mesma para os contratos privados e contratos públicos - sendo que estes são regidos por normas de direito público, aplicando o direito privado apenas supletivamente (sem jamais afastar as regras privativas da Administração).^[7]

Após essas observações, o ilustre jurista define o contrato administrativo da seguinte maneira:

“Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.” (MEIRELLES, 2016, p. 239)

Na linha do que ensinou Hely Lopes Meirelles, acolhemos o contrato administrativo com todas as suas peculiaridades, mas sem abandonar os traços da teoria geral do contrato que lhe são aplicáveis. De fato, a harmonia dos interesses entre as partes almejada nos contratos privados transfigura-se na busca pelo interesse público, como ensina Caio Tácito:

“De logo se destaca, no contrato administrativo, o fim de interesse público, de tal modo que a tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses privados para a satisfação de uma finalidade coletiva, no pressuposto da utilidade pública do objeto do contrato.”

O enquadramento do contrato administrativo como uma espécie de contrato permite listar características básicas compartilhadas com os demais contratos, conforme lição de Meirelles Teixeira^[8]:

- “a) um acordo voluntário de vontades, indissolúvelmente ligadas uma à outra, reciprocamente condicionante e condicionada, coexistentes no tempo, formando uma vontade contratual unitária;
- b) os interesses e finalidades visados pelas partes apresentam-se contraditórios e opostos, condicionando-se reciprocamente, uns como causa dos outros;
- c) produção de efeitos jurídicos para ambas as partes, ou seja, criação de direitos e obrigações recíprocos para os contratantes; daí a afirmação de que faz lei entre as partes.”

Dessa forma, o contrato administrativo guarda traços da autonomia da vontade, cria lei entre as partes (*lex inter partes*), apresenta concurso bilateral de vontades, recepciona interesses contrapostos que são reciprocamente condicionados.

3.2 Elementos essenciais do contrato administrativo

O contrato administrativo compreende diversas figuras jurídicas. Adotaremos a classificação feita por Hely Lopes Meirelles:

“O contrato administrativo é sempre consensual e, em regra, formal, oneroso, comutativo e realizado intuitu personae. É consensual porque consubstancia um acordo de vontades, e não um ato unilateral e impositivo da Administração; é formal porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; é oneroso porque remunerado na forma convencionada; é comutativo porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes; é intuitu personae porque deve ser executado pelo próprio contratado, vedadas, em princípio, a sua substituição por outrem ou a transferência do ajuste.” MEIRELLES, 2016, p. 240)

Marçal Justen Filho desenha uma classificação mais global dos contratos celebrados pela Administração Pública, definindo que o contrato administrativo (em sentido amplo) é um gênero composto por 3 espécies de contratos: (i) acordos de vontade da Administração; (ii) contrato administrativo em sentido restrito (contratos de colaboração ou de delegação de competência); e (iii) contratos de direito privado.[9]

Os acordos de vontade são instrumentos regulatórios que ordenam as condutas necessárias para produção de efeitos relevantes para a sociedade. Já o contrato administrativo em sentido restrito representa um acordo de vontades para satisfazer de modo direto as necessidades da Administração Pública (bens, serviços ou obras) ou para

delegar a um particular a prestação de serviço público. Por fim, os contratos de direito privado que se sujeitam ao regime administrativo apenas acessoriamente.

Além dessas características, o contrato administrativo depende de prévia licitação (exceto nos casos legalmente dispensados) e a Administração Pública goza de supremacia de poder, verificada na faculdade de impor as chamadas cláusulas exorbitantes.

As cláusulas exorbitantes são aquelas que excedem o regime do direito privado para garantir uma vantagem ou uma restrição à Administração Pública ou ao contratado. Conforme lição de Hely Lopes Meirelles, a cláusula exorbitante não seria lícita em um contrato privado devido à desigualdade que provocaria na relação entre as partes para a execução do contrato. No entanto, tais cláusulas são válidas no contrato administrativo (desde que decorrentes de dispositivo legal ou princípios do direito público) porque decorrem da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

As principais cláusulas exorbitantes são aquelas que permitem a alteração e rescisão unilateral do contrato; a garantia do equilíbrio econômico e financeiro; a revisão de preços e tarifas; a inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; o controle do contrato, a ocupação provisória e a aplicação de penalidades contratuais pela Administração.

Sobre o prazo de vigência, a regra geral é que o contrato administrativo não pode ser pactuado por prazo indeterminado – exceto nos seguintes casos: a Administração como usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio (art. 109 da Lei 14.133/2021).

Todas essas regras gerais e padrões estão em mutação com a Pandemia de Covid. Não vamos emitir opinião sobre se havia vacinas ou não para serem compradas, mas todos sabemos que havia no Contrato – conforme revelado por todos os jornais – de uma fabricante americana, diversos itens não comuns para o padrão brasileiro: sem licitação, submetendo-se a corte estrangeira como País, volume mínimo com pagamento adiantado, enfiam, muitas regras que inverteram e subverteram o padrão das regras. Com erro? Só o tempo confirmará a resposta, mas aparentemente não, pois ainda que a fabricante americana possa ter aplicado a melhor ciência, ela o fez em tempo incomum, sem aguardar todos os tempos de testes e, mais importante, fê-lo ainda de vírus novo a ser combatido com tecnologia nova, ao passo que o Governo, para alguns tarde para outros não, firmou as aquisições fugindo do padrão de contratos administrativos, provavelmente pela funcionalidade esperada de suas decisões: salvar vidas, ainda que sem a observância das regras dos contratos administrativos.^[10]

3.3 Princípios comuns dos contratos administrativos e contratos privados

Observadas as características comuns entre contratos administrativos e contratos privados, podemos afirmar que alguns princípios que norteiam os contratos privados também são aplicáveis aos contratos administrativos. Principalmente diante da atual legislação e tendência jurisprudencial que cada vez mais mitigam as liberdades contratuais para observar interesses públicos.

Segundo Orlando Gomes[11], verifica-se que desde a elaboração da figura do negócio jurídico pelos jusnaturalistas alemães no fim do século XVIII (sucedidos pelos pandectistas), a função e o significado do contrato refletia os pressupostos culturais da época (o que diria nosso renomado civilista com o pressupostos de saúdes desses dois anos). O contrato representava a liberdade de atuação do indivíduo no âmbito jurídico e um meio para exercer o poder de autodeterminação individual, ou seja, representava um instrumento para a manifestação da autonomia privada. Mas esse quadro conceitual foi profundamente alterado com a evolução do fenômeno da contratação. Essa evolução levou à reconstrução do sistema contratual para admitir outras fontes que integram o seu conteúdo além da vontade das partes.

