

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1192

(Ano XVI)

(09/03/2024)

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 1192



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. 1192 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 262 *f/s*.

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



O STF é quem estabelece a competência do STF? ou a “síndrome do vigia megalômano”

Eduardo Luiz Santos Cabette, 08.

ARTIGOS

A aplicação da inteligência artificial em decisões judiciais

Celso Moreira Ferro Júnior, 20.

A relação entre direito e justiça na suma teológica

Suênya Lopes de Alencar, 27.

As contribuições sindicais após a reforma trabalhista e o abuso do direito sindical

Silvia Figueiredo Araújo Schnitzlein, 47.

O direito sucessório dos filhos na multiparentalidade

Dimas Rayan Miranda Vilarinho, 63.

Delação premiada no combate ao crime organizado

Bárbara Félix Joia de Figueiredo, 78.

Terceirização: culpa in vigilando da Administração Pública em contratos com as prestadoras de serviços terceirizadas

Luandrew Gomes Moura, 96.

Imunidade parlamentar: os efeitos da aplicação da lei penal no âmbito da imunidade parlamentar

Daniel Jonathas de Araújo Moura, 117.

Os direitos da personalidade conceituação e sua atuação na prática forense defensorial

Rodrigo Gomes de Freitas Pinheiro, 136.

Interceptação telefônica: importância no processo penal como meio de prova

Kamila Pereira Martins, 149.

Dos crimes contra a dignidade sexual: a (in)compatibilidade entre a proteção da dignidade sexual e a cultura patriarcal

Larisse da Costa de Abreu, 171.

Proteção à intimidade e privacidade do empregado no ambiente de trabalho

Ariella Cristina Gonçalves, 185.

Direito na Literatura: O instrumento de poder para reescrever a condição humana.

Leticia Regina Anézio, 202.

A confissão no acordo de não persecução penal e suas implicações jurídicas

Talles Henrique Bezerra Lima, 210.

A transação e o percurso até a extinção da obrigação tributária

Monica Matsuno de Magalhaes, 220.

A consulta pública como instrumento de participação popular

Lara Nascimento Magalhães, 243.

Os Objetivos de Desenvolvimento Social sobre a visão do Pensamento Complexo

Fábio Dias de Oliveira, 248.

O STF É QUEM ESTABELECE A COMPETÊNCIA DO STF? OU A “SÍNDROME DO VIGIA MEGALÔMANO”

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal¹.

“É que nos esquecemos que as miragens somente desvanecem quando encaradas de perto”. [1]

“Temo somente uma coisa: não ser digno do meu tormento”. [2]

Dentre as várias críticas à atuação do Supremo Tribunal Federal e, em específico, ao Ministro Alexandre de Moraes, destaca-se a afirmação de que a Corte processa e julga pessoas que não são submetidas à sua competência originária.

Eis então que o Ministro Alexandre de Moraes, em entrevista, passa a pretender justificar a atuação da Corte contra tais pessoas nos casos que envolvem suposta tentativa de golpe em 08 de janeiro de 2023, sob a alegação de que, em suas palavras: “Quem decide o foro, quem decide se é competência ou não do STF? O STF”. Reforça sua tese com a alegação da existência de “conexão” entre as atuações de pessoas comuns e parlamentares com foro de prerrogativa de função perante o STF, o que, por força de normativa do Código de Processo Penal, determinaria a união de processos. [3]

O grande problema de determinadas afirmações é que são apresentadas com aparência e mesmo com parcelas da verdade, mas ocultam ou dissimulam em meio a essa aparência e algumas verdades, erros e/ou falsidades. Por isso se diz que a melhor mentira é aquela que anda nas proximidades da verdade.

¹ E-mail: cabette@uol.com.br

Começamos então pela verdade contida nas afirmações em estudo.

É verdade que não somente o STF, mas qualquer tribunal e mesmo juízo de primeiro grau “decide” sobre sua competência para o processo e julgamento de quaisquer casos que lhe são submetidos. Aliás, essa é uma das primeiras decisões que deve ser tomada pelo magistrado de qualquer grau de jurisdição acerca dos casos que lhe chegam para processo e julgamento. Realmente é o que se conclui dos artigos 108 e 109, CPP que tratam da “Exceção de Incompetência”. É o próprio juízo excepcionado que decide sobre sua competência, devendo tomá-la por termo se formulada verbalmente. Da decisão que conclui pela “incompetência do juízo” caberá Recurso em Sentido Estrito, nos termos do artigo 581, II, CPP, nas hipóteses em que a incompetência seja reconhecida de ofício pelo magistrado, mas há silêncio quanto à decisão que conclui pela “competência do juízo” nesses termos. Da decisão que julga procedente a “exceção de incompetência”, também cabe Recurso em Sentido Estrito, com sustento no artigo 581, III, CPP. Contudo, a decisão de ofício do magistrado por sua “competência” ou que afasta a “exceção de incompetência” não é prevista no rol taxativo do artigo 581, CPP, de modo que se trata de decisão irrecorrível, a ser discutida em preliminar recursal futura (v.g. apelação) ou, eventualmente, em ação autônoma de impugnação de “Habeas Corpus” de imediato, visando à preservação do “Princípio do Juiz Natural” (artigo 5º., XXXVII e LIII, CF) e nos termos do artigo 648, III e VI, CPP. [4]

Portanto, é verdade que o próprio magistrado ou tribunal é quem “decide”, *ao menos inicialmente*, sobre sua competência ou não. Desde logo se vê que essa não é uma decisão que não pode ser reformada. Isso seja porque o magistrado pode reconhecer sua incompetência, inclusive de ofício, a qualquer momento em que a constate, ainda que inicialmente não a tenha declarado, nos termos do artigo 109, CPP. Seja também porque sua decisão, embora inicialmente irrecorrível quando se tratar de consideração de sua competência, pode ser objeto de discussão em preliminar recursal futura ou mesmo em sede de “Habeas Corpus”. Isso porque ao magistrado ou Tribunal é dado “decidir” sobre sua competência, mas não “determinar” sua competência, o que é matéria da Constituição Federal e da lei, com relação às quais juízes e Tribunais não passam de vassalos e obedientes guardiões. Afinal, o “Juiz Natural” nada mais é do que aquele previamente determinado pela Constituição e pela legislação. Não é aquele magistrado que por si mesmo determina sua competência à margem das normas legais.

É também verdade que essas hipóteses de discussão em preliminar recursal futura e “Habeas Corpus” são realmente bastante reduzidas quando se trata de competência reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque no Brasil este é a Corte Suprema, a última instância decisória, de modo que mesmo suas deliberações são reapreciadas por ele mesmo. Não obstante, isso não afasta o fato de que também o STF e seus Ministros

não passam de funcionários públicos que devem vassalagem à Constituição e à lei, são guardiões, vigias e não proprietários das normas legais e constitucionais.

Dessa forma, como admite o próprio Ministro Alexandre de Moraes, não cabe ao STF deliberar por conta própria qual é ou não é a sua competência, mas o deve fazer com sustento na Constituição Federal, a qual é expressa a respeito disso. Deve ainda obedecer às normas processuais penais atinentes à matéria.

O Ministro acena com a chamada “Competência por Conexão” tendo em vista o suposto envolvimento de políticos com prerrogativa de função nos atos de 08 de janeiro de 2023. Realmente o Ministro não está “inventando” uma norma em que se basear. A “Competência por Conexão”, conforme mencionada por Alexandre de Moraes, é prevista expressamente no artigo 76, I, CPP, referindo-se à chamada “Conexão Intersubjetiva”, mais especificamente “por concurso” ou “conexão subjetiva concursal”. [5] Isso tendo em vista que o Ministro alega que a competência por conexão se daria devido ao concurso de agentes para os atos, envolvendo, além de pessoas comuns, políticos com prerrogativa perante o STF. Isso seria fundamento para que as pessoas sem prerrogativa fossem também processadas e julgadas, por “vis atractiva” perante a Corte Suprema (a “força atractiva” da competência por prerrogativa levaria o processo e julgamento de pessoas comuns ao STF).

Essas alegações que contêm verdades quase indiscutíveis dão uma aparência de legitimidade à atuação do Supremo Tribunal Federal e do próprio Ministro em destaque. Isso porque realmente estabelece expressamente a Constituição Federal a competência originária do STF para o processo e julgamento de Parlamentares Federais em Crimes Comuns (vide artigo 102, I, “b”, CF). Em havendo “conexão concursal” de Parlamentares Federais com pessoas comuns, seria aplicável o disposto no artigo 76, I, CPP, que ensejaria “vis atractiva” excepcional à competência do STF para processar e julgar pessoas que, em regra, não seriam submetidas à sua jurisdição originária, mas tão somente recursal extraordinária.

É preciso salientar, porém, que há dissenso quanto à possibilidade de reconhecimento da atratividade do foro por prerrogativa estabelecido pela Constituição Federal somente para certos cargos, passando a abarcar pessoas sem prerrogativa constitucional por força de normas ordinárias (Código de Processo Penal). Alega-se que as diretrizes de conexão e continência, bem como de conflito de competência do Código de Processo Penal não podem alterar as regras de competência estabelecidas pela Carta Magna. Isso equivaleria a sobrepor a legislação ordinária às normas constitucionais, numa verdadeira inversão hierárquica do ordenamento jurídico. Além disso, acena-se com prejuízo àqueles que não detêm a prerrogativa, pois que se processados e julgados no primeiro grau teriam maior amplitude recursal, enquanto que ao serem alçados diretamente à competência originária, acabariam ficando restritos, após o julgamento

inicial, somente a eventuais recursos regimentais (agravos) e à estreita via recursal extraordinária (Recurso Especial –STJ e/ou Recurso Extraordinário – STF).

Em virtude disso já firmou o Supremo Tribunal Federal que a regra será o “desmembramento” dos processos, sendo julgados no Tribunal de prerrogativa somente o detentor do privilégio, de modo que os demais são remetidos ao primeiro grau de jurisdição normalmente (STF, Inq. 3515/SP, j. 13.02.2014).

Malgrado isso, o próprio Supremo Tribunal Federal admite que em casos excepcionais, a exigirem julgamento conjunto, com risco de grave prejuízo à prestação jurisdicional e à segurança jurídica (eventualidade de decisões contraditórias), a regra geral seja excepcionada. E quem é responsável pela decisão irrecorrível de julgamento conjunto, bem como avaliação dessa necessidade é o próprio Tribunal com prerrogativa, no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal.

Tomada pelo Tribunal respectivo, como no caso concreto sob análise, a decisão de julgamento conjunto, não se tem admitido a alegação de nulidade, havendo até mesmo Súmula do Supremo Tribunal Federal regulando a matéria. Senão vejamos:

Súmula 704, STF: “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corrêu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

Ademais essa espécie de conduta de opção pelo julgamento conjunto tem sido adotada reiteradamente pelo próprio Supremo Tribunal Federal:

No caso da Ação Penal 470/MG (“Mensalão”), existiam alguns acusados que eram Deputados Federais e outros que não tinham foro por prerrogativa de função.

A defesa pediu que houvesse o desmembramento dos julgamentos, mas o STF rejeitou o pleito e decidiu que todos os réus (com e sem foro privativo) deveriam ser julgados pelo STF no mesmo processo.

O STF entendeu que se houvesse o desmembramento, existiria a possibilidade de serem proferidas decisões contraditórias. Outro argumento foi o de que eventual remessa dos autos ao juízo de 1ª instância provocaria excessiva demora no julgamento, dada a complexidade da causa e a quantidade de informações envolvidas (AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, questão de ordem julgada nos dias 2 e 3.8.2012).

Vale ressaltar que, da mesma forma como foi decidido no caso do "Mensalão", havia outros precedentes do STF também determinando o julgamento em conjunto de todos os réus. A título de exemplo: Inq 2601 QO, julgado em 20/10/2011; Inq 2704, julgado em 17/10/2012; AP 674 AgR, julgado em 04/04/2013. [6]

Agora cabe, fazendo referência à epígrafe que encabeça este texto, olhar mais de perto a miragem para desvanecer sua potência ilusória.

É visível que tudo nos pretensos fundamentos de Alexandre de Moraes, depende de demonstração concreta e palpável do envolvimento de Parlamentares Federais e mais, de seu liame com as pessoas comuns nos atos submetidas ao processo e julgamento respectivo. É exatamente aí que a miragem se desvanece por completo e o oásis de fundamentos do Ministro se apresentada, na realidade, como um deserto de motivações jurídicas.

Diversos Parlamentares Federais foram apontados numa fase inicial, meramente investigatória, como envolvidos direta ou indiretamente nos atos. No entanto, todas essas hipóteses de envolvimento de Parlamentares Federais foram afastadas e arquivados os casos. Não há nos processos nenhum Parlamentar Federal ou qualquer pessoa com prerrogativa de função denunciada. Muito menos foi possível comprovar qualquer espécie de liame entre as pessoas comuns envolvidas e indivíduos com prerrogativa de função. [7] O que existe são tão somente *narrativas e hipóteses que se pretendem sobrepor aos fatos*. Nada mais do que aquilo que Cordero chamou de "primado das hipóteses sobre os fatos". [8] Já restou estabelecido que não existe nem envolvimento nem muito menos liame algum entre pessoas comuns e Parlamentares Federais. O Ministro, em suas decisões, menciona casos já afastados pelas investigações da Polícia Federal e com pedido de arquivamento pela PGR (Ministério Público), titular da ação penal. Essas pretensas "fundamentações" para forçar a competência do STF sobre pessoas comuns são absolutamente improcedentes e podem, sem exagero, ser classificadas como um procedimento de "bipolaridade jurídica" (A referência metafórica aqui é exatamente ao "Transtorno Bipolar", "condição de saúde mental" marcada "por mudanças extremas de humor", da euforia à depressão profunda, [9] na hipótese, o emprego de casos já com manifestação negativa como se fossem passíveis de servir de fundamento. O mundo jurídico estaria afetado então, "mutatis mutandis", por uma espécie de "bipolaridade de convicção"). Nesse passo, não há fundamentação consistente para a manutenção da competência do STF, não há a menor demonstração de envolvimento de pessoas com prerrogativa de função, não há denunciados dessa espécie em conjunto com os demais réus em nenhum dos processos, muito menos há comprovação mais mínima que seja de algum liame entre os implicados.

Há também a *narrativa* de suposto envolvimento do ex – Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, mas também sem qualquer espécie de comprovação fático – jurídica e, ainda que houvesse, seria preciso atentar para que Bolsonaro é um ex – Presidente e, portanto, não mais submetido à competência originária do STF, a qual cessa com o fim do mandato. Neste sentido: “Súmula 451-STF: A **competência especial por prerrogativa de função** não se estende ao **crime** cometido após a **cessação definitiva do exercício funcional**”. E ainda que os fatos enfocados tivessem ocorrido durante o exercício do mandato, a Súmula 394, STF foi cancelada. Isso em data de **15.09.2005** – Plenário do STF (votação por maioria 7X3) declarou a **inconstitucionalidade** dos §§ 1º e 2º, do art. 84, CPP. O STF considerou a edição da Lei 10.628/02 uma clara reação de afronta do legislativo ao cancelamento da Súmula 394, STF. Segundo a decisão enfocada, somente por emenda constitucional e não por lei ordinária poder-se-ia criar novos casos de foro por prerrogativa de função.

A partir dessa decisão do STF ficou estabelecida a seguinte situação:

a) **Não existe** foro por **prerrogativa de função** para os **casos de Improbidade Administrativa**;

b) O foro por **prerrogativa de função não se estende mais para os ex – ocupantes de cargos**, não importando se o **ilícito penal é comum ou relativo ao exercício do cargo e muito menos para os casos de Improbidade Administrativa**.

A única hipótese de manutenção da prerrogativa de função ocorrerá quando mesmo findo o mandato ou o exercício do cargo já estiver o processo em fase de alegações finais. Ademais a prerrogativa de função só é admitida para casos que envolvam ilícitos relacionados ao exercício funcional e não a crimes comuns que não tenham relação com o cargo. Isso ficou estabelecido no Julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937 STF – Rio de Janeiro, tendo como Relator o Ministro Roberto Barroso, em data de 03.05.2018. [10]

Recentemente ações atabalhoadas de busca e apreensão sem devida fundamentação, gerando inclusive reações de lideranças do Senado Federal, parecem representar esforços desesperados para perpetuar as hipóteses, sem sustento em fatos concretos, de envolvimento de Parlamentares Federais. [11] E ainda que tais ações fossem efetivas, não seria possível retroagir seus efeitos aos casos pretéritos em uma espécie de retroalimentação de pretensa fundamentação de conexão e liame. Essas empreitadas somente fazem explicitar ainda mais a absoluta falta de sustento, legitimidade, legalidade e constitucionalidade da autodeclaração de competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar cidadãos comuns que não são submetidos à sua competência

ordinária e originária, com fulcro em uma não comprovada ligação destes com Parlamentares Federais.

O vazio que constituem as alegações de conexão com Parlamentares Federais para embasar a competência constitucional do STF na configuração de “vis atractiva”, acaba entrando em colisão com a própria jurisprudência da Corte que estabelece o seguinte:

“Para que haja a atração da causa para o foro competente, é imprescindível a constatação da existência de indícios da participação ativa e concreta do titular da prerrogativa em ilícitos penais” (AP 933 QO, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 6-10-2015, DJE 20 de 3-2-2016). [12]

Na verdade todos esses processos com andamento perante o STF e tendo como sujeitos passivos processuais pessoas comuns são nulos de pleno direito por incompetência absoluta “ratione personae”.

A insistência em manter pessoas comuns sob a jurisdição do STF e *criar* argumentos para isso com fundamentos dotados de *aparência* de legitimidade é algo assustador porque revelador de uma *vontade de poder* incompatível com qualquer sentimento democrático e afim de uma tendência ditatorial e até totalitária. Como bem aduz Tressler:

“Qualquer idiota pode admitir que está errado e se desculpar, mas é preciso uma força genuína para defender até a morte algo que a gente sabe que está errado, e lutar por isso”. [13]

Parece que não somente o Ministro Alexandre de Moraes, mas muitos magistrados do STF e de outros tribunais e juízos [14] vêm sofrendo do que ousamos denominar “Síndrome do Vigia Megalômano”. Um simples vigia de uma residência, um mero caseiro ou coisa parecida, toma posse do imóvel, passa a viver e dispor dele como proprietário, confundindo suas verdadeiras atribuições. A diferença é que quando se trata de um mero vigia ou caseiro, uma reintegração de posse e até mesmo um processo criminal e prisão em flagrante por violação de domicílio resolve facilmente o caso. Mas, quem vigia os vigias da Constituição e das leis para que sejam curados dessa “Síndrome de Megalomania”, especialmente quando o mal se manifesta numa Corte Suprema que é a última palavra em termos de jurisdição? Lembrando que Moraes se refere a uma pretensa “conexão” para justificar seus atos, talvez fosse melhor que os magistrados se esforçassem para cultivar a “continência”, não no sentido jurídico – processual do termo na área de competência, mas no sentido vernacular de autocontenção, de controle de si mesmo, autodomínio, moderação, comedimento, limitando-se assim ao cumprimento de seus deveres de acordo com a Constituição e as leis, independentemente de quaisquer circunstâncias, interesses subalternos ou afeições.

Neste e em outros casos essa “força genuína” de lutar por aquilo que se sabe estar errado (ao menos se deveria saber), tem ocasionado situações de perversão jurídica e até mesmo ética aparentemente, até o momento, incontornáveis, de modo a levar-nos a um profundo desânimo, diante da prevalência da força e arbítrio sobre o Direito e a Justiça. Entretanto, não somente em nome da Justiça, mas até mesmo em defesa dos ensinamentos do Direito que chegam a estudantes, gerando confusão, descrédito, insegurança e lições equivocadas, não nos é permitido moralmente uma postura “perinde ac cadáver” (“como um cadáver”) – locução latina que denota uma submissão extrema e completa.

Nossa missão de esclarecimento crítico tem sido um exercício quase isolado e solitário de Sísifo, aquele personagem mitológico condenado a levar uma pesada pedra ao cume de uma montanha, sendo que a tal pedra sempre rola novamente para o sopé e ele é obrigado a levá-la de volta eternamente sem resultado. Mas, como lembra Camus, em seu livro “O Mito de Sísifo”, muitas vezes a humanidade mais bela e virtuosa do homem não está em alcançar fins imediatos, mas no percorrer o caminho com humildade, tenacidade e paciência. Fato é que “a própria luta para chegar ao cume basta para encher o coração de um homem”. Imaginemos então “Sísifo feliz”. [15] E concluamos com Machado, cientes de que “o próprio do heroísmo não é a segurança do triunfo, senão a fervorosa aspiração a merecê-lo” (tradução livre). [16] Sem prejuízo e por derradeiro, retomemos a segunda epígrafe a este texto, esperando ser dignos de nossos tormentos.

REFERÊNCIAS

A REGRA geral é de que haja o desmembramento dos processos quando houver corréus sem prerrogativa de foro no STF. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2014/02/a-regra-geral-e-de-que-haja-o.html> , acesso em 17.06.2023.

AZEVEDO, Tatiana. Oposição pressiona por CPI de Abuso de Autoridade após operação contra Jordy. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/república/oposicao-pressiona-por-cpi-do-abuso-de-autoridade-apos-operacao-contrajordy/> , acesso em 29.01.2024.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Mundo Jurídico Hierarquicamente Contaminado. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-mundo-juridico-hierarquicamente-contaminado/1904975618> , acesso em 29.01.2024.

CAMUS, Albert. *O Mito de Sísifo*. Trad. Ari Roitman e Paulina Watch. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986.

DOSTOIÉVSKI, Fiodor. *Memórias do Subsolo*. Trad. Boris Schmaiderman. São Paulo: Editora 34, 2000.

ÉBOLI, Evandro. Em reação a “silêncio” de Lira, Jordy é reconduzido a líder da oposição. Disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2024/01/6792322-em-reacao-a-silencio-de-lira-jordy-e-reconduzido-a-lider-da-oposicao.html> , acesso em 29.01.2024.

FRANKL, Viktor E. *Em Busca de Sentido*. Trad. Walter O. Schlupp e Carlos C. Aveline. 2ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

GATTAI, Gianluca. Quem decide se é competência ou não do STF? O STF, afirma Alexandre de Moraes. Disponível em https://gazetabrasil.com.br/justica/2024/01/04/quem-decide-se-e-competencia-ou-nao-do-stf-o-stf-afirma-alexandre-de-moraes/#google_vignette , acesso em 29.01.2024.

QUEM decide se é competência ou não do STF? O STF, esclarece Moraes. Disponível em <https://horadopovo.com.br/quem-decide-se-e-competencia-ou-nao-do-stf-o-stf-diz-moraes/> , acesso em 29.01.2024.

MACHADO, Antonio. *Poesia Completa*. Barcelona: Penguin Random House, 2023.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Código de Processo Penal Anotado*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTA, Mauricio. *O Teu Coração é o Sol Reflexões e Poemas*. Guaratinguetá: Editora do Autor, 2023.

QUEM decide se é competência do STF é o próprio STF, diz Moraes sobre processos do 8 de janeiro. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/politica/quem-decide-se-e-competencia-do-stf-e-o-proprio-stf-diz-moraes-sobre-processos-do-8-de-janeiro/> , acesso em 29.01.2024.

QUESTÃO de ordem na Ação Penal STF 937 – Rio de Janeiro. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078> , acesso em 29.01.2024.

REZENDE, Constança, ROCHA, Marcelo. Moraes usa casos de deputados com pedidos de arquivamento para manter réus do 08/01 no STF. Disponível em <https://www.google.com/amp/s/www1.folha.uol.com.br/amp/poder/2024/01/moraes->

[usa-casos-de-deputados-com-pedidos-de-arquivamento-para-manter-reus-do-81-no-stf.shtml](#) , acesso em 29.01.2024.

STF Jurisprudência selecionada. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2662#:~:text=Para%20que%20haja%20a%20atra%C3%A7%C3%A3o,da%20prerrogativa%20em%20il%C3%ADcios%20penais.> , acesso em 29.01.2024.

TRANSTORNO Bipolar. Disponível em <https://www.pfizer.com.br/sua-saude/sistema-nervoso-central/transtorno-bipolar> , acesso em 29.01.2024.

TRESSLER, Irvind D. *Como Perder Amigos & Irritar Pessoas*. Trad. Raul Martins, José Lima e Felipe Denardi. Campinas: Auster, 2019.

VALENÇA, Jéssica, STABILE, Arthur, MOREIRA, Matheus. Quem decide se é competência ou não do STF? O STF. Porque é a previsão expressa da Constituição, diz Alexandre de Moraes sobre atuação no 08/01. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/blog/julia-duailibi/post/2024/01/04/quem-decide-se-e-competencia-ou-nao-do-stf-o-stf-diz-alexandre-de-moraes-sobre-atuacao-no-81.ghtml> , acesso em 29.01.2024.

NOTAS:

[1] MATTA, Mauricio. *O Teu Coração é o Sol Reflexões e Poemas*. Guaratinguetá: Editora do Autor, 2023, p. 75.

[2] DOSTOIÉVSKI, Fiodor Mikhailovitch, apud, FRANKL, Viktor E. *Em Busca de Sentido*. Trad. Walter O. Schlupp e Carlos C. Aveline. 2ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p.67. Embora não haja na obra de Dostoiévski a frase exata, pode-se dizer que a ideia contida nessa frase está bem expressa no livro de sua autoria, "Memórias do Subsolo", onde o protagonista, um homem atormentado e cheio de amargura reflete sobre sua existência e se questiona sobre todo o seu sofrimento. Cf. DOSTOIÉVSKI, Fiodor. *Memórias do Subsolo*. Trad. Boris Schmaiderman. São Paulo: Editora 34, 2000, "passim".

[3] QUEM decide se é competência do STF é o próprio STF, diz Moraes sobre processos do 8 de janeiro. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/politica/quem-decide-se-e-competencia-do-stf-e-o-proprio-stf-diz-moraes-sobre-processos-do-8-de-janeiro/> , acesso em 29.01.2024. VALENÇA, Jéssica, STABILE, Arthur, MOREIRA, Matheus. Quem decide se é competência ou não do STF? O STF. Porque é a previsão expressa da Constituição, diz Alexandre de Moraes sobre atuação no 08/01. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/blog/julia-duailibi/post/2024/01/04/quem-decide-se-e-competencia-ou-nao-do-stf-o-stf-diz-alexandre-de-moraes-sobre-atuacao-no-81.ghtml> ,

acesso em 29.01.2024. GATTAI, Gianlucca. Quem decide se é competência ou não do STF? O STF, afirma Alexandre de Moraes. Disponível em https://gazetabrasil.com.br/justica/2024/01/04/quem-decide-se-e-competencia-ou-nao-do-stf-o-stf-afirma-alexandre-de-moraes/#google_vignette , acesso em 29.01.2024. QUEM decide se é competência ou não do STF? O STF, esclarece Moraes. Disponível em <https://horadopovo.com.br/quem-decide-se-e-competencia-ou-nao-do-stf-o-stf-diz-moraes/> , acesso em 29.01.2024.

[4] MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1122 – 1123. BONFIM, Edilson Mougnot. *Código de Processo Penal Anotado*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 959.

[5] BONFIM, Edilson Mougnot, Op. Cit., p. 213 – 214.

[6] A REGRA geral é de que haja o desmembramento dos processos quando houver corréus sem prerrogativa de foro no STF. Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2014/02/a-regra-geral-e-de-que-haja-o.html> , acesso em 17.06.2023. Despiciendo dizer que o entendimento da regra do desmembramento e da exceção viável do julgamento conjunto de acordo com o caso concreto é válida não somente para casos de prerrogativa perante o STF, mas diante de qualquer Tribunal com competência originária constitucionalmente estabelecida (v.g. TJ, TRF, STJ etc.).

[7] Em reportagem da Folha de São Paulo fica claro e evidente que todos os casos de supostos envolvimento de Parlamentares foram desmentidos e excluídos seja pela Polícia Federal, seja pela Procuradoria Geral da República, não havendo o mais mínimo estofamento para as alegações do Ministro Alexandre de Moraes. **O Ministro chega a citar casos com pedido ministerial de arquivamento em suas decisões para manter réus sem prerrogativa no STF.** Cf. REZENDE, Constança, ROCHA, Marcelo. Moraes usa casos de deputados com pedidos de arquivamento para manter réus do 08/01 no STF. Disponível em <https://www.google.com/amp/s/www1.folha.uol.com.br/amp/poder/2024/01/moraes-usa-casos-de-deputados-com-pedidos-de-arquivamento-para-manter-reus-do-81-no-stf.shtml> , acesso em 29.01.2024.

[8] CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986, p. 51.

[9] TRANSTORNO Bipolar. Disponível em <https://www.pfizer.com.br/sua-saude/sistema-nervoso-central/transtorno-bipolar> , acesso em 29.01.2024.

[10] QUESTÃO de ordem na Ação Penal STF 937 – Rio de Janeiro. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078> , acesso em 29.01.2024.

[11] AZEVEDO, Tatiana. Oposição pressiona por CPI de Abuso de Autoridade após operação contra Jordy. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/oposicao-pressiona-por-cpi-do-abuso-de-autoridade-apos-operacao-contrajordy/> , acesso em 29.01.2024. ÉBOLI, Evandro. Em reação a “silêncio” de Lira, Jordy é reconduzido a líder da oposição. Disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2024/01/6792322-em-reacao-a-silencio-de-lira-jordy-e-reconduzido-a-lider-da-oposicao.html> , acesso em 29.01.2024.

[12] Cf. STF Jurisprudência selecionada. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2662#:~:text=Para%20que%20haja%20a%20atra%C3%A7%C3%A3o,da%20prerrogativa%20em%20il%C3%ADcitos%20penais.> , acesso em 29.01.2024.

[13] TRESSLER, Irvind D. *Como Perder Amigos & Irritar Pessoas*. Trad. Raul Martins, José Lima e Felipe Denardi. Campinas: Auster, 2019, p. 114.

[14] O mau exemplo dos Tribunais Superiores se alastra por um processo de “contaminação hierárquica”. Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Mundo Jurídico Hierarquicamente Contaminado. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-mundo-juridico-hierarquicamente-contaminado/1904975618> , acesso em 29.01.2024.

[15] CAMUS, Albert. *O Mito de Sísifo*. Trad. Ari Roitman e Paulina Watch. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 141.

[16] No original: “Lo próprio del heroísmo no es la seguridad del triunfo, sino la ferviente aspiracion a merecerlo”. MACHADO, Antonio. *Poesía Completa*. Barcelona: Penguin Random House, 2023, p. 16.

A APLICAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL EM DECISÕES JUDICIAIS

CELSO MOREIRA FERRO JÚNIOR:

Advogado. Pesquisador, Consultor em Direito Digital, Segurança, Inteligência Empresarial, Lei Geral de Proteção de Dados e Operações de Informação. Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP, Mestre em Gestão do Conhecimento e Tecnologia da Informação pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Delegado de Polícia Civil do Distrito Federal no período de 1981/2009. Graduado em Direito pela AEUDF (atual UDF) em 1987².

De acordo com o jurista Wolfgang Hoffmann-Riem autor da obra Teoria do Direito Digital, a transformação digital progride a passos largos, exurgindo novos desenvolvimentos, que incluem novos projetos de Lei e decisões judiciais, porém, sobretudo, inovações tecnológicas.³

Prossegue o autor dizendo que atualmente as capacidades de armazenamento e de análise pelos computadores estão sendo expandidas e as possibilidades de aplicação e desempenho dos algoritmos estão crescendo e mudando rapidamente. A chamada inteligência artificial é particularmente importante para isso. Esse termo refere-se em particular ao esforço de reproduzir digitalmente estruturas de decisão semelhantes às humanas, ou seja, de projetar um computador de tal forma e, em particular, de programá-lo

2 Especialista em Inteligência Estratégica - UNIEURO, Especialista em Gestão de Tecnologia da Informação - UNB, Especialista em Polícia Judiciária - UCB e em Gestão da Informação Policial - PCDF. Especialista no Ciclo de Estudos de Política e Estratégia - ADESG/DF, Coordenador e professor em Cursos de Graduação e Pós Graduação Lato Sensu. Concentração de estudos em Direito Digital, Inteligência Artificial, Gestão do Conhecimento, Inteligência Policial, Inteligência Tecnológica, Cognição Investigativa, Fusão da Informação e Inteligência Organizacional. Escritor e Conferencista em vários Seminários e Eventos Nacionais e Internacionais sobre Segurança Pública e Inteligência. E-mail: ferro.celso@gmail.com

³ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital: Transformação Digital Desafios para o Direito. Editora Forense. 2ª Edição. 2021.

usando as chamadas redes neurais⁴ e que possa processar os problemas da maneira mais independente possível e, se necessário, desenvolver ainda mais os programas utilizados.⁵

Inteligência Artificial (IA), algoritmos, aprendizagem de máquina, são termos muito comuns na Era digital, visto que são as atuais tecnologias responsáveis por profundas mudanças na sociedade, provocam alterações no modo de vida dos indivíduos, nas empresas, governos, sendo objeto de intensos estudos e debates no meio acadêmico.

Trata-se de uma notável revolução, resultado de fatores como a velocidade, conectividade, intangibilidade⁶, que reflete complexidade perante o volume das informações e a convergência tecnológica das ações humanas, modificam as estruturas dos negócios, da economia, da sociedade e provocam transformações nos procedimentos e em sistemas nas áreas do executivo, legislativo e judiciário.

As ferramentas de inteligência artificial, estruturadas ou não pela técnica do *machine learning*⁷ já permitem que muitas decisões sejam tomadas por máquinas de forma automática. Esses modelos de IA com base em algoritmos de aprendizagem, já nos permite deduzir sobre a possibilidade de uso de algoritmos para preferir decisões judiciais. assim dizendo, a decisão, definição e programação que pode ser feita pelos próprios algoritmos. Com esse aprendizado dinâmico a máquina tem a capacidade de definir ou modificar regras de tomada de decisão de forma autônoma⁸.

Diante desse quadro, decisões judiciais automatizadas, com base na IA, demonstram ser uma realidade eminente e seguramente sem nenhuma possibilidade de não ocorrer em pouco tempo. Os principais argumentos favoráveis que possivelmente motivam os pesquisadores na disposição de desenvolver a automatização de decisões judiciais é a

4 Uma rede neural é um método de inteligência artificial que ensina computadores a processar dados de uma forma inspirada pelo cérebro humano. É um tipo de processo de machine learning, chamado aprendizado profundo, que usa nós ou neurônios interconectados em uma estrutura em camadas, semelhante ao cérebro humano. A rede neural cria um sistema adaptativo que os computadores usam para aprender com os erros e se aprimorar continuamente. As redes neurais artificiais tentam solucionar problemas complicados, como resumir documentos ou reconhecer rostos com grande precisão.

5 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Op. cit.

6 DAVIS, Stan.; MEYER, Christopher. *Blur: A Velocidade Da Mudança Na Economia Integrada*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

7 O aprendizado de máquina é um ramo da inteligência artificial baseado na ideia de que sistemas podem aprender com dados, identificar padrões e tomar decisões com o mínimo de intervenção humana.

8 ROSSETTI, Regina e ANGELUCI, Alan. *Ética Algorítmica: Questões e Desafios Éticos do Avanço Tecnológico da Sociedade da Informação*. Sielo Brasil.

celeridade e o aumento da objetividade, além de possibilitar a qualidade, diminuição ou remoção do erro humano.

Fernanda Borghetti Cantali e Wilson Engelmann expressam que muito se questiona sobre o decisionismo que assola o Poder Judiciário brasileiro, por exemplo. Existem inúmeras decisões judiciais que evidenciam comportamentos não cognitivistas por parte dos julgadores, os quais decidem com base em opiniões pessoais, absolutamente subjetivas, bem como com base na emoção. Decisões judiciais devem ser proferidas com base no Direito, a partir de critérios racionais, técnico-jurídicos e objetivos.⁹

Na avaliação do ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luis Felipe Salomão¹⁰, o movimento de digitalização da Justiça é cada vez mais necessário para a boa gestão dos tribunais, com **eficiência, celeridade e qualidade**, diante do elevado volume processual.

A celeridade está entre as principais motivações dos tribunais para a implementação de sistemas de Inteligência Artificial, condição esta que proporciona o descontingenciamento dos processos e a diminuição da morosidade.

O conhecimento produzido sobre uso da IA na justiça e os estudos lançados até o momento, demonstram que os sistemas existentes nos tribunais entregam resultados em um tempo extremamente rápido, aperfeiçoando a governança do judiciário e as iniciativas que caminham aceleradamente no sentido de possibilitar num futuro próximo a automatização das decisões.

O CNJ publicou a resolução 332/2020 para tratar, entre outros assuntos, da governança na produção e uso de Inteligência Artificial na justiça. Estabelece diretrizes aos órgãos do poder judiciário dispendo sobre a ética, a transparência e a governança no uso de inteligência artificial. Adota os cinco princípios contidos na Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais: (i) princípio do respeito aos direitos fundamentais; (ii) princípio da não-discriminação; (iii) princípio da qualidade e segurança no processamento de decisões e dados judiciais; (iv) princípio da transparência, imparcialidade e justiça; (v) princípio do controle do usuário¹¹.

9 CANTALI, Fernanda Borghetti; ENGELMANN, Wilson. Do Não Cognitivismo dos Homens ao Não Cognitivismo das Máquinas: Percursos para o uso de decisões judiciais automatizadas. Revista Jurídica Portuguesa, n. 29, 2021 Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/21958>. Acesso em: 12 out. 2022.

10 Luis Felipe Salomão é Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Coordenador dos trabalhos sobre a *Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro*.

11 A Resolução CNJ nº 332, de 21 de agosto de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 25 mai. 2023.

No Brasil, o presidente do Senado Federal, após um minucioso trabalho técnico de estudo e compilação de diversas proposições legais sobre a IA, protocolou o Projeto de Lei 2338/2023, que foi desenvolvido por uma Comissão de notáveis juristas, responsável pela elaboração de um substituto sobre o uso da Inteligência Artificial no Brasil.

O artigo 1º do projeto “estabelece normas gerais de caráter nacional para o desenvolvimento, implementação e uso responsável de sistemas de inteligência artificial no Brasil, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e garantir a implementação de sistemas seguros e confiáveis, em benefício da pessoa humana, do regime democrático e do desenvolvimento técnico científico”. Além disso, define conceitos e define regramentos sobre os Direitos, Categorização dos Riscos, Governança dos Sistemas de IA, Responsabilidade Civil, Códigos de Boas Práticas e De Governança, Comunicação de Incidentes Graves e Supervisão e Fiscalização

O produto final, mais denso, contempla a elaboração de um texto legal, com a mais avançada tecnicidade com diretrizes e fundamentos para a proteção da pessoa humana, fixando ferramentas de governança, responsabilidade civil, uma regulação baseada em riscos e uma modelagem regulatória de direitos.

A atuação de programas de Inteligência Artificial, associados a uma supervisão humana tem sido a maioria dos entendimentos para aplicação no Poder Judiciário brasileiro. Isso ocorre, em razão da necessidade de que haja um aprendizado do sistema e a possibilidade de aperfeiçoamento das decisões, do ponto de vista da eficiência e também, pela busca de uma aplicação justa e ética da Inteligência Artificial.

A necessidade de supervisão humana significa dizer que um sistema de Inteligência Artificial, a ser utilizado na tomada de decisões judiciais, não pode ser realizada completamente de maneira autônoma. O sistema deverá promover ações intercorrentes do julgador de forma que possa corrigir ou aperfeiçoar a fundamentação e novas decisões. Assim, a supervisão humana deve ser exigível e compatível de acordo com determinadas situações de complexidade na contenda judicial.

De acordo com Regina Rossetti e Alan Angeluci a Inteligência Artificial e seus algoritmos conseguem trazer muitos benefícios, além de trazer novas soluções, celeridade, economia e eficiência, aos diversos problemas complexos; podem, em outra perspectiva, conduzir a resultados nocivos, inesperados, sobretudo quando em seu processo de execução prescinde de supervisão humana.¹²

12 ROSSETTI, Regina e ANGELUCI, Alan. Ética Algorítmica: Questões e Desafios Éticos do Avanço Tecnológico da Sociedade da Informação. Sielo Brasil.

MARTINS (2022) assevera que de forma simples, **é possível descrever o uso de programas de computador para auxiliar em processos decisórios**, como uma expansão na capacidade de leitura de peças processuais, combinada com um tratamento de dados para geração de sugestões. O autor cita como exemplo os robôs utilizados nos tribunais, tais como: "Athos" e o "Sócrates" do Superior Tribunal de Justiça e o "Victor" do Supremo Tribunal Federal. O uso da inteligência artificial permite, por exemplo, a coleta de dados dos principais assuntos que chegam aos tribunais e a organização das informações por temática, inclusive com a disponibilização de minutas de decisão, propiciando a otimização das atividades judiciárias.¹³

O autor prossegue explicando que uma boa parte do processamento judicial tradicional ocorre por meio de uma análise de casos, com foco na analogia, para a produção de uma peça decisória (despacho, sentença ou voto em acórdão) baseada em casos pretéritos. Existe, por certo, algum espaço para que os magistrados possam inovar. Contudo, tal espaço é, do ponto de vista processual, restrito aos limites dos pedidos das partes. O magistrado se torna mais experiente, na medida em que julga mais casos. Assim, cada vez mais ele conhecerá o potencial de temas aplicáveis aos diversos casos que chegam ao seu exame. É possível indicar que os magistrados têm um caminho de aprendizado.¹⁴

A partir dessas anotações, entendemos que a discussão ainda será muito ampla, ou seja, se para dar a designação sobre o julgamento por humanos tem vantagem, ou não, em comparação a decisão por Inteligência Artificial. Ainda de acordo com O Ministro Humberto Martins, o julgamento por humano abre espaço para a criatividade e inserção na decisão de elementos que não tem origem jurídica. De qualquer forma, a melhor solução é submeter a análise das informações ao escrutínio da supervisão do magistrado e a necessária revisão da decisão automatizada sugerida. Na acepção do Ministro o trabalho conjugado entre o magistrado e a máquina parece ser, no momento, o caminho mais promissor, para que haja a concretização da desejada efetividade, considerando ainda com extrema relevância, as questões éticas envolvidas.

Por fim, vivenciaremos em breve, um inevitável impacto disruptivo, o momento em que iremos implementar e utilizar os sistemas tecnológicos dotados de aprendizagem, máquinas que de forma eficaz executam tarefas, e até certo ponto, com ações cognitivas capazes de atuar em decisões judiciais. Além do mais, a substituição do processo cognitivo humano por um processo cognitivo artificial deverá superar também as esperadas

13 MARTINS, Humberto. Reflexões Sobre a aplicação de Inteligência Artificial no Apoio às Decisões Judiciais no Superior Tribunal de Justiça. In: ARAÚJO, Valter Shuenquener de; GOMES, Marcus Lívio, (coordenação); CANEN, Doris (organização). Inteligência Artificial e Aplicabilidade Prática no Direito. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022

14 MARTINS, Humberto. Op. cit.

resistências da inovação e mudança de uma cultura, pessoal, organizacional e da própria sociedade.

Ademais, é inadiável ultrapassar de vez, a visão convencional da magistratura e da Justiça e compelir o entendimento de que o juiz precisa repensar sobre seu papel de uma sociedade contemporânea, que caminha para a quarta revolução industrial,¹⁵ onde gestores progridem na constante busca pela efetividade. O momento é de pensar em soluções para auxiliar o juiz em “dar conta” do volume de processos, no momento das decisões e em tempo razoável. A prestação jurisdicional, na era digital, com o uso da Inteligência Artificial é um caminho sem volta, e inevitavelmente a automatização das decisões judiciais irá ocorrer, marcará o direito processual de hoje e o de amanhã.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BURRELL, Burrel. **How the machine ‘thinks’: understanding opacity in machine learning algorithms.** Big Data & Society, 3 (1), 2016.

CANTALI, Fernanda Borghetti; ENGELMANN, Wilson. **Do Não Cognitivismo dos Homens ao Não Cognitivismo das Máquinas: Percursos para o uso de decisões judiciais automatizadas.** Revista Jurídica Portucalense, n. 29, 2021 Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/21958>. Acesso em: 12 out. 2022.

DAVIS, S.; MEYER, C. Blur: **A Velocidade da Mudança na Economia Integrada.** Rio de Janeiro: Campus. p. 7, 1999.

DOMINGOS, Pedro. **O Algoritmo Mestre.** Novatec Editora. São Paulo. 2017.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: Transformação Digital Desafios para o Direito.** Editora Forense. 2ª Edição. 2021.

LEE, Kai-Fu. **Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos.** Tradução Marcelo Barbão. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

MARTINS, Humberto. **Reflexões Sobre a aplicação de Inteligência Artificial no Apoio às Decisões Judiciais no Superior Tribunal de Justiça.** In: ARAÚJO, Valter Shuenquener

¹⁵ Quarta Revolução Industrial é uma expressão que engloba algumas tecnologias para automação e troca de dados e utiliza conceitos de Sistemas ciber-físicos, Internet das Coisas e Computação em Nuvem. O foco da Quarta Revolução Industrial é a melhoria da eficiência e produtividade dos processos.

de; GOMES, Marcus Lívio, (coordenação); CANEN, Doris (organização). *Inteligência Artificial e Aplicabilidade Prática no Direito*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; GUIMARÃES, Alessandro de Araújo. **Novos Paradigmas do Acesso à Justiça Com o Uso de Inteligência Artificial**. In: ARAÚJO, Valter Shuenquener de; GOMES, Marcus Lívio (coord); CANEN, Doris (org). *Inteligência Artificial e Aplicabilidade Prática no Direito*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2022.

ROSSETTI, Regina e ANGELUCI, Alan. **Ética Algorítmica: Questões e Desafios Éticos do Avanço Tecnológico da Sociedade da Informação**. Sielo Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gal/a/R9F45HyqFZMpQp9BGTfZnyr/>. Acesso em 29 out.2022.

WALDMAN, Ari Ezra. **Algorithmic Legitimacy**. In: BARFIELD, Woodrow. *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*. Cambridge: Cambridge University Press. 2022, p.107-120.

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E JUSTIÇA NA SUMA TEOLÓGICA

SUÊNIA LOPES DE ALENCAR: Bacharel do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA¹⁶.

MARIA SOCORRO RODRIGUES COELHO ¹¹

(orientadora)

RESUMO: o presente artigo trata de uma investigação sobre a relação entre direito e justiça. Como problema de pesquisa, tem-se: qual é a relação entre o direito e a justiça na Questão 57, Artigo 1, da Suma Teológica? Nessa perspectiva, o estudo empreendido apresenta a descrição e discussão de um fato jurídico a partir do entendimento de Santo Tomás de Aquino. Para isso, levantaram-se meios de esclarecer determinados fundamentos e ideias gerais de organização dos quais se podem deduzir a lógica utilizada pelo teólogo na formação de seu raciocínio. Objetiva-se, de tal modo, a compreensão de um fenômeno jurídico a partir de uma revisão de literatura sobre a justiça e o direito tal como pensados pela teoria clássica. O estudo foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, tendo a articulação do problema de pesquisa se dado com o auxílio de artigos científicos e teses de doutorado e dissertações de mestrado anteriormente publicados, bem como de livros disponíveis para estudo. A partir de todo o esforço analítico, verificou-se que o cristianismo, e mais especificamente a teoria da justiça elaborada por Aquino, influenciou a trajetória do direito em seus fundamentos, especialmente no que se refere à teoria do direito natural.

Palavras-chave: Filosofia do Direito, relação entre direito e justiça, método dialético, Santo Tomás de Aquino.

ABSTRACT: This article deals with an investigation into the relationship between law and justice. As a research problem, one has: what is the relationship between law and justice in Question 57, article 1, of the Summa Theologica? In this perspective, the study undertaken presents the description and discussion of a legal fact from the understanding of Saint Thomas Aquinas. For this, means were raised to clarify certain foundations and general ideas of organization from which the logic used by the theologian in the formation of his reasoning can be deduced. The objective is, therefore, the understanding of a legal phenomenon from a literature review on justice and law as understood by classical theory. The study was developed through bibliographic research with a deductive approach, with the articulation of the research problem taking place with the help of previously published

¹⁶ E-mail: suenyalps@gmail.com

scientific articles and doctoral theses and master's dissertations, as well as books available for study. From all the analytical effort, it was found that Christianity, and more specifically the theory of justice developed by Aquino, influenced the trajectory of law in its foundations, especially with regard to the theory of natural law.

Keywords: Philosophy of Law, relationship between law and justice, dialectical method, Saint Thomas Aquinas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pergunta que orienta a elaboração do presente artigo se volta ao estudo do direito dentro da concepção aquiniana de justiça. Eis, pois, o problema investigado: qual é a relação entre o direito e a justiça na Questão 57, Artigo 1, da Suma Teológica?

De tal modo, como objeto de reflexão tem-se o Tratado da Justiça, localizado na *Secunda Secundae*, na *Suma Teológica*; em seu bojo, encontram-se as premissas da justiça articuladas por Santo Tomás de Aquino. Mais especificamente, discute-se o artigo que dá início às formulações concebidas no tratado.

Paralelamente, questões secundárias, necessárias para uma melhor compreensão do tema, também são abordadas; tratam-se dos objetivos específicos, sendo eles: a) a relevância do pensamento do filósofo para a ciência do direito e b) a apresentação do procedimento que Aquino utiliza para estruturar o seu raciocínio. Com efeito, fundamenta-se a escolha do problema de pesquisa no interesse de refletir acerca dos fundamentos da ciência jurídica, sobre a tradição clássica do direito, mais especificamente no que tange ao conceito do justo, assim como a respeito da doutrina tomista e o papel exercido por Aquino na história e filosofia do direito, sendo esta última o campo no qual se situa o tema em discussão.

A investigação é um passo inicial dentro do universo de pesquisa das questões jurídicas e políticas do pensamento de Santo Tomás de Aquino. Para tanto, este artigo evidencia-se como descrição de um aspecto do pensamento jurídico de um dos maiores expoentes da filosofia medieval, tendo, portanto, caráter introdutório ao problema do direito na Suma Teológica.

Para além destas considerações iniciais, o artigo se organiza em três capítulos, seguidos da conclusão. Num primeiro momento, apresenta-se Santo Tomás de Aquino, o procedimento argumentativo por ele utilizado e a relevância de sua doutrina para o direito. Em seguida, faz-se considerações sobre a justiça tal como ela é concebida por Aquino, delimita-se a dimensão da justiça em que se concentra o presente estudo e realiza-se um panorama sobre o Tratado da Justiça. Por último, é estabelecida a relação entre o direito e a justiça a partir da contextualização do direito na questão 57, Artigo 1, da Suma Teológica.

O desenvolvimento do estudo se dá com base em revisão bibliográfica sobre a teoria de justiça de Sto. Tomás de Aquino, através de consulta de obras físicas, teses e dissertações. Emprega-se o método dedutivo, partindo-se do geral ao específico para delinear uma das proposições de uma teoria que integra os pilares do direito contemporâneo.

Por fim, como objetivo geral pretende-se analisar a relação existente entre o direito e a justiça a partir de uma perspectiva clássica. Isso porque trata-se de um paradigma essencial para se compreender o direito e a sua evolução.

2 AS BASES DO PENSAMENTO DE SANTO TOMÁS DE AQUINO

2. 1 A influência da doutrina tomista no Ocidente: relevância social, política e jurídica

Parece hoje incomum que uma doutrina concebida na Idade Média possa ser útil à análise e ao estudo do direito e seus fenômenos na contemporaneidade.

Não por acaso a obra tomista, enfoque desta pesquisa, é pouco mencionada dentro da maioria dos círculos acadêmicos. Geralmente, fala-se apenas da existência de uma corrente de direito natural tomista, e em geral por curtos períodos durante aulas introdutórias ou em um capítulo inicial de qualquer livro de Introdução ao Estudo do Direito ou Filosofia do Direito.

Vários são os motivos que desestimulam a recepção da obra de Santo Tomás de Aquino na modernidade, especialmente no meio jurídico. A título de exemplo, Michel Villey (2014) diz que há uma espécie de ignorância deliberada acerca dos escritos do teólogo, resultado de uma “moral utilitarista” que nos sujeita demasiadamente ao primado da prática.

Com isso, quer dizer que há pouco espaço, em nosso tempo, para teorias especulativas. A doutrina tomista, portanto, iria de encontro ao cientificismo característico de nossa época porque é produto de um estudo teórico em que predominam os raciocínios abstratos.

Para além dos obstáculos que se impõem à admissão de um pensamento visto como ultrapassado pelo senso comum, num sistema majoritariamente técnico, tem-se ainda um importante fator que se mostra uma barreira à aceitação do pensamento de Santo Tomás de Aquino no debate: o fato de ser uma doutrina teológica.

Em seu livro *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, quando dá início a apresentação do seu curso e introduz a filosofia do direito nos teólogos do cristianismo,

Villey (2009) descreve três objeções que vêm à tona quando se discute estudos teológicos no direito.

Em primeiro lugar, a incompetência na matéria de teologia, na qual poucos possuem alguma profundidade. Depois, há o fato de ser o *objeto* da teologia, ou seja, o estudo sistemático sobre Deus, a ciência de Deus, um tema aparentemente desconexo, alheio ao direito. Por último, o contraste entre a filosofia e a teologia, tanto em método quanto em fontes, porque esta funda seus argumentos em revelações e aquela, em “fontes racionais” (Villey, 2009).

Contudo, tais ressalvas, preconceitos, receios, desinteresse acerca da obra de Santo Tomás de Aquino ignoram o fato de que as ideias do autor são alvo da investigação de grandes filósofos modernos e contemporâneos do direito e da política, como Carl Schmidt, Walter Benjamin, e mais recentemente Giorgio Agamben, Roberto Espósito etc. Todos estes ressaltam em suas obras o vínculo originário entre teologia, política e direito.

Reforça a relação intrínseca entre essas áreas a tese de Villey (2009), segundo a qual todos os grandes problemas da filosofia do direito estariam interligados à teologia, ainda que dogmaticamente. O teórico ratifica a importância da dimensão religiosa no campo jurídico, defendendo a necessidade de pensá-la em contraposição ao laicismo presente nas universidades: “O laicismo universitário levou a desconhecer em grande medida que a filosofia do direito de nossa história europeia conservou por muito tempo uma dimensão religiosa, que seus problemas eram abordados, primeiro, sob o ângulo teológico” (Villey, 2009).

Excluir, portanto, a religião do debate seria uma forma de esquecimento das estruturas que moldaram o direito ao longo da história. Tal atitude resultaria, também, num desfalque à análise das próprias questões humanas, que perdem seu prisma metafísico. Percebe-se, então, que o desconhecimento quanto aos impactos desse pensamento na história, tanto as repercussões que a obra tomista possui no seio jurídico quanto no Ocidente como um todo, vão muito além do que a princípio se imagina.

Toda essa indiferença e resistência em reconhecer as teses aquinianas como hipóteses para a compreensão de problemas típicos da modernidade é, contudo, compreensível. De fato, existe um problema contextual e axiológico que impossibilita uma comunicação plena entre a realidade medieval e a contemporânea, porque ambas se distinguem historicamente.

Assim como deve haver uma concordância a respeito *do que se fala*, sobre o sentido dos termos, deve haver também um entendimento entre o próprio sistema de valores discutidos, o que torna complexa a tarefa de se pensar a contemporaneidade a partir da visão de uma outra época. No caso do aprofundamento acerca das teses de Tomás de

Aquino, tal dificuldade surge porque o homem atual não compartilha das certezas e do imaginário que formularam as concepções do homem medieval (CORREAS, 2018, p. 35).

Tiago Adão Lara (1999, p. 124) reafirma essa complexidade de entrosamento quando manifesta a dificuldade que tem em expor “a leitores impregnados de mentalidade científica e técnica os arrazoados e as teorias de pensadores medievais”, que possuíam “coordenadas diferentes daquelas que hoje demarcam os limites de compreensão da nossa cultura”.

Essa, aliás, é uma discussão fortemente presente na literatura em geral, pois diversas são as vezes nas quais interpretações equivocadas são feitas a partir de julgamentos precipitados ou diferenças ideológicas e temporais, algo que foi retratado na peça *Júlio César*, escrita por Shakespeare (2007), quando Cícero diz que “os homens os fatos interpretam conforme bem entendem, sem dar crédito aos fins dos próprios fatos”.

Nesse ponto, observa-se que as contribuições de Aquino ao Ocidente foram tanto sociais quanto jurídicas e políticas. Para exemplificar o que se afirma, e dando enfoque aos pensadores medievais cristãos, dentre os quais se encontra Santo Tomás de Aquino, fala-se que uma das grandes contribuições do cristianismo ao Ocidente foi “a desmistificação do direito europeu a partir de bases racionais e cognitivas”; neste caso, o Direito Penal Ocidental teria se afastado de sua herança sacrificial e redefinido suas formas punitivas, passando do sacrifício à pena (BARBOSA, 2017).

Essa foi uma das transições entre a sociedade de outrora; nisso, ocorreram mudanças no sistema penal da época, na forma como se concebia o homem e na própria organização da sociedade.

Isso só foi possível graças à grande influência, por meio da Igreja Católica, do cristianismo no Estado. Com a substituição do Império Romano, fez-se necessário que uma nova organização jurídica surgisse e passasse a vigorar e regular a sociedade e suas relações. Foi partindo dessa questão que surgiu a ideia de direito como possibilidade de harmonizar todos os tipos de relações em sociedade (VILLEY, 2009).

Nesse caso, os ensinamentos de Aquino foram determinantes para a “construção de preceitos fundamentais quanto às necessidades de atuação do Estado, suas funções e responsabilidades para seus cidadãos, bem como as formas de governo, educação, relações financeiras em sociedade” (VILLEY, 2009).

Atesta-se, pois, o papel que a influência de Aquino desempenha dentre os medievos, que até o presente momento repercutem na maneira como se exprime a vida em

sociedade, as relações particulares e até mesmo a associação verticalizada do Estado com os indivíduos.

À ciência do direito, Aquino realizou o que é considerado um de seus maiores feitos: empregou a filosofia, até então inconciliável, à serviço da teologia. Quando Villey afirma que na história do direito a obra de Santo Tomás de Aquino está “na origem de uma revolução”, quer dizer que foi ela a responsável pela mudança de paradigma que foi explorada acima e que essa transformação se deu num momento de transição de uma época para outra.

Amplas são as discussões acerca dessa temática. Conforme Menezes (2008, p. 164-165), a investigação sobre os temas jurídicos feita por Tomás de Aquino fundamentou, no mínimo, três campos do direito moderno: o campo das liberdades individuais, a utilidade social da noção de propriedade e a orientação da lei humana como base para o debate sobre a justiça.

Que o indivíduo, por um lado, escape ao controle do Estado, que, se não seu corpo, pelo menos sua alma seja livre já que destinada a um fim superior ao estado terrestre, eis algo que é contrário à filosofia política tanto de Platão como de Aristóteles [...]. Eis a contribuição do cristianismo, que a síntese maravilhosamente ampla e prudente de São Tomás não deixou de registrar. E daí surgirão um dia, quando a Igreja Católica for despojada de seu poder, nossa liberdade de consciência, nossa liberdade de opinião, nossas liberdades individuais (VILLEY, 2009, p. 165).

Seria, pois, no regime teocrático da cristandade que se teria dado início às liberdades individuais, por exemplo.

Limitando-se, agora, ao mundo jurídico, a teoria formulada por Aquino acerca do direito natural, hoje vista como uma das possíveis hipóteses de refundamentação do direito, é um ponto de bastante interesse e um dos motivos que levou ao redescobrimiento de Aquino no campo do direito.

Quem melhor desenvolve essa tese é Correias (2018), que pretendeu assimilar a atual situação da teoria do direito e os eventos que a tornaram o que é hoje. Ele identifica três características predominantes na filosofia moderna que, transpostas à esfera jurídica, explicariam a conjuntura vivenciada pelo direito na pós-modernidade.

Eventualmente, a filosofia moderna *perdeu a noção teleológica da natureza*, criou *uma nova concepção do sujeito* e *imanentizou o pensamento*. No campo do direito, esses conceitos converter-se-iam em *a) perda da noção clássica da lei natural*, *b)*

nascimento da noção moderna de direitos humanos e c) fundamentação imanente do direito.

Resumindo, abandonou-se o exercício de relacionar fatos a uma causa final, nasceu uma nova noção de sujeito autônomo e a metafísica foi excluída do debate, tendo a ideia de transcendência sido deixada de lado. O direito perdeu um alicerce fundamental para sua razão de ser e por isto novas tentativas de refundamentá-lo viriam a surgir para tentar suprir a esterilidade que hoje o condiciona (CORREAS, 2018).

Ante todo o exposto, tem-se que a tarefa que Santo Tomás de Aquino tomou para si durante a fase clássica do direito canônico foi a de elaborar teses que corresponderiam às necessidades de sua época. E é por meio dela que ele reconcilia o cristianismo com fontes pagãs e elabora uma doutrina rica em discursos relacionados a diversas áreas.

No presente artigo, restringe-se a discussão da contribuição de Aquino para o direito a apenas a uma ínfima parte de sua obra, mais especificamente no que diz respeito ao direito e a justiça.

2.2 O procedimento argumentativo de Santo Tomás de Aquino

Para adentrar propriamente no conteúdo a ser tratado, é preciso que se compreenda o método empregado por Santo Tomás de Aquino na formulação de seu raciocínio. Em princípio, tem-se que Aquino possuía uma sólida base lógica, pois acreditava que a tarefa de ordenar a razão cabia à lógica. Ressalte-se uma importante distinção: a razão não se confunde com o intelecto, é antes um artifício que deve ser moldado pela lógica para se chegar a uma inteligência. Não é, portanto, a razão que conhece o inteligível, mas o intelecto.

Aquino se utiliza da lógica para compor os argumentos e ordená-los conforme a razão até que sistematize ou atinja alguma conclusão. Constrói o silogismo a partir de um axioma, mas este não basta por si só, pois é necessário que haja as chamadas “segundas premissas”, proposições menores, para que uma cadeia causal seja estabelecida para se chegar a outras premissas. As descobertas dessas proposições ocupam grande espaço na *Suma Teológica* (2005).

Essas premissas, contudo, são passíveis de falhas. Entretanto, não era este um problema para Santo Tomás de Aquino porque ele não tencionava propor conclusões absolutas, não desejava um raciocínio certo, fechado, se isso servisse apenas para provar um ponto; queria, sim, conhecer a verdade, ainda que para isso houvesse de chegar a um resultado que ultrapassasse ou fugisse do esperado.

Em realidade, ele sequer tinha a pretensão de *ter* certeza, pois em sua concepção existem realidades que não são dadas ao homem conhecer, porque seria ele incapaz de alcançá-las por limitações impostas por sua condição deficitária, descompensada, inerente a condição de ser humano (VILLEY, 2014).

Nota-se que a obra de Aquino não se trata de um *sistema científico*. É construída por discursos realizados através de questões disputadas. Esse método é próprio dos escolásticos, escola em que Santo Tomás de Aquino foi o principal expoente, e é uma herança dialética que faz parte da lógica – como matéria – e difere da ciência por não levar à “conclusões necessárias”, porém a opiniões, bem como por possuir caráter “inventivo”, porque “pesquisa do *que são* as coisas, mas sem ilusão de atingir o limite” (VILLEY, 2014).

O respaldo da dialética em opiniões se dá porque ela não possui a propriedade das coisas, a constituição delas, e não está, desse modo, em posse da verdade. A opinião, de tal maneira, possui destaque central no método dialético e é ela que se intitula “premissa”.

E é justamente o entrechoque de opiniões que Villey acredita ser o segredo “da fecundidade inventiva da dialética”, porque em torno de uma única questão vários pontos de vista podem surgir e diferentes respostas vêm a nascer:

Isso decorre da definição de Aristóteles: a dialética parte da opinião; é forçoso que, sobre um mesmo objeto de conhecimento, haja opiniões múltiplas, pontos de vista diversos e parciais, disséramos, portanto discordantes. Precisam ser confrontados. Comungar, mesclar as visões de uns e de outros, para sair da contradição (VILLEY, 2014, p. 39).

Ainda de acordo com Villey, existem algumas possíveis razões pela qual o teólogo teria optado pela dialética como fundamento de sua obra: a primeira seria a de que ele recebera de Aristóteles a ideia do homem como ser social; neste sentido, a verdade não estaria apenas em um único lugar, devendo os homens unirem-se, por meio da discussão, para persegui-la e encontrá-la (VILLEY, 2009).

A segunda série de razões seria o fato de que a dialética teria acesso à uma parte da natureza que a ciência não alcança: o mundo *móvel*. Nesse caso, a dialética pode dialogar facilmente com mudanças justamente por não necessitar de certezas na qual se apoiar, diferentemente da ciência. Assim, há determinadas questões que não poderiam ser respondidas pela ciência, mas em contrapartida poderiam ser discutidas pela dialética por meio da divergência de opiniões (VILLEY, 2009).

Em suma, em quase toda a obra aqui referida Aquino utiliza a razão para firmar um confronto de proposições, parte para o argumento em sentido contrário, seguido da

resposta, e finaliza com objeções às proposições feitas anteriormente. Em geral, ele emprega uma premissa necessária ou universal em sentido negativo, como por exemplo “o direito não é o objeto da justiça”, e põe recursos de autoridade a seu serviço. Nesse entremeio, infere as segundas premissas a partir das proposições levantadas.

3 A JUSTIÇA EM AQUINO: UM PANORAMA

No livro *Filosofia do Direito*, Michel Villey divide o estudo da justiça na obra de Santo Tomás de Aquino em duas dimensões: a divina e a profana. A primeira é a visão extraída dos textos sagrados cristãos, especificamente, e a segunda é a “que os filósofos gregos haviam descoberto; sobretudo Aristóteles” (VILLEY, 2008, p. 114). De pronto, importante ressaltar que este trabalho se concentra na segunda dimensão, a que diz respeito aos homens.

Inicialmente, tem-se que uma das características fundamentais da justiça elaborada pelos filósofos medievais é a associação entre a visão religiosa e a visão do direito natural, ou seja, aquele direito que de alguma forma já existe no homem e lhe é inerente, aplicando-se a todos os indivíduos.

Mais propriamente em Tomás de Aquino, um dos aspectos de maior relevo da justiça é a sua correlação com a realização humana, que, por sua vez, só acontece se observar-se o todo, com a pretensão de atingir o bem comum. Sendo a lei natural uma das formas de ordenar a razão em prol do bem comum, é ela um dos meios que possibilita a formação da comunidade e a existência coletiva regida pela paz (POOLE DERQUI, 2017, p. 125). Nessa perspectiva, diz John Finnis:

[...] quando Tomás de Aquino faz referência à *beatitudo* como fundamental para identificar os princípios da razão prática e da lei natural (porque razoável) moral, ao mesmo tempo ele enfatiza que essa não deve ser pensada como a felicidade na deliberação e ação individual sozinha, mas antes disso como o florescimento *comum* da comunidade [...] (FINNIS, 2007, Pg. 27)

Nesse caso, a *beatitudo* de que fala Finnis trata-se justamente dessa realização, que seria para os seres humanos “viver em uma razoabilidade completa, de uma forma moralmente excelente (*virtuosus*)” (FINNIS, 2007, p. 27).

Sob esse olhar, a realização humana, que se volta ao bem comum, seria fundamental para identificar esses princípios da razão prática e da lei natural, espécies de fundamentos da organização social que possuem como interesse principal o bem comum. Observa-se, desde já, que a teoria clássica da justiça estabelece uma interdependência entre o indivíduo

e a comunidade, a autorrealização e o bem comum – que consiste no bem de todos os indivíduos que fazem parte da sociedade.

Visto dessa forma, não há possibilidade de o homem atingir uma realização própria de forma individual porque esse estado só pode ser alcançado em conjunto, já que está condicionado a todos (BARZOTTO, 2010 p. 67).

Assim, para Tomás de Aquino é inconciliável a ideia de uma existência humana unitária, isolada, na qual o homem não dependeria de seus iguais:

Não existe, pois, para Tomás, nem na realidade e nem na ficção, alguém vivendo isolado a vida de natureza, um estágio humano primitivo, seguido depois, através de um pacto, por um novo estágio, o do homem “civilizado”, o do homem da *civitas*. Também no paraíso o homem viveria em sociedade, o que quer dizer que lá também existiria uma forma de organização social na qual alguém haveria de presidir (BONI, 2018).

Naturalmente, é nessa perspectiva que se forma a teoria do surgimento do Estado em Santo Tomás de Aquino, em que o Estado é “mais do que uma associação de homens, constituindo-se assim numa necessidade para o ser humano, por sua tendência natural à vida organizada hierarquicamente em sociedade”.

Esse é um dos pontos em que ele diverge dos autores clássicos do modernismo, que muitas vezes concebem o nascimento de comunidades políticas a partir de uma perspectiva atomista.

De acordo com esse ponto de vista, o Estado em seu caráter institucional é imprescindível à manutenção do controle da própria sociedade. E em grande medida essa regularização só ocorre se o justo estiver presente para estreitar e adaptar os laços sociais, porque é ele o responsável por orientar essas relações e procurar estabelecer uma “igualdade” que, conforme comenta Carlos-Josaphat na introdução da Suma Teológica, “decorre da própria natureza das trocas ou da distribuição adequada dos bens e dos postos entre os membros da sociedade” (AQUINO, 2005, p. 43).

Essa dita regularização só pode ser exitosa se estiver de acordo com os preceitos e regras morais que se aplicam a uma sociedade. É nesse ponto que a concepção de justiça de Aquino ganha relevos mais acentuados, pois o que a distingue é a sua correção com a ética, deve não só estar em conformidade com ela quanto verificar o que está de acordo ou em desacordo com o conjunto valorativo que se entende por ética.

Por ser, então, condicionada a valores éticos, possui como características a objetividade e a busca pela verdade, de modo que tem de agir conforme o que se propõe,

“conformando-se ao respeito estrito do direito rigorosamente determinado” (AQUINO, 2005, p.43).

Para Aquino, a justiça é “uma virtude cardeal por excelência, na medida em que ordena as ações humanas nas relações sociais” (RAMPAZZO, 2011, p. 130). É ela, aliás, que recebe o primeiro lugar nas virtudes, pois é considerada um fim “ao qual se vincula o domínio das paixões como uma condição prévia e uma exigência constante” (AQUINO, 2005, pg.43).

Em outras palavras, implica uma finalidade que tem como requisito o governo dos afetos com a intenção objetiva de retidão, que incide particularmente entre os homens e em meio as instituições.

Essa seria a justiça de modo geral. De maneira mais específica, a justiça humana dividiria-se em comutativa e distributiva, sendo a primeira a responsável por coordenar as relações entre as pessoas e a segunda, o envolvimento com a comunidade em geral (LIMA, 2014, pg. 85).

Entretanto, tem-se que só se pode falar em justiça propriamente dita se houver a existência de alguns valores conjugados, que seriam, respectivamente, a alteridade, o direito estrito e a verdadeira igualdade (AQUINO, pg. 43).

Se num determinado caso, por exemplo, houver uma situação entre duas partes em que não é possível se realizar um contraste a partir do que diz respeito ao outro, ou seja, onde não haja uma condição da qual possa ser inferido um ajuste, não tem como ser firmado um direito preciso, por extensão, e conseqüentemente não se fala em igualdade, porque sequer foi estabelecido um acerto.

Na Suma Teológica, este estudo da justiça é feito na *Secunda Secundae*, dos artigos 57 – 81, em que Santo Tomás de Aquino esquematiza o estudo da justiça considerando quatro pontos fundamentais, a saber: a) a definição de justiça, b) as suas partes, c) o seu dom e d) os preceitos da justiça. Cumpre ressaltar que este artigo se limita a analisar apenas o direito e a sua relação com a justiça, tema da questão de número 57, Artigo 1.

4 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A JUSTIÇA NA SUMA TEOLÓGICA

Assim como diz Michell Villey, falta-nos uma definição precisa do que é o direito, pois o termo “desintegrou-se numa profusão de sentidos heteróclitos”. Desse modo, não obstante os seus vários significados, falta-lhe um que seja preciso em dizer qual de fato é a sua essência, porque todas estas acepções foram formuladas de modo arbitrário, apenas dependendo da vontade dos que as forjaram (VILLEY, 2014).

Por conseguinte, essas definições não somente são abstratas como convertem-se, a partir de uma evolução etimológica, em atributos dos indivíduos, ou seja, “produtos de uma maneira de pensar *subjetivista, substancialista*” (BARZOTTO, 2010).

Este, é claro, seria um resultado da aparição da concepção moderna do sujeito de que fala Correias, na qual o homem torna-se o centro de tudo, detentor do poder, e arvora para si uma posição de dominância para com o mundo, assumindo o papel de ser superior que não mais se sujeita aos desmandos estabelecidos por um ser inferior (CORREAS, 2018).

Vendo desta forma, tudo começa a ser concebido segundo o *sujeito*, que é “o doador do sentido da realidade através de uma função construtiva – e não mais contemplativa – da consciência racionadora e da vontade” (CORREAS, 2018). Mesmo a ética ganha sentido apenas se referente ao homem. Sob essa perspectiva, o papel do jurista seria apenas o de *assistir* o direito.

Contudo, pensar o direito apenas como uma *qualidade* excluiria a característica relacional do indivíduo e o colocaria como um naufrago, isolado do outro (BARZOTTO, 2010, p. 44). Nesse ponto, é interessante ressaltar: “Pensar o direito subjetivo na perspectiva conflitiva do indivíduo autointeressado significa pensá-lo como a possibilidade de sujeitar os outros ao próprio arbítrio, significa pensá-lo como poder subjetivo” (BARZOTTO, 2010, p. 64).

Entretanto, uma pessoa considerada em sua singularidade não pode colocar-se como senhor de seu semelhante. Em situações de conflitos de interesse, cada pessoa pode no máximo advertir o outro, pois a vontade individual não goza de força coativa legítima.

Nessas circunstâncias, é o direito que reivindica e detém a autoridade para arranjar a sociedade de acordo com o que se espera dela, não podendo ele existir nem ser concebido fora de uma sociedade, já que uma de suas principais características é a socialidade. A respeito disso, Miguel Reale diz:

[...] o direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade. É a razão pela qual um grande jurista contemporâneo, Santi Romano, cansado de ver o direito concebido apenas como regra ou comando, concebeu-o antes como “realização de convivência ordenada” (REALE, 1986, p.2).

Tendo isso em mente, é importantíssimo que se continue a discutir e observar o direito, seu lugar e o papel que desempenha conforme a sociedade e os aspectos relacionais dos indivíduos, sendo para isso indispensável que seja pensada a relação que

ele detém com a justiça. A partir desse ponto, passa-se a refletir acerca da *Questão 57, Artigo 1*, da Suma Teológica, concentrando esforços no sentido de sintetizar artigo primeiro acima mencionado.

No Artigo 1, bem como nos seguintes, Santo Tomás de Aquino aplica o procedimento dialético, já mencionado anteriormente, para iniciar a discussão acerca do direito. O filósofo questiona a tese “se o direito é o objeto da justiça” a partir de quatro opiniões, a do jurisconsulto Celso, de Isidoro, do Filósofo (Aristóteles) e de Agostinho; por fim, oferece uma solução: o direito é o objeto da justiça.

Primeiramente, Aquino parte da consideração feita pelo jurisconsulto Celso, para quem o direito seria a arte do “bem e do equitativo”, sendo, pois, incumbência dele o aperfeiçoamento e a equanimidade entre os indivíduos. No segundo tópico, o objeto da argumentação é o parecer de Isidoro sobre a definição de “lei” – ela seria uma espécie de direito, uma variação ou qualidade. Já no terceiro ponto abordado, a exposição recai sobre a concepção de justiça de Agostinho, que diz respeito ao amor que serve somente a Deus.

É dessa forma que Santo Tomás de Aquino maneja a noção de direito, especialmente através de análises etimológicas, e formula, então, premissas que servirão à discussão do tema do artigo.

Em primeiro lugar, tem-se que o direito seria uma arte, assim como declara o jurisconsulto Celso; a arte, contudo, não é o objeto da justiça, mas uma virtude intelectual. Logo, sendo o direito uma arte e não sendo a arte objeto da justiça, ele também não o seria. Em segundo lugar, o direito não seria o objeto da justiça porque, de acordo com Isidoro, a lei é uma espécie de direito; mas, ora, ela é antes objeto da prudência que da justiça. Por último, tem como proposição o dizer de Agostinho, para o qual a justiça sujeita o homem a Deus, porque ela é o amor que só serviria a Deus; o direito, entretanto, diz respeito aos homens e às relações por eles estabelecidas, assinalando as leis humanas. Consequentemente, o direito não é o objeto da justiça, pois esta serve a Deus, já o direito se aplica somente aos homens (AQUINO, 2005, p. 45).

Na sequência, Santo Tomás de Aquino opõe um contraponto a estes raciocínios, que é o de que o direito recebe o nome de *iūs* por ser justo. A justiça é o hábito, ou seja, a prática usual que nos leva a proceder retamente. Por sua vez, o justo é seu objeto. Sendo, pois, o direito justo, então ele é o objeto da justiça (AQUINO, 2005, p.45).

À vista disso, encaminha-se para a solução: a justiça é uma virtude responsável por “ordenar os nossos atos que dizem respeito a outrem”; sendo ela incumbida disso, requer igualdade, que, noutras palavras, implica um ajuste que pressupõe relação com o outro,

pois não há como haver igualdade se não houver dois agentes ou duas coisas por onde se medirá o que será acertado ou reparado (AQUINO, 2005, p.45).

A retidão da justiça depende, então, do contato com o outro, desde que é o aperfeiçoamento não só de si, mas das relações com outrem, pois uma ação é justa quando corresponde, segundo uma certa igualdade, a uma ação de outro. E efetuada a correspondência, tendo cada um recebido o que lhe era devido, aí terminaria o papel da justiça, não cabendo a ela a forma como esse resultado foi obtido – o agente poderia ter se utilizado de meios errados para alcança-la, por exemplo, mas se entre as partes algo tiver sido ajustado, a justiça foi feita e a sua função desempenhada (AQUINO, 2005, p.45). Não cabe a ela o *como*, mas apenas *se foi* exercida, porque as “condutas justas têm por certo a finalidade de realizar o justo, mas não *são* essa relação justa. O imperativo da lei moral é apenas um instrumento” (VILLEY, 2014, p. 112).

Nesse ponto é que a virtude da justiça se diferenciaria das demais, que não exigem relação com outros por dizerem respeito somente ao agente que as pratica; e sendo o objetivo de tais virtudes o aperfeiçoamento do “eu”, a retidão do ato praticado é verificada a partir de *como* e com qual *propósito* ele foi praticado, sob pena de perder o caráter de virtude (AQUINO, 2005, p.45).

A justiça é, portanto, a devida retribuição. Justo seria o ato praticado com a observância do “agir reto na prática da justiça”, sendo a sua validade implicada na própria *execução* da justiça. Desta maneira, ela tem o seu objeto em si mesmo determinado, chamado justo. E este é o direito, de onde se deduz que o direito é o objeto da justiça (AQUINO, 2005, p.46).

Dando seguimento à discussão, Aquino articula as respostas às objeções anteriormente apresentadas.

À primeira objeção ele diz que é comum que os nomes adquiram outros significados e sentidos e afirma ter sido a palavra “*ius*” empregada para designar diferentes objetos, com finalidades diversas. Explica, então, que o termo já foi utilizado para se referir a coisa justa, bem como a arte de se conhecer o justo ou o lugar em que o direito é aplicado e, posteriormente, usado para denominar o próprio direito (AQUINO, 2005, p.46).

À segunda objeção ele responde que na mente já existe uma ideia de justo determinada pela razão, que seria uma espécie de “regra da prudência”. Escrita, tal ideia tornar-se-ia lei, uma razão do direito, ou seja, uma parte dele, embora não fosse ele em sentido estrito (AQUINO, 2005, p.46).

Finalmente, à terceira objeção Aquino diz que por não estarmos numa relação de igualdade para com Deus, não poderíamos dar a Ele o que é justo. Porquanto, não seria a

lei divina *ius*, mas *fas*, pois daríamos a Deus apenas o que podemos; isso implicaria dar-lhe tudo o que temos, caso quiséssemos empreender a justiça para com Ele (AQUINO, 2005, p.46).

Vale ressaltar o que diz Villey acerca da relação de ajuste que é a justiça: “Não que entre as partes desse Todo constituído por uma relação existisse igualdade estrita, ‘aritmética’; mas, para que o Todo seja ordenado, é preciso uma proporção calculável, um mínimo denominador comum, um começo de *igualdade* entre as partes” (VILLEY, 2014, p. 118).

O que diz respeito ao homem é dotado de inconstância, estando as coisas humanas sujeitas a erros e falhas. Em virtude dessa dinamicidade, é necessário um elemento regulador dessa mutabilidade de modo a ordenar os vínculos relacionais existentes em sociedade. Esse elemento seria a justiça, que aos homens só pode ser aplicada com o auxílio do direito.

No primeiro artigo Aquino põe à prova o conceito de direito e de justiça, bem como a conexão entre ambos. Atualmente, nota-se que há uma certa confusão entre esses dois termos, sendo o direito e a lei muitas vezes confundidos com a própria justiça, embora sejam eles apenas instrumentos que visam alcançar este ideal, uma vez que é a justiça que ampara o justo em relação ao outro:

“Ela vale para que todos os valores valham. Não é uma realidade acabada, nem um bem gratuito, mas é antes uma intenção radical vinculada às raízes do ser do homem, o único ente que, de maneira originária, *é enquanto deve ser*. Ela é, pois, tentativa renovada e incessante de harmonia entre as experiências axiológicas necessariamente plurais, distintas e complementares, sendo, ao mesmo tempo, a harmonia assim atingida (REALE, 1986, p. 371)”.

Dado o papel do justo em relação a uma *coisa*, tem-se que esta pode ser entendida de duas maneiras: a primeira seria de um modo absoluto, pois esse algo em face do qual a justiça incide seria uma espécie diferente daquela sobre a qual se busca o ajuste, embora haja um tipo de conexão, de justo absoluto, entre ambos; por outro lado, de forma não absoluta, pois a relação existente entre as coisas a serem ajustadas seria de dependência, existindo uma em razão da outra, não havendo maneira, portanto, de fazer a partir disto uma comparação absoluta, devendo ser definido o tipo de justo a ser aplicado em cada circunstância.

Assim, embora a justiça tenda a adequar, deverá ser respeitada a diversidade existente entre as partes, porque de outro modo não haveria o justo. Se for levado em

consideração o sentido absoluto, não será observado o específico. Analisando-se a objetividade da justiça, o direito também surgiria em seu caráter objetivo, ou seja, como realização de uma ordem que se evidencia de acordo com um elemento externo – como as leis de um local, por exemplo.

Mas, como diz Villey (2014), “proclamar que o direito é justo não adianta nada, se ignorarmos os meios de reconhecê-lo”, porque o justo ainda é uma ideia imprecisa. Ao considerar o pensamento jurídico atual e suas correntes jurídicas, existem aqueles que acreditam que a procura por um fundamento do direito não seria um problema e que, neste sentido, a justiça poderia ser relativa, moldada de acordo com as circunstâncias, e não seria, portanto, objeto de estudos teóricos, em virtude de tratar-se de questão de ordem prática (REALE, 1986, p. 370).

Sob essa perspectiva, uma teoria de justiça teria pouca importância e buscar reconhecer o fundamento do direito e as relações por ele estabelecidas seria mero detalhe, algo dispensável. Isso se dá, em parte, em decorrência do desaparecimento da concepção de natureza como fim; perdeu-se também o sentido e a raiz de conteúdos normativos, de maneira que estes fossem independentes do sujeito pensante, o que resulta em normas e princípios criados a partir de uma razão relativa.

Com isso, o direito também perdeu a sua característica imanente. Deixou de partir da observação dos fatos e da estrutura das coisas e passou a firmar-se apenas na razão humana ou em mandatos que são simples imperativos. Visto desse modo, o direito seria apenas uma criação do homem para o seu próprio proveito.

Tem-se, pois, que para se compreender bem o direito de modo a melhor aplicá-lo, deve-se entender antes o próprio conceito de justo, de maneira que o direito não vire apenas o que Reale entende por “mera justaposição mecânica de interesses” (REALE, 1986, p. 372).

Para que o direito não seja reduzido a isso, o pensador defende que deve haver complementação entre o objetivo e o subjetivo, de modo a abarcar o homem e a sociedade, “porque esta ordem não é senão uma projeção constante da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores no processo dialógico da história” (REALE, 1986, p. 372).

Esse questionamento levantado acerca dos fundamentos do direito da modernidade faz com que se procure a genealogia das coisas, numa suposta tentativa de revelar o que há por trás destas bases, de maneira a reconhecer que ele não se trata apenas de meras relações de poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, a escolha do tema trabalhado no presente artigo relaciona-se à forma com a qual a tradição clássica vê a justiça e o direito. Consequentemente, a investigação realizada procurou encaminhar-se dentro desse universo da filosofia do direito, que estuda o aspecto histórico-social desse fenômeno jurídico.

Em vista disso, buscou-se conhecer certas bases e entender os fundamentos do que entendemos por direito e por justiça, algo que só pode ser definido pela filosofia jurídica, o campo responsável por indagar a respeito de questões desse gênero, perquirindo acerca de fatos tais como legitimidade, origem, etc.

Para isso, utilizou-se Santo Tomás de Aquino e sua teoria de justiça como respaldo ao estudo, procurando antes de tudo compreender em que medida uma doutrina medieval e cristã poderia ter influenciado o campo do direito no Ocidente, descrevendo em seguida o método dialético, usado por Aquino para formar as bases de sua doutrina, e por fim adentrando propriamente na questão principal deste artigo, que é a relação entre direito e justiça.

Como dito acima, primeiro foram tecidas considerações iniciais acerca do pensamento de Santo Tomás de Aquino, inicialmente abordando algumas de suas contribuições a situar o tema dentro do espectro moderno e entender de que modo um filósofo cristão medieval moldou e fez parte da história do direito.

Assim, ainda que a sacralização da razão seja vista como um movimento da Igreja para se manter acima do poder e subjugar a razão à uma verdade que muitos consideram improvável, bem como apenas um meio para justificar a fé, é importante compreender que abrangeu muito mais além do que a princípio se possa imaginar.

Foi evidenciado que, apesar do que comumente se pensa, a teologia não foi um meio de alienação da filosofia à serviço de dogmas, nem se reduz a irracionalismos; muito antes, contribuiu tanto no âmbito político quanto no social, alcançando inclusive o meio jurídico, com efeitos que podem ser observados até hoje.

A própria filosofia conserva-se no Ocidente por meio do cristianismo, dos teólogos medievais, dos quais Santo Tomás de Aquino fez parte; e por ser ele considerado um dos maiores expoentes da Igreja e alguém que dedicou extensos comentários ao estudo da justiça e do direito, imperioso se faz ressaltarmos a sua relevância.

Para isso, contudo, foi necessário que se entendesse o caminho por ele seguido e traçado, de modo que pudéssemos vir a entender a partir de quê, como e o porquê do discurso ser do modo que é. Nesse sentido, viu-se que Aquino se utilizou do método dialético porque era o único meio de construir um raciocínio fecundo que não fosse

engessado por falsas certezas, e que, antes, pudesse caminhar por várias direções sem necessariamente prender-se a uma só delas.

Por fim, conduzindo-se para o final, finalmente é descrita a relação que o direito possui com a justiça em Santo Tomás de Aquino, tendo sido seguido, para isto, o mesmo trajeto que o teólogo outrora traçou, de onde se deduz que se mantém um vínculo de um ideal a ser seguido.

Sabe-se que o direito possui no mínimo três aspectos de relevo, de acordo com a sua estrutura tridimensional, quais sejam: o normativo, o fático e o axiológico. Importante mencionar que esta pesquisa se concentrou no aspecto axiológico, procurando entender o direito como um valor instrumental da justiça.

Compreendeu-se, então, o direito como sendo o objeto da justiça, que lhe confere uma unidade finalística, direcionando-o à um objetivo comum. Os distintos elementos que compõem esse fenômeno jurídico seriam todos destinados ao exercício do todo, cada pequena parte funcionando e organizando-se em razão de algo maior.

Dessa forma, o direito não seria um fim em si mesmo, mas existe em função de outros valores e, mais especificamente, em razão da justiça, sendo ele o meio de realiza-la entre os homens. A pesquisa realizada teve como condão justamente observar esta questão, que se trata de um problema ético do direito.

Partindo do pressuposto levantado no segundo tópico, o de que atualmente há uma ausência de fundamentação do direito, tem-se que é imperioso o resgate dessas noções básicas e essenciais a reafirmação do direito, que ilustram o fato de que este fenômeno está amparado por uma série de alicerces que o legitimam, pois de outra forma ele se sustentaria apenas pela sua própria positividade, não havendo nada de sólido a validá-lo.

Importante mencionar que o artigo possui caráter introdutório, com objetivo de delimitar e estabelecer algumas relações existentes no meio jurídico, utilizando-se como respaldo um pensador que tem cada vez mais ganhado espaço dentro do âmbito do direito; para isso, foram esclarecidos alguns dos aspectos presentes no pensamento de Santo Tomás de Aquino, bem como a influência por ele exercida no Direito. Por fim, ressalta-se que este é um estudo amplo, que se estende em várias outras discussões, não tendo se pretendido, com ele, esgotar o assunto, que pode vir a ser fruto de futuros estudos mais aprofundados.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás. Suma Teológica. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

BARBOSA, Milton Gustavo Vasconcelos. Do sacrifício à “pena dos modernos”: Como a ideia cristã de pena moldou o direito penal no Ocidente. 2017. 206 f. Tese (Doutorado –

Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8888>. Acesso em: 10 de Set. 2021.