Por outro lado, temos a evolução do Direito Administrativo e das formas de atuação da Administração Pública. Além da contestação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado feito por juristas da atualidade, o direito administrativo brasileiro vem sofrendo profundas modificações desde 1990 com dois movimentos que continuam avançando na atualidade: privatizações e reforma da gestão pública.[12]

Ademais, a atuação da Administração Pública não mais se restringe pelo esparrilho da unilateralidade e imposição via ato administrativo, mas evoluiu para dar lugar ao consenso como forma de pautar as relações jurídico-administrativas, ganhando ainda maior expressividade o contrato administrativo e a expansão do modo de atuação contratual da Administração Pública.[13]

Diante dessa porosidade entre direito público e direito privado, vale destacar que o Código Civil de 2002 incorporou princípios constitucionais do regime público aplicável aos contratos administrativos. Trata-se de princípios que humanizaram as relações contratuais e as colocam em consonância com interesses supraindividuais. Assim, temos princípios comuns aplicáveis aos contratos administrativos e aos contratos regidos pelo direito privado.

3.3.1 Princípio da função social do contrato

A função social do contrato guarda conteúdo de direito público, sendo norma de ordem pública aplicável a todos os contratos. Trata-se de princípio que transcende a

esfera dos interesses individuais para englobar interesses que só ganham sentido no plano individual enquanto integrantes de um centro de interesse coletivo (como é o caso da proteção ao meio ambiente) - características típicas do interesse institucional, conforme lição de Calixto Salomão Filho. O respeitado jurista também afirma que o sentido da justificação do contrato conforme a sua função social guarda estreita relação com o reconhecimento de que o contrato, mesmo que entre particulares, representa um instrumento de organização social e econômica e, dessa forma, deve considerar os interesses institucionais que o cercam. Desse modo, o princípio da função social exige a individualização de cada uma das obrigações do contrato e verificada a compatibilidade com a função social, como requisito de eficácia da obrigação principal, perante terceiros e entre as partes.[14]

Além disso, os contratos administrativos são essencialmente revestidos de interesse social - a finalidade pública está presente em todos os contratos celebrados pela Administração Pública, sob pena de desvio de poder.[15] Nesse sentido, o artigo 89 da Lei 14.133/21 remeteu de forma supletiva os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado ao contrato administrativo. E o artigo 421 do Código Civil determina que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

O princípio da função social do contrato reflete o caráter protetivo dos interesses da sociedade atingidos pelo contrato entre as partes. João Negrini Neto, citando Silvio Luis Ferreira da Rocha, esclarece que o citado princípio retrata o contrato como instrumento social e constitui um instrumento relevante de controle judicial do conteúdo, dos fins e dos efeitos do contrato.[16]

E ainda que o Estado goze de prerrogativas contratuais exclusivas ao celebrar contratos com os particulares, é inegável o atrito legítimo que a função social exerce sobre o instrumento contratual - sendo quase que imediata a correspondência entre função social e interesse público.

A função protetiva da função social do contrato busca garantir a equidade contratual - especialmente para a parte hipossuficiente. Ao aplicarmos esse princípio ao contrato administrativo, não retiramos suas características mas reforçamos o equilíbrio contratual estabelecido no momento da celebração do contrato para impor à Administração o dever de atender o interesse público para que possa exercer suas prerrogativas contratuais. Ou seja, o particular passa a ter uma expectativa legítima de que haja um real interesse público para que a Administração exerça suas prerrogativas e que a verticalidade nessa relação contratual não seja utilizada de modo injustificado pela Administração.

O princípio da função social também consagra o pacta sunt servanda ao impor o cumprimento das obrigações assumidas no momento da celebração do contrato. Assim como o vencedor da licitação espera que sejam observadas as regras estabelecidas no certame licitatório, a Administração também espera que o particular cumpra suas obrigações conforme estabelecidas no contrato, afinal, o contrato administrativo deve nascer de um atendimento ao interesse público.

3.3.2 Princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé previsto no art. 422 do Código Civil/2002 impõe aos contratantes o dever de atuar de acordo com um padrão genérico e objetivo de comportamento. Na lição de Judith Martins-Costa, a boa-fé objetiva pode ser caracterizada da seguinte forma:

“Conquanto impossível – tecnicamente – definir a boa-fé objetiva, pode-se, contudo, indicar, relacionalmente, as condutas que lhe são conformes (valendo então a expressão como forma metonímica de variados modelos de comportamento exigíveis na relação obrigacional), bem como discernir funcionalmente a sua atuação e eficácia como (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do alter, copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais. Ao assim atuar funcionalmente, a boa-fé serve como pauta de interpretação, fonte de integração e critério para a correção de condutas contratuais (e, em certos casos demarcados em lei, inclusive para a correção do conteúdo contratual).”(MARTINS-COSTA, 2018, p. 44)

Em relação ao Direito Público, a boa-fé é um pilar que assegura a preservação de situações que já foram consolidadas e que geraram expectativas legítimas para os administrados e aos contribuintes, como que um subprincípio da moralidade administrativa.^[17]

Volto à questão das vacinas. Assuma-se, para fins de argumentação, que depois de firmado o contrato com a fabricante, o governo viesse a descobrir – novamente, para fins de argumentação – que a fabricante objetivou jurisdição internacional porque sabia – nunca é demais dizer, para argumentação – que a vacina teria problemas sérios na saúde das pessoas e não informou tal fato nem à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), nem ao Governo Federal: poderia ser enquadrada como violadora da boa-fé

objetiva e, mais importante poderia o governo anular o contrato em corte brasileira por violação desta cláusula (e também erro de elemento essencial)? Na minha opinião, sim, primeiro porque quem tem o cômodo – poder ter requerido o contrato que quis, mas omitindo fato relevantíssimo – para fins de argumentação) tem o incômodo, como regra básica de direito, quer privado, quer administrativo, evidenciando como a interseção dos ramos faz-se não só necessária, como apropriada.

A boa-fé já se encontra impregnada em outros princípios que regem a atuação da Administração Pública, como os princípios da moralidade administrativa, legalidade, e confiança legítima. Ademais, a boa-fé baliza o exercício de qualquer direito e serve como parâmetro para os limites do cumprimento dos deveres.[18]

É possível afirmar que a boa-fé compensa a desigualdade do administrado frente ao Estado, como meio efetivo para proteger o particular de arbitrariedades.

A boa-fé objetiva exige das partes um comportamento coerente – sem adoção de atitudes que, por sua contrariedade, indiquem desvio de comportamento que importe em deslealdade.

Gordillo, citado por Celso Antonio, ensinou:

“Se dice así que los contractos administrativos son esencialmente de Buena fe, lo que lleva a que la Administración no deba actuar como si se tratara de un negocio lucrativo, ni a tratar de obtener ganancias ilegítimas a costa dél contratista, ni a aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en perjuicio dei contratista”.(MELLO, 2010, p. 649)

O contrato administrativo reclama de ambas as partes um comportamento ajustado a certas pautas: (i) o Poder Público busca a satisfação do interesse público que ditou a formação do ajuste, (ii) o particular contratante procura a satisfação de uma pretensão econômica, cabendo-lhe, para fazer jus a ela, cumprir com rigor e inteira lealdade as obrigações assumidas.[19]

A boa-fé como norma de conduta leal impõe às partes um dever de coerência, um dever de não contradição. A esse respeito, nos valem novamente das lições de Judith Martins-Costa:

“De fato, embora o dever de não agir de modo deslealmente contraditório se manifeste em todos os campos em que delineadas relações jurídicas obrigacionais, no Direito Administrativo e no

Direito Tributário há matizamentos decorrentes da interdependência entre o dever de agir segundo a boa-fé, o princípio da supremacia da Administração Pública e a presunção de legitimidade acostada aos atos da Administração Pública (e, especialmente, do Fisco): a quem tem maior poder cabe, em paralelo, uma responsabilidade ampliada em não atuar contraditoriamente, evitando despertar no administrado/contribuinte expectativas enganosas.” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 337)

Outra faceta da proteção à boa-fé do particular que contrata com a Administração Pública está na teoria da aparência. Essa teoria valida as condutas que criam direitos ao administrado. Mesmo diante de um ato nulo da Administração Pública, tal ato opera efeitos válidos e aqueles que contratam com o Poder Público podem confiar legitimamente que seus agentes agem sob o amparo da lei.^[20]

Além disso, vale ressaltar que os fins de interesse coletivo e público não corroboram condutas eticamente reprováveis cometidas pelo Estado. E muito menos dos entes privados contratando com o Estado. As prerrogativas da Administração Pública (especialmente as cláusulas exorbitantes), não a autoriza a infringir a moralidade e a boa-fé, e vice-versa para o particular contratando com a administração.

3.3.3 Lex inter partes e Pacta sunt servanda

Os princípios da força obrigatória dos contratos (*lex inter partes*) e da imutabilidade dos contratos (*pacta sunt servanda*) são perfeitamente aplicáveis ao contrato administrativo.

Pelo princípio da força obrigatória, o contrato é lei entre as partes. Respeitadas as condições de validade, os contratantes devem executar as cláusulas contratuais como se fossem normas jurídicas e reflete o princípio da autonomia da vontade que rege os contratos em geral.

O contrato administrativo traz nuances diferentes ao princípio da força obrigatória - principalmente em face da prerrogativa da Administração Pública de alterar unilateralmente o disposto no contrato - desde que respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ainda assim, o primeiro dever que nasce para a Administração assim que celebra o contrato é o cumprimento das obrigações que foram assumidas.

A esse respeito, vale colacionar a lição de Hector Jorge Escola:

“El cocontratante particular tiene el derecho de reclamar que la administración pública cumpla con sus obligaciones tal como

resulten del contrato, siempre dentro de un plano de buena fe que es inexcusable en las relaciones con quien actúa como un colaborador en la obtención de finalidades que son de interés Público. Tiene también el derecho a percibir el precio fijado en el contrato cualquiera sea su forma y la denominación que se haya atribuido, con arreglo a las modalidades y condiciones que hayan sido estipuladas, debiendo la administración respetar su intangibilidad, sin afectarla por medio de actitudes o decisiones que, directa o indirectamente, concurran a variar lo en perjuicio del cocontratante particular.” (ESCOLA, 1989, p. 177)

Esse princípio não tem mais o sentido absoluto que antes possuía - tanto no âmbito privado quanto no público. Em relação ao contrato administrativo, verificam-se as seguintes restrições (I) prerrogativas da Administração Pública para alterar e rescindir de forma unilateral, (ii) restrições ao particular para o exercício da exceção do contrato não cumprido; e (iii) a quase inexistência de instrumentos efetivos para que o contratado imponha à Administração o cumprimento de sua prestação contratual.

Em relação ao princípio do pacta sunt servanda, a imutabilidade dos contratos também encontra respaldo no regime publicista, apesar das mitigações que as prerrogativas exclusivas da Administração Pública (cláusulas exorbitantes) representam para esse princípio.

O regime de Direito Público impõe à Administração um processo rígido e formal que deve ser seguido para que os contratos com os particulares possam ser celebrados. O inteiro teor do contrato é determinado no instrumento convocatório (ou outro ato em que o contrato se encontra fundido) e na proposta vencedora. A própria Administração não possui ampla liberdade para contratar: sua autonomia é mitigada pelo interesse público que deve nortear a contratação. A motivação do ato administrativo encontra alicerce no interesse público e limita a liberdade de contratar. O contrato deve possuir elementos essenciais para que sejam válidos e eficazes e a Administração deve seguir um procedimento administrativo que também restringe a amplitude de sua autonomia administrativa.

Ademais, a prerrogativa da Administração de alterar as cláusulas contratuais por ato unilateral mitiga esse princípio. Mas, assim como o princípio da lex inter partes, o princípio do pacta sunt servanda também não é mais aplicado de forma absoluta - deve ser sopesado com princípios modernos que regem os contratos, como aqueles que regem a teoria da imprevisão.

3.4 Princípios colidentes dos contratos administrativos e contratos privados

As diferenças e especificidades do contrato administrativo em relação aos contratos regidos pelo direito privado serão melhor identificadas na análise dos princípios colidentes. Essa colisão mostrará os limites da interseção entre o direito público e privado nos contratos administrativos.

3.4.1 Princípio da legalidade e autonomia da vontade

Segundo dispõe o princípio da legalidade, a vontade da Administração Pública decorre da lei e só pode fazer o que a lei permite. O princípio da legalidade não permite aplicar de forma absoluta o princípio da autonomia da vontade típico do direito privado, que permite que os particulares façam tudo o que a lei não proíbe.

É indubitável que o regime publicista limita o pleno exercício da autonomia da vontade. Esta apenas se compatibiliza com a função administrativa se obedecer à competência exercida nos limites da legalidade. Também não há possibilidade de discussão livre entre o particular e a Administração Pública para a elaboração do contrato e nem mesmo liberdade de forma - ainda assim, cabe lembrar que o contrato administrativo apenas se aperfeiçoa com a aceitação do particular, que assumirá direitos e deveres perante a Administração Pública.

Por outro lado, o direito sofreu uma alteração radical para firmar a dignidade e a intangibilidade da pessoa. As concepções extremistas do liberalismo deram lugar a uma relativização dos direitos absolutos do indivíduo, da sociedade e do Estado.[21] O conteúdo social do Código Civil de 2002, por exemplo, trouxe normas de ordem pública que não podem ser afastadas por vontade das partes.

A esse respeito, as valiosas observações de Marçal Justen Filho:

“Assim, o direito (público e privado) se desenvolve como instrumento de realização dos fins eleitos pela Nação e consagrados na Constituição. Nenhum direito e nenhum poder é atribuído a um sujeito como forma de satisfação de seus exclusivos interesses. Ou seja, respeitar a dignidade e a integridade da pessoa humana significa assegurar tais valores relativamente a todos os integrantes da comunidade.