BARZOTTO, Luis Fernando. Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BONI, Luis Alberto de. Estudos sobre Tomás de Aquino. Série Dissertatio Filosofia. Pelotas, NEPFIL Online, 2018. Disponível em: <http://nepfil.ufpel.edu.br>. ISBN: 978-85-67332-57-4. Acesso em: 15 Fevereiro de 2022.

CORREAS, Carlos I. Massini. A teoria do direito natural no tempo pós-moderno. Tradução de Frederico Bonaldo. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 39, vol. esp., p. 25-39, dez. 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/89170/51642>. Acesso em: 20 Ago. 2021.

FINNIS, JOHN. Direito Natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto juspositivismo analítico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

LARA, Tiago Adão. A Filosofia nos Tempos e Contratempos da Cristandade Ocidental. Petrópoles, Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda, 1999.

LIMA, José Jivaldo. A divisão da justiça em São Tomás de Aquino. In: Revista Jurídica 2, 68-87, 2014.

MENEZES, Rodrigo Ramos Lourega de. A justiça no pensamento medieval. In: Revista Vox Juris. Ano 1, vol. 1, n. 1. pág: 147-169, 2008. Disponível em: <https://silo.tips/download/a-justia-no-pensamento-medieval>. Acesso em: 25 Ago. 2021.

POOLE DERQUI, D. Lei natural e realização humana em Santo Tomás de Aquino. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 114, 17 fev. 2017.

RAMPAZZO, Lino. O PENSAMENTO FILOSÓFICO TOMASIANO: METAFÍSICA E ANTROPOLOGIA, ÉTICA E JUSTIÇA, DIREITO E LEI. Revista Em Tempo, [S.l.], v. 9, aug. 2011. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/287>>. Acesso em: 28 oct. 2021. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v9i0.287>.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1986.

SHAKESPEARE, William. Júlio César. Martin Claret, 2007.

VILLEY, Michel. Questões de Tomás de Aquino sobre direito e política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

VILLEY, Michel. Filosofia do Direito. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NOTA:

[1] Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB. Professora de Argumentação Jurídica e Hermenêutica – UNIFSA. Advogada. *E-mail*: msrcoelho@yahoo.com.br).

AS CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS APÓS A REFORMA TRABALHISTA E O ABUSO DO DIREITO SINDICAL

SILVIA FIGUEIREDO ARAÚJO SCHNITZLEIN:
Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo. Advogada¹⁷.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar as atuais discussões sobre a cobrança de contribuições sindicais no cenário pós-Reforma Trabalhista sob o enfoque do instituto do abuso do direito sindical. Apesar do Supremo Tribunal Federal ter decidido a questão sobre a constitucionalidade da facultatividade das contribuições sindicais, sindicatos continuam a buscar alternativas para a cobrança de contribuições sindicais que evitem a autorização individualizada dos trabalhadores. A revisão de julgados atuais e de estudos da doutrina sobre o tema contribui para a conclusão do presente artigo sobre a configuração do abuso do direito sindical e sobre como evitá-lo neste contexto, priorizando o fomento da representatividade sindical.

Palavras-Chave: abuso do direito sindical, contribuições sindicais, representatividade, Reforma Trabalhista.

Abstract: This study addresses current controversies about union contributions charging in the post-Labor Reform scenario from the standpoint of abuse of union's rights. Despite the Federal Supreme Court has already decided about the constitutionality of facultative union contributions, unions continue seeking for alternatives to collect union contributions by avoiding workers' individual authorizations. Review of current case-law and scholar's opinion contributed to the conclusion about abuse of union's rights and about how to avoid it in this context, by prioritizing promotion of union representation.

Keywords: abuse of union's rights, union contributions, representation, Labor Reform.

Introdução

A facultatividade da contribuição sindical constitui uma das principais alterações trazidas pela Reforma Trabalhista. A contribuição equivalente a 1 dia de salário do trabalhador, antes descontada de forma automática, passou a ser condicionada à autorização prévia e expressa do trabalhador pela nova redação do artigo 579 da CLT.

Tal alteração, contudo, não foi acompanhada de outras mudanças na mesma direção no sistema sindical. Primeiro, a Reforma Trabalhista trouxe novo enfoque para as

¹⁷ E-mail: silviaaraujo7@gmail.com

negociações coletivas. A prevalência do negociado sobre o legislado (artigo 611-A da CLT) aumentou o alcance das convenções e acordos coletivos de trabalho, permitindo que em alguns temas o ajuste entre as partes se sobreponha ao que prevê a lei. O papel dos sindicatos ganhou realce, ao mesmo tempo em que sua principal fonte de custeio foi mitigada. Além disso, continua vigente no Brasil o sistema da unicidade sindical, em contraposição à pluralidade sindical e à liberdade sindical plena prevista na Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (artigo 2º, principalmente), ainda não ratificada pelo Brasil.

Neste contexto, os sindicatos buscam adequar sua fonte de custeio à nova lei, surgindo discussões sobre as formas legítimas de se obter autorização prévia e expressa para o desconto da contribuição sindical.

Apesar do Supremo Tribunal Federal já ter decidido a matéria, o tema segue em discussão no âmbito das negociações coletivas e nas decisões dos tribunais trabalhistas. Os sindicatos empenham-se em defender o desconto da contribuição sindical a despeito de autorização individual dos empregados, buscando formas alternativas, como a decisão em assembleia da categoria e/ou a previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

O presente artigo abordará tal controvérsia sob a ótica da teoria do abuso do direito sindical, propondo-se a responder se a cobrança de contribuição sindical baseada em decisão de assembleia e previsão em norma coletiva constitui, ou não, abuso do direito sindical.

Conceito de Abuso de Direito e Suas Características

Embora o abuso do direito sindical seja figura conhecida da doutrina trabalhista, ele não é previsto na legislação especializada, sendo fundamentado no artigo 187 do Código Civil: "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

A doutrina indica que o abuso de direito é também enquadrado como ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil, mas, enquanto o ato ilícito trata de um *não-direito*, o abuso trata do excesso dos limites de um direito. E esses limites, segundo a doutrina, seriam os fins econômicos ou sociais, a boa fé e os bons costumes.

O fim econômico é entendido como o proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular, ou a perda que suportará pelo seu não exercício.

O fim social é aquele que associa o direito à construção de uma sociedade justa, igualitária e solidária, que foi motivação essencial do atual Código Civil, tanto que a função

social do direito é também prevista como cláusula geral de todos os contratos (artigo 421 do Código Civil) e como limite do exercício de todo e qualquer direito subjetivo.

A boa-fé é a objetiva, assim entendida como a conduta adequada, correta, leal e honesta que as pessoas devem empregar em todas as relações sociais. E, por fim, os bons costumes seriam os padrões éticos da sociedade; o conjunto de regras que, em certo momento e ambiente, as pessoas honestas e corretas adotam.

Sobre a terminologia, o entendimento doutrinário que prevalece é de que a expressão tecnicamente correta seria “abuso no exercício do direito”, como explica Sérgio Cavalieri:

Na realidade, é contraditória a expressão *abuso de direito*, e disso resultou toda a controvérsia sobre o tema. *O direito é sempre lícito; há uma antítese entre o direito e o ilícito, um exclui o outro*. Onde há direito, não há ilicitude. O que pode ser ilícito é o exercício do direito – a forma de sua exigibilidade. Mais correta, portanto, é a expressão abuso no exercício do direito, ou exercício abusivo do direito^[1].

Nestes termos, no caso do abuso de direito, ao contrário do ato ilícito em si há um direito do titular; porém, há um exercício irregular deste direito, de forma contrária à finalidade da norma, em dissonância com a boa-fé e os bons costumes. Neste sentido também Flavio Tartuce:

De todas as inúmeras teorias que se propõem a explicar o conceito de abuso do direito, a que, hoje, se reconhece como essencial à categoria, *é a contrariedade ao fundamento axiológico-normativo do direito exercido*. Assim, abusa do direito quem o exerce de forma aparentemente regular, mas em contradição com os valores que o ordenamento pretende por meio dele realizar. O abuso do direito ganha, sob essa concepção, a tarefa de conformar a autonomia privada aos valores que o ordenamento jurídico pretende, por meio daquela situação subjetiva específica, tutelar^[2].

Nota-se que a previsão do Código Civil de 2002 refere-se à cláusula aberta, que permite interpretações conforme à sua adequação ao momento e circunstâncias em que ocorre o abuso:

O abuso de direito não requer a adequação da conduta a um tipo prescrito em lei. Fundamental é que se constate a existência de um direito subjetivo e o seu exercício irregular. *Não há um critério objetivo de aferição da abusividade. Trata-se mesmo de uma cláusula aberta, sujeita à variação temporal, pois de*

diversos modos a ilicitude pode se caracterizar, bastando dizer que a noção de bons costumes é variável no tempo e no espaço[3].

De maneira a resumir as características do ato praticado em abuso de direito, a doutrina indica seus contornos para melhor adequação aos casos concretos a partir do “exercício egoístico, anormal do direito, sem motivos legítimos, com *excessos intencionais ou involuntários*, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, *contrários ao destino econômico e social do direito em geral, e, por isso, reprovado pela consciência pública*”[4].

Portanto, o abuso deve ser identificado a partir da finalidade da norma que gera aquele direito. Se o direito for exercido de forma desassociada da finalidade da norma que garante tal direito, haverá abuso:

Para bem se compreender o abuso do direito, precisa-se partir de que *o direito tem sempre uma finalidade*, em razão da qual a norma jurídica a protege. Por que se protege o pátrio poder (hoje, poder familiar)? Para que o pai eduque o filho. Por que se protege a livre concorrência? Para que as empresas possam servir melhor ao público e obter lucros. Por que se dá ao patrão o direito de admitir e despedir empregados? Para que escolha melhores empregados e assim por diante. Todas as situações jurídicas, que se conceituam como direito subjetivo, são reconhecidas e protegidas pela norma tendo em vista uma finalidade, que se poderá chamar de finalidade econômica e social do direito[5].

Ainda na tarefa de distinguir a prática do abuso de direito do ato ilícito, a doutrina explica que o abuso não requer dano nem culpa – ao contrário do ato ilícito. Então, mesmo que não haja imperícia, imprudência ou negligência no exercício do direito, pode haver abuso porque este se caracteriza pelo direito exercido fora dos seus fins e dos seus limites (Enunciado n. 37 da *I Jornada de Direito Civil*)[6].

Da mesma forma, haverá abuso de direito ainda que o ato cometido em não gere um dano direto ao ofendido. O que se pune no caso do abuso de direito é o excesso e a violação à finalidade do direito. Segundo a doutrina, isso é possível porque as sanções admitidas pelo ordenamento jurídico não se limitam à obrigação de indenizar, podendo corresponder à nulidade do ato, à perda de um direito processual ou material, dentre outras[7].

Com base em tais características do abuso de direito, analisaremos a cobrança de contribuições sindicais após a Reforma Trabalhista, considerando-se que o abuso de direito é aquele em que o agente é titular de um direito mas o exerce de maneira desassociada da finalidade da norma, da boa-fé, bons costumes e fins econômicos do direito.

A Contribuição Sindical no Mundo Pós-Reforma

Para analisar a cobrança da contribuição sindical no cenário pós-Reforma Trabalhista, sob a ótica do instituto do abuso do direito sindical, é preciso considerar a finalidade dos sindicatos. Conforme os fundamentos acima, o abuso de direito está diretamente relacionado ao exercício de um direito de forma que exceda ou se distancie de sua finalidade.

A finalidade essencial do sindicato é aquela prevista no artigo 8º, III da Constituição Federal, qual seja, defender os direitos e interesses coletivos ou individuais dos trabalhadores que representa, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

As ferramentas para que o sindicato bem desempenhe sua finalidade essencial são indicadas pela doutrina como funções do sindicato, especialmente: função econômica, função política, função assistencial, função negocial e de representação. Nesse sentido:

Ao sindicato devem ser garantidos os meios para o desenvolvimento da sua ação destinada a atingir os fins para os quais foi constituído. De nada adiantaria a lei garantir a existência de sindicatos e negar os meios para que as suas funções pudessem ser cumpridas[8].

A função econômica, que interessa para fins deste estudo, consiste nos meios utilizados pelo sindicato para obter a receita necessária para o desenvolvimento das suas atividades. Logo, a contribuição sindical cumpre importante papel no sistema sindical, pois é ela que viabiliza o desempenho da função essencial do sindicato, qual seja, defender os direitos dos trabalhadores que representa.

Neste ponto, a nova redação do artigo 579 da CLT não exclui a função econômica do sindicato, mas impõe dinâmica diametralmente oposta àquela que vigorou até a Reforma Trabalhista. A coleta automática das contribuições anuais pelos sindicatos, independentemente de qualquer esforço associativo, é substituída pela contribuição condicionada à vontade expressa do trabalhador. Exige-se ato volitivo do empregado, o que naturalmente diminui a receita sindical até então.

Interpretação do Tema nos Tribunais

Para alguns sindicatos, o artigo 579 da CLT deve ser interpretado de forma que a decisão tomada em assembleia dos trabalhadores seja considerada como “autorização prévia e expressa”, dispensando a autorização individual. Nesta esteira, há diversas normas coletivas prevendo a obrigatoriedade do desconto da contribuição sindical com base em decisão assemblear. Apenas a título de exemplo, transcreve-se abaixo decisão recente em dissídio coletivo do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região que estabeleceu a seguinte cláusula:

CLÁUSULA 44ª - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL NEGOCIAL

A Concessionária descontará de seus empregados beneficiados com o presente Acordo Coletivo, conforme aprovado em Assembleia, a Contribuição Sindical Negocial correspondente a 1(um) dia de trabalho referente ao salário do mês de março, que deverá ser recolhida pela Concessionária, através de guia apropriada enviada pelo Sindicato até o 5º (quinto) dia útil do mês posterior ao desconto[9].

Sobre a mesma temática, ao decidir dissídio coletivo envolvendo os sindicatos das empresas de tecnologia de São Paulo, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região estabeleceu, em sentença normativa, cláusulas sobre contribuição sindical e assistencial da categoria.

Ao decidir sobre a contribuição assistencial (cláusula 75ª da sentença normativa), a cláusula homologada teve a seguinte redação:

As empresas descontarão do salário de todos os empregados que forem beneficiados pela presente CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO, sindicalizados ou não, 1% (um por cento) ao mês, limitado a R\$ 50,00 (cinquenta reais), a partir de janeiro de 2020, em favor do SINDPD, conforme Artigo 513, ALINEA "E" da CLT e do TCAC - Termo de compromisso de ajustamento de conduta nº 52/2000, firmado entre o SINDPD e o MPT - Ministério Público do Trabalho e nos termos da decisão tomada nas assembleias realizadas na forma do edital publicado no jornal Folha de São Paulo, edição de 18 de novembro de 2019. § 1º O recolhimento será feito através de guia emitida pelo SINDPD. Após o recolhimento, as empresas remeterão ao SINDPD cópia da guia quitada e a relação nominal dos empregados, especificando os respectivos cargos, salários e contribuições realizadas; § 2º Fica assegurado o prazo de 10 (dez) dias corridos, de 06 a 15 de janeiro de 2020, de segunda a sábado das 9h00 às 17h00, para os empregados NÃO SÓCIOS DO SINDPD oporem-se ao desconto e renunciarem aos benefícios desta CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO conquistada pela categoria e seu Sindicato, através de manifestação escrita e individualizada a ser apresentada pessoalmente no Clube Juventus, nesta cidade e delegacias regionais, conforme endereços constantes na NOTIFICAÇÃO publicada no jornal Folha de São Paulo, edição de 16/12/2019, enviada a todas as empresas para afixação no Quadro de Avisos[10].

Em ambos os casos acima houve dissídio coletivo para discutir sobre a validade de tais cláusulas, impondo o desconto da contribuição sindical com base em autorização assemblear.

Ambas as decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região são posteriores a decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a autorização de assembleia não substitui a autorização do empregado exigida pelo artigo 579 da CLT, sendo tal artigo constitucional e de acordo com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (como ADI 5794 de 29/06/2018).

Ao decidir sobre as contribuições sindicais facultativas no cenário pós-Reforma Trabalhista, o STF decidiu, na ADI 5794, que:

A supressão do caráter compulsório das contribuições sindicais não vulnera o princípio constitucional da autonomia da organização sindical, previsto no art. 8º, I, da Carta Magna, nem configura retrocesso social e violação aos direitos básicos de proteção ao trabalhador inculpidos nos artigos 1º, III e IV, 5º, XXXV, LV e LXXIV, 6º e 7º da Constituição[11].

Ao julgar a Reclamação 47.102/SP contra a decisão no dissídio coletivo 1003728-55.2020.5.02.0000, o STF, na relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso, decidiu:

O órgão reclamado, por sua vez, afirmou que a aprovação da cobrança da contribuição em assembleia geral de entidade sindical supre a exigência de prévia e expressa autorização individual do empregado. Nesses termos, delegou à assembleia geral sindical o poder para decidir acerca da cobrança de todos os membros da categoria, presentes ou não na respectiva reunião – *é dizer, afirmou a validade de aprovação tácita da cobrança*. Tal interpretação, aparentemente, esvazia o conteúdo das alterações legais declaradas constitucionais pelo STF, no julgamento da ADI 5.794, Red. p/o acórdão o Min. Luiz Fux, o que implica afronta à autoridade desta Corte. Adotei tal entendimento no julgamento da Rcl 35.501-AgR, j. 16.06.2020, de minha relatoria, em caso idêntico. Ainda nesse sentido, confirmam-se: Rcl 34.889-MC, Relª. Minª. Cármen Lúcia; Rcl 35.440- AgR, de minha relatoria[12].

Portanto, para o STF é constitucional a nova redação do artigo 579 da CLT ao prever que o pagamento das contribuições sindicais é facultativo aos empregados e, também, o atual entendimento do STF é de que a decisão de assembleia não substitui a autorização prévia e expressa prevista na lei, pois consistiria em autorização tácita e não expressa de cada empregado.

Para fins do presente artigo, não se analisará a eventual divergência de interpretações da lei entre tribunais regionais e STF. Todavia, as decisões acima e a controvérsia existente ilustram os principais aspectos que se pretende abordar. O que interessa para este artigo é analisar se, após a Reforma Trabalhista, a cobrança de contribuições com base em decisão

de assembleia (como foi aceito pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região nos casos acima), ao invés de decisão expressa do empregado (como previsto pelo artigo 579 da CLT e interpretada pelo STF como decisão individual), constitui, ou não, abuso de direito sindical.

Contribuição Assistencial e Outras

Para fins deste artigo é também importante distinguir a análise da contribuição sindical historicamente chamada de imposto sindical e equivalente a 1 dia de salário (artigo 580 da CLT) das demais contribuições (por exemplo, nos casos acima, “contribuição negocial” ou “contribuição assistencial”).

No caso da contribuição sindical propriamente dita, se adotada a interpretação atual do STF exposta acima, a cobrança baseada em autorização assemblear é contrária à lei, qual seja, ao artigo 579 da CLT. Neste caso e sob esta interpretação, não cabe discutir abuso de direito sindical, que ocorre quando há conformidade aparente com a lei, embora o exercício do direito seja feito de forma irregular, mas não ocorre quando há violação de lei, como é o caso da cobrança da contribuição sindical de 1 dia de salário sem autorização expressa e individual dos empregados – se adotada a interpretação do STF.

De outro lado, deve-se analisar a cobrança das contribuições assistencial e inespecíficas (negocial, como em um dos casos acima), objetos de diversas normas coletivas após a Reforma Trabalhista e também das decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região nos dois casos analisados acima.

Sobre os diferentes tipos de contribuição sindical, a análise da doutrina também não é uniforme:

Conforme comentado no art. 513, os sindicatos sustentam a existência de terceira fonte de renda, normalmente denominada contribuição assistencial ou taxa assistencial, que eles poderiam fixar livremente com apoio nesse dispositivo e que afetaria toda a categoria; embora a recepção constitucional do art. 513, e, seja controvertida, entende-se que, de toda sorte, o empregado afetado pode se recusar ao pagamento, mediante exercício do direito de oposição, o que em alguns casos esvazia bastante o instituto também^[13].

Já para Martinez, as contribuições sindicais devem ser divididas da seguinte maneira:

Nesse sentido, a contribuição sindical seria algo assemelhado ao IPTU, pela força tributária e pela coercividade diante daqueles que facultativamente se dispuseram a pagá-la (lembrese que a contribuição sindical passou a ser facultativa desde a vigência da Lei n. 13.467/2017); a contribuição confederativa seria algo assemelhado à taxa condominial, pela destinação ao custeio do

conjunto, notadamente das despesas ordinárias da coletividade; a contribuição assistencial seria algo parecido com a taxa extra, por conta da assunção de despesas extraordinárias e da necessidade de recomposição do caixa, e, por fim, a contribuição associativa ou mensalidade sindical, que, por sua especificidade de destinação, seria comparável às mensalidades de clube ou academia existentes dentro de um condomínio residencial^[14].

Para ele, tanto a contribuição assistencial quanto a confederativa somente são exigíveis dos associados:

A contribuição assistencial é um suporte financeiro de caráter obrigacional, previsto em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa, *exigível unicamente dos associados da categoria*. O art. 513, e, da CLT constitui sua fonte normativa. A contribuição assistencial se distingue da contribuição confederativa por conta da finalidade. Enquanto a confederativa visa ao custeio ordinário do sistema sindical, a assistencial objetiva o revigoramento da entidade sindical depois de uma dispendiosa campanha de melhorias das condições de trabalho ou de atividade de crescimento institucional^[15].

Nesse sentido também é o entendimento de DELGADO (2017, página 242):

Já a contribuição assistencial negocial (também denominada de cota de solidariedade) ostenta importância econômico-financeira no mundo sindical maior do que a contribuição confederativa, pela circunstância de estar vinculada necessariamente à dinâmica da negociação coletiva trabalhista. É que ela se trata de um recolhimento fixado em ACTs e CCTs como reforço econômico-financeiro em benefício dos sindicatos, em vista das conquistas alcançadas na negociação coletiva trabalhista^[16].

Nota-se, então, que, tradicionalmente, a contribuição assistencial foi interpretada como exigível somente dos empregados associados ao sindicato, vinculada à negociação sindical, muito embora não exista lei claramente neste sentido. Com a alteração da Reforma Trabalhista para prever a facultatividade da contribuição sindical de 1 dia de salário, reabre-se a discussão sobre os limites da contribuição assistencial, desta vez prevista em norma coletiva e autorizada por decisão de assembleia. Neste ponto é que o assunto se encontra com a figura do abuso do direito sindical.

O Abuso de Direito na Cobrança de Contribuições Sindicais

Ao analisarmos as decisões do TRT 2 mencionadas acima, nota-se que o caminho que tem sido buscado por alguns sindicatos representantes de categoria profissional é de que,

apesar da previsão do artigo 579 da CLT e da decisão do STF reconhecendo sua constitucionalidade, outras contribuições (ora denominadas assistencial, negocial, ou outras) não estariam acobertadas pela nova lei nem pela interpretação dada a ela pelo STF.

A se considerar as decisões acima, outras contribuições, que não aquelas referentes à contribuição sindical antes obrigatória de 1 dia de salário, poderiam ser interpretadas, segundo alguns entendimentos, como devidas por associados e não-associados, desde que autorizadas por meio de assembleia geral, sob o argumento de que seriam a contraprestação adequada à negociação coletiva realizada pelo sindicato.

O argumento da aprovação em assembleia geral é o que merece mais aprofundada análise, já que a mera inserção em norma coletiva, por si só, viola frontalmente o artigo 611-B, XXVI, da CLT, que propõe como objeto ilícito a supressão ou a redução do direito à “liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho”.

A análise que nos parece pertinente é: contribuições sindicais destinadas a servir de contraprestação aos esforços de negociação coletiva incorridos pelos sindicatos podem ser autorizadas por meio de decisão de assembleia ao invés de decisão individual do empregado? Sob a análise do abuso do direito sindical, estariam os sindicatos abusando dos direitos de organização sindical, de votações em assembleias e de cobrança de contribuições nos termos e limites em que estas são necessárias para cumprir a função econômica do sindicato?

Retomando o conceito de abuso de direito, destacado nos tópicos anteriores, é aquele exercido distanciando-se dos seus fundamentos axiológicos e da sua finalidade. É aquele exercido de forma a buscar outra finalidade que não aquela essencialmente estabelecida pelo direito.

A finalidade do sindicato é, fundamentalmente, defender os interesses da categoria e representar os trabalhadores. A função econômica é necessária para se atingir tal finalidade, a fim de custear as despesas do sindicato que permitam sua atuação. Não há, portanto, uma finalidade ou função econômica que possa ser exercida pelo sindicato de forma autônoma e independente. A cobrança de contribuição sindical somente existe como mecanismo que viabilize o exercício da função primordial de defesa de interesses dos trabalhadores.

A Reforma Trabalhista não afastou a função econômica do sindicato, tampouco alterou a finalidade essencial do sindicato, preservada nos termos do artigo 8º, II da Constituição Federal. A cobrança de contribuição sindical continua sendo possível e legítima, *desde que observada a autorização de cada empregado*, no exercício do seu

direito fundamental de associação. Logo, está reservada a função econômica do sindicato como ferramenta para viabilizar o desempenho de sua função essencial.

Ao buscar a cobrança de contribuições sindicais, de qualquer espécie, com base em autorização coletiva e não individual, o sindicato abusa do seu direito de cobrar contribuições e de se organizar, pois passa a ter o propósito de coletar contribuições *per se*, o que não se coaduna com sua finalidade essencial. Não há dúvidas de que a aprovação de cobrança de contribuição sindical, em assembleia, por maioria ou por qualquer outra forma prevista em cada estatuto, é caminho mais rápido e que maximiza a coleta da contribuição. Contudo, neste procedimento, não estaria o sindicato buscando a real representação dos trabalhadores. Ao contrário, o sindicato estaria priorizando o desempenho de função econômica independente, o que não está de acordo com os propósitos axiológicos da norma.

A necessidade de autorização individual do empregado impõe ao sindicato o aperfeiçoamento de sua natureza associativa, de forma livre e motivada, o que vai ao encontro da sua finalidade essencial de representar trabalhadores. É a formação da atuação em grupo, com interesses convergentes e identidade na forma de representação que deve ser o objetivo do sindicato. Isto se aperfeiçoa com o convencimento dos trabalhadores à associação a determinado sindicato. De outro lado, isso não se alcança com a mera coleta de contribuições com base em autorização concedida por outro que não aquele que efetivamente paga a contribuição.

Portanto, a exigência de autorização prévia e expressa de cada empregado, não substituível pela decisão em assembleia, não afasta a viabilidade do exercício da função econômica pelos sindicatos, assim interpretada como meio – e não um fim em si mesmo – para se alcançar a função essencial do sindicato de defender os interesses dos trabalhadores da categoria.

Também se observa que o abuso do direito sindical não se afasta pelo argumento de que os empregados que não autorizam o desconto da contribuição sindical seriam injustamente beneficiados gratuitamente pelas cláusulas de norma coletiva (chamados "*free riders*"). Ao decidir a ADI 5794/DF, o Ministro Luiz Fux abordou a questão com base em decisão recente proferida pela Corte Americana, que, assim como o STF, afastou tal argumento por entender que ele não se comprova na prática, além de não se sobrepor a outras garantias individuais:

Em segundo lugar, quanto ao risco de "*free-riders*" se beneficiarem da atuação dos sindicatos sem contribuírem para a sua manutenção, a Corte concluiu que na verdade são os sindicatos que se beneficiam da prerrogativa de representarem trabalhadores não filiados, aumentando seu poder político e

influência. Mais ainda, o risco de “free-riders” não justifica a violação a liberdades fundamentais. Do contrário, alegou a Corte, seria preciso concluir que, para financiar grupos de lobby em favor de idosos, por exemplo, o governo poderia obrigar todos os idosos a pagar-lhes uma contribuição. Consignou-se que a “Primeira Emenda não permite que o governo obrigue uma pessoa a financiar a atuação de outra só porque o governo pensa que o seu discurso promove os interesses da pessoa que não quer pagar” (“the First Amendment does not permit the government to compel a person to pay for another party’s speech just because the government thinks that the speech furthers the interests of the person who does not want to pay”)[17].

De fato, é preciso compatibilizar o pagamento da contribuição sindical com o princípio da liberdade sindical (artigo 8º, V da CF). O fato do empregado se beneficiar do resultado da norma coletiva não afasta nem mitiga a liberdade sindical. Isso é ainda mais relevante quando estamos no sistema de unicidade sindical, em que o trabalhador não pode escolher sua representatividade sindical – ao contrário, ela é determinada por fatores não controlados pelo trabalhador, quais sejam, a atividade da empresa em que trabalha e o seu local de atuação. Para tal compatibilização é preciso resguardar o direito de o empregado não desejar contribuir com determinado sindicato. Afinal, faz parte do direito à associação o direito de não se associar.

A discussão enfrenta um problema do sistema sindical há muito tempo discutido na doutrina: o da representatividade sindical. A representação sindical é, hoje, garantida aos sindicatos com base na localidade e atividade nos termos da Constituição Federal. A representatividade, porém, não é alcançada por todos os sindicatos e o embate sobre contribuição sindical pós-Reforma põe tal questão em evidência.

A doutrina diferencia os conceitos:

A doutrina sublinha a importância da diferença entre representação e representatividade. Aquela é uma questão de legalidade, esta um problema de legitimidade. Pode um sindicato ter a representação legal, mas não a real e efetiva. Nesse caso, é possível dizer que falta representatividade ao sindicato, embora portador dos poderes legais de atuar em nome dos representados. Esse problema é mais visível nos sistemas de unicidade sindical. Os sistemas de unidade espontânea ou de pluralidade oferecem maiores possibilidades de aproximação entre representação e representatividade[18].

A participação dos sindicatos em negociação coletiva é prerrogativa prevista constitucionalmente (artigo 8º, VI da Constituição Federal) e não é vinculada nem condicionada ao pagamento de contribuição sindical. Logo, representar os trabalhadores em negociações coletivas é direito dos sindicatos, mas exigir o pagamento de contribuição

como condição para que haja benefício direto aos empregados é exercício anormal de tal direito, constituindo a figura do abuso de direito.

Conclusão

Não há como negar os impactos das alterações trazidas pela Reforma Trabalhista para o tema da contribuição sindical. A função econômica dos sindicatos foi profundamente modificada, impondo a sua revisão e o seu planejamento por parte das respectivas entidades.

Após mais de 4 anos de vigência da Reforma Trabalhista, parte dos sindicatos segue procurando, via ações judiciais ou negociações coletivas, caminhos que os reaproximem do extinto modelo de contribuições obrigatórias. Nova aparência às contribuições assistenciais, contribuições negociais ou de fortalecimento, além de autorização de desconto pelo caminho da assembleia sindical são alguns dos caminhos perseguidos que, em alguns casos, obtiveram chancela do Judiciário.

A priorização da coleta de contribuições sindicais, de forma dissociada da função essencial e primordial dos sindicatos de defesa dos interesses dos trabalhadores, caracteriza abuso sindical nos termos do Código Civil. Não é objetivo da lei garantir o direito autônomo e independente dos sindicatos de receber contribuições sindicais. Essa função existe como forma de propiciar a defesa dos interesses dos trabalhadores e é preciso que os sindicatos a exerçam com boa-fé objetiva e orientados pelos fundamentos da norma.

O Brasil ainda não ratificou a Convenção 87 da OIT, que prevê a plena e ampla liberdade sindical e de associação, pois ainda adota o sistema de unicidade sindical. Todavia, talvez, a atual legislação sobre cobrança de contribuição sindical imponha aos sindicatos a tarefa de aperfeiçoar e fomentar a representatividade, que pode levar à liberdade plena de associação sindical independentemente de norma jurídica que a imponha especificamente.

Mas, não se dará nenhum passo em direção ao fomento da representatividade sindical por meio de atos de abuso do direito sindical que tenham como objetivo maior a coleta de contribuições sindicais a despeito da nova redação do artigo 579 da CLT. O objetivo dos sindicatos, tal e qual previsto no artigo 8º da Constituição Federal, deve ser o de efetivamente defender os interesses dos trabalhadores, de forma a incentivar a associação sindical de maneira volitiva com o conseqüente pagamento da contribuição sindical.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.794 Distrito Federal*. Voto do Ministro Luiz Fux. Plenário. Data: 29 jun. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339959032&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF. *Reclamação 47.102/SP*. Relator Ministro: Luiz Roberto Barroso. Data de Julgamento: 06 set. 2021.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT2. *Dissídio Coletivo 1003464-38.2020.5.02.0000*. Desembargador Relator: Thiago Melosi Soria. Data de Julgamento: 08 abr. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788597025422. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025422/>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho e Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*. LTr, 2017, p. 242.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2020. 9788553618408. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618408/>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

_____. *Curso de Direito do Trabalho: Relações Individuais, Sindicais e Coletivas do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2021. 9786555594775. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594775/>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, v. 7, 2016.

NOTAS:

[1]CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 216. 9788597025422. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025422/>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

[2]TARTUCE, Flavio *et al.* *Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021, p. 155.

[3]NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. responsabilidade civil*. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, v. 7, 2016, p. 141.

[4]GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020, p. 82.

[5]CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 217. 9788597025422. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025422/>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

[6]TARTUCE, Flavio *et al.* *Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021, p. 155.

[7]CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Grupo GEN, 2020, p. 19. 9788597025422. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025422/>>. Acesso em: 11 nov. 2021.

[8]NASCIMENTO, Amauri Mascaro (in memoriam); NASCIMENTO, Sonia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 321.

[9]BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT2. *Dissídio Coletivo 1003728-55.2020.5.02.0000*. SDC TRT2. Sindicato dos Empregados nas Empresas Concessionárias do Ramo de Rodovias e Estadas em Geral do Estado de São Paulo e Companhia Operadora de Rodovias. Desembargador Relator: Thiago Melosi Soria. Data de Julgamento: 08 abr. 2021.

[10]BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – TRT2. *Dissídio Coletivo 1003464-38.2020.5.02.0000*. SDC TRT2, entre Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Serviços de Informática no Estado de São Paulo – SEPROSP e Sindicato dos Empregados em Empresas de Processamento de Dados, de Serviços de Computadores e de Tecnologia da Informação e dos Trabalhadores em Processamento de Dados, Serviços de Computação, Informática e Tecnologia da Informação do Estado de São Paulo - SINDPD/SP, 18/10/2021. Relatora Desembargadora: Ivani Contini Bramante.

[11]BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.794 Distrito Federal*. Plenário. Data: 29 jun. 2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749631162>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

[12]BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Reclamação 47.102/SP*. Relator Ministro: Luiz Roberto Barroso. Data de Julgamento: 06 set. 2021.

[13]SILVA, Homero Batista da. *CLT Comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 426.

[14]MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações Individuais, Sindicais e Coletivas do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 1004-1005. 9786555594775. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594775/>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

[15]MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações Individuais, Sindicais e Coletivas do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 1011. 9786555594775. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594775/>>. Acesso em: 08 nov. 2021.

[16] DELGADO, Mauricio Godinho e Gabriela Neves. *A Reforma Trabalhista no Brasil*. LTr, 2017, p. 242.

[17]BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.794 Distrito Federal*. Voto do Ministro Luiz Fux. Plenário. Data: 29 jun. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339959032&ext=.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

[18]NASCIMENTO, Amauri Mascaro (in memoriam); NASCIMENTO, Sonia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 213.

O DIREITO SUCESSÓRIO DOS FILHOS NA MULTIPARENTALIDADE

DIMAS RAYAN MIRANDA VILARINHO:

Graduado em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho¹⁸.

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA^[1]

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa tem relevância no contexto nacional, posto que se volta ao estudo sobre O Direito Sucessório dos Filhos da Multiparentalidade, à luz de pesquisas bibliográficas e julgados de Tribunais. Tem-se por problema de pesquisa: Qual a importância da decisão do STF para os reflexos do Direito Sucessório no caso de multiparentalidade? Logo, tal pesquisa se propôs a fazer uma análise da importância da sucessão aos filhos multiparentais, assim como o reconhecimento da socioafetividade. Objetivou-se, desse modo, fazer um trabalho com o intuito de analisar a decisão do STF sobre a multiparentalidade: Abrangência e efeitos

Palavras-Chave: Multiparentalidade. Socioafetividade. Sucessão.

Abstract: The present research has relevance in the national context, since it turns to the study of The Succession Law of the Children of Multiparentality, in the light of bibliographical research and judgments of Courts. The research problem is: What is the importance of the decision of the STF for the consequences of the Succession Law in the case of multiparenthood? Therefore, this research proposed to analyze the importance of succession to multiparental children, as well as the recognition of socio-affectivity. Thus, the objective was to carry out a work with the aim of analyzing the STF's decision on multiparenthood: Scope and effects.

Keywords: Multiparentality. Socioaffectivity. Succession.

Sumário:1. Introdução;2. Família socioafetiva;2.1. Filiação;2.2. Reconhecimento de Filiação;3. Multiparentalidade;3.1. Princípio da afetividade;3.2. Princípio da dignidade da pessoa humana; 3.3; Princípio da igualdade jurídica de todos filhos; 3.4.; Princípio do melhor interesse da criança e adolescente; 3.5; Princípio da solidariedade familiar;3.6; Princípio da função social da família;4. Sucessão;4.1; Sucessões legítimas;4.2.; Sucessões dos ascendentes multiparentais;5. Conclusão; Referências.

¹⁸ E-mail: dimasvilarinho23@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar se existe a possibilidade na ordem jurídica de uma pessoa possuir dupla paternidade ou maternidade, isto é, ter múltiplos pais ou mães, como também os direitos sucessórios inerentes. Para este propósito é de fundamental importância uma avaliação geral acerca do tema de direito sucessório dos filhos na multiparentalidade.

A metodologia aplicada neste projeto é de cunho bibliográfico, em que visa utilizar dos entendimentos de ordem doutrinária, julgados, em especial, aqueles decididos pelo Supremo Tribunal Federal para a construção de um pensamento científico acerca dos direitos sucessórios dos filhos na multiparentalidade.

Nesse contexto, a multiparentalidade visa a análise da coexistência entre um filho que possui vínculo com duas pessoas, em que um está relacionado com a ligação afetiva, e o outro por ligação biológica, e os dois sendo considerados os pais. Nesse sentido, por exemplo, que este filho poderia ter uma mãe e ter um pai afetivo e o outro procedente dos laços de sangue. Posto isto, é válido trazer à luz o que nos diz o Código Civil em seu artigo 1.593: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Desse modo, ao se tratar da expressão "outra origem" entende-se que está associado a vínculos por meio de adoção ou socioafetividade.

É consabido que a sucessão decorre do direito fundamental, o qual está estabelecido no artigo 5º, XXX, da CF/88, que visa garantir a herança, e a reunião de bens adquiridos pelo de cujus. Desse modo, o direito de sucessão trata acerca do direito de uma pessoa em dar continuidade ao bem de outro, e, portanto, suceder o direito de propriedade do de cujus, ou seja, em sentido restrito, no momento que ocorre a morte, o direito real de propriedade cessar para uma determinada pessoa, e nascer para outro.

Para o doutrinador Cassettari (2015), compreende-se que o vínculo afetivo tem de ser o fundamento definidor na determinação da filiação biológica, o que demonstra a efetiva mudança de paradigma no direito de família. No momento atual, é importante mencionar que a instituição da família ultrapassa as fronteiras da consanguinidade, pois de fato o afeto, o amor e carinho, reflete na multiparentalidade, em que os filhos socioafetivos são tratados e reconhecidos como tal.

Acerca do direito de sucessões, no que diz respeito à sucessão legítima, e como ela fica com o advento da multiparentalidade. é válido considerar que o art. 1.784, CC/02, dispõe que: "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários". É importante compreender que os herdeiros legítimos são aqueles que têm uma relação de parentesco, como indicado pelo art. 1829 do Código Civil.

É importante analisar o fato de que o estado de posse sobre um filho é uma condição significativa para entender como ocorre a paternidade. Em face do exposto, é possível a garantia do direito de personalidade ao nome. Desse modo, é interessante a posição dos Tribunais acerca da temática, conforme recurso extraordinário nº 898.060, sobre matéria de repercussão geral, o STF entendeu que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não é impedimento para o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.

Esse trabalho é de grande relevância para a sociedade e para Centro Universitário Santo Agostinho, pois o mundo acadêmico está sempre em evolução para que possamos encontrar soluções, garantir direitos e deveres nos moldes em que a sociedade vem se modificando e o direito das relações familiares precisa se manter garantido, apesar de muitas formas de filiação não terem lei expressas que as definam e necessários estudos como este para corroborar com os entendimentos e com isso se preservar tais direitos adquiridos nas novas formações familiares.

2. Família Socioafetiva

A sociedade está sempre em evolução para se adequar as novidades que a evolução nos traz, as relações familiares sempre foram baseadas nas noções de família, nas quais temos codificadas em nossa constituição federal, que diz claramente que faz parte a família propriamente dita, mas, contudo, novas formações familiares sempre tiveram juntamente convivendo em nossa sociedade, formas de famílias a serem aceitas ou não para os efeitos jurídicos e assim preservando ou não direitos que nem sempre de fato são incluídos e resguardados nessas relações familiares.

Novas formações familiares são feitas, com base na vontade das partes, por necessidades, conveniência e na maioria das novas formas de família baseada na afetividade, na qual muitos princípios do direito civil se norteiam nessa esfera, pois com base em direito, podemos ter precedentes para que os direitos sucessórios e assim seus respectivos ônus e bônus nos quais os direitos sucessórios estão inseridos. Garantindo assim segurança jurídica para essas novas formações familiares.

Para basear a novas famílias sempre serão pautadas em direitos fundamentais, direitos esses que são princípios para uma vida em sociedade com condições iguais para todos e suas famílias. O princípio da dignidade da pessoa humana onde todos são livres para tomar suas escolhas sejam elas de crença, modo de vida em sociedade, a solidariedade, condição imposta para se viver em sociedade tendo em vista que todos precisam de todos para um melhor convívio e assim ter poder, ter a liberdade que sempre deve ser dada ao ser humano nas relações familiares onde se tem segurança para agir e

fazer suas escolhas, tudo isso faz com que a pessoa seja digna e assim poder ter uma vida em sociedade que algumas das vezes não temos por conta da privação de alguma forma na vida.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL .**Art. 1º III** - a dignidade da pessoa humana; (CF/88) BRASILEIRA. (BRASIL 1988)

A afetividade vem de encontro com o que podemos dizer que não é só com parentes consanguíneos que se pode formar família, a relação por afetividade vai além dos laços de sangue, onde o sentimento e a vontade entre as partes prevalecem na relação e sempre vai prevalecer para seu reconhecimento e aceitação.

“Essa nova importância dada a direito de família, dá início a um novo modelo familiar, na qual os laços afetivos de amor e segurança gerados pela convivência são utilizados como direção nas lides judiciais, denominadas dessa forma de família socioafetiva” (LENZA, 2012).

O pluralismo familiar está cada vez maior na sociedade moderna, como as famílias socioafetivas cada vez maiores e encontrado respaldo jurídico, na aceitação de novas modalidades familiares assim denominadas, pois mudando esse conceito de família que sempre foi pré-definido em conformidade com o matrimônio da relação assim baseamos, a partir de então na pura e simples relação de afeto, respeito e solidariedade entre seus entes.

A família é socioafetiva, em sentido geral, por ser grupo social considerado base da sociedade e unido na convivência afetiva. A afetividade, como categoria jurídica, resulta da transeficácia de parte dos fatos psicossociais que a converte em fato jurídico, gerador de efeitos jurídicos. Todavia, no sentido estrito, a socioafetividade tem sido empregada no Brasil para significar as relações de parentesco não biológico, de parentalidade e filiação, notadamente quando em colisão com os vínculos de origem biológica. (LÔBO, 2022, p.41).

Portanto, a família socioafetiva é formada por meio da posse de estado de um filho o qual constitui afeto, ou seja, em que duas pessoas se reconhecem e tratam-se como pais e filhos.

2.1 filiação

A filiação compreende-se como as relações de parentesco, as quais são estabelecidas por meio de duas pessoas, em que uma se designa como filho, e a outra a titularidade parental por vínculo biológico ou socioafetivo. Posto isso, é importante considerar que a relação de parentalidade ocorrida em favor do pai, denomina-se paternidade, quando ocorrida em favor da mãe, maternidade. O termo filiação advém do latim *filiato*, que tem por significado procedência, laços de parentesco dos filhos com os pais, sujeição (LÔBO, 2022).

Em sentido específico, a filiação configura-se como a relação jurídica que liga o filho ao seus pais. Visto que se considera a filiação propriamente no que diz respeito a ser vista pelo filho. Em sentido oposto, isto é, pelo lado dos pais em relação ao filho, o vínculo se qualifica como paternidade ou maternidade (GONÇALVES, 2022).