Reconhece-se, enfim, a vinculação dos direitos e deveres individuais e coletivos à consecução de certos fins, que transcendem a situação transitória dos titulares. Faculdades e deveres são limitados por um vínculo inerente, intrínseco e insuprimível com a satisfação daqueles fins. Todo o poder jurídico, disciplinado pelo direito público ou pelo direito privado, tem

natureza instrumental. É instrumento não de locupletamento individual do titular, mas da realização dos direitos fundamentais.” (JUSTEN FILHO, 2012)

3.4.2 Igualdade absoluta entre as partes e a supremacia do interesse público

Outro princípio da teoria geral dos contratos afetado pelo regime publicista é o da igualdade absoluta entre as partes. Como anteriormente exposto, a relação jurídica entre particular e Administração Pública guardam contornos de verticalidade. A Administração Pública participa da relação jurídica com supremacia de poder. As cláusulas exorbitantes que constam nos contratos administrativos excedem o equilíbrio contratual previsto para os instrumentos regidos pelo direito privado para consignar vantagens ou restrições para a Administração ou para o particular contratado.

Hely Lopes Meirelles afirma:

“A cláusula exorbitante não seria lícita num contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento o interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.” (MEIRELLES, 2016, p. 241)

Mesmo que não estejam expressamente previstas nos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente uma vez que são indispensáveis para assegurar o interesse público sobre o particular.^[22]

3.4.3 Preponderância do interesse público e imutabilidade da vontade inicial das partes.

Ainda sobre as cláusulas exorbitantes, vale olhá-las sob o prisma da preponderância do interesse público e como ele se coaduna com o princípio da imutabilidade da vontade inicial das partes. Como anteriormente explanado, esse princípio confere segurança jurídica aos contratantes. Ainda que a Administração Pública disponha de prerrogativas que lhe asseguram supremacia diante do particular, inclusive pela possibilidade de alteração das cláusulas por ato unilateral, o princípio da imutabilidade confere segurança e estabilidade ao instrumento contratual, além de garantir ao particular a permanência das circunstâncias que o levaram a assumir a condição de contratado, por sua conta e risco, respeitado o interesse público.

Por esse motivo, a conduta da Administração também deve ser pautada pela boa-fé - especialmente no exercício de suas prerrogativas contratuais contidas nas cláusulas exorbitantes e, uma vez configurada situação em que o interesse público exija a alteração unilateral do contrato administrativo, a vontade inicial é preservada (ainda que de forma mitigada) na medida em que o particular tem o direito constitucional de exigir a estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo.

Com ainda mais razão, a conduta do contribuinte, em especial em momento de excepcionalidade como a Pandemia, deve ser pautada pela boa-fé. Boa-fé quer dizer enviar o melhor conhecimento científico e informar todos os fatos que tenha conhecimento, tanto para a autoridade de vigilância sanitária quanto para o Ministério da Saúde.

3.4.3 Cláusula *rebus sic stantibus*, imutabilidade dos contratos e a continuidade do serviço público

A respeito da cláusula *rebus sic stantibus* e sua aplicação no contrato administrativo - principalmente diante da obrigatoriedade da continuidade do serviço público, cumpre fazer algumas considerações iniciais.

Conforme ensinamento de Orlando Gomes, a cláusula *rebus sic stantibus* é uma antiga proposição do direito canônico revigorada pelos juristas para justificar as exceções que a equidade impunha ao princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos - em seguida, foi construída a teoria da imprevisão. Referida cláusula era considerada inserta nos contratos de duração e de execução diferida para lhes conferir força obrigatória.^[23]

Álvaro Villaça Azevedo resume o conceito da seguinte maneira:

“Essa cláusula *rebus sic stantibus* protege uma das partes do contrato, quando há impossibilidade de cumprimento da obrigação assumida, por brusca alteração da situação inicial, em que o contrato nasceu”.(AZEVEDO, 2009, p. 337)

Segundo Silvio Venosa, diante de um elemento inusitado e surpreendente, uma circunstância nova, que ocorra durante a execução do contrato e que coloque em situação de extrema dificuldade uma das partes (implicando uma excessiva onerosidade em sua prestação), poderá haver intervenção judicial no contrato para rever suas condições e, assim, resolvê-lo ou conduzi-lo a níveis suportáveis de adimplemento para o devedor.^[24]

Se, por um lado, nenhum particular tem direito à imutabilidade do contrato administrativo, por outro, a Administração não poderá violar o direito do particular de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro originariamente estabelecido.

Conforme disposto no artigo 124, II, “d” da Lei 14.133/21, os contratos poderão ser alterados por acordo entre as partes para “para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato”.

Trata-se da aplicação da “teoria da imprevisão” no contrato administrativo, que hoje retoma o princípio da cláusula *rebus sic stantibus* no direito brasileiro. O cerne da questão está nas circunstâncias que envolviam as partes no momento da manifestação de vontade, como ensina Bittencourt:

“A teoria da imprevisão ou a doutrina que faculte a revisão do contrato, no caso de se tornar demasiadamente oneroso o seu cumprimento, terá, necessariamente, em qualquer ramo do direito, o mesmo fundamento jurídico. Não é possível querer descobrir-lhe um fundamento diverso em cada um dos vários ramos em que, apenas uma questão de conveniência e para facilidade de estudo, se costuma dividir o direito. O fundamento jurídico está, segundo pensamos, assim no direito público, como no direito privado, na existência implícita da cláusula *rebus sic stantibus*, porque a manifestação da vontade dos contratantes só pode ser considerada válida em relação aos fatos existentes no momento da constituição do vínculo contratual e àqueles que poderiam ser razoavelmente previstos.” (BITTENCOURT, 1945, 821-822)

Hely Lopes Meirelles ensina que, diante de eventos “extraordinários, imprevistos e imprevisíveis, onerosos, retardadores ou impeditivos” para a execução do contrato, a parte atingida ficará liberada dos encargos originários e o contrato deverá ser revisto ou rescindido, em consonância com a teoria da imprevisão, provinda da cláusula *rebus sic stantibus*, conforme seus desdobramentos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração, estado de perigo, lesão e interferências imprevistas.^[25] No entanto, alerta o renomado jurista que somente a álea econômica extraordinária e extracontratual, que desequilibra a equação econômico-financeira originalmente ajustada entre as partes, autoriza a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*.^[26]

Nesse aspecto, verificamos que o princípio da imutabilidade dos contratos ganha outros contornos no contrato administrativo. Enquanto que no direito privado prepondera a irretratabilidade do que foi originalmente ajustado, no direito administrativo a mutabilidade é um fator presente na dinâmica contratual (faculdade

assistida à Administração por meio das cláusulas exorbitantes) - respeitadas as bases do negócio para evitar o desequilíbrio econômico-financeiro. No caso da vacinas, para manter o exemplo, ousamos dizer que a mutabilidade por conveniência (por exemplo vacina mais barata) da administração não poderia ser invocada, também da boa-fé, que só permitiria a rebus sic stantibus SE e ENQUANTO a contratação fosse por conveniência, que não foi o caso.

Essa mutabilidade pode favorecer o particular na operacionalização do contrato pois a Administração será sempre obrigada a respeitar a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro originalmente ajustado - dessa forma, o particular acaba evitando as grandes discussões que um contrato regido pelo direito privado ensinaria diante da aplicação da teoria da imprevisão.

Claro que, na hipótese de contrato de concessão, o concessionário está obrigado a suportar o prejuízo para garantir que não haja suspensão do serviço público (aplicação do princípio da continuidade), restando-lhe exigir da Administração a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato para restabelecer as margens de ganho originalmente previstas.

Mais um exemplo concreto, que infelizmente nos aflige, está no uso de termoelétricas com o aumento de custos pela escassez dos reservatórios de água. O preço é aprovado pela ANEEL após analisar as planilhas de custos dos produtores de energia – produtores esse que, para o período que o governo previu de escassez hídricas, vão usar gás de compromissos de longo prazo. Hora, e oxalá que sim, voltando as chuvas, poderia o governo federal cancelar ou reverter os contratos aditivos assinados com os produtores de energia elétrica? Em nossa opinião não, primeiro porque haveria desequilíbrio econômico-financeiro contra os produtores que se comprometeram com os aditivos contratuais de longo prazo, segundo porque seria uma imoralidade administrativa, em evidente violação ao clausulado geral de boa-fé.

3.4.4. Princípio da exceção do contrato não cumprido e continuidade do serviço público

Outro princípio que merece atenção pela forma como é aplicado no contrato administrativo é a exceção do contrato não cumprido. Nos contratos regidos pelo direito privado, a parte que descumprir sua obrigação não poderá exigir da outra parte que execute a sua (art. 476 do Código Civil). Por outro lado, no regime publicista, o particular não pode se recusar a cumprir suas obrigações diante da possibilidade de que a Administração não cumpra as suas.

A antiga lei de licitações (Lei 8.666/93) estabelecia que, na hipótese de ação ou omissão da Administração Pública que incidisse diretamente sobre o contrato, impedindo ou retardando sua execução (denominado por Hely Lopes Meirelles como “fato da

Administração”), o particular poderia requerer a rescisão do contrato (de forma amigável ou judicialmente), por culpa do Poder Público. Contudo, o particular não poderia paralisar de forma sumária os trabalhos com base na *exceptio non adimplenti contractus*, que era inaplicável aos ajustes administrativos, a não ser que houvesse atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos pela Administração (artigo 78, XV da Lei 8.666).[27]

Outra hipótese que assistia ao particular estava no inciso XIV do artigo 78 da antiga Lei 8.666, que autorizava expressamente o particular a suspender o cumprimento de suas obrigações no caso de suspensão da execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 dias ou por repetidas suspensões que totalizem o mesmo tempo (ressalvadas as situações excepcionais ali referidas).

A atual lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021) trouxe inovações a respeito desse tema.

Ou seja, a lei assegurou ao particular algumas hipóteses da exceção do contrato não cumprido, superando também a discussão a respeito de sua aplicação ao contrato administrativo. Cabe observar que o formalismo que rege a relação entre Administração e particular exige do particular certos cuidados para formalizar a justificativa e o preceito legal que suporta a suspensão do cumprimento de suas obrigações contratuais.

3.4.5 Princípio do *venire contra factum proprium* e o princípio da legalidade

O princípio do *venire contra factum proprium* também merece especial atenção no contrato administrativo, que proíbe o comportamento contraditório. O jurista Anderson Schreiber, em sua obra dedicada ao tema, constrói quatro requisitos para a incidência do *venire contra factum proprium*:

“À luz destas considerações, pode-se indicar quatro pressupostos para a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório: (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial, (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta, (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isto mesmo, violador da confiança) e, finalmente, (iv) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição”. (SCHREIBER, 2016, p. 127)

O conflito pode surgir quando a Administração, mesmo se curvando ao princípio da legalidade, causa danos ao particular em determinada relação jurídica coberta pelo contrato administrativo. Ainda assim, incide sobre a Administração o dever de rever seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais (Súmula 473 do STF). Essa

revisão não significa, necessariamente, uma afronta ao princípio da segurança jurídica ou da boa-fé objetiva. No entanto, a Administração deve tomar as cautelas necessárias para atenuar os danos ao particular que, de boa-fé, confiou no comportamento inicial da Administração - inclusive por conta do princípio da legalidade que rege a atuação administrativa.

Na visão de Anderson Schreiber, a incidência do princípio da vedação ao comportamento contraditório nas relações regidas pelo direito público reflete institutos publicísticos (como a moralidade administrativa e a igualdade dos administrados perante a Administração Pública) ou pode ser considerado um resultado direto da aplicação do valor constitucional da solidariedade social.[28] Seguramente, no exemplo de aditivos para produção de energia elétrica mais cara, haveria a incidência desta regra caso o governo fizesse uma mudança "climática" de rumo.

Aliás, o STF tem aplicado o referido princípio à Administração Pública, como atestado pelo Min. Celso de Mello, em acórdão de sua relatoria:

"CLÁUSULA GERAL QUE CONSAGRA A PROIBIÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO – INCIDÊNCIA DESSA CLÁUSULA ("NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM") NAS RELAÇÕES JURÍDICAS, INCLUSIVE NAS DE DIREITO PÚBLICO QUE SE ESTABELECEM ENTRE OS ADMINISTRADOS E O PODER PÚBLICO". (STF, 2ª Turma, MS 31.695 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 3.2.2015)

Resta então ponderar os valores constitucionais da legalidade versus segurança jurídica e proteção à confiança legítima. Os atos administrativos guardam presunção e aparência de legalidade. Situações de fato podem exigir do aplicador do direito um olhar mais abrangente a respeito da segurança jurídica, na esteira do que foi ensinado por Almiro do Couto e Silva:

"A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. (. . .) A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

(...)

Parece importante destacar, nesse contexto, que os atos do Poder Público gozam da aparência e da presunção de legitimidade, fatores que, no arco da história, em diferentes situações, têm justificado sua conservação no mundo jurídico, mesmo quando aqueles atos se apresentem eivados de graves vícios.”(SILVA, 2005, p. 3)

Ainda que o particular não possa alegar a ocorrência de violação à segurança jurídica uma prerrogativa (ou mesmo um dever) da Administração de rever os próprios atos diante de vícios que os tornam ilegais, a proteção à confiança legítima e mesmo a segurança jurídica são princípios que devem ser sopesados em relação à legalidade estrita na análise do caso concreto.

O próprio STF construiu jurisprudência nesse sentido face às diversas situações em que a Administração Pública prolongou situações factuais.[29] Segundo o Min. Cezar Peluso, em acórdão de sua relatoria, a Suprema Corte tem decidido que, em determinados casos, o princípio da possibilidade ou necessidade de anulamento deve ser substituído pelo da impossibilidade, tendo em conta a segurança jurídica, a boa-fé e a confiança legítima.[30]

4. Jurisprudência

A aplicação dos princípios que regem os contratos administrativos - sejam eles de caráter público ou privado - há muito chegaram aos Tribunais Superiores. A importância do tema reclama constante jurisdição. Alguns casos foram selecionados para demonstrar como o STF tem aplicado sopesado os princípios em casos envolvendo contratos administrativos.

O primeiro caso emblemático que merece nossa atenção é a disputa entre a Varig e a União por conta do congelamento tarifário determinado pela União entre Outubro/85 e Janeiro/92 (RE 571969/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 8.5.2013). O principal tema discutido foi o equilíbrio econômico-financeiro assegurado pelo contrato e pleiteado pela Varig.