Desse modo, a filiação, quando pensada de uma maneira jurídica, é um elemento que visa assegurar o direito e a proteção dos filhos sejam eles socioafetivos ou biológicos, para que os seus direitos sejam resguardados, que sejam no âmbito do apoio do núcleo familiar, psicológico, social e sucessório.

2.2. Reconhecimento de filiação

Gagliano (2022) explica que o processo de reconhecimento de filiação pode ocorrer de duas formas, tanto de modo voluntário como também judicial. No primeiro caso, em geral, por via extrajudicial. No segundo caso, dá-se especialmente por meio de investigação. Nesse sentido, é interessante compreender detalhes que envolvem o processo de reconhecimento de filiação, conforme estabelecido no Código Civil. Desse modo, iniciaremos acerca do reconhecimento voluntário e sua ligação no âmbito do direito material.

É importante reiterar que as formas de reconhecimento voluntário se aplicam de modo especial aos filhos concebidos fora do contexto do casamento, em que os filhos são presumidos. Conforme dispõe o art. 1.597 do Código Civil de 2002.

Logo no primeiro inciso é abordado o prazo que justifica a gestação natural após estabelecido a união conjugal com o marido, considerando a possibilidade de a noiva está grávida.

Em contrapartida, é estabelecido um prazo mais amplo no que concerne o inciso II para que consiga englobar todo o intervalo de tempo de uma gestação, por conta da possibilidade de ocorrer a concepção precisamente no último dia antes da dissolução da união conjugal. Quanto aos três últimos incisos são novidades na lei codificada, pois não possuem semelhança com o Código Civil de 1916.

Nesse sentido, compreende-se que a concepção artificial homóloga que é feita com material genético de terceiro, isto é, de uma pessoa que não faz parte da relação conjugal. Desse modo, concebidos por meio de fecundação artificial homóloga, por conta de que o falecimento do cônjuge não afasta a suposição, tendo em consideração tratar-se de uma decisão consolidada.

Da mesma maneira, se a fecundação ocorreu com embriões excedentários, resultante de concepção artificial homóloga, conforme previsto no inciso IV, a suposição também prossegue, tendo em vista que o material genético utilizado corresponde a parte que compete a cada um dos cônjuges.

Por último, acontecendo uma inseminação artificial heteróloga, de modo com autorização prévia do cônjuge, conforme o inciso V, considerando a importância que este possui do procedimento optado, e mesmo que o material genético que for utilizado não seja dele, o mesmo é considerado pai, excluindo, portanto, o velho entendimento em identificar o vínculo paterno com ligação genética.

Gagliano (2022) diz que o reconhecimento judicial por laços paternos ou maternos que irá ocorrer especialmente por ação investigatória. A ação investigatória de paternidade é a mais frequente, mesmo que também seja viável a investigação de maternidade, como por exemplo em casos em que ocorre a troca de bebês em maternidade, conforme está estabelecido no artigo 1.608, CC.

É válido considerar que a certidão de nascimento em registro civil é um documento básico para que se tenha o reconhecimento de filiação. Portanto, no que diz respeito aos meios de prova, mesmo não havendo hierarquia, o exame de DNA constitui o mais importante deles. A causa a ser pedida na ação investigatória tem como objeto a relação sexual, e quanto ao foro competente é respectivamente o domicílio do réu, no entanto, se houver uma cumulação de alimentos, direciona-se ao domicílio do autor, conforme a súmula do 1 do STJ.

3. Multiparentalidade

A multiparentalidade visa o reconhecimento de modo coexistente entre um filho e dois pais e ou duas mães que possuem ligação socioafetiva, e outro por ligação biológica,

sendo as duas situações possíveis para que seja considerado como pais (GONÇALVES, 2022).

De acordo com Cassetari (2022), a família que vive em multiparentalidade é aquela pessoa que possui a ligação através do registro de nascimento de três ou mais pais.

Para Lôbo (2022) o reconhecimento da parentalidade por vínculo socioafetivo, evoluiu com a finalidade de avaliar a multiparentalidade. O emprego da frase "filiação concomitante" direciona a multiparentalidade. Isto é, no cenário explicado acima de paternidade, conforme com o caso que serviu de referência ao julgamento do STF. Desse modo, o registro civil precisa apreciar dois pais, seja biológico ou socioafetivo, e também a mãe biológica.

Assim, Lôbo (2022) a multiparentalidade tem tido destaque em casos julgados em diversos tribunais nacionais, incluindo o STJ, a qual admissibilidade de cumulação tanto de paternidade, como de maternidade, no registro civil, em contextos em que há pai ou mãe registrados, e solicita a inclusão do sobrenome de pai ou mãe biológicos.

Desse modo, encontra-se na doutrina e jurisprudência brasileiras o reconhecimento pelo STF, como repercussão geral 622 a temática acerca da socioafetividade com seu entendimento consolidado, em decisão plenária respectivamente no dia 22.09.2016, sendo o caso paradigma RE 898.060, como o seguinte conteúdo:

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios.

Nesse contexto, Lôbo (2022) O Tribunal fundamentou-se declaradamente no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ao qual engloba a tutela da felicidade, e também a proteção da realização pessoal, estabelecendo o reconhecimento jurídico de modelos familiares diferentes da família tradicional. Do mesmo modo, no princípio constitucional da parentalidade responsável, a qual não autoriza optar entre a filiação socioafetividade e a biológica, pois compete a todos os pais assumir as responsabilidades resultantes do poder familiar e permitido que o filho possa usufruir dos direitos inerentes a eles.

3.1. Princípio da afetividade

O princípio da afetividade, estabelecido no artigo 1.593 do Código Civil brasileiro e o 226 § 4º, e 227, caput e §5, na Constituição de Federal de 1988. considerado, portanto, um direito fundamental, inerente à pessoa.

De fato, interpretar o Direito de Família, nesse panorama de observância do princípio da afetividade, significa, em especial — mais do que aplicar ao caso concreto uma interpretação simplesmente racional-discursiva —, compreender as partes envolvidas no cenário posto sob o crivo judicial, respeitando as diferenças e valorizando, acima de tudo, os laços de afeto que unem os seus membros. (GAGLIANO, 2022, p.164)

Portanto, os laços de afeto derivam-se do convívio no âmbito familiar, e não meramente do sangue. Desse modo, o ato de posse do filho proporciona a segurança jurídica do afeto, a fim de proporcionar a esse filho subsistência, proteção e cuidado. Considerando que a família não se limita aos laços biológicos, pois ela ultrapassa barreiras antes existentes.

3.2. Princípio da dignidade da pessoa humana

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, está ligado à valorização da pessoa humana, para que possua condições emocionais e sociais, e conferindo à criança o direito de possuir uma família.

"O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227)." (GONÇALVES, 2022, p.29)

Posto isso, o princípio da dignidade da pessoa humana visa valores espirituais, morais e de honra ao ser humano. Conforme a Constituição Federal, ela se encontra entre os primeiros princípios, considerando, portanto, a sua importância.

3.3. Princípio da igualdade jurídica de todos dos filhos

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, está amparado pelo artigo 227, § 6º e art. 1.596, CC/2002. Este princípio visa estabelecer a absoluta igualdade entre todos os filhos, impedindo a distinção ultrapassada entre filiação legítima e ilegítima, conforme existia no Código Civil de 1916.

O princípio ora em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda

designações discriminatórias relativas à filiação. (GONÇALVES, 2022, p.31).

Juridicamente entende-se que todos os filhos são iguais, e que não há distinção entre eles, ainda que sejam havidos ou fora da constância do casamento, conforme preceitua a lei. Tal medida visa abranger de modo igualitário os filhos adotivos, os filhos socioafetivos, e também os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga (TARTUCE, 2021).

3.4. Princípio do melhor interesse da criança e adolescente

Em seguida, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, em que consiste na proteção da criança e adolescente na sua integralidade, proporcionando a possibilidade de crescer e se desenvolver de modo digno, conforme dispõe o artigo 227, caput, da Constituição Federal.

Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se infante a criança de 0 a 12 anos incompletos, e adolescentes aqueles que têm entre 12 e 18 anos. Nesse sentido, compreende-se que ambos possuem os direitos mencionados no respectivo estatuto:

Art. 3.º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (CUNHA, 2020, p.99)

Art. 4.º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária." (CUNHA, 2020, p.101)

3.5. Princípio da Solidariedade familiar

A solidariedade do núcleo familiar compreende-se como a solidariedade mútua entre os cônjuges e companheiros, proporcionando assistência de ordem moral e material. Quanto à solidariedade referente aos filhos compete o ato de ser cuidado até a fase adulta, ou seja, ser sustentada, ensinada e também educada para obtenção da sua total formação social.

O princípio da solidariedade familiar visa estabelecer a proteção, assim como a assistência material e moral de maneira mútua entre os familiares, em consideração ao princípio da dignidade da pessoa humana. É importante ponderar que ela legitima a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, ou na mesma ligação, pois é basilar ao poderio familiar desempenhado em favor dos filhos menores (GAGLIANO, 2022).

Desse modo, Lôbo (2022) regra central do princípio da solidariedade está fundamentada no inciso I, art. 3º da Constituição Federal/1988. Na parte designada à família, em que o referido princípio é tratado categoricamente como encargo à sociedade, ao Estado, e à família a qual protege o núcleo familiar (art. 226), à criança e ao adolescente (art. 227), como também a pessoas idosas (art. 230).

3.6. Princípio da função social da família

No que diz respeito a este princípio, Gagliano (2022) afirma que a função principal da família é a sua qualidade de instrumento para a realização de nossos anseios e desejos. Pois a família não tem fim meramente em si própria, mas, sim, o instrumento social para a busca da felicidade no relacionamento com o outro.

Dessa maneira, Gonçalves (2022) destaca que as alterações concernentes ao direito de família comprovam e evidenciam a função social da família no âmbito do direito brasileiro, principalmente a partir da declaração da igualdade absoluta entre os cônjuges e os filhos; da norma relacionada à guarda, manutenção e educação do filho.

4. Sucessão

A sucessão no direito brasileiro visa está ligada ao conjunto de divisão necessária, em que a vontade do autor não pode descartar certos herdeiros, ou seja, os herdeiros legítimos, pois deve ser partilhada entre eles, no mínimo, metade da herança, em partes iguais, conforme estabelece o código civil, nos seus artigos 1.789, 1.845 e 1.846. O herdeiro legítimo, desse modo, é o parente com direito a uma parte mínima de 50% dos bens, do qual não pode ser privado de recebê-lo. Essa ordem é composta pelo cônjuge, descendentes do falecido (1.845, CC), sem limite de graus aos dois mencionados por último, isto é, os filhos, netos, bisnetos, etc., e pais, avós, bisavós, etc. São estes os que não podem ser excluídos da partilha de herança por mera vontade do testador, exceto em casos que envolvem deserdação, conforme a lei.

A sucessão ocorre após a morte de alguém, em que ele perde a titularidade dos bens que possuía, e os herdeiros passam a deter os bens, obrigações e dívidas.

No Brasil, o direito de herança ou se dá em virtude do parentesco e relação de família, pela denominada sucessão legítima, ou em virtude

de testamento, quando a pessoa exerce a autonomia privada ao escolher quem deseja contemplar com seus bens após seu falecimento, seja ou não parente, pela denominada sucessão testamentária. (LÔBO, 2022, p.98).

Acerca do tema, a VIII da Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça, posicionou-se da seguinte com a decisão:

“Enunciado 632. Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”

Nesse sentido, o Enunciado 642 da VII Jornada de Direito Civil do CJF/STJ visa tratar acerca da multiparentalidade e o direito sucessório, nestes termos:

Nas hipóteses de multiparentalidade, havendo o falecimento do descendente com o chamamento de seus ascendentes à sucessão legítima, se houver igualdade em grau e diversidade em linha entre os ascendentes convocados a herdar, a herança deverá ser dividida em tantas linhas quantos sejam os genitores.

Em vista disso, os sucessores substituem o autor da herança, em que receberam os bens, direitos e obrigações do falecido. É importante considerar que o direito das sucessões possui a função de regulamentar o destino dos patrimônios do de cujus, e desse modo, transferido aos seus herdeiros. A Constituição Federal garante a herança, conforme está previsto em seu artigo 5º, inciso XXX.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:**XXX** - é garantido o direito de herança.

Assim, Lôbo (2022) explica à luz do direito das sucessões que as consequências relacionadas à morte da pessoa física, também atingem respectivas ações que esse momento precede, mesmo que a maior parte de seus efeitos também dependa dela. Acontecimentos especiais podem gerar efeitos que antecedem a morte, tendo como exemplo o reconhecimento do filho em testamento, ainda que este ato resulte na revogação pela parte testamentária.

Lôbo (2022) explica que a transmissão dos bens para outras pessoas em virtude de sua morte, é um evento recente na história da sociedade, principalmente quando estes começaram a ocupar centros urbanos.

Para um melhor entendimento acerca do direito das sucessões, Lobo (2022) entende que a morte pode ser real ou presumida. No que diz respeito a morte real, é a que se prova no corpo da pessoa, com o fim da vida. O registro civil de óbito possui meramente a intenção de comprovar o fato, apontando o momento indicado pelo profissional em que foi confirmado e atestado. Já a morte presumida resulta da ausência, e assim por consequência a abertura da sucessão. Assim, a ausência está atrelada ao fato de não se saber o paradeiro da pessoa, seja por familiares ou conhecidos, comprovada pelo intervalo de tempo sem informações.

4.1. Sucessão legítima

Conforme preceitua o código civil brasileiro em seu artigo 1.788, ocorrendo a morte sem testamento, a herança é transmitida aos herdeiros legítimos, e do mesmo modo ocorre quando os bens que não forem claros no testamento, como também se estiver ultrapassado ou até mesmo se for considerado nulo.

Posto isso, feitas as considerações, é importante compreender à luz do artigo 1.829 do código civil, como funciona a ordem das sucessões legítimas, que se inicia da seguinte forma: Sucessão pelos descendentes, sucessão pelos ascendentes, sucessão pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente; sucessão pelos colaterais; sucessão pelo Ente Público (GAGLIANO, 2022).

Nesse sentido, fica compreendido que os herdeiros legítimos são aqueles, conforme a lei, direcionados a receber a herança. Já os herdeiros testamentários conforme o testamento (GAGLIANO, 2022).

De modo semelhante preceitua Lôbo (2022) que a sucessão legítima é estabelecida pela lei, equivalente aos valores sociais nessa matéria. No que diz respeito à sucessão testamentária é aquela que expressa a vontade individual do testador, a qual designa o destino dos bens aos destinatários estipulados.

De acordo com Gagliano (2022), a sucessão legítima equivale ao conjunto de regras as quais explicam a cessão patrimonial post mortem, sem a existência de um testamento válido.

Gonçalves (2020) expressa que o herdeiro necessário é o descendente ou ascendente, e desse modo, por vínculo de parentesco em linha reta não é excluído por deserdação ou indignidade, como também o cônjuge, conforme está previsto no art. 1.845 do Código Civil.

Assim, o direito sucessório, na atualidade, foi tornando-se mais democrático, visando assegurar a participação de modo igualitário dos familiares na herança e sucessão legítima. Os moldes legais objetivam representar o modelo ideal de sucessão hereditária que se compreende na sociedade, em cada fase histórica. Desse modo, com essa representação, o uso da sucessão testamentária se torna menor (LOBO, 2022).

Portanto, a sucessão legítima é outorgada através de lei por vocação hereditária, em que a linha sucessória em preferência é obedecida conforme o chamamento.

4.2. Sucessão dos ascendentes multiparentais

O reconhecimento de formas distintas de parentesco, seja biológica ou socioafetiva, corroborou para debates acerca da família, e também no âmbito sucessório. O artigo 1.593, Código Civil trata acerca da possibilidade de paternidade socioafetiva.

“Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

À vista disso, Lôbo (2022) preceitua que os filhos matrimoniais e extramatrimoniais possuem igualdade sucessória, legisladores brasileiros compreenderam que os núcleos familiares merecem proteção do Estado, não somente os matrimoniais. Ou seja, os filhos não podem ser excluídos ou descredibilizados por sua concepção. Fatos estes resultantes da evolução e observação de princípios sociais, aos quais também se tornaram jurídicos, como a igualdade, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, O IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de família expressou o seguinte enunciado:

Enunciado 33 - O reconhecimento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade gera efeitos jurídicos sucessórios, sendo certo que o filho faz jus às heranças, assim como os genitores, de forma recíproca, bem como dos respectivos ascendentes e parentes, tanto por direito próprio como por representação.

Em síntese, Lôbo (2022) discorre que se o autor da herança não deixar descendentes, os ascendentes biológicos e socioafetivos herdarão concomitantemente, conforme as suas linhas maternas e paternas, em virtude do artigo 1.836, § 2º do Código Civil. O filho será, portanto, herdeiro do pai socioafetivo ou da mãe socioafetiva, assim como do pai biológico ou da mãe biológica, em que será resguardada a igualdade de direitos junto aos outros herdeiros necessários de cada uma.

5. Conclusão

Como referido durante este estudo, o direito sucessório dos filhos na multiparentalidade é compatível com o código civil brasileiro, tendo em vista que o respectivo tema tem tido notoriedade perante autores civilistas, assim, como entendimentos de Conselhos Federais e a Suprema Corte do nosso país.

Inicialmente, é tratado acerca da possibilidade do filho poder ter o direito da dupla paternidade ou maternidade, e obter o reconhecimento judicial para exercer os direitos sucessórios inerentes a sua filiação. Conforme o presente estudo, compreendeu-se que os laços familiares não se restringem à consanguinidade. Com a evolução da sociedade, a família também teve mudanças significativas, notou-se que vínculos socioafetivos, baseados no afeto, no amor e na dignidade da pessoa humana, em que é de suma importância a compreensão de tal temática. O direito de família e sucessões tratou de compreender a filiação socioafetiva, e também pode proporcionar a este o direito à sucessão. Nesse sentido, à luz dos princípios estabelecidos na Constituição Federal, em que busca nortear princípios e valores sociais e jurídicos.

A possibilidade da filiação socioafetiva assegura ao filho o direito de suceder os bens e obrigações do pai ou mãe, conforme entendimentos doutrinários, enunciados e julgados de tribunais. Ademais, a multiparentalidade propicia ao filho e também aos pais, biológicos ou socioafetivos, que o melhor interesse da pessoa seja preservado, tendo em vista a função social da família, ao qual está interligada a solidariedade familiar, e também em consideração ao afeto.

Como demonstrado neste artigo, a sucessão aos filhos na multiparentalidade, mediante o vínculo de parentalidade socioafetiva é prevista nos ordenamentos jurídicos. A situação jurídica, na qual o Supremo Tribunal Federal julgou que a paternidade socioafetiva, ainda que não seja declarada em registro público, não impossibilita o reconhecimento de filiação socioafetiva, assim como os efeitos jurídicos inerentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n.º 898.060/SC. Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no Informativo n.º 840. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf> . Acesso em 01 de jun de 2022.

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

BORDONI, I.B.A sucessão dos ascendentes em caso de multiparentalidade. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11990/A-sucessao-dos-ascendentes-em-caso-de-multiparentalidade> . Acesso em 31 de maio de 2022.

CASSETTARI, C. **Elementos de direito civil. 10. ed. São Paulo:** Saraiva, 2022. E-book. p.1450.

CASSETTARI, C. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva:** efeitos jurídicos / Christiano Cassettari. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, R. S.; CUNHA, R. S.; ROSSATO, L. A.; ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; LÉPORE, P. E. **Estatuto da criança e do adolescente.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. P. 99,101.

COIMBRA, M. D. A, **Familia Socioafetiva e a importância do Princípio Constitucional Da Afetividade.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-117/familia-socioafetiva-e-a-importancia-do-principio-constitucional-da-afetividade/>. Acesso em 19 maio de 2021.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. CJF- Enunciados. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 31 de maio de. 2022.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo curso de direito civil - direito de família.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro. 19. ed. São Paulo:** Saraiva, 2022. E-book.

LÔBO, P. **Direito Civil. 8. ed. São Paulo:** Saraiva, 2022. E-book.

LÔBO, P. **Direito Civil. 12. ed. São Paulo:** Saraiva, 2022. p. 41.

LÔBO, P. **Direito Civil. 12. ed. São Paulo:** Saraiva, 2022, p. 558.

LÔBO, P. **Direito Civil. 12. ed. São Paulo:** Saraiva, 2022. E-book. p.633.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IBDFAM.**Instituto Brasileiro De Direito De Família.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em 03 de jun de 2022.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil - volume único.** 11. ed. Método, 2021.

DELAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

BÁRBARA FÉLIX JOIA DE FIGUEIREDO:
Graduada em Direito em Manaus¹⁹.

RESUMO: A instituição de renúncia ao julgamento não atingiu o efeito esperado. Existem mais razões para isso (por exemplo, exclusões, no caso de menor ou aplicabilidade em casos de crimes a serem punidos com penas baixas de reclusão), mas considerando a imprevisibilidade da pena como o motivo mais significativo, e relacionado com este o círculo limitado de direitos do Ministério Público. Ou seja, o acusado confessa que cometeu o crime ou que sabe que cometeu o crime com mais facilidade se recebe em troca uma promessa concreta de uma punição previsível. A regulamentação da negociação de pena em sentido estrito poderia ocorrer através da modificação dos atuais regulamentos sobre a renúncia ao julgamento, mas também através do estabelecimento de um procedimento especial separado. Ao ponderar a possibilidade de introdução de uma negociação de confissão de culpa. Assim este artigo tem por objetivo geral analisar a delação premiada e seus requisitos com o intuito dos coautores confessarem um crime, apresentando nomes dos envolvidos, apresentando o local onde guardam o produto do crime, o objeto que foi furtado ou desviado e apresentando resultados que auxiliam o órgão de investigação com sua eficácia, além de especificamente de avaliar os requisitos e os aspectos da delação premiada. Verificar a previsão da delação premiada na legislação brasileira e explicar a delação premiada como meio eficaz no combate ao crime organizado. Para atender aos objetivos do estudo foi desenvolvida uma pesquisa por revisão integrativa em material bibliográfico que trata do tema. O artigo conclui as implicações normativas dessas descobertas.

Palavras-chave: Crime Organizado; Delação Premiada; Processo Penal.

ABSTRACT: The institution of waiver of judgment did not achieve the expected effect. There are more reasons for this (for example, exclusions, in the case of minors or applicability in cases of crimes to be punished with low sentences of imprisonment), but considering the unpredictability of the penalty as the most significant reason, and related to this the limited circle rights of the Public Prosecutor's Office. That is, the accused confesses that he committed the crime or that he knows he committed the crime more easily if he receives in return a concrete promise of a predictable punishment. The regulation of penalty negotiation in the strict sense could occur through the modification of the current regulations on the waiver of judgment, but also through the establishment of a separate special procedure. When considering the possibility of introducing a plea bargain. Thus, this article has as a general objective to analyze the awarded declaration and its requirements in order for the co-authors to confess to a crime, presenting the names of

¹⁹ E-mail: bajoia07@gmail.com

those involved, presenting the place where they keep the proceeds of the crime, the object that was stolen or diverted and presenting results that help the investigative body with its effectiveness, in addition to specifically evaluating the requirements and aspects of the awarding statement. Verify the prediction of the awarded declaration in Brazilian legislation and explain the awarded declaration as an effective means in the fight against organized crime. To meet the objectives of the study, an integrative review of bibliographical material that deals with the subject was developed. The article concludes the normative implications of these findings.

Keywords: Organized Crime; Winning Statement; Criminal Proceedings.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CRIME ORGANIZADO. 1.1. AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. 2.1 LIMITAÇÕES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 2. DELAÇÃO PREMIADA. 2.1 DELAÇÃO PREMIADA E CRIME ORGANIZADO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O debate político sobre a negociação de confissão se concentrou, em grande parte, em uma pergunta: as negociações de confissão ajudam os réus ou os prejudicam? Ou em busca de redução das penas os réus fantasiam estórias que acabam por não se confirmar.

Proponentes de barganhas de confissão argumentam que as negociações de confissão são boas para os réus. O debate prossegue sob o argumento de que o réu pode sempre optar por não negociar com a acusação e vá a julgamento. Se o réu optar por aceitar uma delação, então esta delação deve ser melhor para esse réu do que ir a julgamento. “E mais escolha é melhor do que menos”; Este é o argumento padrão de Pareto que um contrato celebrado livremente por duas partes necessariamente melhora a situação de ambas as partes. Afinal, uma delação é uma delação - um contrato. Se estar-se preocupados com o bem-estar dos réus, o argumento de Pareto parece fornecer um suporte poderoso para a instituição da delação premiada.

Contra essa base de livre escolha para negociações judiciais, um ramo proeminente da literatura explora as características coercitivas do processo de negociação de confissão. Sob esta visão crítica, a escolha dos réus não é livre, mas em vez disso, uma resposta a restrições e ameaças poderosas dos promotores.

Da mesma forma que um contrato feito sob coação não é benéfico para o coagido, os acordos de pena geralmente não podem ser vistos como melhorias de Pareto. Tanto o argumento de Pareto quanto o argumento de coerção são baseados em um pressuposto importante que desafia-se neste artigo - o pressuposto que, que, na ausência de um acordo de confissão de culpa, o réu teria que ir a julgamento.

Esta suposição é crucial para o argumento de Pareto: a disponibilidade de um o acordo judicial é visto como uma escolha adicional (muitas vezes uma melhor escolha) além do que já existe - o julgamento. E a suposição é também crucial para o argumento de coerção: é a ameaça do promotor de tomar o réu a julgamento que dá origem a coação.

Para que o julgamento seja um fator viável que afeta a escolha dos réus de confissão, promotores precisam ter ameaças confiáveis para levar a julgamento os réus que optem por não apelar. Na verdade, a literatura do contrato de confissão normalmente assume que os promotores têm controle suficiente sobre o processo criminal para serem capazes de fazer tais ameaças de julgamento credíveis (e muitas vezes intimidantes), e que a seriedade dessas ameaças tem muito a ver com os resultados do apelo.

Pensando em casos isolados, essa suposição é sensata, quase óbvia. No caso individual, contra um único réu específico, o promotor pode ter discricão e recursos suficientes para ser capaz de fazer tal ameaça em uma forma credível, e para realizá-la se o réu não se mover. Mas, este é o ponto de partida crucial para a essa discussão - o promotor tem poder para negociar com mais de um réu em um determinado momento, mais do que ele possivelmente pode dar ao luxo de levar a julgamento.

Portanto, pensando em cada indivíduo perde algum elemento importante das interações estratégicas entre promotores e réus. Especificamente, ignora o fato de que o promotor não pode levar todos os réus a julgamento. A restrição de recursos do Ministério Público é comumente observada na literatura como uma justificativa plausível para a instituição do acordo judicial.

Mas reconhecendo o recurso, mais do que justificar o sistema de negociação de pena como um dispositivo de redução de custos. Também levanta um paradoxo fundamental: se o promotor tem recursos suficientes para levar apenas alguns réus a julgamento, como podem suas ameaças de levar todos os réus a julgamento induzi-los a apelar? A restrição de recursos, em outras palavras, pode potencializar a credibilidade da ameaça do promotor.

Reconhecer este paradoxo de credibilidade tem implicações tanto para o Pareto e os argumentos de coerção. Para o argumento de Pareto, sugere que para a maioria das delações (barganhas) dos réus não são uma opção adicional, mas sim, porque a opção de julgamento existe realisticamente apenas para uma pequena fração dos réus, sendo assim a delação (barganha) substituta ou uma opção sem processo.

Devido ao recurso do Ministério Público, tenso, esses réus não teriam sido processados de forma alguma. Uma barganha de confissão, ao que parece, não é uma melhoria para eles.

Para o argumento da coerção, reconhecer o paradoxo da credibilidade aumenta a terceira pergunta: por que tantos réus aceitam barganhas duras se a alternativa para a maioria deles é a opção de não processo? Se o promotor está restrito à fonte não tem uma ameaça credível de tomar estes réus a julgamento, por que se declaram culpados e poupam o promotor de precisar levá-los a julgamento? Por que, em outras palavras, é comumente percebido que os promotores têm ameaças confiáveis de ir a julgamento?

Neste sentido este artigo tem por objetivo geral analisar a delação premiada e seus requisitos com o intuito dos coautores confessarem um crime, apresentando nomes dos envolvidos, apresentando o local onde guardam o produto do crime, o objeto que foi furtado ou desviado e apresentando resultados que auxiliam o órgão de investigação com sua eficácia, além de especificamente de avaliar os requisitos e os aspectos da delação premiada. Verificar a previsão da delação premiada na legislação brasileira e explicar a delação premiada como meio eficaz no combate ao crime organizado.

Para atender aos objetivos do estudo foi desenvolvida uma pesquisa por revisão integrativa em material bibliográfico que trata do tema. O artigo conclui as implicações normativas dessas descobertas.

1 CRIME ORGANIZADO

A questão do crime organizado no Brasil tem raízes profundas. Seguindo os preceitos da máfia italiana estabelecida nos Estados Unidos na década de 1920 e 1930, que se fundamentava na distribuição de bebidas ilícitas, no Brasil, o jogo do bicho foi o mercado ilícito mais importante, tradicional e poderoso, e, o que mais se aproximou de uma organização de tipo mafioso (ZILLI, 2015).

Sua capacidade de atração de força de trabalho proveniente do submundo criminoso sempre foi grande e sua força política cresceu durante o regime militar (1964-1985), assim como sua relação com a polícia e a justiça, razão de muitos escândalos públicos (ZILLI, 2015).

A estrutura desse mercado, inicialmente fragmentada, alcançou o estágio da territorialização (divisão da cidade em áreas oligopolizadas por um banqueiro) ainda nos anos 1950, mas permaneceu sem uma coordenação geral até que se constituísse a chamada cúpula do jogo do bicho, por volta de 1980 (PITOMBO, 2009).

A concorrência dos sorteios federais e estaduais (loteria esportiva, sena, raspadinhas, etc.), a partir de meados da década de 1970, fez declinar a demanda, mantendo-a atualmente num patamar bem mais baixo que o existente até então e enfraquecendo a posição dos bicheiros (ZILLI, 2015).

O jogo do bicho é atualmente tolerado, mas perdeu a centralidade da atenção pública para o tráfico de drogas desde meados dos anos 1980. Os efeitos da violência do jogo do bicho foram grandes durante a década de 1950 e 1960, mas declinaram sensivelmente após a organização da cúpula do jogo do bicho, ainda que eventualmente se manifestem, como alguns assassinatos daqueles que descumprem as regras estabelecidas (PITOMBO, 2009).

O mercado de drogas, até meados dos anos 1960, concentrava-se principalmente no varejo da maconha, consumida principalmente nas franjas do submundo criminal pelos que eram rotulados de maconheiros: zonas de prostituição, cais do porto, quadrilhas de assaltantes residentes em favelas, detentos de penitenciárias, toda uma gente que era representada socialmente como formada por malandros e marginais (FELTRAN, 2018).

A partir de meados dos anos 1960, o perfil dos consumidores começa a se modificar com o crescente interesse (interpretado então como contracultura) de jovens artistas, intelectuais e de universitários de classe média com os efeitos de alteração da consciência e de ritualização do consumo em pequenos grupos que a maconha proporciona. A cocaína, que sempre foi consumida (embora em muito pequena escala) nas elites, continuava cara e de acesso mais difícil até meados dos anos 1970 e seu consumo nas áreas de baixa renda continuava eventual e numa escala bem menor que o consumo da maconha. Para Freitas (2010, p. 15):

Não foi a demanda, mas enorme oferta e a redução dos preços a varejo, o principal responsável pela crescente substituição da maconha pela cocaína no varejo das áreas de baixa renda da cidade, a partir do final dos anos 1970. O aumento da oferta deveu-se a consolidação das rotas do tráfico internacional da Bolívia e do Paraguai, através dos aeroportos do Paraná, de São Paulo e do Rio de Janeiro, com destino à Europa consolidação que se deu a partir da entrada da Colômbia na produção (e não mais apenas na distribuição) de cocaína e do incremento da tradicional produção peruana. Inicialmente pedaços das partidas internacionais, a oferta a baixos preços terminou por alimentar um novo mercado consumidor no eixo Rio - São Paulo, para o qual novos agentes atacadistas se especializaram em prover regularmente.

As redes de varejo, constituídas no comércio da maconha, e cuja lucratividade era relativamente baixa, ganharam o interesse de atacadistas e intermediários da oferta de cocaína. Foi sobre essa base, já montada, mas ainda não constituída em redes, que a cocaína chegou às favelas e outras áreas pobres, a um preço acessível e ainda sem maiores complicações com a polícia. A capitalização dos primeiros grandes donos, no entanto, não foi gerada pelo comércio da maconha. Ela veio dos assaltos a bancos e outras instituições

financeiras, incrementados durante os anos 1970. É inegável a grande incidência do crime organizado no Brasil, sendo inegável que vem recebendo muita contribuição para sua proliferação, particularmente no campo do tráfico de entorpecentes, de mulheres, de armas, e nos casos dos grupos de extermínio, hoje prática pontual nos quatro cantos do país (PITOMBO, 2009); (FELTRAN, 2018).

O Brasil, segundo a visão de alguns: é refúgio ideal para mafiosos de alto nível, é interessante praça de lavagem de dinheiro, é caminho para o tráfico de drogas, é o principal produtor e fornecedor de produtos químicos para os laboratórios clandestinos (FREITAS, 2010).

Todo diagnóstico social é muito problemático e discutível no Brasil, porque tem-se uma carência quase que absoluta de investigações e dados empíricos. Mas, pode-se arriscar que o crime organizado no território brasileiro mais difundido no tráfico de drogas e de armas, corrupção, que é sem dúvida senão o maior um dos maiores problemas que se enfrenta, que tem como principais características à fraude contra o erário público ou contra a coletividade, o furto e roubo de automóveis e roubo de cargas. Segundo a opinião de *experts*, as referidas organizações contam com uma verdadeira força armada, elegem políticos e dominam estabelecimentos penais. Intimidam e assim impõem a cultura do silêncio. Têm-se como grande exemplo dessa cultura criminoso, a criação do Comando Vermelho, nos anos 1970 no presídio de Ilha Grande que nasceu como Falange Vermelha (PAES MANSO e NUNES DIAS, 2018).

É inegável que o crime organizado constitui uma realidade no mínimo preocupante. Não tanto, talvez, como a violência institucionalizada (pública) ou generalizada e desorganizada (privada), que se assiste e que faz parte da chamada criminalidade de massa ou massificada, proporcionalmente muito maior que a organizada, é inegável a necessidade de medidas urgentes, não paliativas, mas, sobretudo, contundentes e eficazes, com a participação de toda a sociedade brasileira, que se transformou em vítima contumaz das escabrosas artimanhas criminosas dos bandidos e da inexplicável inércia de nossas autoridades, que só têm contribuído para o crescimento da impunidade (ZILLI, 2015).

A dificuldade de apuração dos fatos é enormemente ampliada quando se trata de crime organizado, tendo em vista o seu alto grau de tecnificação, ressalte-se que a existência de vários novos aprestos técnicos, com que conta o crime organizado, sequer são de conhecimento do grande público, e, o que é muito pior, as autoridades repressoras de numerosos países do terceiro mundo os desconhecem, ignorando como operam e o perigo que representam para suas sociedades (FELTRAN, 2018).

1.1 As Organizações Criminosas

A organização criminosa surge exatamente, na Itália no século XIX. A primeira menção ao codinome máfia foi feita por um relatório do prefeito da cidade de Palermo, localizada na Sicília, de nome Filippo Gualtério, que usava textualmente o termo máfia (FELTRAN, 2018).

Esse relatório fazia menção a uma associação criminosa que dominava o poder político local. Era a primeira vez que se ouvia falar em crime organizado, já que o prefeito usou o termo máfia associando-o a uma organização criminosa. Mas embora seja o primeiro documento oficial que se refere a uma organização criminosa de caráter formal, alguns historiadores falam da existência desse tipo de organização desde a Idade Média na própria Sicília (PEDRO, 2009).

Segundo Pedro (2009), mesmo tendo origem na Itália em meados do século XIX e ter se fortalecido também no mesmo país, ainda no mesmo século é nos Estados Unidos que ela ganha caráter de organização com a aceção da palavra. E seu fundador é Lucki Luciano. Luciano era um ítalo-americano que comandava uma organização criminosa.

Pedro (2009) continua sua análise observando que havia uma guerra intensa entre as gangues e ele (Luciano) preocupado com os negócios propôs uma união entre as diversas organizações e estabeleceu um armistício que durou até o surgimento de Al Capone em meados da década de 1930.

Completamente egoísta e que não seguia padrões e nem acordos Capone, reabriu a Guerra entre as organizações, dominado que era pela ambição. Luciano se opôs a esse tipo de comportamento.

Com a prisão de Capone e de Luciano, a máfia americana se enfraqueceu, mas não perdeu o seu domínio. Permaneceu forte, até meados da década de 1980 quando foi praticamente dizimada pela ação do FBI (*Federal Bureau Investigation*). No Brasil, embora sempre se tivesse muitos facínoras famosos, como Mineirinho, do final da década de 1950 e início da década de 1960, Lúcio Flávio do final da década de 1960 e início da década de 1970, suas ações eram puramente individuais, embora sempre acompanhados de grupos que não tinham características de organização.

Silva (s/d) fala que no Brasil, o filme "400 contra 1", que conta a história do famoso bandido "William professor" retrata muito bem a criação do primeiro bando organizado do crime no país. O filme relata que tudo começa quando do convívio entre presos comuns e presos políticos no Instituto Penal Cândido Mendes (Ilha Grande - RJ) nos anos 1970.

Esse contato permitiu que os presos comuns sentissem a necessidade de se organizarem de maneira mais formal. Isso começou dentro do presídio, comandos por

William Professor, um preso de QI bastante elevado, que promoveu uma reação a um sistema carcerário perverso. Ele se intitulou a “Falange Vermelha”.

Silva (s/d) diz que a Falange Vermelha ganhou os morros do Rio de Janeiro e em troca de apoio das comunidades começou a substituir o Estado, proporcionando algumas vantagens em troca de proteção. Distribuía cestas básicas de alimentação, remédios, gás de cozinha, fardamento e material escolar, promoviam eventos beneficentes e etc.

Tudo isso substituindo o Estado ausente. Silva (s/d) informa que o problema é que essa substituição ocorria em função da proliferação do crime, com tráficos de drogas, assassinatos, assaltos a banco e residências e tudo mais. Paralelo a isso, em função do enorme desemprego e ausência de estrutura social nas comunidades, passaram a recrutar jovens para formar um exército e dada a facilidade de compra de armamentos pesados nas fronteiras do Brasil, armaram-se de forma muito perigosa.

Amorim (2014) fala que da Falange Vermelha surgiu o Comando Vermelho e de forma natural outras ramificações surgidas de divergências naturais e do ego de alguns facínoras.

Essa forma de organização criminosa se expandiu rapidamente para o Brasil e em São Paulo surgiu o Primeiro Comando da Capital (PCC) que logo se expandiu e exportou sua organização para o resto do país e se transformou na maior organização criminosa do Brasil, passando a agredir a sociedade quando não tinha suas reivindicações atendidas. Promoveu em São Paulo um ataque ao Estado de forma vil e profundamente audaciosa. E isso se tornou rotina no Brasil.

Amorim (2014) observa com muita propriedade que os bandidos deixaram de serem criminosos comuns organizados em um estrutura empresarial, para se transformarem em uma ameaça ao poder estatal, sendo necessário a aplicação de regras completamente diferenciadas no trato com eles. Deveriam deixar de ser julgados pelo direito penal do cidadão e passarem a ser julgados pelo Direito Penal do Inimigo, teoria de direito penal defendida pelo penalista alemão Günther Jakobs, que diferencia o criminoso cidadão comum do criminoso cidadão que ataca o Estado.

No Estado do Amazonas, as ações da bandidagem eram também realizadas em grupos, mas sem o caráter organizativo. Na década de 1960 tinha o bando do Osga, notório ladrão. Na década de 1970 surgiu o bando do X-9, bando audacioso que não respeitava nada e nem ninguém. Acabou assassinado. Na década de 1970 surgiram três bandos muito perigosos – o do bandido Sapecá; o outro do bandido Cabeção; e um terceiro do bandido Maicon Jackson. Os três (3) acabaram assassinados.

Mas como bando organizado, somente a partir de meados dos anos 2000, surgiu a denominada Família do Norte (FDN), que se aliou ao Comando Vermelho do Rio de Janeiro e se transformou muito rapidamente em uma organização criminosa muito ativa e dominou os presídios da região Norte e alguns do Nordeste e comanda o tráfico de drogas aqui na região Norte.

Seguiu as mesmas orientações de Lucki Luciano na década de 1930, ou seja, as várias facções criminosas se juntaram em uma só, com o intuito de dominar o crime, hierarquizando-o por regiões na cidade de Manaus, levando em consideração a divisão administrativa da cidade.

Mas uma dissidência os obrigou a romper como o Comando Vermelho, já agora nos anos de 2010 e como tem muito mais estrutura o Comando Vermelho acabou por dominar toa a cidade de Manaus, praticamente dizimando a Família do Norte.

Nos bairros em que moram os chefões da FDN, são proibidas algumas ações criminosas contra o cidadão comum, como roubos e assaltos, sob pena de um julgamento sumário por parte da cúpula do crime.

2 DELAÇÃO PREMIADA

O sentido colaborativo dos réus sempre foi uma premissa do elemento probatório. No Brasil se convencionou chamar popularmente de 'alcaguete', ou seja, aquele réu que não segura os segredos do seu crime e acaba por entregar os parceiros para as autoridades policiais ou jurídicas. Vários exemplos no direito brasileiro são bem exemplificativos deste procedimento (GUIDI, 2006).

Joaquim Silvério do Reis talvez seja o exemplo mais nítido de um processo de delação premiada. Nascido em Portugal, mas morador de Vila Rica, hoje Ouro Preto em Minas Gerais, Silvério do Reis fazia parte do grupo de Inconfidentes Mineiros que programava um movimento de libertação do Brasil. Atolado em dívidas com o fisco português, Silvério dos Reis, escreveu uma carta de delação, em 11 de abril de 1789, ao governador de Minas Gerais, Visconde de Barbacena, em que buscava informar sobre o levante que se avizinhava em Vila Rica (GUIDI, 2006).

O movimento foi rechaçado duramente com a prisão dos principais líderes e Silvério dos Reis teve sua delação premiada com uma quantidade de ouro, o perdão das dívidas fiscais, a nomeação para o cargo de Tesoureiro das províncias de Minas Gerais, Goiás e Rio de Janeiro, além de um casa no estilo de uma mansão, uma pensão vitalícia, título de Fidalgo da Casa Real, fardão e hábito da Ordem de Cristo. Uma série de vantagens lhes foram auferidas por sua delação. Na cultura popular brasileira, não passou de um traidor (PEDRO, 2009).

Outros exemplos de delatores são bem evidentes no Brasil, alguns com premiações e muitos sobre tortura, o que não se pode considerar com uma delação, mas sim um sistema de defesa para se evitar mais situações dolorosas impostas por torturadores (GUIDI, 2006).

O termo delação nasce do latim '*delatio*', que significa entregar, delatar, acusar deferir. Assim pode dizer que o termo no campo jurídico se refere ao fato de um criminoso recebe benefícios como a redução de pena, ou até mesmo um perdão judicial, desde que confesse sua participação no crime e se disponha a entregar os outros compassas que o ajudaram a cometer a ação delituosa que certamente aferirá condenações mais pesadas para aqueles elementos que foram delatados. Assim pode dizer que a delação é um remédio jurídico com a finalidade de se chegar a verdade processual (MOREIRA, s/d).

È uma forte ferramenta na investigação criminal, pois reduz prazos e aponta os caminhos que os investigadores devem seguir para conseguir os elementos probatórios mais consistentes que leve formação de culpa dos acusados (BARROS, 2003).

No Brasil, antes de 2019 nunca houve uma legislação específica que trata-se unicamente desse procedimentos, mais existiam, no ordenamento jurídico brasileiro uma série de dispositivo que se ocupavam do instituto da delação premiada. O primeiro deles era o Código Penal em seu artigo 159, §4.º, extorsão mediante sequestro que tratava desta questão. Outros dispositivos estão consignados no art. 8º, parágrafo único da a Lei nº 8/072/1990 - Leis dos Crimes Hediondos; no art. 6º da lei nº 9.034; 1995 - Lei do Crime Organizado; no arts. 13 e 14, f da Lei nº 9.807/1999 - Lei de Proteção a vítimas e testemunhas; nos arts. 1º e 5º da Lei nº 9.613;1998 - Lei de lavagem de dinheiro; no art. 32, 2º da Lei nº 10.409/2002 - Lei antitóxicos (GUIDI, 2006).

Assim evidencia-se que o instituto de delação premiada é bastante presente na realidade no ordenamento jurídico brasileiro como forma de combate ao crime, mas sem dúvida que foi com a Operação Lava Jato, deflagrada em 2014, na cidade de Curitiba no Paraná que esse importante instrumento se consolidou no Brasil (LIMA, 2017).

Como forma de dar celeridade as investigações e se atingir o mais alto grau da estrutura da República e combater a corrupção, tanto o Ministério Público, como a Polícia Federal se valeram da delação premiada para se conseguir seus objetivos (LIMA, 2017).

Sua utilização de forma indiscriminada foi alvo de muitas críticas positivas e muitas críticas negativas. Aqueles que eram adeptos do uso da delação premiada argumentavam que era necessário se aferir vantagens penais para se conseguir chegar a alvos maiores. Não se preocuparam com as repercussões negativas de penas brandas para criminosos que participaram ativamente dos crimes. Casos como do ex-diretor da Petrobrás Paulo

Roberto Costa são perturbadores. Passou pouco tempo na prisão; devolveu certa quantia em dinheiro; passou a usar tornozeleira eletrônica; e prisão domiciliar. Parece mais um prêmio do que uma condenação.

Já todos aqueles delatados por ele, e parceiros de crime, receberam punições bem mais pesadas do que ele. Mesmo assim, aqueles que defendem a delação premiada são categóricos em afirmar que se trata de se conseguir um bem maior. Já os críticos negativos da delação premiada, acham que ela é profundamente injusta, por que o criminoso não faz delação premiada por arrependimento, mas sim para conseguir benefícios e acaba por falar demais e em muitos casos inventando estórias que acabam por não se comprovar, mas que tem repercussão social imensa (LIMA, 2017).

A Lei nº 13.964/2019 regulamentou de forma definitiva essa questão. Com o nome de pacote anticrime, a referida lei regulamentou a questão daquele chamado popularmente de 'alcaguete' como informante que acaba por informar a prática de delitos, principalmente contra a administração pública que receberão proteção integral contra qualquer ameaça que venha a sofrer, além de ser exonerado de culpa civil ou penal em relação ao relato que fez. Seguiu os ditames do direito norte-americano e italiano que também reduzem pena e profere proteção contra a vingança ou retaliação de delatados (BRASIL, 2013).

Embora alguns juristas a considerem inconstitucional, de a delação premiada não podem ser consideradas inconstitucionais, renúncia a direitos de julgamento e, portanto, a ação coletiva subjacente ao fundamento do dilema do negociador não é resolvido pela doutrina da inconstitucionalidade.

Além disso, em outros contextos, os indivíduos que renunciam seus direitos institucionais o fazem em face de ameaças críveis por parte do governo para reter algum benefício, porque o governo não enfrenta um recurso e o constrangimento na realização de sua ameaça.

No contexto das negociações de delação premiada a credibilidade da ameaça dos promotores não é óbvia, dado o problema de recursos limitados do Ministério Público. Essa análise também está relacionada com a literatura, especialmente o direito e economia, sobre litígios e resolução de processos cíveis. Mas para muitos estudiosos do direito penal, a diferença entre a negociação de pena e acordos civis são substanciais e não podem ser agrupados em um modelo unificado. Isso demonstra que a estrutura básica desenvolvida em direito e economia para analisar a estratégia de assentamentos civis é útil e relevante também no contexto criminal, ajudando a iluminar algumas das dinâmicas sutis de negociação de pena.

Especificamente, o problema da credibilidade de ameaças para litigar tem recebido atenção significativa na lei e na literatura da anomia. Mas os determinantes e consequências da credibilidade (ou falta dela) são diferentes nos contextos civil e criminal. No contexto civil, o centro da questão é por que os réus concordam em pagar indenizações quando os processos têm valor esperado negativo para os reclamantes e, portanto, as ameaças dos reclamantes de litigar eles parecem não incríveis. No contexto criminal, o problema da acusação e da credibilidade tem uma fonte diferente (BARROS, 2013).

Porque o resultado de um criminoso em seu julgamento não é medido em termos pecuniários, a credibilidade das ameaças dos promotores e a condição não é satisfeita meramente por ter casos fortes. O recurso contencioso, não o valor do terno, é o problema. Além disso, ao contrário do padrão contencioso cível/modelo de liquidação, a interação estratégica no âmbito penal do contexto é caracterizado pelo aspecto um contra muitos que desenvolvem.

2.1 Delação Premiada e Crime Organizado

Desde Becker em 1968, o crime organizado atraiu considerável atenção dos economistas, e POR ara sempre razões. A difusão de organizações criminosas, cuja estrutura interna é construída em bases coesas e militarizadas forçou governos em todo o mundo a reformar seus sistemas jurídicos e judiciais para melhorar o desempenho das agências de investigação e para fortalecer a dissuasão (BARROS, 2013).

Essas reformas promoveram a aprovação de leis especiais que mudaram radicalmente os procedimentos de condenação e reclusão. Um exemplo notável é a introdução em muitos países de regulamentos de delação premiada (também conhecidos como programas de leniência), cujo objetivo é encorajar ex-mafiosos e facínoras a denunciar e cooperar com procuradores em troca de benefícios legais. A justificativa prevalecente para essas políticas repousa em grande parte no argumento de que os criminosos mais culpados e perigosos raramente fazem o 'trabalho sujo'. Mesmo que esses indivíduos sejam os principais responsáveis pelos crimes cometidos por seus "soldados", eles dificilmente são condenados porque seus papéis são tipicamente limitados ao controle e orientação nos bastidores. Isso explica por que permitir o nível inferior de criminosos para atacar e transformar informantes que parece um canal potencialmente importante para combater o crime organizado

No entanto, até agora, muito poucos modelos estudaram as trocas básicas que moldam o projeto ideal de cooperação e anistias em processos criminais em que denunciadores e réus pertenciam à mesma organização e tem estado em um relacionamento do tipo principal-agente (GUIDI, 2016).

Além disso, apesar dos custos econômicos substanciais desses programas e as preocupações éticas desencadeadas por sua aprovação, a evidência sobre seu desempenho é ainda bastante limitado.

Por que os infratores devem ser recompensados com sanções mais leves quando decidem denunciar e cooperar com a justiça? Quais são os principais determinantes das anistias que recebem como prêmio por cooperação? Qual é a relação entre os custos e benefícios dos programas de delatores premiados, a estrutura hierárquica das organizações criminosas, a eficiência do sistema judicial e a quantidade de corrupção na economia? Como esses programas funcionaram na prática?

Responder esses questionamentos não é uma tarefa fácil. Por outro lado, incentiva a entrada de novos criminosos no negócio ilegal, diminuindo a esperada sanção e, portanto, a compensação que o patrão tem para garanti-los na fase de contratação.

Este efeito faz descobrir um potencial lado negro dos programas de leniência, cuja força depende de várias características do criminoso como por exemplo, o grau de coesão entre seus membros, o poder de retribuição do patrão, a quantidade de corrupção na economia e o valor corroborante dos denunciante. na interação entre esses dois efeitos, mostra-se então que uma política ótima - ou seja, selecionada de modo a minimizar crimes - reduzir a taxa de crimes e aumentar a probabilidade de condenação do topo da escalões (SILVA, 2012).

Além disso, os incentivos para apitar são determinados, entre outras coisas, pelo esperada probabilidade de condenação que um criminoso de baixo escalão enfrenta quando não coopera e obedece ao código de silêncio imposto por seus parceiros.

Também é mostrado que anistias mais generosas (ou mesmo recompensas monetárias) são necessários para combater o crime organizado quando o sistema judiciário não é muito eficaz já que as organizações criminosas apresentam forte coesão interna entre seus membros, as informações prestadas por testemunhas-cúmplices tem um conteúdo investigativo valioso e existem fortes cumplicidades externas entre funcionários públicos e organizações criminosas (corrupção).

Em 1990, o legislador brasileiro, reconhecendo o papel generalizado das "associações criminosas" Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. introduziu no Código Penal, os crimes considerados hediondos. Foi a primeira legislação Brasileira para combater o crime organizado. Esses crimes foram conceituados como crimes de força de intimidação do laço associativo e da condição de subjugação e silêncio

No ano de 2013 foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a Lei n 1º 12.850 que faz referência exclusiva ao crime organizado e levou para a prisão cidadãos brasileiros

envolvidos com o crime organizados. Dados do Ministério da Justiça de 2019 mostram que 93% das pessoas envolvidas com o crime organizado, foram condenados em todas as regiões do Brasil. São Paulo e Rio de Janeiro apresentam o maior número de condenações, seguidas pela Salvador e Recife.

Essas regiões têm sido historicamente perturbadas por diferentes grupos ligados ao Comando Vermelho do Rio de Janeiro e o PCC de São Paulo que expandiram o seu domínio para o resto do Brasil se associado a grupos regionais, fornecendo a estrutura necessária para que as quadrilhas se consolidem (LIMA, 2017).

A força das associações criminosos (CV e PCC), bem como sua crescente influência na economia legal, repousa em uma cumplicidade externa difusa, ou seja, relações especiais entre chefes de criminosos e funcionários públicos, como políticos nacionais ou locais, juízes, administradores locais e membros da polícia, como acontece especificamente no Rio de Janeiro com a denominadas milícias, organização criminosa que nasceu para dar proteção as comunidades substituindo o Estado e que logo se transformou em um organização criminosa de grande monta, explorando negócios vários como venda de gás, serviços de internet e Tv a cabo.

Anteriormente nascidas para combater o tráfico de drogas nas comunidades, as milícias log enveredaram também para se envolverem com tráfico de drogas, construções clandestinas, extorsão etc. e contam assim como as organizações do tráfico de drogas, as milícias se valem da lei do silêncio e da cumplicidade.

A fim de quebrar enfraquecer essas cumplicidades externas, o legislador brasileiro decidiu estabelecer punições mais duras para os aliados do crime organizado. e, ao mesmo tempo, conceder a anistia parcial para denunciante que forneçam informações que levem a novos processos judiciais ou eu revelem cumplicidades externas.

No Brasil, desde 1999 existe uma lei de proteção a testemunha – A Lei nº 807 que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de proteger aqueles que se arriscam em virtude das informações prestadas à autoridade judiciária.

Existem no Brasil e no mundo muitos criminosos e ex-criminosos que ganharam notoriedade em função de terem feito delação premiada. Mais o mais famosos deles é Tommaso Buscetta que é amplamente reconhecido como o primeiro criminoso importante a quebrar o código do silêncio na Itália.

Durante a década de 1980, ele ajudou os juízes Giovanni Falcone e Paolo Borsellino a alcançar resultados significativos na luta contra o crime organizado. Ele foi a testemunha chave no Julgamento Maxi que enviou quase 350 Membros da máfia italiana para a prisão.

Sua delação foi muito importante também para o combate a máfia nos Estados Unidos (MOREIRA, 2016).

No Brasil são famosos os delatores da Operação Lava Jato que expuseram a existência e o funcionamento de um esquema de propina a partir de contratos com a Petrobrás e outros órgãos do Governo do Partido dos Trabalhadores (PT), o que permitiu que o Ministério Público argumentar que a esses criminoso funcionavam em uma hierárquica unificada, estrutura regulada por uma cúpula de presidente de partidos políticos e que seus dirigentes poderiam ser responsabilizados pelas atividades criminosas comprometida com o benefício da organização. Esta premissa ficou conhecida como o "Operação Lava Jato" em função do primeiro criminoso ter sido preso em um Lava Jato da cidade de Curitiba.

Seus depoimentos permitiram a condenação de muita gente ligada aos partidos políticos brasileiros. Como recompensa por suas ajudas, os delatores foram autorizados a cumprir pena em prisão domiciliar, desde que devolvesse parte do dinheiro que se apoderaram.

Os recursos para violações dos direitos processuais dos réus criminais que participam de organizações criminosas costumam ser tudo ou nada. As condenações são revertidas ou afirmadas; as acusações são descartadas ou deixadas de lado; as evidências são excluídas ou admitidas.

Esses remédios apresentam sérios dilemas para os tribunais. Quando concedidos, geralmente resultam em lucros inesperados para réus culpados - e tribunais, não devem deixar as pessoas saírem livremente ou com penas brandas por força de sua colaboração. Mas, no sistema atual, se os tribunais não quiserem conceder tais benefícios inesperados, eles não podem conceder qualquer remédio. Eles devem evitar reconhecer uma violação de direitos ou depreciação inofensiva.

Esse problema foi especialmente grave no que diz respeito, principalmente a operação Lava-Jato, além da má conduta do Ministério Público. Como muitos estudiosos observaram os remédios existentes para a má conduta do Ministério Público são ineficazes, em grande parte porque raramente são invocados, já que ao Ministério Público só interessa conseguir condenações àqueles agentes públicos que eles considera era como líderes de facções criminosas, esquecendo que o criminoso colaborador também tem enorme parcela de culpa. No caso da operação lava Jato, isso ocorreu com o primeiro criminoso preso que ao colaborar com as investigações aferiu vantagens penais enormes, mesmo em alguns casos não apresentando provas concretas de sua delação (OLIVEIRA, 2006).

A Lei nº 13.964/2019 teve o intuito de corrigir essa anomalia, não no sentido de se evitar a redução de sentença quando a má conduta minou a confiabilidade da condenação

já que má conduta inflige sérios danos dignitários e emocionais, independentemente do efeito no veredicto. E mesmo quando a conduta imprópria é verdadeiramente inofensiva para o réu em particular, podem ser necessárias sanções para condená-la de maneira eficaz e impedir sua repetição. A redução de sentenças poderia servir a esses propósitos corretivos, expressivos e dissuasivos.

A redução de sentenças é um remédio aceito em várias outras jurisdições por várias violações dos direitos dos acusados. Foi aprovado, por exemplo, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alguns tribunais domésticos europeus, vários tribunais supremos provinciais do Canadá, e a Câmara de Apelações do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, só para citar alguns exemplos.

Mas isso era essencialmente desconhecido nos tribunais dos EUA e do Brasil. A única vez em que a Suprema Corte brasileira considerou a redução da sentença como um remédio para um erro processual não relacionado à sentença antes de 2014, foi uma Violação da Cláusula de Julgamento em que o Tribunal a rejeitou, reiterando sua conclusão superficial em um caso de julgamento rápido e antecipado de que a demissão com preconceito era a única possibilidade possível sob a justificativa de que as sanções diretas impediriam a má conduta, enquanto a redução da sentença deu aos defensores um incentivo para apresentar reivindicações (MOREIRA, 2016).

A simples redução de pena como ocorreu em alguns casos da Operação Lava Jato foram profundamente contraditórias, por que tanto o valor ativo como o passivo nas questões de corrupção tem o mesmo valor para uma condenação. A diferença se dá no ato de colaborar, mas as sentenças não podem ser tão brandas, por que cria jurisprudência, o que pode aferir vantagens para criminosos de alta periculosidade e essa jurisprudência ser invocada nos tribunais. O que acaba por se constituir em um erro (OLIVEIRA, 2006); (SILVA JUNIOR, 2014).

CONCLUSÃO

Com base em novas evidências sobre organizações criminosas no Brasil, identificou-se os determinantes e os principais efeitos dos programas de delação premiada. A análise sugere que induzir ex-criminosos a cooperar com a justiça é particularmente útil quando o sistema de acusação é pouco eficiente para as organizações criminosas que tem fortes laços com funcionários públicos e as informações fornecidas por "criminosos ilegais" de confiança.

Consistente com a evidência histórica disponível, o artigo sugere que o grau de coesão entre os membros de uma organização criminosa é fundamental para o desenho da leniência ideal com a política: recompensas ou mesmo benefícios monetários para os

informantes que às vezes são realmente necessários na presença de organizações com forte coesão entre seus membros.

A evidência empírica apoia a ideia de que os regulamentos da delação premiada têm um efeito positivo tanto na acusação quanto na dissuasão. Além disso em linha com a do modelo em voga no Brasil, a experiência parece sugerir que os delatores premiados devem se relacionar negativamente com uma proxy da ineficiência do sistema judicial.

REFERÊNCIAS

AMORIM, C. Comando Vermelho: A História Secreta do Crime Organizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1994.

BARROS, A. M de. A lei de proteção a vítimas e testemunhas. Franca, Ribeirão Gráfica e Editora, 2013.

BAUMER, E. P.; GUSTAFSON, R. Organização social e crime instrumental: Avaliando a Validade Empírica das Teorias Clássicas e Contemporâneas da Anomia. *Criminology* 45: 617–63, 2017.

BESSA, J. R. F. O crime organizado em Manaus. Manaus: Valer, 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal. São Paulo: Saraiva: 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://congressonacionla.gov.br> Acesso em 24 de out de 2021.

BRASIL. Lei N° 13.964/2019. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em <http://congressonacionla.gov.br> Acesso em 24 de out de 2021.

FELTRAN, G. Irmãos: Uma história do PCC. 1ª edição, São Paulo. Companhia das letras, 2018.

FREITAS, L. P. A sociologia do crime. São Paulo: Summus, 2010.

GOMES, J. B. Delação premiada na lavagem de dinheiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n 2973, 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19820>>. acesso em 8 abr. 2015.

GUIDI, J. A. M. Delação premiada no combate ao crime organizado. Franca-SP: Lemos de Oliveira Editora e Distribuidora Ltda-ME, 2016.

LIMA, R. N. P. Operação lava jato. São Paulo: Moderna, 2017.

MOREIRA, R. de A. M. Delação no Direito Brasileiro. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Nº. 19, 2016.

OLIVEIRA, J. P. G. A história jurídica das civilizações. São Paulo SER, 2006.

PAES MANSO, B.; NUNES DIAS, C. A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. 1ª edição, São Paulo. Todavia, 2018.

PEDRO, A. O crime organizado e suas ramificações. São Paulo: Summus, 2009.

PITOMBO, A. S. A. de M. Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: RT, 2009.

SILVA JUNIOR, A. A. da. Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2014.

SILVA, A. C. C. M. da. O crime organizado no Brasil : um caso de omissão do estado, substituído pelo estado paralelo. Artigo, s/d. Disponível em <http://fiponline.edu.br/coopex/pdf/cliente=3-2447d6ff133a5038079b6b36cd39e1b4.pdf> Acesso em 24 de out de 2021.

SILVA, A. C. C. M. da. O crime organizado no Brasil : um caso de omissão do estado, substituído pelo estado paralelo. Artigo, s/d. Disponível em <http://fiponline.edu.br/coopex/pdf/cliente=3-2447d6ff133a5038079b6b36cd39e1b4.pdf> Acesso em 2r de out de 2021.

SILVA, E. A. da. Breves considerações sobre a colaboração Processual na lei nº. 10.409/02. Boletim IBCCRIM. São Paulo, Vol.10, nº. 121, p.4-7, dezembro. 2012.

SILVA, J. A da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

ZILLI, L. F. O mundo do crime e a lei da favela: aspectos simbólicos da violência de gangues na região metropolitana de Belo Horizonte, Etnográfica, vol. 19 (3) |2015, 463-487.

TERCEIRIZAÇÃO: CULPA IN VIGILANDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CONTRATOS COM AS PRESTADORAS DE SERVIÇOS TERCEIRIZADAS

LUANDREW GOMES MOURA:
Bacharelado em Direito pelo
Centro Universitário Fametro –
CEUNI FAMETRO²⁰

RESUMO: O presente estudo trata sobre a terceirização na Administração Pública, na hipótese de impossibilidade comprovada da prestadora dos serviços de satisfazer as obrigações trabalhistas em relação aos seus empregados, em que surge o dever do tomador e beneficiário direto do trabalho em responder subsidiariamente. De início, é apresentada a conceituação e um breve histórico sobre a terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo informações acerca das normas iniciais que consolidaram a ideia de responsabilização, inclusive no âmbito da Administração Pública, como o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 e a edição da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que atribuiu responsabilidade subsidiária do tomador de serviços com relação ao inadimplemento dos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados. Alterações posteriores dos termos da mencionada Súmula possibilitaram a responsabilização subsidiária da Administração Pública apenas na hipótese quando evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, com a devida fiscalização e efetivo acompanhamento da execução do contrato quanto à quitação dos débitos trabalhistas. Após o que, foram analisadas as possibilidades de atribuição de culpa à Administração Pública, que deve ter muita cautela na licitação ao selecionar a empresa, especialmente na análise de exequibilidade da proposta. (*culpa in eligendo*). E a fiscalização dos contratos deve ter um acompanhamento e/ou fiscalização mensal pela empresa da quitação dos débitos trabalhistas. É o efetivo conhecimento e controle da execução do contrato que vai minimizar a responsabilidade da Administração Pública e possíveis condenações futuras na Justiça do Trabalho, almejando que seja afastada a culpa *in vigilando* e, conseqüentemente, sua condenação subsidiária ao pagamento dos créditos trabalhistas que decorrem da terceirização.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Terceirização. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

ABSTRACT: This study deals with outsourcing in Public Administration, in the event of a proven impossibility of the service provider to meet the labor obligations in relation to its employees, in which the borrower and direct beneficiary of the work is obliged to respond in a subsidiary way. Initially, the concept and a brief history of outsourcing in the Brazilian legal system is presented, bringing information about the initial rules that consolidated the

²⁰ E-mail: luandrew_moura@hotmail.com

idea of accountability, including in the scope of Public Administration, such as Decree-Law No. 200, of 25th of February 1967 and the edition of Precedent No. 331 of the Superior Labor Court, which attributed the subsidiary responsibility of the service taker in relation to the non-compliance with the labor rights of outsourced employees. Subsequent amendments to the terms of the aforementioned Precedent allowed the subsidiary liability of the Public Administration only in the event that its negligent conduct in complying with the obligations of Law No. 8666, of 06.21.1993, with due inspection and effective monitoring of the execution of the contract regarding the discharge is evidenced of labor debts. After that, the possibilities of attributing blame to the Public Administration were analyzed, which must be very cautious in the bidding process when selecting the company, especially in the analysis of the feasibility of the proposal. (guilt in eligendo). And the inspection of contracts must have monthly monitoring and/or inspection by the company of the settlement of labor debts. It is the effective knowledge and control of the execution of the contract that will minimize the responsibility of the Public Administration and possible future convictions in the Labor Court, aiming to remove the guilt in vigilando and, consequently, its subsidiary conviction to pay the labor claims arising from the outsourcing.

SUMÁRIO: Introdução – 1. DA TERCEIRIZAÇÃO. 2. CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO. 3 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 72/2013: 4. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 5. A SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16/2007. 6. Conclusão. 7. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho consiste em falar sobre terceirização, mais especificamente sobre culpa *in vigilando* da Administração Pública em contratos com as prestadoras de serviços terceirizadas. Pretende-se abordar e aprofundar a terceirização no setor público, quando os encargos trabalhistas não são adimplidos pela empresa prestadora dos serviços contratados pela Administração Pública.

O problema apresentado nesta pesquisa pode ser resumido da seguinte maneira: O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, porém de que forma a atuação do ente fiscalizador pode se mostrar suficiente e satisfatória para atender aos requisitos da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho? A hipótese explorada está na resposta positiva ao problema, em busca de demonstrar que a fiscalização efetiva do ente público pode inibir sua responsabilização, considerando que a Constituição Federal consagra o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil, não sendo razoável que alguém que se beneficiou de forma considerável do trabalho não responda,

sob nenhum aspecto, pelos direitos trabalhistas desencadeados desse pacto laboral, o que seria abuso de direito, e vedado pelo ordenamento jurídico. A posição de responsável subsidiário do Ente Público existe para resguardar os direitos individuais e coletivos dos obreiros que colocaram a sua força de trabalho à disposição e, também, do tomador, que assume, assim como a empresa prestadora de serviço, o risco do empreendimento.

O objetivo central do trabalho consiste em analisar a culpa *in vigilando*, que caracteriza a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas não cumpridos na contratação de serviços terceirizados. Demonstrar as possibilidades de atribuição de culpa à Administração Pública, tendo em vista a má escolha do prestador de serviços (*culpa in eligendo*) ou a omissão estatal no cumprimento do dever legal de acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos (*culpa in vigilando*). Verificar se o ônus de referida prova compete ao trabalhador, que alega a falta de fiscalização, ou ao Ente Público, que afirma que o inadimplemento ocorreu apesar da fiscalização realizada. Explicar que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública não é automática, sendo necessárias contundentes provas de falhas na atividade de fiscalização, as quais devem estar conectadas pelo nexo de causalidade aos danos sofridos pelos empregados terceirizados.

Como se trata de um tema recente, o legislador pátrio somente preocupou-se em disciplinar o fenômeno da terceirização diante do surgimento das novas formas de organização da atividade produtiva, como a amplitude da terceirização das atividades-meio da Administração Pública no Brasil com o intuito de facilitar a execução de suas atividades-fim justificam a importância do tema, de grande relevância no ramo do direito do trabalho e administrativo.

A diversidade de casos de condenação subsidiária de entes públicos nos contratos de terceirização, que depende da análise de cada caso separadamente, buscando a apuração da conduta culposa da Administração, confirmada pela má escolha do prestador de serviços ou pela ausência da adequada fiscalização da execução contratual, vem gerando uma série de iniciativas do Poder Público, como a edição constante de Instruções Normativas e outros instrumentos legais utilizados para regular a fiscalização e execução de contratos.

O efeito da terceirização passou a ser mais encontrado e "aceito" inicialmente nas instituições privadas, pois ficou permitida para além dos casos antes definidos, bastando a atividade não estar relacionada com a atividade-fim da empresa.

Já quando se fala em setor público, constata-se que a terceirização de serviços pela administração pública é aceita e dentro da legalidade quando diz respeito às atividades-meio, não sendo cabível quando for destinada ao exercício de atribuições próprias dos servidores de cargos efetivos próprios dos quadros do respectivo ente contratante, ou para

o exercício de funções relativas ao poder de polícia administrativa ou prática de atos administrativos.

A responsabilização subsidiária da Administração Pública vem sendo constante em inúmeros casos sob análise da Justiça do Trabalho, o que merece estudo para que possa ser explicitado pela conduta culposa do órgão público na condução da fiscalização contratual.

1 DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é uma ferramenta de gestão muito utilizada pelas instituições com vistas à redução de custos e aumento de produtividade e qualidade dos seus produtos ou serviços, pois permite uma maior concentração dos seus esforços em suas atividades-fim para as quais foram estabelecidas, considerando que as atividades-meio são repassadas a outras empresas especializadas na realização daqueles serviços secundários existentes.

Algumas atividades-fim, em casos específicos podem ser repassadas à terceirizadas, como nos casos de trabalho temporário, porém a essência da terceirização é repassar algumas ou todas as atividades acessórias da empresa, de modo que ela possa se dedicar integralmente ao escopo de sua constituição.

2 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Em todas as instituições, sejam públicas ou privadas, existem atividades a serem realizadas que, em conjunto, servem de “apoio” para a realização ou entrega dos seus serviços ou produtos finais. Atividades que são necessárias, mas que podem ser realizadas por “terceiros”, tais como manutenção, limpeza, conservação, segurança, vigilância, entre outras.

O conceito de terceirização pode ser definido como o processo pela qual a empresa deixar de fazer ou produzir algumas atividades secundárias que realizava diretamente e transferem essas atividades a outras empresas. Esse processo sempre ocorre com a contratação de uma empresa que, no caso, é a intermediária entre o tomador de serviço e a mão-de-obra, com um contrato de prestação de serviços.

É importante ressaltar que existe uma relação de emprego entre o trabalhador e a empresa terceirizada, prestadora de serviços, e não diretamente com quem contrata estes serviços.

O termo “terceirização” advém de um neologismo da expressão terceiro, no sentido de “intermediário”. Este termo foi evidenciado pelo setor de administração de

empresas como forma de expressar a descentralização de atividades de uma empresa para outras especializadas naquele tipo de serviço. (DELGADO, 2017, p.502).

Segundo o mesmo autor, a terceirização caracteriza-se pela existência de três sujeitos, chamada de relação trilateral ou triangular, pois existe um terceiro sujeito, o intermediador da mão de obra, mais conhecido como prestador de serviços. Pode-se verificar que a terceirização é resultado do que é feito pelo trabalhador, pelo intermediador dessa mão de obra (prestador de serviços) e pelo tomador dos serviços.

Caso não exista esse tripé, não há como ser considerada uma terceirização, passando a configurar uma relação de emprego diretamente com a instituição contratante.

Delgado (2017) diz ainda que a terceirização para o Direito do Trabalho pode ser conceituada como o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços jus trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Segundo os ensinamentos de Nascimento (2004, p. 559/560), a terceirização pode ocorrer na espécie terceirização de serviços e ou terceirização de mão de obra. Há uma diferença na terceirização da mão de obra para a de serviços, pois a empresa que terceiriza (tomadora dos serviços) contrata outra empresa (fornecedora dos serviços), para que esta lhe preste os serviços que foram repassados por meio de trabalhadores qualificados para o desenvolvimento das atividades dentro dos estabelecimentos da contratante. Já a terceirização de serviços é aquela em que uma empresa transfere à outra a execução de determinados serviços a serem prestados fora do seu estabelecimento.

Neste contexto, é possível compreender que o propósito existencial e histórico da terceirização é transferir à empresa prestadora de serviços as atividades que não representam o objetivo principal do tomador, e não toda e qualquer atividade deste último.

Assim, com a celebração do contrato entre as empresas tomadora e a prestadora de serviços, os empregados da terceirizada são direcionados para trabalhar em favor da primeira, formando-se a relação trilateral ou triangular.

3 HISTÓRICO DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização remete à época da revolução industrial, por volta do século XVIII, quando surgiram as primeiras leis trabalhistas e as entidades sindicais que buscavam melhorias nas condições precárias de trabalho a que eram submetidos os empregados.

A revolução industrial trouxe melhorias para o setor de produção, com a utilização de diversas máquinas que reduziram a necessidade de mão de obra e, logo, acarretaram o desemprego de milhares de pessoas. Em consequência, muitos obreiros que perderam seus empregos por terem sido substituídos pelas máquinas, passaram a ser opção para prestação de serviços sem vínculo empregatício para essas indústrias.

Após esse período da Revolução industrial e posteriormente com os avanços tecnológicos e a globalização foi que surgiu o movimento da terceirização do trabalho, que anteriormente era realizado pelos empregados da empresa e passaram a ser realizados por obreiros contratados sem vínculo empregatício.

Já no Brasil, o advento da terceirização explodiu no século XX com a indústria automobilística que cresceu no mercado interno, com as famosas linhas de montagem dos produtos e sendo chamadas de “montadoras”.

Devido à falta de regulamentação na época, além os incentivos recebidos do governo para alavancar a economia do país, essas empresas encontraram na terceirização um meio de aumentarem suas produções, mas com a diminuição dos encargos trabalhistas e previdenciários.

4 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As empresas privadas enxergavam na terceirização a possibilidade de redução de custos bem como para aperfeiçoar as atividades presentes que culminam com seu produto final e aumentar suas produtividades, a qualidade dos seus produtos ou serviços e, principalmente, os seus lucros.

No caso da Administração Pública, o poder público buscou meios para “desafogar” o Estado de atividades que, supostamente, poderiam ser realizadas de modo mais eficiente por particulares, buscando descentralizar as atividades da alçada da Administração, que são consideradas como apoio para realização da atividade principal.

O Decreto-lei 200/67 trata da terceirização de atividade, de serviços (FERRAZ, Pag.2) e fala de desobrigar-se da realização material de tarefas, as quais não são típicas de órgão ou de entidades administrativas, podendo ser desempenhadas por terceiros, sem infringir a regra do artigo 37, II, da Constituição Federal.

As demandas trabalhistas que buscam comprovar a existência de responsabilidade subsidiária ou não do Ente Público pelos débitos trabalhistas de sua contratada, prescindem da existência do vínculo empregatício entre o trabalhador e o tomador do serviço, pois nesses casos o trabalhador não postula o reconhecimento do vínculo de emprego direto com o Ente Público, mas sim a sua condenação subsidiária, conforme o que dispõe o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, já que se presume como verdadeira a prestação de serviços, nos termos dos artigos 336 e 341 do Código de Processo Civil.

A contratação do reclamante nos casos de responsabilidade subsidiária se dá pela empresa prestadora do serviço e a atividade desempenhada é em prol do tomador, o contratante. Não é possível dispensar a Administração Pública da responsabilidade pelos encargos trabalhistas não quitados pela contratada, pois não pode usufruir da força de trabalho do empregado, mesmo que a relação de emprego se dê entre o trabalhador e a empresa prestadora do serviço, sem assumir nenhuma responsabilidade nas relações jurídicas das quais é parte.

Quando descumpridas as normas de fiscalização do contrato de prestação de serviços celebrado, fica configurada a culpa *in vigilando* do Ente Público, visto que não foram observadas as disposições acerca da fiscalização da execução, presentes nos artigos 58, III, e 67, §1º, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de

III - fiscalizar-lhes a execução;

(...)

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

Essa é uma falha por parte da Administração Pública, prática administrativa que não compatibiliza com o art. 71 da Lei nº 8.666/1993, caracterizando a sua culpa e conseqüentemente não podendo se falar em transferência “automática” da responsabilidade ao Poder Público.

O Ente Público não pode se valer de suas prerrogativas para se eximir de suas obrigações legalmente previstas, enquanto beneficiário do serviço terceirizado, e sim, o Estado tem o dever de colaborar com todos os procedimentos necessários para evitar quaisquer violações trabalhistas provocados por seus contratados.

É importante ressaltar que mesmo que o contrato tenha sido celebrado após procedimento licitatório legítimo com a prestadora de serviços não se pode eliminar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos créditos trabalhistas do trabalhador. Isso porque, se for comprovado o descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada, deve o contratante ser responsabilizado, pois incide em culpa *in eligendo*, por conta da má escolha na contratação, ainda que tenha selecionado por meio licitatório.

Além do mais, a contratação dos empregados pela empresa prestadora de serviços é pelo interesse público, pois presta seus serviços em nome da Administração Pública, a favor de toda a coletividade.

A condição de responsável subsidiário do Ente Público serve para resguardar os direitos individuais e coletivos dos obreiros que colocam a sua força de trabalho à disposição, também, do tomador, que assume, assim como a empresa prestadora de serviço, o risco do negócio.

A Constituição Federal consagra o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil, não sendo razoável que alguém que se beneficiou de forma considerável do trabalho não responda, sob nenhum aspecto, pelos direitos trabalhistas que se formaram desse pacto laboral, o que seria abuso de direito, vedado pelo ordenamento jurídico.

É importante ressaltar que no julgamento da ADC nº 16 - DF na sessão do dia 24 de novembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/93, consignando expressamente a sua posição de que o citado dispositivo da Lei de Licitações não afasta o reconhecimento da responsabilidade subsidiária à administração pública nos casos em que fique comprovado que agiu com culpa *in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento dos direitos trabalhistas.

O Ministro Relator Cezar Peluso manifestou-se, por meio de fl. 1.225 da LTr, vol. 75, nº 10, de outubro/2011, no seguinte sentido:

Realmente, a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então esse dispositivo é constitucional. Mas isso não significa que

eventual omissão da administração pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não gere a responsabilidade à administração. É outra matéria, são outros fatos, examinados à luz de outras normas constitucionais. Então, em outras palavras (...), nós não temos discordância sobre a substância da ação, eu reconheço a constitucionalidade da norma. Só estou advertindo ao tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos (...).

Nesse mesmo caminho, a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, nos itens V e VI, atribui responsabilidade ao Ente Público que, de alguma forma, beneficiou-se do trabalho, mesmo que tenha sido por intermédio de empresa terceirizada, senão vejamos:

V- Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A observação dessa súmula é de primordial importância, pois representa o fruto da harmonização de vários princípios e da interpretação de dispositivos legais e constitucionais, não podendo se falar em qualquer violação à legislação federal ou à Carta Magna, sendo, assim, imprescindível para a efetivação dos direitos fundamentais do trabalhador.

A teoria do risco assumido pelo tomador ao contratar prestador de serviços que não é o mais preparado deve ser considerada, ainda que por meio de processo licitatório, e o princípio da proteção que justifica a preocupação de não deixar ao desabrigo o trabalhador que dispensou sua força de trabalho em prol do ente estatal. A responsabilidade do tomador de serviços deve ser analisada também à luz dos princípios e regras constitucionais que visam, no geral, à proteção do trabalhador na dupla qualidade de empregado e cidadão.

Ratificando esse entendimento, Arion Sayão Romita defende que:

...por ter a Constituição de 1988 elevado a dignidade da pessoa humana à categoria de valor supremo e fundante de todo o ordenamento brasileiro, fácil é atribuir aos direitos sociais a característica de manifestações dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade material porque, encarados em sua vertente prestacional (...), tais direitos tem por objetivo assegurar ao trabalhador proteção contra necessidades de ordem material, além de uma existência digna.” (EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. A responsabilidade subsidiária da administração pública por obrigações trabalhistas devidas a terceirizados - negritei.

Nesse caminho, essa situação atrai a incidência da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que nos seus incisos IV, V e VI, impõe a responsabilidade daquele que, de alguma forma, se beneficiou do trabalho humano, ainda que por intermédio de empresa terceirizada, senão vejamos:

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Por fim, é necessário registrar que a Súmula 331 do TST não colide com a Lei nº 8.666/93, na medida em que ambas devem estar em harmonia com o art. 1º, incisos III e

IV, da Constituição Federal de 1988, assim como a constitucionalidade do art. 71, da citada lei.

5 A SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16/2007

A Administração Pública não pode ser responsável pelas obrigações trabalhistas existentes de quem contratou para a prestação de determinados serviços, porém possui o dever e a obrigação de escolher dentre as opções uma empresa idônea, com a devida regularidade fiscal e trabalhista, além do dever de fiscalizar no decorrer do contrato de trabalho a continuidade da regularidade da empresa e, em caso de perda superveniente dos requisitos de habilitação do contratado, deve rescindir unilateralmente o contrato.

Seguindo essa premissa, o ente público atrai para si a responsabilização subsidiária pela não quitação dos créditos trabalhistas dos trabalhadores da terceirizada contratada, mas desde que seja comprovada a conduta culposa da Administração, nos termos do item V da Súmula 331 do TST, que prevê:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

No caso de o ente estatal não apresentar documentos que comprovem a devida fiscalização da empresa contratada, configura-se a culpa *in vigilando* da Administração Pública, por conta da falta de fiscalização e tomada de medidas coercitivas para corrigir o inadimplemento trabalhista da prestadora de serviços. O inadimplemento da empresa pode ser verificado com uma simples fiscalização documental.

É importante ressaltar o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho de que cabe à Administração Pública provar que efetivamente fiscalizou os pagamentos das verbas trabalhistas dos empregados da empresa contratada. Eis a ementa:

[...] RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CULPA CARACTERIZADA - SÚMULA Nº 331, V E VI, DO TST 1. O acórdão regional está em harmonia com o entendimento firmado na Súmula nº 331, item V, do TST, uma vez que a responsabilização

subsidiária do ente público decorreu do reconhecimento de conduta culposa na fiscalização da empresa prestadora. 2. Compete à Administração Pública o ônus da prova quanto à fiscalização, considerando que: (i) a existência de fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Reclamante; (ii) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93); e (iii) não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tenha acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova. Julgados. 3. O E. STF, ao julgar o Tema nº 246 de Repercussão Geral - responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço, RE 760931 -, não fixou tese específica sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas. 4. Nos termos do item VI da Súmula nº 331 do TST, "a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral". Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (TST, 8ª Turma, AIRR - 10603-13.2015.5.15.0084, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 19/12/2017).

Desta feita, cabe à Administração Pública, detentora dos meios e documentos necessários a demonstrar a devida verificação, provar o regular exercício do poder-dever de fiscalização, sendo injusto impor ao trabalhador o pesado encargo de apurar a execução dos procedimentos administrativos de acompanhamento dos contratos celebrados pelo poder público. Ressalta-se que a orientação contida no inciso IV da Súmula nº 331 do TST apenas visa a efetivar a aplicação da lei, tendo em vista os fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum, nos termos do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Imputar a responsabilidade subsidiária ao beneficiário dos serviços prestados por trabalhadores é forma de evitar a prática comum de contratar mão-de-obra através de empresas que não possuem idoneidade, por parte de empregadores privados e entes públicos, com o intuito de esquivarem-se do cumprimento da legislação trabalhista, de maneira que aqueles que vendem a sua força de trabalho ficam ao desabrigo de qualquer proteção no tocante à percepção dos serviços prestados.

Mesmo após a decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16/DF, que declarou a constitucionalidade do art.

71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações), persiste a responsabilidade subsidiária da Administração Pública tomadora de serviços terceirizados quando, com base nos fatos de cada causa, constatar-se a sua omissão culposa, consubstanciada na sua culpa *in vigilando* quanto ao correto cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços que contratou. Com efeito, deve-se verificar a existência, ou não, da ausência de fiscalização pelo órgão público contratante.

A Súmula 16 do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região ainda prevê:

SÚMULA 16. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. A constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, declarada pelo STF na ADC nº 16, não obsta o reconhecimento da responsabilidade de ente público quando este não comprova o cumprimento de seu dever de fiscalização do prestador de serviços.

A culpa *in vigilando* do Ente Público é constatada por descumprimento das normas de fiscalização do contrato de prestação de serviços celebrado, porquanto não comprovado que sejam observadas quaisquer das disposições da Lei nº 8.666/93.

A Administração Pública deve analisar a qualificação econômico-financeira da prestadora de serviço até o final do cumprimento do contrato e, verificando as dificuldades financeiras da prestadora, deverá adotar medidas que viabilizem a execução do serviço e a quitação dos créditos trabalhistas.

Trata-se, na verdade, de responsabilidade subjetiva, o que se traduz da Súmula 331, IV, do TST, como bem analisado pelo STF, à luz do julgamento da ADC 16, em 24/11/2010.

A responsabilidade objetiva da Administração Pública não serve para imputar ao Ente Estatal responsabilidade subsidiária porque pressupõe a existência de ato ilícito praticado pelo Estado, o que não ocorre nas hipóteses em que se efetiva fiscalização da Administração Pública quanto à idoneidade financeira da prestadora de serviço.

Nessa esteira, deve-se dizer que, se o Estado, devendo agir por força de lei, for omissivo, ou realizar fiscalização deficiente, responde pela omissão perpetrada; por outro lado, se agir rigorosamente nos ditames da lei, fiscalizando, e mesmo assim ocorrer o evento danoso, não há como responsabilizá-lo, visto que o Estado não é o autor do dano.

Não se deve perder de vista o ensinamento da doutrina a respeito do tema, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em síntese: se o Estado, devendo agir por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por essa incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitando quando, de direito, devia sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos (MELLO, 1997, p. 615)

Deve-se esclarecer que Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC nº 16/DF, na sessão do dia 24 de novembro de 2010, considerou, de fato, constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, de modo a afastar, em regra, a responsabilidade do Ente público contratante de empresa fornecedora de mão de obra pelos débitos trabalhistas de sua contratada, nos casos de inadimplemento das obrigações da terceirizada. Entretanto, ao se referir à terceirização lícita das atividades-meio da Administração Pública, deixou consignado expressamente sua posição de que o citado dispositivo da Lei de Licitações não afasta a possibilidade de a Justiça do Trabalho atribuir a responsabilidade subsidiária ao Poder público nos casos em que fique comprovado que agiu com culpa *in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento daqueles direitos pelo prestador de serviços, que é o devedor principal.

Ademais, não se pode esquecer que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 760.931/DF, em 30 de março de 2017, em regime de repercussão geral (Tema nº 246), consolidou a tese jurídica no sentido de que: "*O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93*".

Ao estabelecer que a responsabilidade pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não se transfere "automaticamente" ao Poder Público contratante, se por um lado não deixou explícita a total impossibilidade de transferência da responsabilidade aos Entes Públicos contratantes em qualquer cenário abrangendo a terceirização lícita, por outro, também não definiu com clareza se essa responsabilização poderia advir da comprovação efetiva da ausência ou falhas na fiscalização da execução do contrato. Discute-se que o ônus da prova da conduta culposa de deve recair sobre os empregadores, por ser prova excessivamente difícil, senão impossível, de ser produzida pelo trabalhador terceirizado, que em regra não tem acesso aos meandros da burocracia estatal, o que atrai a incidência do § 2º do art. 373 do CPC.

Entretanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em outros julgados, manifestou-se concluindo que a tese da repercussão geral fixada no bojo do mencionado

RE 760.931/DF não afasta o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nas hipóteses em que, examinado o caso concreto, restar evidenciada sua conduta omissiva culposa, a exemplo do seguinte aresto:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TEMA 246. REPERCUSSÃO GERAL. RE 760931. TESE FIXADA: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Responsabilidade Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, imputada ante a efetiva comprovação da conduta culposa – na modalidade in vigilando - no cumprimento e/ou na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais (Lei nº 8666/93), por parte da empresta prestadora dos serviços. Reconhecimento judicial da responsabilidade subsidiária do Poder Público em harmonia à tese da repercussão geral fixada no RE 760931 e ao quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16. Seguimento negado. (Rcl 28300, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 29/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULGADO 02-10-2017 PUBLICADO 03/10/2017)

A Ministra ROSA WEBER, ao negar seguimento à Reclamação Constitucional 28.300/SP, teceu os seguintes esclarecimentos a respeito da distribuição do ônus probatório em tais casos, *in verbis*:

(...)