A conclusão do Tribunal foi condensada na seguinte ementa jurisprudencial:

“A União, na qualidade de contratante, deve observar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e indenizar os prejuízos suportados por companhia aérea em virtude de suposta diminuição do seu patrimônio decorrente de planos

econômicos em vigor no período objeto da ação em consequência da política de congelamento tarifário vigente no País.”

A respeito da natureza discricionária da prorrogação contratual pela Administração Pública, um caso interessante para analisar é o litígio entre a Cemig e a União (RMS 34.203, rel. min. Dias Toffoli, 2ª Turma. DJE de 20-3-2018). A Cemig relata que firmou contrato de concessão em 1997. Neste contrato, a União garantiu no contrato a prorrogação do prazo de vigência por mais 20 anos. Diante da publicação da nova lei 12.783/13, o Ministro de Energia indeferiu o pedido de prorrogação protocolado pela Cemig. Por esse motivo, a concessionária alegou violação de ato jurídico perfeito (contrato assinado) e do direito adquirido (garantia de prorrogação).

Mas o Supremo entendeu que não há direito líquido e certo – aquele concludente e inconcusso, na linguagem de Pontes de Miranda - à prorrogação contratual do contrato de concessão de usina hidrelétrica. Nos termos do voto do Min. Toffoli, relator do processo:

“Nesse passo, admitir o raciocínio pretendido pela impetrante (que implica imposição de renovação contratual à União, sem qualquer margem de discricionariedade administrativa) seria o mesmo que conceder ao contratado (concessionário) posição de supremacia sobre a Administração (o que é um contrassenso com os princípios e postulados administrativos) e, no mesmo passo, seria conferir à cláusula de prorrogação contratual a natureza de verdadeira cláusula exorbitante em favor do concessionário, o que, evidentemente e conforme demonstrado, não se coaduna com a natureza desse instituto.”

Outro caso interessante analisado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal tratou do princípio da intranscendência subjetiva das sanções no litígio entre o Estado de Pernambuco e a União.[31] O caso tratava de falhas apuradas pela União na execução de convênios entre a União e os estados. Foram apuradas irregularidades durante fiscalização feita pelo Ministério da Justiça e o Estado de Pernambuco foi inscrito em sistema de restrição ao crédito utilizado pela União.

Segundo o Ministro Luiz Fux, relator do processo, o princípio da intranscendência subjetiva das sanções impede a aplicação de sanções severas às administrações por ato de gestão anterior. Nas palavras do eminente Ministro:

“Não se pode inviabilizar a administração de quem, tendo sido eleito democraticamente, não foi responsável direto pelas dificuldades financeiras que acarretaram a inscrição de Estado-

membro no sistema de restrição ao crédito utilizado pela União e está tomando providências para sanar as irregularidades verificadas.

Nesse sentido, o propósito é neutralizar a ocorrência de risco que possa comprometer, de modo grave e/ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade.”

A respeito da prerrogativa de alteração unilateral e prevalência do interesse público sobre o interesse particular, vale mencionar o litígio entre os titulares de terminais portuários privativos e a União (RMS 24286/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, 18.2.2014). Nesse processo, os concessionários alegaram que o Ministério dos Transportes alterou o contrato de adesão para passar a cobrar tarifa portuária.

O Supremo entendeu legítima a atuação da Administração Pública, que goza da prerrogativa de alterar unilateralmente cláusula contratual. Nas palavras da eminente Ministra Carmen Lucia, relatora do processo:

“O contrato administrativo possui peculiaridades, e os poderes atribuídos à Administração Pública devem satisfazer as necessidades coletivas, como forma de promoção dos direitos fundamentais.

A possibilidade de alteração unilateral decorre do zelo pelo interesse público, pressuposto essencial do contrato administrativo. Nada obstante, a Administração deve observar os termos da lei e o objeto do procedimento licitatório, bem como a essência do contrato dele proveniente e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.”

Outro caso relevante para ser trazido trata do transporte gratuito de idosos. Em processo movido pela Viação Cometa que, assim como outras empresas de transporte, ingressaram com ação judicial para alegar rompimento do equilíbrio econômico-financeiro diante de leis que asseguravam o transporte gratuito de idosos. Dentre os processos julgados, trecho da ementa do processo relatado pelo Min. Celso de Mello, que verifica a função social nesses contratos administrativos:

“DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão, que, confirmado, em sede de embargos de declaração, pelo E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, está assim ementado:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE COLETIVO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. ESTATUTO DO IDOSO. GRATUIDADE E DESCONTO NO PREÇO DA PASSAGEM. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. GARANTIA PRÓPRIA DE CONTRATO CELEBRADO MEDIANTE LICITAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. 1. Dispõe a Constituição, no art. 5º, § 2º, que os direitos expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. 2. A lei pode estender os direitos fundamentais sociais expressamente previstos na Constituição, aplicando os princípios constitucionais pertinentes, assim como fez ao estabelecer ‘benefício tarifário’ para os idosos no transporte coletivo interestadual de passageiros. 3. O reequilíbrio econômico-financeiro é um direito de categoria inferior e, por isso, não se pode antepô-lo ao direito fundamental dos idosos ao transporte coletivo gratuito ou incentivado. 4. As limitações administrativas, dentro de limites razoáveis, estão implícitas na função social da propriedade (‘lato sensu’). Exigir compensação sempre que a lei restringe a potencial exploração econômica seria compelir o Estado a regular mediante compra, regime evidentemente impraticável. 5. Não houve limitação desproporcional, em nome da função social do contrato administrativo de prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros (cuja finalidade é assegurar o direito fundamental de ir e vir), aos interesses econômicos em causa.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 613831 . Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho236166/fals>. Acesso em: 22 jun. 2020).

Para arrematar, vale trazer duas decisões judiciais argentinas, que tratam de equidade e boa-fé nos contratos administrativos. Essas decisões mostram um posicionamento arrojado e bem fundamentado.

O primeiro caso trata da aplicação do princípio da equidade para readequar o ajuste contratual. Assim decidiu o Tribunal Argentino (Argentina. Sentencia. Camara de apel. Cont. Adm. Y trib. De la ciudad aut. De bs. As., 31/8/2006):

“La equidad como manifestación funcional del conjunto de principios generales del derecho tiene especial significación en el

marco de los derechos patrimoniales, y particularmente en el ámbito de los contratos.

Es dable una aplicación en base a la equidad del órgano jurisdiccional, teniendo en cuenta al mantenimiento de la ecuación real y/o económica del contrato, si las especiales circunstancias de la causa revelan que en el caso concreto, de otro modo aparece clara y nítidamente configurado un ejercicio antifuncional del derecho por parte de uno de los contratantes. No resulta admisible tal aplicación sobre la exclusiva base de una apreciación genérica a priori de equidad.

La facultad de adecuar el objeto de obligaciones emergentes de un contrato fundada en equidad, puede operar tanto para reducir como para incrementar la prestación originaria de cualquiera de las partes.”