7. Nesse sentir, observado o julgamento do RE 760.931, tenho por corroborada a minha compreensão acerca do quanto decidido por esta Suprema Corte já ao exame da ADC 16 – precisamente a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93 e a consequente inviabilidade da imputação automática da responsabilidade subsidiária à Administração Pública, como mera consequência do inadimplemento por parte da prestadora de serviços de direitos trabalhistas. A tese de repercussão geral fixada por esta Casa, além de reafirmar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93, nos moldes em que decidido ao exame da ADC 16, assenta não a absoluta irresponsabilidade da Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, mas, sim, a possibilidade de a ela se imputar - desde que tal não se opere automaticamente - a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas dos

*empregados. A vedação está, portanto, na imputação “automática” da responsabilidade, sem que reste evidenciada a conduta culposa – na modalidade in vigilando – da Administração Pública no cumprimento e/ou na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais (Lei nº 8.666/93), por parte da prestadora. Obsta a tese da repercussão geral (Tema nº 246) que se impute a responsabilidade à Administração Pública tão somente como corolário do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada, entendimento por mim já adotado inúmeras vezes, à luz das balizas anteriormente firmadas por esta Casa ao exame da ADC 16. **Assim, entendo que o reconhecimento judicial da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nas hipóteses em que, examinado o caso concreto, restar evidenciada conduta omissiva culposa, opera-se não somente em perfeita harmonia à tese da repercussão geral fixada no bojo do RE 760.931, como também ao quanto decidido na ADC 16, e, nesse sentido, em estrita conformidade com o ordenamento jurídico (Lei nº 8.666/93).***

*8. Respeitadas tais premissas, entendo que a decisão reclamada - **ao contemplar o exame do caso concreto com base nas provas, bem como a conclusão pela conduta omissiva culposa do ente público na fiscalização da prestadora dos serviços – se encontra em absoluta consonância com o quanto decidido na ADC 16.** Nesse sentir, eventual acerto ou desacerto daquela conclusão há de ser apreciado por meio dos remédios processuais adequados, não se prestando a reclamação constitucional a reexame da prova.*

*Limitado, outrossim, **o julgamento da ADC 16 a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador,** a inviabilizar o manejo da reclamação com espeque em alegada afronta à ADC 16 sob tais enfoques, conforme já decidido em várias reclamações: Rcl 14832/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.11.2012, Rcl 15194/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 18.3.2013, Rcl 15385/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.3.2013.*

9. No ponto, cumpre igualmente assentar que, ao julgamento do RE 760.931, esta Suprema Corte, muito embora tenha debatido aspectos acerca das regras de distribuição do ônus da prova na espécie, culminou por não fixar balizas, respeitada, a meu juízo, a soberania das instâncias ordinárias no exame do acervo fático-probatório, cujo revolvimento é de todo vedado na instância extraordinária, assim como no bojo da reclamação constitucional.

Mesmo com um procedimento licitatório regular para contratação da prestadora do serviço, se o poder público mostrar-se omissivo no seu dever de fiscalização do contrato administrativo, principalmente no momento da cessação do vínculo empregatício com a terceirizada (arts. 58, III, e 67, *caput* e §§ 1º e 2º, todos da Lei nº 8.666/1993), sem ter provas de que exercia efetivamente a fiscalização da execução do contrato, fica plenamente caracterizada sua responsabilidade em caso de inadimplência das verbas rescisórias devidos ao trabalhador.

O ente público apresenta um comportamento negligente agindo dessa maneira, comportamento administrativo que não se coaduna com a aplicação dos ditames da Lei nº 8.666/1993, caracterizando a sua culpa *in vigilando*, não podendo se falar em transferência automática da responsabilidade ao Poder Público.

Além do mais, não há como eximir a Entidade Pública da responsabilidade pelos encargos trabalhistas inadimplidos por empresa prestadora de serviços, pois não pode usufruir da força de trabalho de empregado, mesmo que vinculado à empresa terceirizada, sem assumir nenhuma responsabilidade nas relações jurídicas das quais participe. Ademais, a contratação de trabalhadores por empresa terceirizada é de interesse público, pois a prestação desses serviços favorece toda a coletividade.

Esses acontecimentos atraem a incidência da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que nos seus incisos IV, V e VI, impõe a responsabilidade daquele que se beneficiou, de alguma forma, do trabalho humano, ainda que por intermédio de empresa terceirizada, senão vejamos:

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

(...)

Ratificando essa linha de pensamento, o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região editou a Súmula 16 (publicada no dia 19 de agosto de 2016 no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho), *in verbis*:

SÚMULA 16. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. A constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, declarada pelo STF na ADC nº 16, não obsta o reconhecimento da responsabilidade de ente público quando este não comprova o cumprimento de seu dever de fiscalização do prestador de serviços.

É importante ressaltar que este entendimento não transfere ao poder público a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, a qual concerne à empresa terceirizada. Apenas na ocasião de impossibilidade comprovada da prestadora dos serviços de satisfazer as obrigações trabalhistas em relação aos seus empregados, surge o dever do tomador e beneficiário direto do trabalho em responder subsidiariamente.

6 CONCLUSÃO

Com este estudo, é possível observar que é indispensável a atividade de fiscalização de contratos pela Administração Pública, enquanto obrigação de meio, só constituiria a culpa *in vigilando* do Estado quando não houvesse atuação adequada ao resguardo dos direitos do trabalhadores, demonstrando-se claramente que o órgão público não agiu face à violação de obrigações trabalhistas das empresas com as quais contrata. Estender esta responsabilização de maneira irrestrita violaria a própria ideia de

terceirização, fazendo-se imprescindível que haja um claro regramento jurídico para a matéria, de modo que se possam sanar as divergências vislumbradas na jurisprudência e, ainda, impedir a utilização de teses jurídicas genéricas para a condenação direta da Administração Pública sem a efetiva análise do caso concreto.

Sendo assim, é de extrema importância a fiscalização desses contratos com prestadoras de serviços terceirizados pelo Estado e seus agentes. A Administração Pública deve ter muita cautela na licitação ao selecionar qual empresa contratar, principalmente quando da análise de exequibilidade da proposta.

Além do que, esta fiscalização dos contratos deve ter um acompanhamento e/ou fiscalização mensal pela empresa da quitação dos débitos trabalhistas. É o efetivo conhecimento e controle da execução do contrato que vai minimizar a responsabilidade da Administração Pública e possíveis condenações futuras na Justiça do Trabalho, almejando que seja afastada a culpa *in vigilando* e, conseqüentemente, sua condenação subsidiária ao pagamento dos créditos trabalhistas que decorrem da terceirização.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº AIRR-1000022-12019.5.01.05317ª Turma. Sessão de 10/11/2021. Relator: Renato de Lacerda Paiva. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 19/11/2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº AIRR: 10197927-2017.5.01.0205, Relator: Jose Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 04/08/2021, 2ª Turma, Data de Publicação: 06/08/2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº AIRR - 10603-13.2015.5.15.0084, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: 19/12/2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR: 676720195110001, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 20/10/2021, 8ª Turma, Data de Publicação: 22/10/2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, ROT - 0010122-64.2019.5.18.0104, Rel. ROSA NAIR DA SILVA NOGUEIRA REIS, 3ª TURMA, Data de Publicação: 18/10/2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, ROT – 0001092-56.2018.5.23.0021.-64.2019.5.18.0104, Relator JOÃO CARLOS RIBEIRO DE SOUZA, Gabinete da Presidência, Data de Publicação: 02/06/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13/11/2021.

BRASIL. Lei 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 07 out. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm> Acesso em 10 out. 2021.

BRASIL. Lei 13.467, 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e as Leis n.º 6.019/74, n.º 8.036/90, e n.º 8.212/91, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *A responsabilidade subsidiária da administração pública por obrigações trabalhistas devidas a terceirizados. Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e constitucionalidade da Súmula nº 331 do TST. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1631, 19 dez. 2007.* Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10779>. Acesso em: 14/11/2021.

FERRAZ, Luciano – A terceirização na administração pública depois das decisões do STF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/interesse-publico-terceirizacao-administracao-publica-depois-decisoes-stf?imprimir=1>> Acesso em 13 de outubro de 2021.

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16/11/2021.

Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria pública-privada e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A Terceirização e o Direito do Trabalho**. 11ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Ordenamento Jurídico Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2013. p. 322.

OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. **A Terceirização na Administração Pública: Súmula 331 do TST versus julgamento da ADC 16/DF. Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2849, 20 abr. 2011

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 310.

Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 16. ADC Nº 16/DF**. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator (a): Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>>. Acesso em 18/10/2021.

IMUNIDADE PARLAMENTAR: OS EFEITOS DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO ÂMBITO DA IMUNIDADE PARLAMENTAR

DANIEL JONATHAS DE ARAÚJO MOURA:
Graduado do Curso de Direito do Centro
Universitário FAMETRO²¹.

RESUMO: Os aspectos da imunidade parlamentar, com ênfase em sua importância e divergências no processo penal é o objetivo principal deste trabalho. Trouxe à baila, em objetivos específicos, os aspectos subjetivos e objetivos tendo como foco a prisão preventiva. Insta salientar as diretrizes constitucionais destrinchadas nas imunidades formal e material do parlamentar. Em capítulos seguintes, descreve-se a divergência existente nas decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais abarcam as prisões de parlamentares em conflito com as prerrogativas de função. O método utilizado para a elaboração do presente foi a documentação indireta, observando-se sistematicamente a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagens, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões, etc.). Buscou-se um senso crítico necessário para uma reflexão político criminal equilibrada e aprofundada, assim como a sua legitimidade no Estado Democrático de Direito, contribuindo como fonte de conhecimento a pesquisadores e transeuntes.

PALAVRAS-CHAVE: Imunidade. Parlamentar. Lei Penal. Julgados.

ABSTRACT: Aspects of parliamentary immunity, with emphasis on its importance and divergences in criminal proceedings, is the main objective of this work. It brought up, in specific objectives, the subjective and objective aspects, focusing on preventive detention. It urges to highlight the constitutional guidelines delineated in the formal and material immunities of the parliamentarian. In the following chapters, the divergence existing in the decisions of the Federal Supreme Court is described, which include the arrests of parliamentarians in conflict with the prerogatives of function. The method used to prepare the present was indirect documentation, systematically observing the bibliographic research of primary and secondary sources (doctrines in general, scientific articles, master's dissertations, doctoral theses, etc.), in addition to official documentation (bills, messages, laws, decrees, summaries, judgments, decisions, etc.). We sought a critical sense necessary for a balanced and in-depth criminal political reflection, as well as its legitimacy in the Democratic Rule of Law, contributing as a source of knowledge to researchers and passersby.

²¹ E-mail: djonathas_95@hotmail.com

KEYWORDS: Immunity. Parliamentary. Criminal Law. Judged.

INTRODUÇÃO

A imunidade parlamentar tem como conjectura a proteção das instituições, bem como o fortalecimento do Poder Legislativo diante os Poderes do Executivo e Judiciário.

A priori, à baila tem-se que as imunidades parlamentares são garantias institucionais do Poder Legislativo, cujo objetivo é assegurar o exercício das funções parlamentares de seus membros, que representam os interesses do povo que os elegeram. A Carta vigente, Constituição Federal de 1988, manteve as imunidades material e formal, como fundamentais e garantidoras da liberdade de função dos congressistas, dessa forma reforçando a proteção formal aos legisladores.

Como imunidade formal, tem-se o caráter institucional do próprio Poder Legislativo, destinada à sua proteção. Ressalvados os casos de imunidade parlamentar, os deputados e senadores estão sujeitos às mesmas leis que o cidadão comum, em respeito ao princípio da isonomia. A imunidade material, absoluta ou real, segundo os estudiosos da matéria, tem como objetivo assegurar a liberdade de expressão dos congressistas, a qual é assimilada como a privação da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras ou votos.

Alguns autores consideram que o que está em jogo em relação às imunidades parlamentares é o interesse público e não o particular, ou seja, do parlamentar individualmente considerado.

Não obstante a legitimidade dos mencionados tipos de prisões provisórias no nosso sistema, a Constituição Federal, em relação aos parlamentares, só permite a incidência da prisão em flagrante delito de crime inafiançável, como, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Contudo, mesmo havendo o tipo de prisão supracitado, a respectiva casa poderá deliberar, por votação, pela reforma ou não da prisão, pouco importando a natureza do crime cometido.

Atualmente, após a introdução da Lei nº 12.403/2011 (que alterou o Código de Processo Penal), o óbice se agravou bastante, pois praticamente se gerou uma imunidade absoluta para os parlamentares em relação aos crimes de corrupção.

Se invocarmos a literalidade da regra constitucional a respeito da imunidade prisional dos parlamentares é fácil concluir ser impossível a conversão da prisão em flagrante em preventiva, pois tal tipo de prisão foi vedado pela Constituição Federal. No entanto, não restará outro ensejo ao juiz que não seja relaxar a prisão ou conceder a liberdade provisória.

É inteligível que a imunidade prisional possa gerar a sensação de impunidade, pois ainda que a prisão provisória se faça necessária para conservação do processo, não haverá como ser decretada a prevalecer a restrição constitucional, transformando o que deveria ser uma garantia para o parlamento em um verdadeiro privilégio, um escudo para práticas ilícitas, o que é incompatível com a Democracia, com a República e com o Estado Democrático de Direito.

A metodologia utilizada para esta pesquisa foi a documentação indireta, observando-se sistematicamente a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagens, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões, etc.).

O objetivo desta pesquisa é explanar todos os aspectos da imunidade parlamentar, com ênfase em sua importância e divergências no processo penal.

2 IMUNIDADE PARLAMENTAR

Holanda (MACHADO, 2016, p. 13, apud. HOLANDA, 2013, p. 468), afirma que o vocábulo imunidade tem origem latina e deriva de *immunitate*. Enquanto substantivo feminino traduz a condição de não se estar sujeito a algum ônus ou encargo, significando isenção.

Já conforme Falcão (1986, p. 134, apud KURANAKA, 2002, p. 90), imunidade parlamentar é “uma garantia funcional em geral bipartida em expediente material e formal, admitida nas Constituições para o livre desempenho do ofício dos membros do Poder Legislativo e evitar desfalques na integração do respectivo quórum”.

De acordo com Santos (2009, p.19):

Os sujeitos ativos formais das imunidades parlamentares são a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou seja, o próprio Estado Federativo, representado pela União; Estados-membros, representados pelas suas Assembleias Legislativas; e os Municípios, por suas Câmaras de Vereadores. Já os sujeitos passivos, são as pessoas físicas ou jurídicas, que se dizem lesadas ou ofendidas, ou seja, aqueles que suportam as ofensas parlamentares.

Moraes (2005, p. 394) pontua em sua doutrina o conceito de imunidade parlamentar da seguinte forma:

Convém reafirmar que a imunidade parlamentar é uma das mais importantes conquistas da democracia representativa e uma expressão vigorosa do Estado Democrático de Direito para tornar factíveis os princípios fundamentais da República Federativa: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Destarte, complementando o pensamento supracitado, Tasca (2015, p. 01) considera que a imunidade parlamentar nada mais é, do que uma prerrogativa constitucional vinculada à função de legislar, para que o legislador, por sua vez, possa exercer tal função com independência e liberdade fazendo jus ao bom desempenho de suas funções.

1.1 Diretrizes Constitucionais

As imunidades estão previstas no artigo 53 da Constituição Federal, o qual foi modificado pela Emenda Constitucional nº35 de 2001, com a finalidade de coibir situações indesejáveis de parlamentares perante a opinião pública.

O comando do artigo 53, na sua redação primitiva, estabelecia que os deputados e senadores eram invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões palavras e votos, sendo que, desde a diplomação, não podiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável; neste caso, os autos deveriam ser remetidos, em vinte e quatro horas à respectiva Casa, para que ela pudesse deliberar, por maioria de votos, sobre a prisão ou não do parlamentar. Estabelecia, ainda, que os deputados e senadores respondiam por crimes comuns perante o Supremo Tribunal Federal (SANTOS, 2009, p. 29).

Diante do exposto, pode-se afirmar que a imunidade não é pois um privilégio de certas pessoas, não diz respeito à figura do congressista, mas uma prerrogativa consagrada no direito constitucional brasileiro concedida a toda categoria parlamentar em virtude da função exercida pelos seus membros, tanto em nível federal, como em estadual e municipal, objetivando assegurar o livre e desimpedido exercício desta atividade enquanto durar o mandato, resguardando-a e garantindo maior independência de atuação perante o Executivo e o Judiciário.

2.2 Imunidade Formal

A imunidade formal, trata-se de garantia de cunho processual, refere-se à prática pelo parlamentar de crimes comuns inafiançáveis. O parlamentar, durante o mandato não pode ser preso, salvo em flagrante por crime inafiançável. Caso em que o auto de flagrante

deverá ser remetido à Casa a qual o parlamentar pertença no prazo de 24 horas, para que esta, por iniciativa de um partido político nela representado, por maioria absoluta poderá promover a sustação da ação penal.

Houve, pois, um redimensionamento da imunidade, que não mais é automática, por assim dizer. Agora, para que o processo seja suspenso, há que obter a manifestação expressa da Casa respectiva do parlamentar processado perante o Supremo Tribunal Federal. A respectiva Casa deliberará, então, não mais acerca do pedido de licença (que é automático), mas sim, agora, acerca da paralisação do processo já em trâmite normal. Trata-se de um julgamento pelos pares do parlamentar, que analisarão, nessa ocasião, a conveniência política de ver processado, naquele momento, determinado congressista (BICALHO, 2011, p. 03).

Oliveira (2016, p.145) ratifica que a imunidade formal é prerrogativa de ordem pública e, portanto irrenunciável, há vista que é dotada de caráter institucional próprio do Poder Legislativo, destinada à sua proteção. Ressalvados os casos de imunidade parlamentar, os deputados e senadores estão sujeitos às mesmas leis que qualquer cidadão, em respeito ao princípio da igualdade. Todavia, em defesa do interesse maior, de continuidade das atividades legislativas e preservação da independência do poder de Estado, convém o não afastamento do congressista em razão de processo judicial.

Denominado como imunidade processual ou formal, esta regalia garante ao congressista a impossibilidade de ser processado ou permanecer preso; ampara, desta forma, a liberdade pessoal do parlamentar, nos casos de prisão ou processo criminal. Pois busca a proteção dos parlamentares contra processos ou prisões arbitrárias.

2.3 Imunidade Material

Amplamente conhecida como absoluta ou substantiva, a Imunidade Material visa garantir e proteger o interesse público, de modo que os parlamentares representam o povo frente ao Poder Legislativo (TAVARES, 2018, p.1238).

Jesus (1988, p.399), conceitua o instituto da imunidade, sob o prisma da Constituição de 1967, destacando que a imunidade material é causa funcional de isenção de pena. Explica que os parlamentares, desde que cometam o fato no exercício da função, não respondem pelos denominados delitos de opinião de palavra; porém, deve haver nexo entre o exercício do mandato e o fato cometido. Conclui o autor dizendo que, nos casos citados e diante da imunidade penal, "os deputados federais e senadores ficavam livres do inquérito policial e do processo criminal".

Acrescenta Michel Temer (2007, p. 132):

Opiniões e palavras que, ditas por qualquer outra pessoa, podem caracterizar atitude delituosa, mas que assim não se configuram quando pronunciadas por parlamentar. Sempre, porém, quando tal pronunciamento se der no exercício do mandato.

Atualmente, a redação do art. 53 da Constituição Federal/1988 inserida com a Emenda Constitucional nº 35, de 2001, se apresenta da seguinte forma, *in verbis*:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001).

§ 1º. Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 2º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001).

§ 3º. Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. (BRASIL, CF/88).

Resta Cristalino que o art. 53, caput da CF/88, inseriu duas expressões, quais sejam, civil e penalmente, para evidenciar que os parlamentares são invioláveis por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, não interessando se proferiu ofensas, ameaças, injúria ou calúnias, desde que as tenham proferido em razão de suas funções parlamentares e, relacionados ao mandato em exercício, não se restringindo, ao âmbito do Congresso Nacional. Explanando que, mesmo que o parlamentar esteja em qualquer lugar do território nacional, a CF/88 resguarda a sua atividade, mesmo que proferira palavras ou conceder entrevistas não pratica qualquer crime (BRITO, 2007, p. 242).

De outro modo, no Brasil já existem procedimentos instaurados, com o intuito de averiguar possíveis excessos cometidos pelos parlamentares, no gozo desta prerrogativa (TAVARES, 2018, p.1238).

2.4 Penalidades

2.4.1 O caminho da cassação

A história evidencia que o primeiro político cassado por quebra de decoro parlamentar, após o século XX, foi o deputado Edmundo Barreto Pinto (PTB-DF), que perdeu o seu mandato em 27 de maio de 1949. Ele se deixou fotografar de smoking e cuecas por uma revista da época (TAVARES, 2018, p.1239).

O caso mais recente e já afastado da Casa, Eduardo Cunha (PMDB-RJ) teve seu mandato político cassado por 450 votos a favor de sua cassação, sendo dez contra e nove abstenções, no processo de cassação mais longo da Câmara, que durou 336 dias desde a representação por quebra de decoro. O peemedebista foi o segundo parlamentar a sofrer condenação política na esteira do momento de instabilidade política que assola a nação (TAVARES, 2018, p.1239).

Em 2016, Jean Wyllys (PSOL-RJ) sofreu processo disciplinar e foi punido com advertência. Também alvo de pedido de processo por quebra de decoro, por, em sessão de impeachment da então Presidente Dilma Rousseff, cuspir no então parlamentar Jair Messias Bolsonaro, a quem travava recíprocas críticas e debates calorosos (TAVARES, 2018, p.1239).

As medidas disciplináveis são inseridas proporcionalmente a gravidade da quebra de decoro parlamentar, sendo estas compostas por censura, advertência, suspensão ou perda de mandato para as violações de maior complexidade e gravidade (TAVARES, 2018, p.1239).

Dessa forma como qualquer objeto de participação e, sobretudo, pela sua sujeição a certas características da Administração Pública, destacando-se dessa forma a moralidade, não é o mandato parlamentar algo absoluto, estando, portanto, sujeito à revogação. A revogação do mandato parlamentar recebe o nome técnico de "perda", sendo um gênero subdivisível em duas espécies - a cassação e a extinção do mandato (BALBANI e FONSECA, 2018, p. 793).

A previsão constitucional para a perda de mandato parlamentar encontra-se fulcrada no art. 55 da Constituição Federal de 1988, se desdobrando em diversas situações distintas – que indicam um rol em tese taxativo, mas que se mostra exemplificativo ante a adoção de uma sétima situação pela Jurisprudência. Indica o texto constitucional, *in verbis* (BALBANI e FONSECA, 2018, p. 793):

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. (BRASIL, 1988).

Partindo da dicotomia entre “cassação” e “extinção” indicada pelo texto constitucional, Lisowski (2017) leva em conta a natureza da responsabilização imputada ao parlamentar e da qual decorre a perda de mandato para classificar o instituto, propondo

assim a subdivisão da perda de mandato em casos decorrentes da responsabilização jurídica e casos decorrentes da responsabilização política.

A responsabilização jurídica, nesse cenário, adota como parâmetro a norma jurídica positiva em si, sendo caracterizada pela aplicação pura e simples aplicação do texto normativo no caso concreto. É o caso dos incisos III, IV e V do art. 55 da Constituição Federal, todos apontados pela doutrina e pelo próprio texto legal como situações de “extinção de mandato parlamentar” ou perda em sentido estrito (BALBANI e FONSECA, 2018, p. 794).

Já a responsabilização política tem como parâmetro de aplicação questões éticas e morais que ultrapassam os ditames da norma jurídica, cabendo um critério discricionário de aplicação. O juízo, aqui, não é mais jurídico, mas eminentemente político. Aqui se encaixam as disposições remanescentes do rol do art. 55, isto é, os incisos I, II e VI, identificados pela doutrina e pela própria Constituição Federal como hipóteses de “cassação de mandato parlamentar” (BALBANI e FONSECA, 2018, p. 794).

Bandeira e Melgaré (2017, p. 67) afirmam, a fim de diferenciar a extinção (ou perda em sentido estrito) e a cassação de mandato parlamentar, que as situações de extinção de mandato são meramente declaratórias, não cabendo contestação alguma da Casa Legislativa a respeito do tema – a função única da Mesa Diretora do órgão é a aplicação da penalidade constitucionalmente fixada. Por sua vez, a cassação decorre de uma conduta inadequada praticada pelo parlamentar e que, contudo, depende de um referendo prévio da Casa Legislativa para resultar na sanção máxima possível, isto é, a cassação do mandato.

Fonseca (2016, p. 50), assevera que a regra geral do art. 15, III, da Constituição Federal é excepcionada pelo art. 55, § 2º, ao tratar do procedimento adotado quando da cassação do mandato parlamentar – em especial, nos casos de suspensão dos direitos políticos e condenação criminal transitada em julgado.

A partir das especificações de cada uma das hipóteses constitucionais de perda de mandato, é possível depreender algumas características comuns a cada classificação da perda. Se por um lado a extinção, por meio dos incisos III, IV e V, apresenta, em geral, parâmetros objetivos, caráter essencialmente jurídico e a defesa de interesses coletivos, tal qual a publicidade do processo legislativo e a lisura do processo eleitoral, por outro, a cassação, pelos incisos I, II e VI, traz, na maior parte dos casos, parâmetros subjetivos, essência política e defesa de um modelo de conduta parlamentar (BALBANI e FONSECA, 2018, p. 794).

3 O AGIR DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Ao menos em tese, o Supremo Tribunal Federal tem uma atuação bastante restrita no que tange ao Processo Legislativo. A regra geral é a da não intervenção do Judiciário em atos *interna corporis* do Poder Legislativo, uma vez que a observância do Princípio da Separação de Poderes é regra fundante do Estado Democrático de Direito (BALBANI e FONSECA, 2018, p. 794).

3.1 Jurisprudências do STF acerca da imunidade parlamentar

RE 632115 RG

Repercussão Geral – Admissibilidade

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 22/06/2017

Publicação: 29/06/2017

Ementa

Ementa: Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Responsabilidade Civil do Estado por atos protegidos por imunidade parlamentar. Presença de Repercussão Geral. 1. A decisão recorrida reconheceu a responsabilidade civil objetiva do Estado e condenou o ente público ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes de atos protegidos por imunidade parlamentar. 2. Constitui questão constitucional relevante definir se a inviolabilidade civil e penal assegurada aos parlamentares, por suas opiniões, palavras e votos, afasta a responsabilidade civil objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição. 3. Repercussão Geral reconhecida.

Tema

950 - Responsabilidade civil objetiva do Estado por atos protegidos por imunidade parlamentar.

Observação

- Acórdão(s) citado(s): (IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, RESPONSABILIDADE CIVIL) RE 210917 (2ªT). - Decisão monocrática citada: (IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, RESPONSABILIDADE

CIVIL DO ESTADO) RE 232057. Número de páginas: 13. Análise: 22/08/2018, TLR.

Imperioso destacar nos julgados do STF a citação máxima da Constituição Federal/1988, onde se encontram, inclusive, como tratado no tópico penalidades e imunidades, arts. 53 e 55 que regem quanto às condutas dos parlamentares.

Pet 6268

Órgão julgador: Primeira Turma

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 06/03/2018

Publicação: 17/04/2018

Ementa

EMENTA Queixa. Crime Contra a Honra. Imunidade Parlamentar. Art. 53, caput, Constituição Federal. Antagonismo Político entre os Envolvidos. Pertinência das ofensas imputadas com a Atividade Parlamentar. Rejeição. 1. A imunidade material parlamentar quanto a palavras e opiniões emitidas fora do espaço do Congresso Nacional pressupõe a presença de nexos causal entre a suposta ofensa e a atividade parlamentar. 2. Antagonismo político entre querelante e querelado, com pesadas críticas inseridas no debate político, de que se infere a pertinência das ofensas irrogadas com a atividade de Senador da República. 3. Queixa-crime rejeitada.

Observação

HC 34467 (TP). (CRIME CONTRA A HONRA, DIREITO DE CRÍTICA) HC 98237 (2ªT), Inq 503 QO (TP). (IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, ESTADO DE SÍTIO) HC 3536. (IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, MANIFESTAÇÃO, INTERIOR, CASA LEGISLATIVA) RE 600063 (TP), RE 443953 ED (1ªT), RE 299109 AgR (1ªT), RE 576074 AgR (1ªT)

Imunidade parlamentar quanto a ofensas, palavras ditas, ofendendo assim a honra de outro parlamentar ou de qualquer outra pessoa pelo simples fato de querer fazê-lo e

sem nenhuma relação com suas funções, isto é, sem nenhum benefício para a democracia, é conduta que não pode ser tolerada pelo direito.

Insta salientar que responder apenas perante a Casa respectiva não protege adequadamente os bens jurídicos intimidade, imagem e honra, mormente porque sabemos que se trata de julgamento político e, a depender de quem seja o parlamentar e partido a que pertença, nem sempre haverá a aplicação de punição necessária e adequada.

Pet 7434 AgR

Órgão julgador: Primeira Turma

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 01/03/2019

Publicação: 18/03/2019

Ementa

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. QUEIXA-CRIME. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. DEPUTADO FEDERAL. CRIME CONTRA A HONRA. NEXO DE IMPLICAÇÃO ENTRE AS DECLARAÇÕES E O EXERCÍCIO DO MANDATO. EXISTÊNCIA. IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL. ALCANCE. ARTIGO 53, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A inviolabilidade material, no que diz com o agir do parlamentar fora da Casa Legislativa, exige a existência de nexo de implicação entre as declarações delineadoras dos crimes contra a honra a ele imputados e o exercício do mandato. Estabelecido esse nexo, a imunidade protege o parlamentar por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (artigo 53, caput, da CF), e não se restringe às declarações dirigidas apenas a outros Congressistas ou militantes políticos ostensivos, mas a quaisquer pessoas. 2. Imunidade parlamentar material reconhecida na espécie, proferida as manifestações em entrevista do Deputado Federal a rádio no âmbito de atuação marcadamente parlamentar, em tema de fiscalização do processo eleitoral em município do seu Estado, situação conducente à atipicidade de conduta. 3. Agravo regimental conhecido e não provido.

Observação

- Acórdão(s) citado(s): (IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, PERTINÊNCIA, EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO) RE 600063 RG, Pet 5243 (1ªT), AO 2002 (2ªT). (QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR) Pet 5647 (1ªT), Pet 6156 (2ªT). - Decisão monocrática citada: (IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, PERTINÊNCIA, EXERCÍCIO DE MANDATO

Desde a expedição do diploma, deputados federais e senadores, serão processados criminalmente perante o Supremo Tribunal Federal (artigo 53, §1º, da CF). A prerrogativa abrange os crimes comuns, estendendo-se aos crimes eleitorais, e às contravenções penais (artigo 102, I, "b", da CF). Findo o mandato, a prerrogativa de foro é cessada e o processo deverá prosseguir de acordo com a regra geral de competência.

4 CASO DE PRISÃO DO DEPUTADO DANIEL SILVEIRA

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê em seu artigo 53 a inviolabilidade dos Senadores e Deputados por suas opiniões, palavras e votos, não havendo a cobertura desse direito no caso de flagrante de crime inafiançável, sendo os autos levados à Casa respectiva no prazo de vinte e quatro horas para seus membros decidirem a prisão do parlamentar por voto da maioria.

Diante disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu manter a prisão em flagrante do deputado Daniel Silveira no Inquérito 4.781, após o parlamentar publicar um vídeo nas redes sociais dirigindo ataques contra os membros do órgão e defendendo o AI-5, isto é, argumentando ser a favor de atos contra a democracia e proferindo ameaças contra a vida dos ministros, o que constitui crime inafiançável (CIRNE, SILVA e COLNAGO, 2021, p. 137).

A prisão em flagrante foi realizada por ordem do Ministro Alexandre de Moraes, o qual afirmou que a conduta do deputado representou grave ameaça para o regime democrático, como afirma no seguinte trecho (CIRNE, SILVA e COLNAGO, 2021, p. 137):

A Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias a ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, artigos 5º, XLIV; 34, III e IV), nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando o rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, artigo 60, §4º), com a consequente, instalação do arbítrio.

Nessa toada, o ministro relator se valeu de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais para embasar sua decisão. Em primeiro, levou em consideração a vedação existente na Constituição, da propagação de ideias que vão contra a ordem

constitucional vigente e o Estado Democrático de Direito, usando como embasamento o artigo 5º, inciso XLIV, da Magna Carta, e os incisos III e IV do artigo 34 da Lei Maior (FERREIRA, 2021, p. 08).

Ademais, o ministro entendeu que a Carta Política não permite manifestações que objetivam extinguir a separação dos poderes, por força da cláusula pétrea existente no artigo 60, § 4º, inciso III desta (FERREIRA, 2021, p. 09).

Ainda, aduziu o relator, no sentido de que as condutas realizadas pelo Deputado tipificam crimes contra a honra do poder judiciário e dos ministros do Supremo, restando enquadradas em dispositivos da Lei nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), como por exemplo seus incisos I e IV do artigo 22 e o artigo 26 (FERREIRA, 2021, p. 09).

A advogada de Daniel Silveira, Thainara Prado alegou que a prisão do deputado desrespeita a sua imunidade material, uma vez que ele é inviolável quanto a seus votos, palavras e opiniões, além de ter o direito de expressar suas ideias. Divulgou essa nota (CIRNE, SILVA e COLNAGO, 2021, p.138):

A prisão do deputado representa não apenas um violento ataque à sua imunidade material, mas também ao próprio exercício do direito à liberdade de expressão e aos princípios basilares que regem o processo penal brasileiro.

O Ministro Alexandre de Moraes afirmou que as condutas empreendidas por parte do deputado estão previstas na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/1973), exclusivamente nos artigos seguintes (CIRNE, SILVA e COLNAGO, 2021, p. 139):

Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito.

Art. 18 - Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados.

Art. 22 - Fazer, em público, propaganda:

I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social; IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Art. 23 - Incitar:

- à subversão da ordem política ou social;

- à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Art. 26 - Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.

O caso do deputado Daniel Silveira causou grande repercussão e debate quanto aos limites do exercício da liberdade de expressão pelos parlamentares, dado que a decisão do Supremo Tribunal Federal consolidou ainda mais a visão de que a manifestação de nenhum direito é ilimitada (CIRNE, SILVA e COLNAGO, 2021, p. 139).

CONCLUSÃO

Na esteira posta em desfile, percebeu-se a relevância das imunidades parlamentares para a construção do Estado Democrático e o funcionamento dos três poderes, vez que garantem a proteção, autonomia e independência da atividade legislativa dos parlamentares, logo, não sendo possível configurá-las como privilégios.

A imunidade material declara que determinados votos, opiniões e palavras enunciados pelos congressistas são invioláveis, salvo em caso de flagrante de crime inafiançável, em que o parlamentar pode ser preso, tendo sua imunidade formal não assegurada.

Vale rememorar que os limites desse direito encontram-se nos casos em que provoca o discurso de ódio, o qual é proferido a fim de discriminar um grupo de pessoas, assim como fomentar hostilidade na sociedade, logo, não se configura como um preceito constitucional irrestrito, que está acima de outros princípios independente das circunstâncias.

Muito embora seja possível a responsabilização ulterior para proteger bens juridicamente relevantes para a Constituição Federal brasileira, bem como para a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, deve-se levar em consideração que as decisões do Supremo Tribunal Federal, uma vez que impactam de forma direta toda a sociedade brasileira, está sujeita a um maior escrutínio da população, o que verifica-se não ter sido observado pelo ministro relator do Inquérito 4.781, esmiuçado no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

BALBANI, Arthur Paku Ottolini; FONSECA, Lucca Lopes Monteiro da. **PERDA DE MANDATO PARLAMENTAR NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO:**

TENDÊNCIAS E DESAFIOS. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 113 p. 793 - 810 jan./dez. 2018. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156658/152152>> . Acesso em: 26 de outubro de 2021.

BANDEIRA, Daniela Böck; MELGARÉ, Plínio. **Imunidade e garantias parlamentares: perda do mandato parlamentar diante da condenação criminal.** Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 216, p. 67-85, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p67>. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. **Revista Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo.** -vol. 5, n.1 (2017), São Paulo. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Revista-Procuradoria-n5.pdf#page=121> . Acesso em: 26 de outubro de 2021.

BICALHO, Luis Felipe. **O Instituto da imunidade parlamentar – Considerações históricas e a realidade do Estado Brasileiro.** 2011. Boletim Jurídico, Uberaba/MG. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/dout_rina/texto.asp?id=2262>. Acesso em: 29 de setembro de 2021.

BRASIL. **Constituição (1988).** Portal do Planalto, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2021.

BRASIL. **Emenda constitucional 35, de 20 de dezembro de 2001.** Dá nova redação ao art. 53 de Constituição Federal. Brasília, 20 dez. 2001.

BRITO, Orlange Maria. Imunidade Parlamentar antes e depois da Emenda Constitucional n. 35, de 2001. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal.** Brasília, Edição Especial, n. 173, jan./mar. 2007.

CIRNE, Mariana Barbosa; SILVA, Larissa Koike; COLNAGO, Gabriela Fernandes. **DESAFIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO BRASIL. 2021.** Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15399/1/Ebook%20Desafios_da_separacao_de_poderes_no_Brasil_CEUB_2021.pdf> . Acesso em: 26 de outubro de 2021.

FALCÃO, Alcindo Pinto; DIAS, José de Aguiar. Constituição anotada. Rio de Janeiro: J. Konfino, [1956-1957]. 1986.

FERREIRA, Daniel Ramos Pereira. **ANÁLISE DE CONVENCIONALIDADE DA PRISÃO DO DEPUTADO DANIEL SILVEIRA NO “INQUÉRITO DAS FAKE NEWS”: UM EXAME À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO.** 2021. Disponível em:

< <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/9158>> . Acesso em: 26 de outubro de 2021.

FERREIRA, Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 6ª ed. Ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 629.

FONSECA, Edson Pires da. **Direito constitucional legislativo: poder legislativo, direito parlamentar e processo legislativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário Aurélio online**. 2014. Disponível em: < <http://www.dicionarioaurelioonline.org/>>. Acesso em: 28 de setembro de 2021.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1978, vol. I. p. 188

JESUS, Damásio E. **Questões Criminais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.399.

JUSBRASIL. **Supremo Tribunal Federal STF – HABEAS CORPUS: HC 89549 RO**. 2006, p. 1. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779494/habeas-corpus-hc-89549-ro-stf>>. Acesso em: 17 de junho de 2021.

KRIEGER, Jorge Roberto. **O instituto da imunidade parlamentar e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2004. P.72. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/83053/185691.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 de junho de 2021.

KRIEGER, Jorge Roberto. **O instituto da imunidade parlamentar e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/83053/185691.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 27 de agosto de 2021, apud GARCIA, Eloy. *Immunidad parlamentaria y estado de partidos*. Madrid: Editorial Tecnos SA, 1989, p. 82.

KURANAKA, Jorge. **Imunidades parlamentares**. São Paulo: J. Oliveira, 2002

LISOWSKI, Telma Rocha. **Perda de mandato parlamentar: sugestões de reforma do sistema brasileiro para aprimoramento da representação política**. 2017. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

LOPES JR., Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30

MACHADO, Matheus Porciuncula. **ASPECTOS POLÊMICOS DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES COM A VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 35/2001 E OS RECURSOS INERENTES AO TRANCAMENTO DO PROCESSO DE CASSAÇÃO**. 2016. Disponível em: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/3984/Matheus%20Porciuncula%20Machado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 04 de novembro de 2021.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2014

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 4 ed., 1948, p. 55.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. Atualizada com a Reforma do Judiciário (EC nº 45/04). São Paulo: Atlas, 2005, p. 31.

OLIVEIRA, Bruno de Almeida. **Temas de direito parlamentar/ Antônio José Calhau de Rezende, José Alcione Bernardes Júnior, coordenação**. - Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Escola do Legislativo, Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2016, p. 145.

SANTOS, Divani Alves dos. **Imunidade parlamentar à luz da constituição federal de 1988**. Monografia (especialização) -- Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Processo Legislativo, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3604/imunidade_parlamentar_divani.pdf?sequence=4>. Acesso em: 28 de setembro de 2021.

STF, Pleno, **Inq. 510-DF**, Celso de Mello, DJU de 19.04.1991, p. 4.581.

STF. **SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL**. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=IMUNIDADE%20PARLAMENTAR&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 26 de outubro de 2021.

TASCA, Jocimar Antonio. **Imunidades parlamentares**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 140, set 2015. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16342>. Acesso em: 11 de setembro de 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1238-1242.

TAVARES, João Vitor Dino. **IMUNIDADE MATERIAL PARLENTAR: LIMITES E PARTICULARIDADES**. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/1867/1/TCC%20JO%c3%83O%20VITOR%281%29%20%281%29.pdf>> . Acesso em: 25 de outubro de 2021.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2007. p. 132.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 494. Na mesma linha: GOMES, Luiz Flávio. **Imunidades parlamentares: nova disciplina jurídica da inviolabilidade penal, das imunidades e das prerrogativas parlamentares (EC 35/01)**. In GOMES, Luiz Flávio. Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros temas. São Paulo: RT, 2002, p. 106.

VADE MECUM JUSPODIVM. OAB/ Salvador: Editora Juspodivm. – 6. Ed. rev., ampl, e atual. 2021.

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE CONCEITUAÇÃO E SUA ATUAÇÃO NA PRÁTICA FORENSE DEFENSORIAL

RODRIGO GOMES DE FREITAS PINHEIRO:
Defensor Público do Estado do Maranhão desde 2011, titular no 4º Ofício Núcleo Forense Cível e Fazenda Pública²².

RESUMO: Os direitos da personalidade, sua conceituação legal, doutrinária e jurisprudencial com a prática diária do ofício na Defensoria Pública. Análise dos que estão legalmente previstos no Código Civil do art. 11 ao 21. Situações de conflitos entre os direitos, métodos de resolução das antinomias na prática e jurisprudência acerca sobre o assunto.

Palavras chaves: Direitos da Personalidade. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Conflitos aparente de normas. Acesso à justiça. Defensoria Pública do Estado.

ABSTRACT: Personality rights, their legal, doctrinal and jurisprudential conceptualization with the daily practice of the office in the Public Defender's Office. Analysis of those legally provided for in the Civil Code of art. 11 to 21. Situations of conflict between rights, methods of resolving antinomies in practice and jurisprudence on the subject.

Keywords: Personality Rights. Fundamental rights. Dignity of a human person. Apparent conflicts of norms. Access to justice. State Public Defender's Office.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. CONCEITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE 3. ANÁLISE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E ATUAÇÃO PRÁTICA NA DEFENSORIA PÚBLICA 4. CONCLUSÃO 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 INTRODUÇÃO

Os direitos da personalidade estão previstos no art. 11 ao 21 do Código Civil. Tais direitos não são somente o que estão descritos na legislação ordinária, a Constituição Federal de 1988 aborda tais direitos, e estes são classificados como direitos fundamentais. Assim, a abordagem dos direitos da personalidade sempre será sobre uma interpretação civil constitucional.

A base essencial para a proteção dos direitos da personalidade é cláusula geral de tutela e promoção da pessoa em decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Os direitos da personalidade, que estão previstos no Código Civil, porém não se esgotam. O que está posto na codificação são apenas a exemplificação do que o

²² E-mail: rodrigogomesdefreitas@hotmail.com

legislador pátrio entendeu como os principais direitos da personalidade. Existem, portanto, outros direitos da personalidade tutelados no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste trabalho, será analisada a conceituação legal, doutrinária, jurisprudencial acerca dos direitos da personalidade previstos no Código Civil. Também, será abordado a proteção através da promoção das ações judiciais na defesa desses direitos na prática forense da Defensoria Pública.

2 CONCEITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A conceituação doutrinária acerca dos direitos da personalidade é essencial como ponto inicial do estudo dos mesmos. Assim, cabe destacar a conceituação desses direitos realizada por Maria Helena Diniz (2007, p. 142): “São direitos subjetivos da pessoa defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física; a sua integridade intelectual, a sua integridade moral, profissional e doméstica, imagem, identidade pessoal, familiar e social.”

É também bem esclarecedora a definição realizada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, (2006, p. 101-102) acerca dos direitos da personalidade;

“Consideram-se, assim, direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.”

Portanto, os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade, são decorrência lógica do art. 1º, III da Constituição Federal de 1988. Não deve ser esquecido que a pessoa jurídica também possui direitos da personalidade por equiparação conforme consta no art. 52 do Código Civil brasileiro. Portanto, quando se fala de pessoa há proteção tanto da pessoa física como da pessoa jurídica.

O estudo aqui será feito através de uma abordagem teórica e prática dos principais direitos da personalidade, entre eles a vida e a intimidade físico-psíquica, o nome da pessoa natural ou jurídica, a imagem, subclassificada em imagem retrato reprodução corpórea da imagem, e a imagem atributo que é a soma de qualificações de alguém ou a repercussão social da imagem. Bem como a honra, subdivida em honra subjetiva, autoestima, e a honra objetiva, repercussão social da honra. E por fim, a intimidade, sendo certo que esse direito da personalidade é assegurado a todas as pessoas, sendo em regra, inviolável.

Portanto, para uma hermenêutica atual acerca dos direitos da personalidade deve o operador do direito, sempre que tratar acerca de tais direitos, ter como base de sustentação os fundamentos do Estado Democrático de Direito, que estão amparados pelo princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio da solidariedade social e o princípio da igualdade ou isonomia. Todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza.

Os direitos da personalidade são tidos como intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios, eis que comuns à própria existência da pessoa. Como se tratam de direitos subjetivos, inerentes à pessoa, são tidos como indisponíveis, absolutos, impenhoráveis e imprescritíveis. É a previsão do art. 11 do Código Civil, que dispõe: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Como regra, os direitos da personalidade são tidos como de caráter ilimitado e absoluto. Logicamente, como exceções, tais direitos podem sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral. Essas limitações não podem ser exercidas com abuso de direito de seu titular, e nem contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

Existe, portanto, uma parcela dos direitos da personalidade que é disponível, aquela relacionada com direitos subjetivos patrimoniais. Exceção à regra da intransmissibilidade e indisponibilidade, que confirmam a tendência de relativização de princípios, direitos e deveres.

Quanto à tutela geral da personalidade o art. 12, *caput*, do Código Civil, prevê: *“pode-se exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”*

Assim, a doutrina civilista entende que dois são os princípios decorrentes desta norma. Princípio da prevenção, para tanto aplica-se às técnicas de tutela específica, como exemplo o art. 461 do Código de Processo Civil, que prevê multas diárias ou astreintes em ação, cujo objeto é uma obrigação de fazer e não fazer, em favor dos direitos da personalidade.

Já o outro princípio decorrente do art. 12 do Código Civil é o da reparação integral dos danos. Aplicabilidade de diversas súmulas do Superior Tribunal de Justiça, tais como: a súmula nº 37, 387, 403. [1]

O art. 12 do Código Civil, em seu parágrafo único, reconhece direitos da personalidade ao morto, cabendo legitimidade para ingressar com a respectiva ação os lesados indiretos: cônjuge ou companheiro (por decorrência analógica), descendentes,

ascendentes e colaterais até o quarto grau. É o que a doutrina civilista chama de dano em ricochete, uma vez que o dano atinge o morto e indiretamente repercute em seus familiares.

3 ANÁLISE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E ATUAÇÃO PRÁTICA NA DEFENSORIA PÚBLICA

Será abordado cada um dos direitos da personalidade previstos no art. 13 ao 21 do Código Civil. Inicialmente, o art. 13 e 14 do Código Civil estabelecem regras acerca da disposição do próprio corpo.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Quando não contraria os bons costumes, a cessão gratuita de direitos de uso de material biológico para fins de pesquisa científica é autorizada. Tal situação pode ser a qualquer tempo revogada, e deve decorrer de livre e espontânea vontade.

A retirada, após a morte dos órgãos, deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica e depende de autorização de parente maior. Adotou-se o princípio do consenso afirmativo, já que é necessária autorização dos familiares do possuidor.

A exceção da disposição do próprio corpo está quando a jurisprudência autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina. A eventual adequação de sexo do indivíduo é garantia maior da proteção da dignidade da pessoa humana. A pessoa não é satisfeita com parte do seu corpo que, assim, é autorizado para proceder tal modificação. Tal procedimento não é preciso mais passar ao crivo do judiciário, sendo que haverá estudo psicossocial. Então, o médico pode realizar tal procedimento para que a pessoa tenha sua dignidade restabelecida.

Já o art. 15 do Código Civil prevê que os direitos do paciente valorizam o princípio da beneficência e da não maleficência. Assim, dispõe o "Art. 15 que ninguém pode ser

constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” Deve sempre interpretar que tal previsão legal não pode permitir uma conclusão que sacrifique a vida, valor fundamental inerente à pessoa humana. Assim, tal artigo não exclui a proteção da vida. Havendo a dúvida se o médico deve ou não intervir, este tem o dever legal de atuar, até sob pena de ser responsabilizado penal, civil e administrativamente.

Já houve caso enfrentado por mim, como Defensor Público, quando na tutela de ação cominatória de internação de leito de UTI por assistido. Este veio a necessitar de transfusão de sangue, e os familiares, na urgência da demanda, me procuraram mesmo com objetivo de não continuar o tratamento alegando questões religiosas. Em tal situação, orientei que não poderia intervir na esfera da escolha dos mesmos e informar nos autos a inviabilidade da transfusão de sangue. Deixei, portanto, ao encargo da equipe médica proceder da maneira mais adequada para a recuperação do paciente. Existiu, nesta situação, o conflito de princípios do direito à vida e do direito de liberdade ou opção de religião. À jurisprudência majoritária, quase unânime, deve prevalecer o direito à vida frente à liberdade de opção religiosa.

O conflito entre as normas constitucionais fundamentais que asseguram o direito à vida e à liberdade religiosa deve ser solucionado mediante juízo de ponderação de valores no qual prevalece aquele, mormente porque assegura o exercício pleno de todas demais garantias constantes da Carta Magna. Na origem, a autora ingressou em Juízo com a finalidade de compelir uma associação hospitalar a realizar cirurgia com cláusula de vedação expressa de transfusão sanguínea, mesmo em caso de risco de óbito, sob o argumento de convicção religiosa. O pedido foi julgado parcialmente procedente para a realização do procedimento independentemente da assinatura do termo de consentimento informado, assegurada a transfusão, como última alternativa para salvar a vida da paciente. Inconformada, a autora interpôs apelação na qual sustentou afronta à Constituição Federal e a tratados internacionais, além de violação aos direitos de autonomia, liberdade religiosa e dignidade. Ao examinarem o recurso, os desembargadores registraram que a controvérsia reside na possibilidade, ou não, de conferir o direito à autora sem a assinatura do documento. Verificaram que, *in casu*, a colisão entre os direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa, ambos de hierarquia constitucional, deve ser resolvida por meio da técnica de ponderação de valores, com aplicação concreta do princípio da proporcionalidade. Da avaliação, concluíram pela prevalência

daquele, haja vista que sem a vida não se viabiliza o exercício de nenhum outro direito assegurado pela Carta Maior. Os Magistrados explicaram que, quando necessário e observadas as técnicas e medidas de segurança adequadas, o recebimento de sangue de terceiros não configura tortura ou tratamento desumano ou degradante, pois visa evitar o falecimento do paciente. Nesse contexto, ressaltaram que a transfusão de sangue foi considerada, inclusive, como um dos meios menos danosos para evitar a morte da autora. Por outro lado, aduziram que eventual óbito seria capaz de ensejar a responsabilização civil e criminal dos médicos envolvidos, os quais prestaram juramento de salvar vidas. Alertaram ainda que um resultado negativo ou não esperado atribuído aos profissionais envolvidos no procedimento cirúrgico pode gerar direitos subjetivos indenizatórios aos sucessores do paciente, que não necessariamente compartilham do mesmo credo religioso. Com tais considerações, o Colegiado negou provimento ao recurso. Acórdão 1251296, 07126198220198070001, Relatora Des^a. VERA ANDRIGHI, 6^a Turma Cível, data de julgamento: 27/5/2020, publicado no DJe: 3/6/2020.

Portanto, a autonomia privada do paciente deve ser ponderada com outros direitos, valores e princípios, caso do direito à vida, é prevalecente de qualquer direito ou princípio.

Os arts. 16 a 19 do Código Civil tutelam direito ao nome, sinal ou pseudônimo que representa uma pessoa natural, perante à sociedade contra atentado de terceiros.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

As ações de Registro Civil são comumente ajuizadas pela Defensoria Pública. Nesses casos dos arts. 16 ao 19, do Código Civil, tem-se a ação para a retificação de registro por constrangimento do prenome ou sobrenome, por questão de identidade de gênero,

por erro formal do cartório no momento da expressão da vontade dos pais, erro de interpretação entre outros. Inicialmente, será definido a conceituação teórica, acerca de tais direitos da personalidade, para posteriormente, exemplificarmos, com situações concretas, que aconteceram no *labor* defensorial.

A alteração dos componentes do nome dar-se-á mediante ação específica, cuja sentença deve ser registrada no cartório de registro das pessoas naturais. Tais situações podem ocorrer nos casos em que há exposição da pessoa ao ridículo ou a embaraços, e em alteração no caso de erro de grafia crasso, perceptível.

O art. 56 da Lei de Registros Públicos prevê prazo decadencial de apenas um ano, a contar quando interessado atingir a maioridade civil para ajuizar a respectiva ação de registro. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça já tem jurisprudência consolidada, na qual pode o judiciário estadual julgar as ações de registro, que se peça a alteração do prenome e sobrenome, mesmo após esse prazo. Deve haver um motivo plausível, tais como: nos casos de exposição do nome ao ridículo e lesão, e à dignidade da pessoa humana.

Os motivos da mudança do prenome ou até sobrenome, conforme já vistos na prática defensorial, são geralmente de ordem subjetiva do requerente da ação. Pede-se, ao judiciário, a mudança do registro por se verificar que há um constrangimento no trabalho, vida profissional da pessoa, iniciado muitas vezes ainda na escola, no bairro etc. Como exemplo, tem-se o caso de uma assistida que se chamava Maria de Jesus da Cruz, que pediu para ser chamada de Marina, já que os sobrenomes pertencentes aos seus pais pressupõem uma imutabilidade, e, pela vontade da autora, deveriam permanecer.

Outro caso, foi o da requerente com o prenome de Bilionária e o sobrenome preservado aqui. Foi pedido na ação de modificação de registro civil a mudança do prenome para ser trocado pelo o qual ela já era conhecida por seus amigos, e até a sua família assim a chamava. Assim, nesta situação, o próprio art. 58 da Lei de Registros Públicos determina que "o prenome é definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos e notórios". Não vi constrangimento acerca do prenome da pessoa, e sim a situação particular que seu apelido era público e notório como conhecida por Bia, mas a autora considera que, para além da notoriedade do seu apelido, já havia sofrido constrangimento, principalmente no ambiente de trabalho.

Nessas ações de mudança de prenome, o que deve prevalecer é a intimidade da pessoa, e o não se sentir confortável, com o prenome que seus pais assim decidiram lhe chamar. O judiciário deve apenas verificar os requisitos necessários para não lesar terceiros, como credores, ou até órgãos de proteção ao crédito. Daí sempre devem ser juntadas as certidões do SPC e SERASA. Não significa que quem está com o nome sujo na praça não tenha direito à modificação do prenome, o CPF da pessoa continuará sendo o mesmo, e

tais órgãos serão notificados da decisão judicial. Da mesma forma, são exigidas certidões criminais, cíveis e eleitorais. Tal exigência é para que se evite que a pessoa continue a responder, só que agora de forma com prenome ou sobrenome modificados.

Importante também são as ações de alteração do prenome sem a necessidade de realização da cirurgia de adequação do sexo, é mais uma garantia ao direito da personalidade. Frequentemente, pessoas procuraram a Defensoria Pública no intuito de demandar em juízo acerca dessa situação. As ações de retificação ou alteração de nome e gênero decorrentes de situações de pessoas transgênero, eram procedentes quase na sua totalidade pelo Judiciário maranhense. Tais ações exatamente discutem a garantia fundamental da pessoa ter seu prenome conforme a seu íntimo, e tal modificação é o primeiro passo para que o Estado garanta essa dignidade existencial.

Atualmente, após Provimento nº 73 de 28 de Junho de 2018, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, tais demandas não precisam mais passar pelo crivo do poder judiciário. Regulamentou a possibilidade da alteração, em cartório, de prenome e gênero nos registros de casamento e nascimento de pessoas transgênero.

Tal provimento prevê a alteração das certidões, sem a obrigatoriedade da comprovação da cirurgia de mudança de sexo, e nem de decisão judicial. Toda pessoa maior de 18 (dezoito) anos, estando habilitada à prática dos atos da vida civil, poderá requerer a averbação do prenome e do gênero, a fim de adequá-los à identidade autopercebida.

A pessoa deve apresentar, obrigatoriamente, documentos pessoais: comprovante de endereço, certidões negativas criminais e certidões cíveis estaduais e federais do local de residência dos últimos cinco anos. Deve apresentar, ainda, certidão de tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos cinco anos e certidões da justiça eleitoral, da justiça do trabalho e da justiça militar (se for o caso).

É facultado, a quem requerer, a junta do laudo médico que ateste transexualidade ou travestilidade; ou parecer psicológico que ateste a transexualidade ou travestilidade, e laudo médico que ateste a realização de cirurgia de redesignação de sexo. Ações em andamento ou débitos pendentes não impedem a averbação da alteração pretendida, que deverá ser comunicada aos órgãos competentes pelo ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais, onde o requerimento foi formalizado.

Tal ato normativo do CNJ foi o alinhamento à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275-DF, que reconheceu a possibilidade de transgêneros alterarem o registro civil sem mudança de sexo ou mesmo de autorização judicial.

A averbação de modificação de gênero ou prenome devem constar apenas no livro de registros, não devendo constar, nas certidões do registro público competente, nenhuma referência de que a aludida alteração fora oriunda de decisão judicial, anteriormente ao Provimento n° 73/2018 do CNJ, ou de requerimento ao Tabelionato, evitando a exposição da pessoa a situações constrangedoras e discriminatórias.

A legislação internacional de direitos humanos, em especial o Pacto de San José da Costa Rica, impõe o respeito ao direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal e à honra e à dignidade e à Lei de Registros Públicos. Portanto, o Código Civil agora está mais alinhado à realidade da proteção integral à dignidade da pessoa humana.

Fez muito bem o CNJ, em regulamentar tal provimento. Nada mais é que a garantia do direito da personalidade ao nome com o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir da construção da identidade de gênero, a pessoa poderá desenvolver-se de forma plena, sem sofrer qualquer ingerência do Estado ou da sociedade, afinal, terá sua identidade conforme se sente, e não conforme se convencionou. Adequar o registro civil, modificando o sexo (gênero), e seu prenome à sua condição, é de fundamental importância para se garantir seu pleno direito da personalidade e a sua dignidade humana.

Já o art. 20 do Código Civil tutela o direito à imagem e honra e os direitos conexos.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

A imagem conforme a doutrina civilista pode ser classificada como imagem retrato, a fisionomia da pessoa no que ela se sente, e imagem atributo a soma de adjetivos do ser humano, o que o representa para a sociedade. Já a honra pode ser classificada em honra subjetiva à autoestima, e a honra objetiva em repercussão social da honra.

Na proteção do direito à imagem e à honra, deve haver a interpretação de tal norma civil de maneira que exclua, quando houver um conflito com outra norma de mesma

hierarquia ou de superior. Nestes casos, deverá haver um juízo de ponderação acerca do caso concreto qual norma deve prevalecer.

Assim, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente ADI nº 4.815/ 2015, para tanto o artigo 20 e 21 do Código Civil, serem interpretados conforme à Constituição,

“para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes, ou seus familiares, em caso de pessoas falecidas.”

Existem também o conflito entre o direito à imagem e a honra e o direito ao esquecimento, este não está escrito em qualquer norma jurídica. É muito debatido na atualidade por doutrina e jurisprudência tal antinomia. O direito ao esquecimento é a proteção decorrente dos danos causados pelas novas tecnologias de informação que vêm-se acumulando nos dias atuais. Tem origem histórica nas condenações criminais, decorrente do direito do ex-detento à ressocialização. Não se atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos do passado, qual o modo e a finalidade com que são lembrados.

Na atuação processual, pela Defensoria Pública, já houve casos em que a defesa desse direito da personalidade, a imagem e a honra e a moderna teoria do direito ao esquecimento foram fundamento contrário ao direito da liberdade de expressão e à imprensa. O caso constata que a família de um ex-detento requereu judicialmente para que fossem retiradas as notícias da morte do falecido preso em diversos sites jornalísticos. Além de ter sido trágica a morte da pessoa, por ter sido em uma rebelião no complexo penitenciário, fora traumática para toda a família, esposa e seus parentes mais próximos. A forma como fora morto, em uma rebelião no cárcere, o qual foi decapitado, necessitava dessa tutela de proteção ao direito da personalidade da imagem e honra do falecido. Tal demanda muito sensível ao direito de imagem e honra da pessoa falecida e de seus parentes, possui como fundamento principal, causa de pedir, a moderna teoria do direito ao esquecimento e o direito de imagem e honra ao morto, tal ação fora julgada procedente pelo judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, em julgado, o caso, conhecido relativo ao livro: “Estrela solitária: um brasileiro chamado Garrincha” de autoria de Ruy Castro, em que se tutelar os direitos das filhas do jogador, reparando-as por danos morais sofridos em decorrência de afirmações feitas na publicação. “Não se pode subtrair dos filhos o direito

de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feitas à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula.”^[2]

Outro caso semelhante que teve como causa principal o direito ao esquecimento, também relacionado à imagem e a honra do falecido, decorreu de um assalto dentro de um ônibus em que um dos assaltantes foi morto no próprio assalto. A família do, *de cujus*, requereu judicialmente, através da Defensoria Pública, que todas as reportagens e notícias acerca de tal fato fossem retiradas dos sites jornalísticos. Tal demanda ainda não tinha sido julgada. Esse caso é exatamente outro exemplo de uma antinomia, entre o direito à informação e à liberdade de imprensa, *versus* o direito ao esquecimento para proteção do direito à imagem e à honra. Nesta situação, deverá o judiciário maranhense se pronunciar acerca de qual dos direitos deverá prevalecer.

O direito à intimidade é tutelado no Código Civil como direito da personalidade. Dispõe no “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” A norma também é protegida constitucionalmente 5º, X, da CF/88. Tal direito não é absoluto, devendo ser ponderado com outros valores, sobretudo constitucionais.

O conceito de intimidade não se confunde com o de vida privada, sendo este um conceito maior de gênero. A intimidade envolve questões polêmicas, para se saber até que ponto vai a privacidade da pessoa e quais seriam suas limitações. Novamente, há de ser aplicado técnicas de ponderação entre direitos fundamentais.

Em situação que viola diversos direitos da personalidade são os casos de violência obstétrica que violam diversos direitos fundamentais das parturientes, como a integridade física, a saúde, a liberdade sexual, a intimidade, a vida privada, a honra e o direito à informação. A Defensoria Pública do Estado atuando na defesa da parturiente nesse tipo de ação judicial constitucionaliza não somente o acesso à justiça, mas também promove a defesa de diversos direitos fundamentais e direitos da personalidade que são violados pela conduta médica.

Tal demanda não é a única ou a mais complexa, que se possa exemplificar neste estudo acerca dos direitos da personalidade e sua proteção pela Defensoria Pública. Diariamente se têm diversas violações a direitos fundamentais e direitos da personalidade. A proteção jurídica de cada um desses direitos passa por um estudo não só técnico-jurídico, mas também sociológico. O Defensor Público deve buscar uma interpretação sociológica, englobando, assim, as diversas ciências sociais.

4 CONCLUSÃO

Foi abordado uma análise teórica, qual seja, através da legislação, doutrina cível e constitucionalista e a jurisprudência acerca dos principais direitos da personalidade, particularmente os elencados nos art. 13 ao 21 do Código Civil Brasileiro.

Tais direitos viram-se que não estão somente nas disposições do Código Civil aqui estudada. Como nascem de pressupostos constitucionais, são muitas vezes protegidos pela norma maior. Normalmente, existem conflitos ou antinomias entre os direitos da personalidade, entre eles ou com outros previstos constitucionalmente.

Ao intérprete, nós operadores do direito devemos buscar as soluções para esses conflitos utilizando métodos de ponderação e sempre verificando qual a solução mais justa ou plausível conforme a proteção que o ordenamento jurídico nos oferece. Não devemos, também, esquecer que, para qualquer método de interpretação muito da nossa concepção individual, ética e a vivência prática, acabam nos influenciando na conclusão. Não devemos se ater também aos aspectos históricos, sociológicos e até morais para no momento da elaboração de uma ação ou de uma tese defensiva.

A atuação da Defensoria Pública, no campo da defesa dos direitos da personalidade, é vasta. Longe de me esgotar neste trabalho. Tal atuação foi apenas um olhar à esfera civil e adentra na esfera constitucional, sociológica, quando se promove o acesso à justiça.

Dado que todo e qualquer sujeito é detentor de direitos e deveres, daí a previsão dos seus direitos não é em si garantia de que será sua demanda julgada procedente, já que também haverá outro sujeito que também é possuidor de direitos e deveres no outro lado da demanda. Ao judiciário caberá promover a justiça, que estará balizada na melhor ponderação que se poderá ter acerca da interpretação de um direito da personalidade, particularmente quando este se conflita com outro direito de mesma importância.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 Janeiro. 2022.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 13 de Janeiro. 2022.

STJ. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmulas do STJ. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/view/5223/5348>>. Acesso em: 13 de Janeiro. 2022.

TJDF. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. Jurisprudências e Informativos. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2020/informativo-de-jurisprudencia-n-416/recusa-a-transfusao-de-sangue-heterologa-2013-testemunha-de-jeova-2013-termo-de-consentimento-informado-2013-prevalencia-do-direito-a-vida>>. Acesso em: 14 de Janeiro. 2022.

DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do Direito Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. Direito Civil. Teoria Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NOTAS:

[1] Súmula nº 37 do STJ: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato."

Súmula nº 387 do STJ: "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral."

Súmula nº 403 do STJ: "Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais."

[2] (STJ, Resp 521.697/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 276).

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: IMPORTÂNCIA NO PROCESSO PENAL COMO MEIO DE PROVA

KAMILA PEREIRA MARTINS: pós graduada em Direito Tributário pela Atame-GO²³.

RESUMO: O presente estudo pretende examinar a evolução dos meios de prova no processo penal em relação ao crescimento da sociedade e a conseqüente modernização dos meios tecnológicos, para posteriormente serem distinguidos os conceitos envolvidos à interceptação das comunicações telefônicas que são: a escuta e a gravação telefônica. Fora analisado o cabimento da prova e a modalidade de prova ilícita, as hipóteses de seu cabimento e ainda quando da ocorrência da sua derivação. Por fim, foi analisada minuciosamente a Lei 9.296/96, os princípios norteadores desta modalidade de prova e de investigação criminal, visto ser extremamente evasivos na vida privada do cidadão, por isso devem ser observados imprescindivelmente todos os procedimentos exigidos, visto a sua importância e grande atuação nos crimes de grande repercussão e periculosidade.

Palavras-chave: histórico das provas no processo penal. provas ilícitas. interceptação das comunicações telefônicas.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. 1.1. CONCEITOS. 2. PROVAS NO PROCESSO PENAL. 2.1 ESTADO COMO LIMITADOR DE PROVAS ILÍCITAS. 2.2 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. 2.3 PROVAS ILÍCITAS. 3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FRENTE AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. 3.1 NATUREZA JURÍDICA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. 3.2 ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI 9.296/96. 3.3 PROVA EMPRESTADA. 3.4 A IMPORTÂNCIA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E PROVAS ILÍCITAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é partir do histórico do processo penal, da diferenciação de conceitos que envolvem ou sejam parecidos com a interceptação das comunicações telefônicas prevista na Lei 9.296/96 e, posteriormente entender a interceptação telefônica como meio de prova e de investigação criminal desde a evolução do processo penal; das provas e das provas ilícitas, sob a ótica de alguns princípios constitucionais e processuais, como a reserva legal, motivação da dec

²³ E-mail: kamilamartins@live.com

isção, proporcionalidade, excepcionalidade, contraditório, não auto-incriminação, entre outros, será analisado também o art. 5º, LVI e XII.

A relevância do tema está principalmente ligada ao direito à intimidade, a importância que esse meio de prova tem dentro do direito processual penal e as suas consequências, visto ser normalmente utilizada para investigar crimes de grande complexidade e repercussão na sociedade.

O interesse por este tema partiu da sua grande utilização nos processos penais brasileiros mesmo violando tantos direitos fundamentais e, a importância da correta aplicação dos procedimentos quando utilizado o método para que não decorra da ilegalidade uma absolvição por falta de provas e deixando em pune criminosos de grande periculosidade.

Para tanto, a abordagem metodológica utilizada será dedutiva, analisando o proposto por autores na área para maior compreensão do tema e por fim ser oportunizada uma conclusão coesa.

Com base na descrição do tema, historicamente e tendo em vista o Direito comparado, pretende-se realizar uma abordagem legal, doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista demonstrar a problemática que envolve os reflexos da utilização deste meio de prova e de investigação criminal.

1.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL E PROCESSUALPENAL

Nos primórdios, os meios de provas eram obtidos com forte influência da igreja, e se objetivava apenas a verdade formal, utilizando como instrumentos, a confissão por meio da tortura, através apenas de testemunhas, e até mesmo por meio dos indícios e provas materiais deixadas.

Passadas algumas gerações, o Direito como um todo foi ganhando forma, inclusive o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Já no Direito Romano, como dito por Mittermaier (1997, p. 18): “vemos que os imperadores traçam em suas Constituições algumas regras de prova”, desde àquela época se percebe uma pequena preocupação com as provas do processo.

Posteriormente ao período pós-industrial, a sociedade e a justiça têm enfrentado problemas para a proteção dos seus bens jurídicos tutelados. Em virtude das transformações nas cidades e cultura delineou-se a chamada “sociedade de risco”, pois com o surgimento da tecnologia e globalização, foi sendo exigido pela sociedade uma maior segurança e estabilidade, porque os Estados passaram a não deter o total controle das relações pessoais e mercantis.

Jorge Sebastião Filho acrescenta:

O surgimento de novos riscos e por consequência, o aparecimento de uma nova criminalidade internacional organizada resulta na configuração de uma “sociedade de medo”, ou seja, diante do desconhecimento e da imprevisibilidade do risco, a insegurança passa a integrar o cotidiano do indivíduo que busca no direito penal – *prima ratio* – a real solução para esta instabilidade, considerando que para ele as outras instâncias de proteção, como a ética social, do direito civil e o direito administrativo se encontram em descrédito, pois estariam fadadas ao insucesso. (Sebastião Filho, 2012, p. 23)

Desde algum tempo atrás se percebe cada vez mais acelerado o Estado expandindo sua competência para não apenas utilizar-se do direito penal como meio repressivo em última instância do direito, mas também para a prevenção de um possível dano, criando, assim, novas leis especiais, como também agravando os já existentes.

Algumas dessas novas leis especiais criadas são normas de perigo abstrato, “no qual a situação de perigo é presumida, como no caso da quadrilha ou bando, em que se pune o agente mesmo que não se tenha chegado a cometer nenhum crime”. (Capez, 2011, p. 286)

Sobre as consequências desse novo tipo de crime, acrescenta Hassemer:

A consequência da utilização da via de criminalizar o perigo abstrato significa um empobrecimento dos pressupostos de punibilidade, pois esta fica condicionada unicamente à prova da conduta praticada, não exigindo a determinação da vítima, nem mesmo a ocorrência do dano e nem tampouco a existência de nexos causal entre a ação e o suposto dano gerado. (Hassemer, 2007, p. 199)

Um dos principais princípios do direito penal é o princípio da Intervenção Mínima do Estado, este apregoa que o direito penal deverá ser evocado apenas em última análise, visto ser a área mais evasiva e agressiva do Direito, neste sentido Capez preleciona:

Pressupõe, que a intervenção repressiva no círculo jurídico dos cidadãos só tenha sentido como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para a

proteção do bem jurídico, cedendo à ciência criminal a tutela imediata dos valores primordiais da convivência humana e outros campos do Direito, e atuando somente em último caso (última ratio). (Capez, 2011, p. 39)

Em decorrência dessa nova tendência estatal de criação de leis penais abstratas, verifica-se a flexibilização de alguns dos princípios norteadores do Direito Penal, em vista do “desespero” de controle da insegurança e instabilidade do Estado, que a cada década só aumenta.

Diante da crescente modernização dos meios de comunicação e tecnologias, o processo penal pôde buscar e aliar-se a tais instrumentos para a obtenção de provas mais cabíveis e contundentes à investigação criminal e instrução processual penal. Um exemplo disso foi a possibilidade de realização de interceptações telefônicas, desde que devidamente autorizadas e fundamentas as decisões para a realização de tal procedimento.

Desde o início se tem uma preocupação para que este mecanismo não seja utilizado de forma impensada e generalizada, e que seja um método de última instância, assim prevista na Constituição de 1988:

Art. 5. (...)

XII- 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.

E, ainda, o art. 155 do Código de Processo Penal também possibilita a utilização deste meio de prova, vejamos:

Art. 155. O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

“São as provas cautelares – aí incluídas, dentre outras, as interceptações telefônicas, cuja colheita, por razões óbvias, não se compatibiliza com o princípio do contraditório em seu viés participativo”. (CASTRO, 2010, p. 38)

O Direito Penal e o Direito Processual Penal estão intimamente ligados, vez que havendo mudanças e alterações no Direito Penal, o Direito Processual Penal, por ser o instrumento de concretização daquele, necessitou de mudanças, passando a utilizar-se, com mais frequência, dos mecanismos invasivos de obtenção de provas, como por exemplo, a interceptação telefônica, em virtude da natureza dos delitos.

1.1 CONCEITOS

A Constituição anterior à atual não abria nenhuma ressalva quanto à inviolabilidade das comunicações telefônicas, mas a Constituição de 1988 em seu art. 5º, XII relativiza esse direito fundamental, como podemos perceber:

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, o último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Porém essa norma constitucional tem eficácia limitada, necessitando, portanto, de uma lei específica para regulamentar a matéria e, a partir de então, produzir todos os seus efeitos. Oito anos após a Constituição de 1988 foi criada a Lei 9.296/96, tratando especificamente das interceptações das comunicações telefônicas.

Grinover (1980, p. 63) comenta e conceitua com maestria a interceptação telefônica:

Embora etimologicamente, interceptar (de 'inter' e 'capio') tenha o sentido de deter na passagem e, conseqüentemente, de impedir que alguma coisa chegue ao seu destino, entende a doutrina, por interceptação telefônica, a escuta direta e secreta das mensagens, captando-se a conversa no momento mesmo em que se desenvolve, sem o conhecimento de pelo menos um dos interlocutores”.

A doutrina e a jurisprudência têm diferenciado escuta telefônica, interceptação telefônica e gravação de conversa. Escuta telefônica seria a intervenção de um terceiro onde um dos dois interlocutores tem o conhecimento sobre a prática que está se realizando no momento da conversa. Interceptação telefônica é a intervenção de um terceiro na captação do diálogo, sem que necessariamente nenhum dos participantes tenha ciência da realização da técnica utilizada. A gravação telefônica ocorre quando um dos interlocutores grava conversa telefônica por conta própria, sem a ciência do outro.

É o que se pode extrair de Habeas Corpus de São Paulo:

A interceptação telefônica é a captação de conversa feita por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, que depende de ordem judicial, nos termos do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal. A escuta é a captação de conversa telefônica feita por um terceiro, com o conhecimento de apenas um dos interlocutores, ao passo que a gravação telefônica é feita por um dos interlocutores do diálogo, sem o consentimento ou a ciência do outro. (HC 161053/SP)

Para a realização da técnica de obtenção de prova através de interceptação telefônica, e que sejam consideradas totalmente válidas e lícitas, devem ser obedecidos os critérios e requisitos exigidos pela Lei 9.296/96, extraídos dos artigos 1º e 2º, sendo eles:

- a) Para prova em investigação criminal e em instrução processual penal;
- b) Ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça;
- c) Deve haver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- d) Ser o único meio de obtenção da prova;
- e) O fato investigado deverá ser punido, no mínimo, por reclusão.

Sem a observância de qualquer um dos requisitos acima exposto, poderá a interceptação ser considerada ilícita e ainda ser considerado crime com pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, de reclusão, segundo o que dispõe o art. 10 da Lei 9.296/96.

A gravação de conversa feita por um dos interlocutores não constitui crime, nem é considerada prova ilícita, deste modo Raimundo Castro assevera:

Em decorrência do princípio da proporcionalidade, a doutrina tem reconhecido unanimemente a conduta da pessoa que grava sua conversa telefônica com terceiro para demonstrar sua própria inocência, ou prova ilícita *pro reo*.

Quando a prova, aparentemente ilícita, for acolhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade. (CASTRO, 2010, p. 141)

A interceptação telefônica tem sido amplamente utilizada, cabendo ao julgador, portanto, observar as regras e requisitos exigidos na Lei e Constituição, concernentes ao tema, para que sejam evitadas violações do direito à intimidade e sigilo das comunicações para casos em que não são necessárias tal técnica.

2. PROVAS NO PROCESSO PENAL

As provas são o meio de buscar a verdade e de se reconhecer o direito; o processo é o mecanismo, o procedimento que possibilita as provas chegarem ao conhecimento do juiz e, este, através do seu convencimento tomar a decisão mais justa, mais condizente com o Direito.

A prova passa por vários momentos, desde o seu primeiro contato com o processo, até a sua valoração. Nos dizeres de Brichetti (1973, p. 12) "a prova judicial é o processo demonstrativo, onde faz chegar ao conhecimento do juiz a conexão entre os fatos e seus elementos, até o momento da produção do ânimo da certeza."

A prova tem apenas o condão de demonstrar aquilo que se tem dúvida, não sendo necessária a sua utilização nos fatos notórios e evidentes. Afirma Tourinho Filho (p. 370-371) que o objeto da prova são todos os "fatos, principais ou secundários, que reclamem uma apreciação judicial e exijam uma comprovação".

Além do que, o artigo 6º, inciso III, do Código de Processo Penal preconiza:

Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

(...)

III- colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Deste artigo se depreende a importância da prova desde o primeiro momento em que algum crime é levado ao poder público, e o quanto imprescindível é seu papel. A partir das provas colhidas pela autoridade judicial é que a máquina judiciária efetivamente será impulsionada ao processamento do processo judicial penal, todo o processo está voltado para as provas, se elas não existem ou são duvidáveis o processo certamente extinguirá.

Extraí-se, ainda, que o processo penal admite todos os meios de prova para que sejam esclarecidas as dúvidas do processo, desde que elas não sejam ilícitas, ou ainda que não tenham sido derivadas da ilicitude.

O art. 157 do Código de Processo Penal assevera: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício". É importante a análise deste artigo, pois é a partir dele que sabemos quem terá o ônus da

prova. Notável, portanto, que todos dentro do processo estarão envolvidos com a prova, na medida em que a acusação deve demonstrar a veracidade do que é imputado ao acusado, e este deve provar os elementos alegados em sua defesa, como as causas atenuantes, causas de diminuição de pena, excludente de ilicitude, culpabilidade e da punibilidade.

Obtendo para si o ônus probante não significa que existe uma obrigação de efetivamente levar em juízo a prova de que se pretende alegar, portanto, o ônus é uma faculdade da parte e não uma obrigação. Nesse sentido Capez (1998, p. 243) explica dizendo que “a principal diferença entre obrigação e ônus reside na obrigatoriedade. Na obrigação, a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo”.

2.1 ESTADO COMO LIMITADOR DE PROVAS ILÍCITAS

Prova ilícita é a prova que para sua obtenção o agente viola o direito processual e/ou material.

Após inúmeros registros de arbitrariedade e conflitos, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, os Estados começaram a incorporar em seus textos normativos fundamentos que garantem maior respeito e dignidade às pessoas, apesar de que ainda muitos países têm resistência e deficiência de mecanismos para efetivamente garantir que esses direitos sejam preservados (Raimundo Castro, 2010).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, revela ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, e, tem como um de seus fundamentos norteadores, a dignidade da pessoa humana.

Raimundo Castro (2010, p. 69) enfatiza que:

(...) O objetivo do Estado de Direito é garantir um ambiente de paz social, com segurança jurídica, que é a certeza de que há previsão legal a orientar as ações estatais e individuais. A dignidade da pessoa humana é intangível e exige respeito e proteção do Poder Público. É ainda, princípio conformador e informador de todo ordenamento jurídico brasileiro.

Ser um Estado Democrático de Direito, portanto, quer dizer que a administração, a justiça e toda estrutura estatal, bem como seus cidadãos devem seguir e realizar suas ações de acordo com o previsto em lei ou mesmo não ir de encontro com a mesma, observando-se o princípio da reserva legal.

Como bem salienta Raimundo Castro (2010, p. 69) “Constatou-se que o princípio da reserva legal, isoladamente, era incapaz de conferir aos cidadãos segurança jurídica, embasada no respeito à sua personalidade”. A este princípio devem ser atrelados alguns outros, como a moralidade e eficiência, para que arbitrariedades de provas ilícitas colocadas dentro do processo sejam evitadas, visto que as mesmas favorecem atos imorais. Portanto, os cidadãos devem previamente conhecer e ter ciência do que é lícito e o que não é, para uma melhor possibilidade de discussão dentro do processo, minimizando, assim, ações não condizentes com o direito e a moral.

Outro ponto que limita a arbitrariedade quanto as provas ilícitas é a organização dos poderes. A separação dos poderes organizada por Montesquieu possibilita a fiscalização e cooperação dos poderes, garantindo uma maior segurança quanto à aplicabilidade das normas jurídicas, consequentemente inviabilizando a utilização de provas ilícitas dentro do processo penal.

O devido processo legal, garantia constitucional, tem por objetivo a não condenação e imposição de deveres aos cidadãos sem que tenha havido antes um processo com investigação, análise e julgamento, com observância do contraditório e ampla defesa e, ainda, admitidos procedimentos e provas somente que tenham sucedido na lei e, se durante o processo houver alguma falha ou defeito, deverá ser arguido a qualquer tempo a sua nulidade, para a retificação do ato.

No mesmo sentido Raimundo Castro (2010, p. 77-78) afirma que:

A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir à pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado.

2.2 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

O direito à vida e à intimidade acaba por desembocar no direito à dignidade da pessoa humana, direito este cada vez mais discutido e valorizado.

Esses direitos fundamentais estão consagrados no art. 5º, X, CF/88 que diz: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Há dentre esses direitos, certo grau de complexidade, sendo o direito à vida privada o mais genérico, abrangendo em si os demais direitos relacionados. O direito à intimidade é um pouco mais específico sendo restrito somente às pessoas mais próximas do indivíduo e, ainda, existe o direito ao sigilo, que é compartilhado com alguém de sua estrita confiança, este por sua vez trata-se do íntimo e da personalidade de cada um e, quando violado pode trazer sérias complicações de caráter pessoal e emocional ao indivíduo.

Porém, esses direitos não são absolutos e podem sofrer restrições, como pontua Raimundo Castro (2010, p. 82):

(...) observa-se que o direito de intimidade pode sofrer intromissões do poder público em duas vertente: a primeira, de autoridade pública, decorrente do poder de polícia ou de atividade judiciária; a segunda, já não sofre interferências de autoridade, mas de outros indivíduos, advindo do progresso tecnológico.

As intromissões feitas pelo poder de polícia e decorrente da autoridade judiciária devem ter consigo motivo idôneo e apenas ser utilizado como último método, devendo ser imprescindível para a investigação e colheita de provas.

A cada instante a tecnologia evolui, nos trazendo mais conforto e comodidade, e à medida que ela evolui nos tornamos mais intensamente dependentes dela sendo, portanto, inegável a sua importância hodiernamente.

Por outro lado, com tamanho avanço tecnológico, o direito à vida privada e íntima se limita e é fragilizada em decorrência dos diversos meios de sua utilização para sua violação, como por exemplo, as redes sociais e aplicativos de bate papo online.

Existem em nosso sistema jurídico penal crimes contra a honra, previstos nos artigos 138 à 145 do Código Penal Brasileiro, que servem para punir àqueles que violam a honra, intimidade e vida privada dos cidadãos e os levem ao constrangimento e depreciação de sua imagem. Estes crimes punem, de modo genérico aqueles que caluniam, injuriam e difamam pessoas e, ainda, aqueles que propagam de alguma forma as informações recebidas.

Muitas vezes esses crimes são praticados por meio da tecnologia, o que facilita grandemente a sua impunidade, gerando forte obstáculo para a justiça efetivamente resguardar os direitos fundamentais da vida particular do cidadão.

Toda a polêmica envolvendo prova ilícita só tem razão de ser graças aos direitos fundamentais, pois normalmente a prova obtida por meio ilícito viola algum ou alguns dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, mas como dissemos acima, esses mesmos direitos garantidos a todos nós não são absolutos, e não deveria ser de toda maneira.

Isso porque, as investigações cada vez mais dificultadas pelas novas tecnologias e meios de burlas às antigas técnicas de investigações, obrigam e levam o sistema ao aperfeiçoamento dos métodos, não obstante violam esses direitos inerentes aos indivíduos, mas necessária para garantir a pacificação e segurança social, causando um bem maior para toda a sociedade.

Aparentemente nasce um conflito de normas entre os direitos fundamentais inerentes aos cidadãos e a obrigação de punir do Estado. Mas na realidade não existe tal conflito, porque são utilizados métodos e os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade, para o descobrimento de qual norma deve ser aplicada em detrimento da outra.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI declara a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos dentro do processo, antes de 2008 as provas ilícitas no processo legal eram consideradas inadmissíveis graças ao texto constitucional, mas Pietro Nuvolone distinguia a prova ilegítima, porque viola o direito processual e gera nulidade, da prova ilícita, que viola direito material, sendo inadmissível, devendo ser desentranhada e inutilizada.

Lopes Júnior (2009, p. 263) também explica a diferença entre prova ilícita e prova ilegítima, com maestria, vejamos:

Prova ilegítima é quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento de sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Ex: juntada fora do prazo prova unilateralmente produzida (como são as declarações escritas e sem contraditório), etc.

Prova ilícita é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento de sua coleta, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre exterior a esse (fora do processo). Nesse caso, explica Maria Thereza Moura, embora servindo de forma imediata, também a interesses processuais, é

vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade (exemplos: interceptação telefônica ilegal quebra ilegal do sigilo bancário, fiscal, etc.).

Com o advento da lei 11.690/08, inserindo o artigo 157 no Código de Processo Penal, a prova ilícita foi conceituada como aquela obtida com violação a normas constitucionais e legais, dissipando a ideia de Pietro Nuvolone e demais doutrinadores quanto à distinção de prova ilícita e ilegítima.

A doutrina, por sua vez, lê e entende o artigo 157 à luz da definição de Nuvolone, para eles não houve inovação quanto ao conteúdo, mas este preceito inovou no sentido de determinar o desentranhamento das provas ilícitas, assim consideradas.

Há, porém, hipóteses em que se admitem as provas ilícitas, como para serem usadas para absolvição do réu, o agente não é condenado pelo crime cometido na produção da prova ilícita, pois está abarcado por causa excludente da antijuridicidade. Hipótese esta sustentada por Eugênio Pacelli.

Existe, ainda, a admissibilidade da prova ilícita pelo princípio da proporcionalidade, que pode ser usada para a condenação do réu. Necessário será a observância da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Adequada é a ação que é capaz de estimular a obtenção do resultado pretendido; a necessidade daquela ação utilizada e a verificação se não há outra que produza resultado de igual intensidade e viole menos os direitos fundamentais e a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação de valores entre os objetos de discussão.

O princípio da proporcionalidade tem importante papel dentro deste tema, à medida que é através dele que existe a possibilidade de harmonizar os conflitos aparentemente existentes. Ele não está explicitamente demonstrado na Constituição Federal, mas nos dizeres de Raimundo Castro (2010, pag. 120): “está claramente implícito quando o legislador constituinte de 1988 adotou a cláusula do devido processo legal (art. 5º, inc. LVI)”. O Supremo Tribunal Federal já se utiliza deste princípio como parâmetro de controle de constitucionalidade. E evidentemente é utilizado em todas as esferas do poder judiciário, para sopesar ao caso concreto quanto à utilização ou não da prova ilícita quando explícito a injustiça, caso não utilizada.

A prova ilícita é de extrema prejudicialidade ao processo, vez que pode contaminar as provas dela decorrente, é o que se extrai da teoria dos frutos da árvore

envenenada. Mesmo que a prova derivada seja formalmente lícita poderá ser considerada ilícita, quando esta somente for descoberta a partir da primeira prova que foi obtida ilicitamente, esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (Raimundo Castro, 2010).

Exemplo disso ocorre quando diante de uma confissão mediante tortura se descobre onde está o objeto procurado, graças a essa informação é requerido um mandado de busca e apreensão, e encontrado o objeto. É clara a derivação da prova ilícita neste caso, uma vez que apesar de para entrar no local e encontrar o objeto havia um mandado e estar o procedimento formalmente correto, esta informação decorreu de uma prova ilícita, portanto devem as duas provas serem desentranhadas e inutilizadas no processo.

É o que se extrai dos parágrafos do artigo 157 do Código de Processo Penal:

(...)