O outro caso mostra o dever de agir com boa-fé imposta ao particular que contrata com a Administração Pública (Argentina. SENTENCIA: 18 de Diciembre de 1990. Camara nac. Apelac. En lo contencioso administrativo federal. Capital federal, ciudad autónoma de buenos aires. SAIJ: FA90100201). Abaixo, um trecho da decisão do referido processo:

“El principio de buena fe impone a quien contrata con la Administración Pública un comportamiento oportuno, diligente y activo, antes que displicente, lo cual lo obliga a poner de manifiesto del modo más inmediato posible la aparición de circunstancias que, a su juicio, impongan la modificación de cláusulas contractuales, a fin que el órgano estatal pueda a su vez decidir si, ante la nueva situación, conviene al interés público celebrar el contrato o dejar sin efecto la licitación.”

5. Conclusão

A porosidade entre direito público e privado fica bem evidente nos contratos administrativos. A Pandemia de Covid-19 coloca em cheque velhos princípios, cria novos, e chacoalha os paradigmas que buscavam manter alheios regras de contratação de direitos privado e administrativo. Aliás, a premissa de que o direito estatal é oposto ao direito privado é falsa, inconveniente e perigosa. Para exemplificar, basta olhar o regime jurídico aplicável às empresas estatais e a faculdade conferida à Administração direta do Estado para celebrar contratos regidos pelo direito privado.

O direito administrativo é um direito do interesse público.[32] E, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público reflete a dimensão pública dos interesses individuais, sem que isso o dissocie dos interesses dos indivíduos. Para o ilustre jurista, o interesse público “só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro”. [33]

Sendo assim, a interseção entre as normas de direito público e de direito privado no contrato administrativo é uma decorrência lógica do sistema jurídico para lhes atribuir características peculiares que os tornem condizentes com o interesse público que os formou.

Os princípios comuns e os princípios colidentes dos contratos privados e administrativos mostram a evolução da atuação estatal e do direito positivo no sentido de socializar os ajustes contratuais dentro do contexto econômico que a política administrativa entende convenientes para a persecução do interesse público.

Assim como os contratos privados sofreram alterações drásticas nos princípios que lhe são aplicáveis e uma grande relativização de antigos valores absolutos como *pacta sunt servanda* e *lex inter partes*, os contratos administrativos deixaram de ser um instrumento de opressão completamente apartado da realidade do regime privado. Cada vez mais os institutos criam vasos comunicantes para servir os interesses da comunidade.

Para a aplicação correta dos princípios aos contratos administrativos e para assegurar a integridade do direito, a interpretação dos contratos depende de um exercício racional e objetivo para diferenciar o que são atos de política administrativa (sem que a intervenção judicial se proponha a controlar a conveniência e oportunidade da atuação administrativa), aquilo que deve ser perseguido pela Administração Pública em conjunto com os particulares na execução dos contratos administrativos e aquilo que deve ser descentralizado pelo Estado para que os particulares possam atuar, em consonância com as necessidades sociais.

E para que os princípios aplicáveis aos contratos administrativos não se tornem armas de preguiçosos e espertos, urge impor, a quem os emprega, o ônus de verificar se a questão é de sua competência (por ex: determinar política tarifária com base no princípio da dignidade da pessoa humana é tarefa do judiciário?) e o ônus de fundamentar a sua competência. Como observado por Carlos Ari Sundfeld, os juízes que julgarem com base em princípios excederem função regulatória e, por tal motivo, não podem fazê-lo superficialmente. E devem buscar sopesar princípios constitucionais sempre dando prevalência à vida, e à boa-fé. A decisão deve trazer a regra que decorre do princípio aplicado de forma clara e precisa, da mesma forma e com o mesmo rigor que um regulador elabora um regulamento, caso contrário, alerta o renomado jurista:

“Em suma, é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. Do contrário teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma juris- prudência capaz de flutuar ao sabor das intuições e dos azares - em resumo: pura feitiçaria.

É preciso insistir nisto: citar múltiplos, belos e vagor princípios, transcrever páginas e páginas de elogios a eles, manifestar propósitos generosos, nada disso é motivar: é soltar fumaça.” (SUNDFELD, 2017, p. 229)

Por fim, admitindo que tais princípios sejam mandados de otimização (na linha do ensinamento de Robert Alexy[34]) e que as decisões judiciais (ou arbitrais, conforme o caso), construirão uma nova regra subsumida ao caso concreto, assim como a intervenção do Estado na ordem econômica e a dinâmica das suas relações com os particulares devem ser observadas atentamente para garantir a satisfação do interesse público, também devemos focar no comportamento do judiciário ao tentar aplicar os princípios que regem os contratos administrativos para garantir a perfeita adequação dos arranjos contratuais que verdadeiramente instrumentalizam o desenvolvimento econômico e social do país.

Referências

ANTÓNIO, I. A fase de formação dos contratos públicos: breves notas sobre o contencioso pré-contratual. *Revista de Direito da Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 01, n. 02, p. 232 – 264, jul/dez 2019.

AZEVEDO, A. V. Inaplicabilidade da teoria da imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos. In: AZEVEDO, A. V. (Ed.). *Superior Tribunal de Justiça: doutrina : edição comemorativa, 20 anos*. Brasília: STJ, 2009. p. 333 – 352. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/dout20anos/author/proofGalleyFile/3381/3779>. Acesso em: 18/06/2020.

BEVILAQUA, C. *Direito das Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1954.

BITTENCOURT, C. A. L. *Empreitada. Teoria da Imprevisão*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 812 – 824, out. 1945. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8732>. Acesso em: 19/06/2020.

- CARDOSO, R. de M. A boa-fé e o contrato administrativo. In: ROCHA, S. L. F. da (org.). O contrato administrativo e os princípios da boa-fé, justiça contratual e função social do contrato. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 31 – 64.
- CASSAGNE, J. C. Los contratos de la Administración Pública. Revista de la Administración Pública, Madrid, n. 78, p. 411 – 428, 1975.
- CASSAGNE, J. C. La intervencion administrativa. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.
- ESCOLA, H. J. El Interés Público como Fundamento del Contrato Administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- GOMES, O. Contratos. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GRAU, E. R. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- JUSTEN FILHO, M. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MARTINS-COSTA, J. A boa-fé no direito privado. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MEDAUAR, O. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro: Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, C. A. B. de. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- NEGRINI NETO, J. Função social do contrato administrativo. In: ROCHA, S. L. F. da (org.). O contrato administrativo e os princípios da boa-fé, justiça contratual e função social do contrato. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 65 – 76.
- OLIVEIRA, R. F. de. A proteção da boa-fé no Direito Administrativo. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 688, p. 267 – 269, Fev 1993.
- PIETRO, M. S. Z. D. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ROBERT ALEXY. Teoria dos Direitos Fundamentais: Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- SALOMÃO FILHO, C. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: PRIMEIRAS ANOTAÇÕES.
Revista dos Tribunais, v. 823, p. 67 – 86, Maio 2004.

SCHREIBER, A. A Proibição do Comportamento Contraditório: tutela de confiança e venire contra factum proprium. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, A. do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular Seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 2, abril/maio/jun 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/almiro-do-couto-e-silva/o-principio-da-seguranca-juridica-protecao-a-confianca-no-direito-publico-brasileiro-e-o-direito-da-administracao-publica-de-anular-seus-proprios-at>. Acesso em: 22/06/2020.

SUBRÁ, P. El nuevo derecho administrativo. In: SUBRÁ, P. (Ed.). Transformaciones del Derecho Publico. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1993. p. 61 – 108.

SUNDFELD, C. A. Direito administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TEIXEIRA, J. H. M. Permissão e concessão de serviço público. RDP, n. 6/100. VENOSA, S. Direito Civil: contratos. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOTAS:

[1] Cf. GRAU, E. R. A ordem econômica na Constituição de 1988. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 26.

[2] Ibid., p. 72.

[3] A esse respeito, a diferenciação explicitada pelo Tribunal de Contas da União: “3.5.A moderna doutrina aceita dois tipos de contratos públicos, quanto ao seu regime jurídico: ‘contratos administrativos clássicos’, os quais são regidos por normas e princípios próprios do Direito Público, atuando o Direito Privado apenas supletivamente, e ‘contratos regidos parcialmente pelo direito privado’, também denominados ‘contratos semipúblicos’. Mesmo nesses últimos contratos, onde predomina a contratação nos termos da legislação do Direito Civil, permanece uma certa superioridade jurídica da administração perante o contratado, como bem esclarece Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitação, 6ª edição, Dialética, ps. 520 e 521): ‘A mera participação da Administração Pública como parte em um contrato acarreta alteração do regime jurídico aplicável. O regime de direito público passa a incidir, mesmo no silêncio do instrumento escrito. O conflito entre regras de direito privado e de direito público resolve-se em favor destas últimas. Aplicam-se os princípios de direito privado na medida em que sejam compatíveis com o regime de direito público. Isso pode, inclusive, provocar a desnaturação do contrato de direito privado. Assim se passa com alguns contratos, tais como o depósito ou o comodato, em que se assegure a

uma das partes faculdades de exigir a restituição do bem sob a pena de determinadas sanções. Não se pode cogitar da incidência de tais regras contra a Administração Pública. Os contratos administrativos típicos impõem à Administração, como dever peculiar, pagar uma importância em dinheiro. Excluída a hipótese de alienação, os contratos de obra, serviço ou compra não exigem da administração prestação diversa de pagar uma quantia em dinheiro. Já os contratos de direito privado possuem outra configuração. Mesmo aqueles de dar coisa certa costumam estabelecer prestações acessórias de fazer ou não fazer. Sempre haverá óbices à execução específica contra a Administração Pública de obrigação de restituir, fazer ou não fazer. Não se admitirá a execução específica, resolvendo-se tudo em perdas e danos. Por isso, a efetivação pela Administração Pública de contratos de direito privado sempre traz em si o potencial afastamento das regras correspondentes.”(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 445/2002. Plenário. Unidade Técnica SEMAG - Secretaria de Macroavaliação Governamental. Relator: Guilherme Palmeira. Julgado em 04 de dezembro de 2002).

[4] Cf. PIETRO, M. S. Z. D. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 556.

[5] Ibid., p. 558

[6] Cf. MELLO, 2010, p. 616.

[7] Cf. MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro: Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 238.

[8] TEIXEIRA, , apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 562.

[9] Cf. JUSTEN FILHO, 2012, cp.8.

[10] Grande parte dos referidos contratos foram celebrados sob a vigência da Lei 8.666/1993.

[11] Cf. GOMES, O. Contratos. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 39.

[12] Cf. SUNDFELD, 2017, p. 53.

[13] Cf. ANTÔNIO, 2019, p. 233.

[14] Para arrematar esse conceito, vale mais uma vez nos valermos das lições valiosas do renomado jurista: “Chega-se, então à consequência natural da extensão da idéia de interesses institucionais ao campo privado. A regra da função social do contrato, adquira caráter de norma de proteção (Schutzgesetz - v. supra item 3.2) dos interesses

institucionais eventualmente atingidos pelo contrato e seu mero descumprimento gera a obrigação de reparação do bem lesado. Todas essas características fazem surgir um novo contrato, instrumentalizado aos interesses da sociedade, representados pelas garantias institucionais. São elas o seu limite, impondo que as obrigações nele contidas sejam dissecadas de forma a respeitar os interesses da sociedade atingidos, e a verdadeira norma de proteção desses interesses contida no art. 421 do novo CC. O controle material difuso introduzido por esse importante princípio do novo Código vem complementar o sentido dos instrumentos processuais de controle difuso (por exemplo: ação civil pública), instrumentos de verdadeiro controle social. Caso bem interpretado, pode transformar-se, portanto, em poderoso canal de proteção da sociedade civil e controle social da atividade empresarial e civil.” (SALOMÃO FILHO, 2004)

[15] Cf. PIETRO, 2019, p. 573.

[16] Cf. NEGRINI NETO, 2017, p. 70.

[17] Cf. MARTINS-COSTA, 2018, p. 333.

[18] Cf. CARDOSO, 2017, p. 54.

[19] Cf. MELLO, 2010, p. 649.

[20] Cf. OLIVEIRA, 1993, p. 269.

[21] Cf. JUSTEN FILHO, 2012, posição 4060.

[22] Cf. PIETRO, 2019, p. 566.

[23] Cf. GOMES, 2019, p. 67.

[24] Cf. VENOSA, 2019, p. 170.

[25] Cf. MEIRELLES, 2016, p. 267.

[26] *Ibid.*, p. 268.

[27] Cf. MEIRELLES, 2016, p. 270.

[28] Cf. SCHREIBER, 2016, p. 196.

[29] Cf. RE no 364.511-AgR-AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ de 30/11/1997; QO- PET (MC) no 2.900-RS, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJ 08/03/2003; MS no 24.268-MG, Rel. p/ o ac. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJ de

17/09/2004; MS no 22.357-DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJ de 05/11/2004; RE no 598.099-MS, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJ de 30/09/2011; MS no 25.116-DF, Rel. Min. AYRES BRITTO, Pleno, DJ de 10/02/2011; RE no 552.354-AgR-ED-AC-AC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJE de 27/04/2011; e MS 25.963-DF, Pleno, DJ de 20/11/2008; MS 26.628- DF, Pleno, DJ de 21/02/2008, ambas Rel. Min. Cezar Peluso.

[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação cível originária nº 79/MT – Mato Grosso. Relator: Ministro Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br>

/pages/search/sjur209877/false >. Acesso em: 22 jun. 2020.

[31] AC 2614/PE, rel. Min. Luiz Fux, 23.6.2015. (AC-2614); AC 781/PI, rel. Min. Luiz Fux, 23.6.2015. (AC-2614); AC 2946/PI, rel. Min. Luiz Fux, 23.6.2015. (AC-2614)

[32] Cf. SUNDFELD, 2017, p. 136.

[33] Cf. MELLO, 2010, p. 61.

[34] Cf. ROBERT ALEXY, 2017, p. 90