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, 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.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

A teoria dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, sofrendo algumas limitações, como a limitação do nexo causal atenuado. Esta ocorre quando o nexo entre a prova lícita e a prova ilícita é tão tênue, em razão das circunstâncias de tempo; espaço; ou à força determinante, que não serve como base para a inutilização da prova derivada.

A descoberta inevitável também é um limitador à teoria da prova ilícita derivada e, acontece quando a primeira prova é ilícita e graças a esta é encontrada a segunda, mas quando se analisam os métodos típicos e de praxe próprios da investigação ou instrução criminal se percebe que a prova seria descoberta de qualquer forma e não há motivo razoável para ser inutilizada nessas circunstâncias.

Teoria da fonte independente admite a permanência da prova independente à prova ilícita, aquela que não tem nenhum nexos causal e que deve permanecer para instruir o processo.

Muito comum é a utilização da interceptação telefônica de forma ilícita e praticada com inobservância à Lei 9.296/96, e como qualquer prova do processo penal quando mal utilizada não servirá para instruir o processo penal e, ainda, poderá contaminar todas as provas dela decorrentes com a possível consequência de arquivamento do processo por falta de provas.

3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FRENTE AO PRINCÍPIO DA NÃOAUTOINCRIMINAÇÃO

O princípio *nemo tenetur se degenere*, consiste em garantir ao sujeito o direito de não se autoincriminar, não atuar de forma positiva para obtenção ou comprovação de uma prova em seu desfavor, neste sentido Jorge Filho (2012, p. 48):

o nemo tenetur se degenere protege, prima facie o acusado de ter que praticar qualquer conduta que implique um comportamento ativo na produção probatória em seu desfavor, ou seja, quando a produção da prova exige por parte do acusado um grau de atuação positiva.

Nesse mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal têm entendido e decidido, interpretando o princípio *nemo tenetur se degenere* de uma forma abrangente e não só na garantia do direito do acusado de permanecer calado, mas abarcando o direito de não se sujeitar ao fornecimento de padrões de voz ou escrita, ou sua participação em simulação dos fatos (Jorge Filho, 2012).

A interceptação telefônica nas investigações criminais em muito se assemelham às provas orais obtidas no processo, como a confissão e o interrogatório, onde o próprio acusado fornece as informações ao interlocutor, porém com invasão à privacidade e à intimidade, visto que o sujeito não sabe que está sendo ouvido por indivíduos alheios ao diálogo.

Todos ao falar com pessoas de confiança mediante o uso de seus aparelhos telefônicos, normalmente são espontâneas e acabam por se autoincriminar sem a consciência disso.

Segundo Jorge Filho (2012, p. 47): "a consagração do princípio da não autoincriminação se dá no direito processual brasileiro através do reconhecimento do direito ao silêncio conferido ao acusado, conforme disposto no art. 5º, LXIII, CF/88."

Porém, se analisarmos estes dois princípios e seus conceitos podemos concluir que o princípio da não autoincriminação é o gênero e o direito ao silêncio a espécie, visto que a não autoincriminação é o direito à não produção de provas contra si, que pode ser através de seu interrogatório, mas também pode ser mediante documentos que estão em sua posse e a confissão é apenas um desses meios.

O princípio *nemo tenetur se degenere*, não deve ser encarado como absoluto para que não leve à consagração da impunidade, devendo, portanto, ser flexibilizado para a possibilidade do Estado intervir em alguns casos de forma um pouco mais evasiva que o convencional a fim de que cumpra seu dever de investigar e punir. Para que ocorra tal flexibilização deste princípio deve a lei dispor sobre os procedimentos a serem tomados e ser levado em conta o critério da proporcionalidade em cada caso específico.

As interceptações telefônicas em sua grande maioria das vezes são realizadas em investigações criminais, onde não se exige a garantia do direito do contraditório e ampla defesa, e devem ser realizadas sob sigilo, conforme dispõe o artigo 8º da Lei 9.296/96:

A interceptação da comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, **preservando-se o sigilo das diligências**, gravações e transcrições respectivas. Grifamos.

Diante disto, temos que não há infração ou omissão quanto ao princípio *nemo tenetur se degenere*, uma vez que as interceptações das comunicações telefônicas são regulamentadas por Lei e autorizadas pela Constituição Federal.

Destaca Jorge Filho (2012, p. 61) que:

obter-se a prova da infração penal através de interceptações telefônicas é legalmente possível, porém, diante da violação do direito à intimidade e privacidade, deve o acusado ser cientificado de que, na qualidade de investigado, pode ter direitos legalmente violados.

Esta cientificação deve ser geral, indicando que o indivíduo passa a ser suspeito e investigado de uma persecução criminal realizada por órgãos oficiais da justiça.

3.1 NATUREZA JURÍDICA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

As interceptações telefônicas sem dúvida alguma servem para colher provas a fim de instruir a investigação e o processo penal, mas a sua obtenção é feita através de medida cautelar, portanto, sua natureza jurídica é de medida cautelar de caráter probatório.

Há bastante discussão na doutrina, segundo Jorge Filho (2012), acerca da existência de processo cautelar autônomo ou medida cautelar no processo penal, porém para análise das interceptações telefônicas, mais correta será a utilização do termo "medida cautelar probatória".

Dentro do Código de Processo Penal em lugar algum se faz referência direta e específica a esse tipo de obtenção de prova, mas é muito bem posto e analisado o procedimento da busca e apreensão, e a sua natureza jurídica é de medida cautelar probatória.

Após uma breve análise de ambos os institutos, se percebe a grande semelhança existente entre a busca domiciliar e a interceptação telefônica, já que confrontam o direito à intimidade e à vida privada e por esse motivo a Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos XI e XII exige nos dois casos a decisão fundamentada do juiz da causa principal.

A exigência do *fumus comissi delicti*, se faz presente no artigo 2º, I, da Lei 9.296/96, quando afirma necessária a existência de "indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal", e o *periculum libertatis* é encontrado no artigo 4º da referida lei quando diz que no pedido "conterá a demonstração de que sua realização é necessária à apuração de infração penal." Desta forma, é necessária a demonstração do *fumus comissi delicti e periculum libertatis*.

Como bem salienta Lopes Junior (2010, p. 189):

Sustenta-se o requisito do *fumus comissi delicti* na existência de um crime e de indícios suficientes de autoria, enquanto que o *periculum libertatis*, fundamento para decretação do provimento cautelar, encontra respaldo não no tempo (demora) entre o provimento cautelar e o definitivo, mas sim, na situação de perigo criada pela conduta do imputado (perigo de fuga, destruição de provas).

Requisitos esses que são essenciais na medida cautelar e que são exigidos pela Lei 9.296/96, nos levando à certeza que esta é a natureza jurídica da interceptação da comunicação telefônica.

No mesmo sentido a Resolução 59 do CNJ tratou as interceptações de comunicações telefônicas como “medida cautelar sigilosa”, demonstrando o reconhecimento dessa classificação no âmbito prático.

Em decorrência dessa classificação concluímos que as interceptações telefônicas devem respeitar os requisitos, consequências e cabimentos das medidas cautelares probatórias. Importante, portanto, a análise do artigo 155 do Código de Processo Penal:

o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, **ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.** Grifamos

As provas colhidas na instrução criminal por si só não servem de fundamento para condenação, visto não ser obrigatória a observação do contraditório e ampla defesa, mas o artigo supra citado faz uma ressalva, nos casos das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Ora, se as interceptações das comunicações telefônicas têm natureza jurídica de medida cautelar, como acima demonstrado, então a prova obtida através delas poderão ser utilizadas para fundamentação da condenação.

3.2 ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEI 9.296/96

A Constituição Federal no artigo 5º, inciso XII, possibilitou a violação do sigilo das comunicações telefônicas, mas delegou à lei ordinária a regulamentação deste dispositivo, por isso foi criada a Lei 9.296/96.

Já no artigo 1º da Lei o legislador explicita as hipóteses de cabimento em que deverão ser aplicados os procedimentos da Lei, que são: a interceptação de comunicações telefônicas, abarcando também as escutas telefônicas e a interceptação de comunicações em sistemas de informática e telemática.

O artigo 2º trata da admissibilidade deste meio de obtenção de prova e só autoriza a aplicação do procedimento em crimes cujo regime seja de reclusão e que seja utilizado em casos excepcionais, apenas quando a prova não puder ser obtida por meios menos gravosos; e ainda deverá ser indicado os meios empregados no procedimento.

O parágrafo único do artigo 2º esclarece a necessidade da descrição da situação do objeto da investigação, indicação e qualificação dos investigados. Esta é uma exigência para garantir a excepcionalidade do ato e evitar arbitrariedades.

A interceptação telefônica poderá ser requerida de ofício pelo juiz, pelo Ministério Público no curso da ação penal, ou pela autoridade policial na investigação criminal.

A decisão deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, com prazo para execução de 15 dias, prorrogável por igual período de tempo. A autoridade policial executará a ordem, sempre dando ciência ao Ministério Público, que acompanhará o feito.

Caso haja possibilidade de gravação, a transcrição será necessária, cumprida a diligência deverá a autoridade policial encaminhar o resultado da interceptação juntamente com o auto circunstanciado com o resumo das operações realizadas.

A interceptação deverá ser realizada em autos apartados e apensado ao principal. A gravação que não interessar ao processo deverá ser retirada e inutilizada do processo, a requerimento do Ministério Público ou parte interessada.

3.3 PROVA EMPRESTADA

A Constituição claramente diferenciou o processo civil e penal quando permitiu a interceptação telefônica apenas no âmbito do processo penal. Nesse caso, não será permitida a existência do instituto "prova emprestada" do processo penal para outro processo não criminal.

Desta forma, Antônio Fernandes (1997, p. 54) pontua dizendo:

A área de atuação da lei é exclusivamente criminal, sendo possível à interceptação na fase de investigação policial e durante a instrução processual. Não pode a prova obtida ser, por isso mesmo, utilizada em processo não criminal como prova emprestada. Será, contudo, cabível seu uso em outro processo criminal em relação ao mesmo réu, porque não haverá ofensa ao princípio do contraditório.

Portanto, a prova obtida através de interceptação telefônica em instrução ou processo criminal não poderá ser retirada dos autos para instrução de processo de natureza não criminal, mas poderá ser empresta caso seja para instruir processo criminal com o mesmo réu.

3.4 A IMPORTÂNCIA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E PROVAS ILÍCITAS

As interceptações das comunicações telefônicas, como qualquer outra prova, se obtida com vício ocorrido durante o procedimento deverá ser considerado ilícito e, portanto, desentranhado e inutilizado do processo, de acordo com o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal de 1988 e o artigo 157 do Código de Processo Penal.

É crescente e visível o aumento de organizações criminosas em nosso país, que cada vez mais se servem de aparatos tecnológicos acima do que as polícias possuem, e a população clamam por mais segurança. Não devemos descartar nenhum meio de contenção à criminalidade, seja opressiva ou preventiva como, por exemplo, a interceptação de comunicações telefônicas.

Neste sentido, Raimundo Castro (2010, p. 160) alerta:

É gravíssima a atuação do crime organizado no Brasil, narcotraficantes têm poderes de vida e de morte sobre populações indefesas, a indústria dos sequestros aterroriza, a exploração de menores facilitam as atividades dessas organizações, e os chamados crimes do colarinho branco, que juntamente com o narcotráfico, formam uma rede internacional, onde se transferem vultosas cifras através da lavagem de dinheiro.

A necessidade de uma maior qualificação e cuidado ao realizar esse procedimento que é tão específico e importante é tremenda, uma vez que na maioria dos crimes de maior complexidade, como o das organizações criminosas, o único meio de obter provas é por intermédio das interceptações, de qualquer espécie. E, caso haja alguma ilegalidade ou inobservância do procedimento a prova será desentranhada do processo ou do inquérito policial, dando oportunidade à impunidade dos criminosos de maior periculosidade.

CONCLUSÃO

O presente estudo partiu de uma análise histórica do processo penal e seus meios de prova, constatou-se que com a evolução do Estado para Estado Democrático de Direito a política passou a ser obrigada, graças às necessidades e medos da sociedade, a dever obediência ao direito e melhor regulamentar as falhas existentes.

Um dos institutos que têm despertado bastante atenção e têm ganhado autonomia são as provas, uma vez que o processo penal existe para o julgamento mais justo e ético do cidadão que tenha cometido fato considerado criminoso. As provas são

o instrumento que as partes têm para provar suas alegações e tentar convencer o juiz disso.

As provas podem ser as mais diversas possíveis, desde que não atentem contra a dignidade da pessoa humana, moralidade e demais princípios fundamentais constitucionais e orientadores do Direito.

A persecução penal é limitada, devendo respeitar os princípios e direitos fundamentais dos indivíduos, que são considerados valores mais importantes que o castigo do autor do delito. A prova ilícita é a violação do direito material, enquanto que a prova ilegítima é a violação do direito processual. A realização da interceptação telefônica sem autorização judicial é prova ilícita e, por outro lado, a sua realização com autorização judicial, mas que não esteja em conformidade com alguma parte da lei será considerada prova ilegítima, daí a importância do estudo e diferenciação de provas.

O direito à intimidade e ao sigilo das comunicações telefônicas são a regra, mas não são absolutos uma vez que a própria Constituição Federal no artigo 5, inciso XII autoriza a violação desses direitos se atendidos todos os requisitos exigidos. A Lei 9.296/96, por sua vez regulamentou esta possibilidade que a Constituição Federal previu.

Diante das discussões acerca da admissibilidade da prova ilícita foi acrescentado ao Código de Processo Penal o artigo 157 e seus parágrafos com as hipóteses em que seria admitido tal tipo de prova.

Pretendeu-se com esse trabalho esclarecer e demonstrar a importância da interceptação de comunicações telefônicas, uma vez que sua utilização na grande maioria das vezes é feita para combater e provar crimes de organizações criminosas de grande periculosidade, pois elas se aperfeiçoam de instrumentos cada mais tecnológicos e que dificilmente a polícia utilizando-se de métodos antigos e clássicos conseguiriam encontrar e captar.

A importância deste método de busca à prova não está apenas na sua utilização, mas também no correto procedimento, pois se considerada ilícita poderá ser desentranhado do processo e caso não haja outra prova cabal para a instrução do processo poderá o acusado ser absolvido por falta de provas, o que de nada valeria o esforço do Estado para repelir a criminalidade e garantir a segurança da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: senado, 1988.

BRASIL. **Lei ordinária n.º 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1996.

BRICHETTI, Giovanni. **La evidencia em el Derecho Procesal Penal.** Tradução: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1973.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume I, parte geral.** 15ª edição. São Paulo, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 2. Ed. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

CASTRO, Raimundo Amorim. **Provas Ilícitas e o Sigilo das Comunicações Telefônicas.** 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Justiça Penal: Críticas e Sugestões, Provas Ilícitas e Reforma Pontual.** PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FILHO, Jorge Sebastião. **Interceptação Telefônica: Como Medida Cautelar Probatória nos Delitos Econômicos.** Curitiba: Juruá, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas Ilícitas. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. XVI, jun. 1980.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário.** Tradução de Regina Greve; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e a sua conformidade constitucional.** 4. Ed., ver. E atual., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. I.

MITTERMAIER C. J. A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal.** Vertida para o francês por C.A. Alexandre e traduzida para o português por Herbert Wuntzel Heirinch. Campinas: Bookseller, 1997.

DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE SEXUAL E A CULTURA PATRIARCAL

LARISSE DA COSTA DE ABREU:
Graduada do Curso de Direito da Unidade
de Ensino Superior do Sul do Maranhão²⁴.

ERICK VINICIUS COSTA ANDRADE¹¹

(Orientador)

RESUMO: Os crimes contra dignidade sexual são relatados na Bíblia Hebraica e no código de Hamurabi, dois importantes códigos legislativos do Direito civil da história da humanidade. Na Roma antiga também este crime causava repulsa, embora ainda fosse tipificado com base em uma visão extremamente patriarcal da sociedade. Com o final da segunda guerra mundial, os crimes contra a dignidade social sofrem uma mudança de paradigma com a revisão do Direito materialista que até então era praticado no mundo ocidental. Diante dessa temática, este trabalho tem como objetivo fazer uma síntese do ponto de vista histórico dos crimes sexuais na legislação Pátria. Secundariamente foi proposto se relatar os princípios jurídicos existentes da construção com relação a crimes contra dignidade sexual humano; descrever a dignidade sexual humana pela metade a legislação brasileira e por último foi proposto se avaliar a proteção da dignidade sexual humano, diante da cultura do patriarcado. O trabalho foi feito a partir da consulta de fontes bibliográficas de livros de Direito e de artigos voltadas para a temática da proteção dos direitos humanos, e dos crimes contra dignidade sexual em face da cultura patriarcal.

Palavras-Chave: Dignidade. Estupro. Crime. Sexual.

ABSTRACT: The crimes against sexual dignity are reported in the Hebrew Bible and in the Code of Hammurabi, two important legislative codes of civil law in human history. In ancient Rome also this crime caused repulsion, although it was still typified based on an extremely patriarchal view of society. With the end of World War II, the crimes against social dignity suffered a paradigm shift with the revision of the materialistic Law that was practiced until then in the Western world. In view of this theme, this work has as its objective to make a synthesis of the historical point of view of sexual crimes in Brazilian legislation. Secondly it was proposed to report the existing legal principles of construction in relation to crimes against human sexual dignity; to describe human sexual dignity through Brazilian legislation and finally it was proposed to evaluate the protection of human sexual dignity in the face of the culture of patriarchy. The work was done from the consultation of

24 E-mail: larisseeabreu24@gmail.com

bibliographic sources of law books and articles focused on the theme of the protection of human rights, and crimes against sexual dignity in the face of patriarchal culture.

Key-words: *Dignity. Rape. Crime. Rome.*

1 INTRODUÇÃO

Do ponto de vista histórico, a primeira referência com relação aos crimes sexuais é encontrada em Deuteronômio 22:13-29. Essa passagem da Bíblia é notória ao fazer referência a situações nas quais são notados até os dias de hoje. Chama atenção então, a passagem do versículo 25 na qual se lê "Se, contudo, um homem encontrar no campo uma jovem prometida em casamento e a forçar, somente o homem morrerá."

Outra passagem também histórica digna de nota é aquele encontro II Sm 13, 10-20. Nessa passagem, Tamar é estuprada pelo seu meio irmão Amnom. No primeiro caso, o livro de Deuteronômio configurava-se como uma espécie de Código Civil do povo hebreu. Na Segunda passagem materializou assim aquilo que era ilustrado em Deuteronômio 22.

Como se verifica os crimes contra dignidade sexual são bastante antigos e já citados na Bíblia Hebraica. Ademais além do Código Mosaico, o Código de Hamurabi e o Direito Romano já condenavam a prática de estupro. Aliás a expressão apareceu primeiramente com o vocábulo estuprum. Nesse sentido se inserem os crimes contra dignidade social sexual, isso a relação com a questão dá proteção as pessoas atendidas por esse crime e a conhecida a cultura patriarcal presente nas sociedades de hoje em dia.

O desrespeito, a dignidade sexual do ser humano continua sendo, bem como a falta de aderência as normas morais e cogentes presentes na legislação constitucional e infraconstitucional podem ser apontados como as causas maiores de ocorrência e crimes contra dignidade sexual. O outro dado importante, é ainda o sentimento de impunidade, que ainda permeia a sociedade apesar das inúmeras iniciativas para se coibir esse tipo de crime.

Para a execução deste trabalho, se propõe como objetivo geral: sintetizar como se deu o desenvolvimento histórico com relação aos crimes sexuais na legislação Brasileira; Para os objetivos secundários propõe-se: relatar os princípios jurídicos presentes da constituição e relacionadas aos crimes contra a dignidade sexual humana; descrever sobre os crimes contra a dignidade sexual com base na legislação aplicada; E finalmente se propõe este trabalho avaliar a proteção da dignidade sexual em face da cultura patriarcal.

Esse trabalho foi realizado a partir de uma pesquisa qualitativa com fontes bibliográficas sendo utilizadas nas quais se destacam principalmente livros do Código Penal, artigos publicados em meio digital, além de trabalhos de conclusão de curso (TCC).

2 ASPECTOS HISTÓRICOS QUE CULMINARAM COM O ADVENTO DA LEI N. 12.015/09

Prado (2001) afirma que os crimes sexuais sofreram ao longo da história severa repressão por parte de diversos povos da antiguidade. No código mosaico por exemplo, caso um homem tivesse relações como a jovem virgem e que fosse noiva de outro homem, os dois seriam mortos. Contudo se um indivíduo tivesse encontrado a jovem, em campo aberto e assim praticasse o estupro, mediante violência física, somente ele seria morto por apedrejamento. Em outra hipótese, caso houvesse emprego de força física para conjunção carnal, o esturador tinha que se casar com a moça, não podendo se separar dela, e ainda tendo que pagar uma indenização de 50 ciclos luz de prata.

Os povos antigos já puniam com grande severidade os crimes sexuais, principalmente os violentos, dentre os quais se destacava o de estupro. Após a *lex Julia de adulteris* (18 d.C.), no antigo direito romano, procurou-se distinguir *adulterius* e *stuprum*, significando o primeiro a união sexual com mulher casada, e o segundo, a união sexual ilícita com viúva. Em sentido estrito, no entanto, considerava-se estupro toda união sexual ilícita com mulher não casada. Contudo, a conjunção carnal violenta, que ora se denomina estupro, estava para os romanos no conceito amplo do *crimen vis*, com a pena de morte. (BITENCOURT, 2015, p. 48).

No íterim dessa recapitulação histórica vale citar que no Direito Romano utilizava-se a palavra *stuprum* que, não obstante, tinha outra conotação, pois alcançava as práticas sexuais e libidinosas, sendo amplamente empregado tanto para mulheres como homens. Vale destacar que nessa situação o homem não poderia estar no polo passivo do delito, algo que é considerado como novo no ordenamento jurídico do Brasil, conforme a lei 12015/2009. que trouxe alterações ao Código Penal. O termo utilizado o direito romano no sentido lato estava relacionado a qualquer manifestação impudica que fosse manifestada por mulher ou por homem envolvendo ainda a pederastia e o adultério (PRADO, 2001).

Estefan (2016) ressalta que do ponto de vista histórico registram-se punições do tipo pecuniárias contra aqueles que praticavam estupro na Roma antiga. Essa punição encontrava-se na Lei Escantineia (*Lex scantinia*) que é datada de 149 a.C. Essa vertente de entendimento jurídico no Direito Romano trazia a penalização de crimes sexuais, inclusive daqueles crimes sexuais praticados contra vontade pessoas do sexo feminino.

Já no Oriente Médio, se tem o registro do código de Hamurabi, datado de 1700 a.C, na qual tem-se a origem da conhecida expressão presente em nosso cotidiano do olho por olho e dente por dente baseado na lei do talião. Já nesse tempo, a punição para crimes sexuais era bastante dura, principalmente com relação ao crime de estupro. Nesse código, aquele estuprasses uma virgem que vivia com os pais, deveria ser morto.

Como passar do tempo foi feita a diferenciação entre aquilo que são os atos sexuais e os atos libidinosos. Ficou estabelecido que os crimes praticados contra uma viúva, uma criança ou uma mulher virgem se configuravam como stuprum. Caso a mulher fosse casada o crime se configuraria adulterium. A reformulação do pensamento jurídico no mundo romano teve influência do Cristianismo, assim o estupro deixou de ser visto como infração patrimonial para ser tipificada como delito sexual. Apesar disso, no Direito Romano a existia a responsabilização da vítima por conta da violência sofrida.

Decerto, são citados vários outros eventos históricos relacionados à política. Tito Lívio em sua obra *Ab Urbe Condita* cita que o deus Marte teria estuprado a virgem vestal Rea Silvia e essa teria dado à luz a Romulo, considerado fundador de Roma. Isso já demonstrava que existe uma forte relação entre política e estupro. Um outro episódio citado é o estupro de Lucrecia que resultou na derrubada da monarquia e e que levou ao restabelecimento da República (CANELA, 2012).

Ainda com relação ao Mundo Romano, Canela (2012) em sua obra "O Estupro no Direito Romano", faz diversas considerações com relação a tipificação do estupro naquela cultura jurídica. O Rapto das sabinas, é um episódio lendário relacionado a fundação da cidade de Roma e no qual Romulo teria autorizado o rapto de mulheres da tribo dos Sabinos. Tal fato foi classificado como uma espécie de estupro coletivo.

Para Estefan (2016) a citação das histórias seja do ponto de vista lendário ou histórico demonstram que para a cultura Romana não havia tolerância para com as práticas de crimes sexuais, isso notadamente, nos casos de estupro. Apesar da legislação Romana prevê a tipificação do crime de estupro, muitas das vítimas não denunciavam os infratores, por conta das exigências da lei e devido também a outros fatores como o medo de retaliação, a vergonha de se expor em público, e por existir ainda uma cultura qual a vítima era em parte culpada.

Já Carvalho (2016) explica que no Brasil colônia existia uma quantidade insuficiente de mulheres de modo que a miscigenação foi tida como uma prática política individual, na qual as mulheres indígenas e negras eram estupradas sendo essa uma prática comum, visto que na época da escravidão as mulheres não eram consideradas como os donos do seu próprio corpo, e não se atentava para as consequências do estupro como a gravidez indesejada.

Assim, a primeira manifestação jurídica com relação à criminalização do estupro no Brasil ocorreu com o primeiro código penal que foi redigido em 1830 e que também leva o nome de Código Criminal do Império do Brasil. Esse código em seu Art 222 propunha que o estupro era configurado quando havia copulação canal pelo meio de emprego de violência, ou ainda de ameaças contra qualquer mulher dita honesta. Essa foi a primeira vez que se apresenta na legislação pátria, a penalização de crimes sexuais no Brasil.

Já na época republicana, no ano de 1890 foi publicado o código penal onde o crime de estupro tinha a tipificação dada pelos artigos 268 e 269. Nesse momento, o legislador trouxe algumas alterações com relação ao código criminal de 1830, ou seja, de 60 anos antes. Nessa situação, o homem era tido como o polo ativo da prática do crime, e isso incluía na tipificação do estupro tanta a violência física como a mental (BUSATO, 2017).

Passados então 50 anos, na década de 40 foi promulgado o novo Código Penal. Nesse código, o homem também era tido como polo ativo dos crimes de estupro e a mulher como o polo passivo. Aliás, a partir da Lei Nº 12015 de 7 de agosto de 2009. Isso muda, pois, o delito de estupro passou a ter uma caracterização mais abrangente. No Brasil, os crimes contra a dignidade sexual estão regulamentados no Título VI do Código Penal (MOREIRA FILHO, 2020).

3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS PRESENTES NA CONSTITUIÇÃO E DIGNIDADE SEXUAL HUMANA

A partir de um exame da leitura relacionada com relação aos crimes sexuais contra dignidade sexual podem ser elencados pelo menos quatro princípios podem ser aplicados com relação a dignidade da pessoa humana. Estes são o princípio da formação de personalidade, da lesividade e finalmente, o princípio da proporcionalidade.

Monteiro (2013) comenta que o princípio da dignidade humana tem origem na Grécia antiga ainda que de forma incipiente, já existindo um conceito que definia a pessoa humana. Dessa maneira, a dignidade humana na antiguidade clássica era definida com relação com as qualidades externas visíveis do indivíduo, ou seja, a sua posição social. Assim, quanto mais posses aquela pessoa tivesse, mais era considerado como digno. A dignidade humana não era concebida a partir do valor da pessoa em si, mas sim com base no seu poder econômico e no seu status social.

Santos (2018) explica que após a Segunda Guerra Mundial não existia uma proteção de de ordem internacional voltada a defesa dos direitos humanos, dado que nos países participantes do conflito, os nacionais encontravam-se em péssimas condições de vida. A partir desse momento, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e da carta Geral das Nações se faz menção à dignidade da pessoa humana que

posteriormente, foi consagrada na redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Gonçalves (2016) reforça que após o advento das duas grandes guerras mundiais houve necessidade de se buscar uma maior proteção ao ser humano com relação à sua dignidade e de sua própria existência. Logo, ocorreu que o Direito baseado em modelos matemáticos e positivismo jurídico fracassaram. Surge, então a vertente dos direitos humanos e com isso, as Convenções internacionais e tratados que buscam a defesa de direitos fundamentais para todos os indivíduos que vivem em sociedade.

Por fim, o final do século 20 é marcado pela necessidade de se retornar valores essenciais a dignidade da pessoa humana, onde busca-se a superação da concepção patrimonialista do Direito que teorizava com relação à proteção de ser humano. Essa nova corrente busca renovar o direito civil, que até então tinha como marca a proteção da propriedade privada, da instituição familiar e dos contratos. Portanto, se objetiva a proteção da pessoa humana, com a existência dos institutos jurídicos se dando em função do ser humano, e não mais das coisas em si (ZANIAWSKI, 2002).

Castro (2020) destaca que a partir da obra de Matias Kaufmann é possível entender o princípio da dignidade humana como uma necessidade universal de reconhecimento do homem com relação a ser respeitado, a igualdade de tratamento de modo Independente de etnia, religião e condição socioeconômica. Essa é uma questão histórica de grande importância configurando-se em um desafio para Filosofia e para ciência do Direito.

Silveira (2003) explica que no princípio da lesividade, também conhecido princípio da ofensividade parte do pressuposto que se configura o crime, a partir da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico de outra pessoa. Sendo assim, se faz necessário configurar o crime, tem que se observar se houve lesão e que este se deu com relação a um bem. Assim, o que se busca no Direito Penal não é apenas se punir a ação, mas sim o resultado desta, ainda que não tenha se produzido os efeitos permanentes. Assim sendo, basta então a ocorrência do fato ou do ato, para a caracterização da infração.

O próximo princípio, de grande importância para essa discussão jurídica, é o princípio da proporcionalidade ao qual se encontrar inserido na constituição federal de 1988, como consequência do Estado de Direito, uma vez que coloca limites para atuação do poder do Estado com relação a restrição de garantias e direitos fundamentais (ARAÚJO, 2009).

No Direito, o princípio da proporcionalidade tem sua origem no direito penal. A ideia básica por trás desse princípio é de que as penas para os crimes cometidos devem ser proporcionais à sua gravidade. Já do ponto de vista doutrinário o princípio da

proporcionalidade também conhecido como princípio da vedação, ou ainda como princípio da avaliação de bens jurídicos, e princípio de vedação de excesso. Portanto, este princípio busca colocar limites a liberdade individual mesmo se vivendo em uma democracia. Tal Princípio não busca vedar a manifestação do indivíduo com relação a sua liberdade de opinião ou políticas, mas simplesmente, buscar resguardar o convívio do ser humano em sociedade (BARROS; BARROS, 2006).

Lenza (2012) esclarece que do ponto de vista histórico, o princípio da proporcionalidade surgiu como a tentativa de estabelecer o equilíbrio do exercício do Poder estatal para os particulares. Ou seja, o objetivo é punir o indivíduo na proporção do grau da ofensa. Tal princípio tem sua origem na Carta Magna de 1215, que foi redigida na Inglaterra, e assim preceituava a punição dos Barões pelos seus pares de modo proporcional a gravidade do ato.

Na esteira disso surge Cesare Beccaria, italiano que se insurge contra até então um Direito que pune o transgressor, com suplícios, penas infames, desproporcionalidade entre o castigo e o ato cometido, bem como contra também como contra a pena de morte (GOMES, 2014).

Nisso Beccaria se insurge contra a tradição jurídica, invoca a razão e o sentimento; faz-se porta-voz dos protestos da consciência pública contra os julgamentos secretos, o juramento imposto aos acusados, a tortura, a confiscação, as penas infamantes, a desigualdade ante o castigo, a atrocidade dos suplícios; estabelece limites entre a justiça divina e a justiça humana, entre os pecados e os delitos; condena o direito de vingança e toma por base do direito de punir a utilidade social; declara a pena de morte inútil (GOMES, 2014)

Nisso, o princípio da proporcionalidade se revela de extrema importância no Direito Penal atual pois, a dosagem da pena é baseada no quantum, dado que diferentes penas para diferentes crimes indicam diferentes modos buscar a sentença mais justa a ser aplicada (GONÇALVES, 2018).

Nucci (2014) declara que o respeito à dignidade sexual está no fato de que respeita se, as manifestações de indivíduo adulto, seja, aquele com maioridade civil (maior de 18 anos) sem lhe causar constrangimento. Em contrapartida tal indivíduo também deve respeitar a dignidade sexual de parceiros e a parceiras sem o emprego de ameaça ou violência física ou psicológica. Além disso, a divindade social não se lastra em fundamentos religiosos ou moralistas com muito menos conservadores

Do ponto de vista histórico é possível afirmar que a partir das últimas legislações que foram promulgadas sobre os crimes contra dignidade sexual, se demonstra que no direito penal brasileiro tem-se partido de uma ótica fundamentada no patriarcado onde as

mulheres eram inferiorizadas para uma ótica na qual busca além da igualdade de gênero também se promove a proteção com relação a dignidade sexual do gênero feminino (BALBINOTTI, 2018).

A partir da Constituição de 1988 foi reconhecido de dignidade humana da sociedade brasileira sendo este um princípio basilar e que trouxe um Norte dentro dos institutos jurídicos adotados no Brasil e que vieram fazer parte da acabou-se social político. ficou entendido que é sexualidade é inerente ao ser humano, cabendo assim a proteção desta. Ademais, o Brasil é um país ao qual os seus princípios constitucionais se regem pelos princípios dos direitos humanos consagrados em nível internacional, e a partir da carta redigida pela ONU em 1948. Isso tem por objetivo trazer proteção para as pessoas vulneráveis (OLIVEIRA, 2016).

Com o advento da Constituição de 1988, o Brasil se adéqua não somente a legislação sobre direitos humanos em nível internacional, mas também busca aplicar políticas públicas em cima desses fundamentos. importante também citar conferência do Cairo E na qual todos os países firmaram compromisso para criação de um sistema de proteção dos direitos humanos e onde teria que ser abandonado a visão patriarcal com relação a Sexualidade do gênero feminino (MORAES, 2021).

Deste modo, cabia ao Brasil adaptar a sua legislação e as suas políticas públicas a esses princípios. Aliás, não se olvide que, na (1994), ficou afirmado o compromisso do Brasil no tocante aos Direitos Humanos com a necessidade do abandono da concepção patriarcal de controle da sexualidade das mulheres (MORAES, 2021).

4 OS CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL

Os crimes praticados contra dignidade sexual podem ser encontrados no título VI do novel Código Penal. O assunto é bastante extenso e existem diversas tipificações de crime contra de dignidade sexual. Contudo, estes podem ser resumidos em crimes contra a autonomia sexual, crime sexual cometido contra vulnerável, e ainda o lenocínio e o tráfico de pessoas. Nesse último crime, existe um verdadeiro submundo da prostituição, onde mulheres de origem social menos abastada são levadas para a exploração sexual (CAPEZ, 2012)

Assim, o primeiro crime configurado na lei é o de estupro e que tem sua redação prevista no artigo 213 ao qual pode-se ler "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso": Nessa situação a pena varia entre 6 e 10 anos de reclusão. A configuração do crime de estupro se faz mediante constrangimento, ou seja, a vítima é coagida pelo uso de violência onde o agressor emprega a força física ou ainda a tortura

psicológica. Pode-se configurar também mediante grave ameaça. O crime tem como polo ativo, homens ou mulheres e como polo passivo, indivíduos acima de 14 anos com capacidade de discernimento (BITENCOURT, 2020).

A conduta típica consiste em constranger (forçar, obrigar, coagir) alguém a conjunção carnal mediante violência (vis corporais, força física) ou grave ameaça (vis compulsiva, força moral) ou a praticar (fazer, executar, realizar) ou permitir (consentir, dar liberdade, tolerar) quem com ele se pratique outro ato libidinoso. Dessa forma, a conjunção carnal e os atos libidinosos praticados contra a mesma vítima e ocorridos num mesmo contexto fático constituem crime único, adotando-se o denominado princípio da alternatividade (MOREIRA FILHO, 2020, p. 606).

Como se ver no estupro, a vítima é constrangida, ou seja, obrigada a consumação de um ato contra sua própria vontade. Assim, a força física é utilizada ou ainda a vítima pode estar sobre ameaça de uma arma de fogo, por exemplo. Comete crime também aquele que permite a ocorrência de tal ato seja pelo consentimento, ou pela tolerância. Isso pode ser aplicado àqueles casos que ocorrem na família onde, a mãe tem conhecimento de que o pai cometer atos ilícitos libidinosos com a filha.

Outro crime tipificado contra a dignidade sexual é o da violência sexual mediante emprego de fraude. Esse crime está tipificado no artigo 215, na qual o ofensor tem relações sexuais ou pratica ato libidinoso, com alguém por meio de manipulação ou qualquer outro meio que impeça ou dificulte a livre expressão da vontade da pessoa lesada. A pena também varia entre 2 a 6 anos de reclusão (CUNHA, 2016).

Este crime também é chamado de “estelionato sexual” (fraude no ato sexual), uma vez que o ofensor induz a vítima ao engano com o objetivo de cometer abuso sexual. Nesse caso, não se utiliza a violência, mas sim de artifícios, que induzem a vítima a uma certa conduta tida como necessária. Isso pode ser exemplificado, naqueles casos em que o médico por exemplo, abusa de uma paciente ao relatar que tal procedimento faz parte na prática clínica. Isso também pode ser aplicado a dirigente religioso que ao tocar o corpo da vítima, ao dizer que tal ato faz parte das práticas religiosas (GONÇALVES, 2020).

É preciso destacar que caso a vítima esteja sobre efeito de drogas, álcool ou de medicamentos, o crime não se configura como estelionato sexual, mas será tipificado como estupro de vulnerável. Esse crime pode ter como sujeito ativo tanto o homem como a mulher. Com relação ao passivo, tanto homens como mulheres também podem sofrer esse tipo de crime, que tem a consumação se dando no momento que é praticado o ato libidinoso ou a conjunção carnal (JESUS, 2020).

Outro crime bastante comentado é assédio sexual conforme o artigo 206 a do Código Penal, uma vez que embaraçar alguém com a intenção de auferir favores ou vantagens sexuais, com o agente se aproveitando de sua condição de superior hierárquico ou de supremacia inerente ao desempenho de um posto de trabalho, cargo ou função. O crime realiza-se a partir da intenção do agente em assediar a vítima e assim obter vantagem sexual (CUNHA, 2016).

O crime tem pena de detenção de 1 a 2 anos conforme a gravidade e em contrapartida ao crime de estupro, o constrangimento sexual está relacionado a condutas ou propostas de natureza sexual feitas pelo agente a vítima. Esse crime sexual, se configura quando a agente importuna sua vítima valendo-se de uma posição superior hierárquica. É tipificado mesmo havendo o consentimento da vítima (BITENCOURT, 2020.)

Nesse tipo de crime, o sujeito ativo é aquela pessoa que está em posição superior e quanto ao sujeito passivo, este é a pessoa que se enquadra na hipótese de ser assediada sexualmente. A consumação do crime de assédio efetua-se mesmo que, não seja obtida nenhuma vantagem sexual, por parte do agente. É prevista um aumento da pena, de um terço caso a vítima do crime sexual, seja menor do que 18 anos de idade (BITENCOURT, 2020.)

Dentre os crimes sexuais praticados contra a dignidade sexual, chama atenção aquele praticado contra vulnerável. O código penal prevê que o estupro de vulnerável tipificado pela prática ou pela conjunção carnal de ato libidinoso com menor de 14 anos de idade. A pena varia de 8 a 15 anos de reclusão, sendo ainda equivalente a este crime quando é cometido contra deficientes mentais ou pessoas enfermas que não podem oferecer resistência ao ato sexual ou libidinoso (NUCCI, 2005).

O sujeito nesse crime, pode ser qualquer pessoa, enquanto que no polo passivo encontra-se um indivíduo vulnerável, como a consumação ocorrendo no momento em que o ato é realizado. A pena é aplicada, inobstante, a vítima tenha consentido e o crime passa a ser qualificado quando há como resultado a lesão corporal grave, com pena de reclusão variando de 10 e 20 anos. Na ocorrência de morte, a pena pode variar entre 12 a 30 anos (SALIM; AZEVEDO, 2017).

5 PROTEÇÃO DA DIGNIDADE SEXUAL EM FACE DA CULTURA PATRIARCAL

Do ponto de vista histórico, as mulheres têm uma trajetória delineada pela percepção de diferentes estereótipos ligados a sua biologia e que colocavam a mulher uma posição em uma posição desconfortável dentro de uma estrutura na qual foram vistas como “virgens” ou ora sendo tratadas como prostitutas ou meretrizes, com termos que pretendiam defender a dignidade sexual das mulheres. Isso começa a mudar com os

primeiros movimentos feministas, já no final do século 18 e início do século 19 (MICHEL, 1982).

Acrescente-se que a cultura patriarcal baseada em uma moral ultrapassada e baseada na concepção do homem como ser dominante nas relações sociais entre homem e mulher levou a dominação do homem sobre a mulher, ou em certas situações a desigualdade social, entre os sexos. Isso pode ser visto na parte especial do Código Penal Brasileiro editado em 1940, na qual diversos dispositivos dessa lei traziam em suas definições de crimes contra família e os costumes, arquétipos nos quais, a mulher era fragilizada por conta de sua natureza (JAGGAR; BORDO, 1997).

Ainda com relação à questão histórica, as mulheres nem sempre foram elementos de consideração no tocante à temática dos direitos humanos. Como exemplo disso, pode-se citar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que seu título já utiliza o termo "homem" para designar o gênero humano incluindo assim, as mulheres. Até mesmo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, redigida em 1948 que embora traga a universalização de direitos humanos, não especifica um capítulo com relação as mulheres (HUNT, 2009).

Todavia, no final da década de 1970, Almeida (2017) afirma que surge no Direito internacional dos direitos humanos, a necessidade de reconhecimento a temática de gênero dentro do contexto da Justiça. Esse movimento busca o reconhecimento dos Direitos Humanos da mulher em específico, o que leva ao fortalecimento do debate com relação a parte dos direitos sexuais, bem como também da subjetividade com relação a necessidade de reconhecimento da dignidade sexual de gênero feminino (PRÁ; EPPING, 2012).

No caso do Brasil, com relação ao histórico do Direito Penal pode-se perceber que a moral patriarcal estava inserida quando se faz uma análise de dispositivos relacionados aos crimes sexuais. No caso do crime de estupro O legislador pátrio por exemplo bem como os juroso filósofos e o próprio judiciário colocava uma mulher em uma situação de inferioridade ao utilizar termos como "mulher honesta" ou ainda "prostituta", dependendo da tipificação do crime sexual (COMPARATO, 2008).

6 CONCLUSÃO

Como se percebe os crimes contra dignidade humana são bastante antigos em sua manifestação, sendo que a Bíblia Hebraica é apenas um dos poucos registros históricos que chegaram até os dias de hoje. Já na Roma antiga o crime de estupro já era punido, embora nessa sociedade prevalecesse aspecto patriarcal das relações de poder entre homens e mulheres.

A dignidade humana é um princípio consagrado na constituição federal brasileira e faz parte do rol das garantias essenciais se constituindo também e um dos fundamentos do moderno estado democrático de direito conforme pode-se lei no artigo 1º, inciso III.

Pode-se dizer que o princípio da dignidade humana remete à questões filosóficas e históricas estão intrinsecamente ligadas a moral, a religiosidade e inerentemente a honra do ser humano, qualquer que seja a sua classe social, religião raça ou cor. A origem de tal princípio remonta aos filósofos iluministas, da França do final do século 18, sendo que tal princípio, ficou arraigado na cultura filosófica e assim também influenciou a constituição de países como os Estados Unidos e a França, no contexto das revoluções burguesas.

A história recente do direito internacional pós-segunda Guerra Mundial, registrou grandes avanços em relação ao respeito aos direitos humanos e a dignidade humana de diversos grupos sociais, dentre os quais a mulher faz parte. Isso se refletiu na legislação penal brasileira, bem como na mudança da terminologia que fazia referência as vítimas de crimes sexuais, e ampliou a abrangência da proteção dos direitos fundamentais e primordiais e com relação, a tipificação de crimes contra dignidade sexual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, S. S. DE. Para Além Da Moral Do Macho: a Dignidade Sexual No Cógido Penal Brasileiro. **Gênero & Direito**, v. 6, n. 2, 2017.

ARAÚJO, F. R. DA. O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal:

Fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir.

Revista da EMERJ, v. 12, n. 45, p. 273–315, 2009. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_273.pdf

BALBINOTTI, I. A violência contra a mulher como expressão do patriarcado e do machismo. **Revista da ESMESC**, v. 25, n. 31, p. 239–264, 2018.

BITTAR, Eduardo C. **Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal 4: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Vol. 2 - Parte Especial, 3ª edição. Atlas, 2017.

CANELA, K. C. **O ESTUPRO NO DIREITO ROMANO**. São Paulo: CULTURA ACADÊMICA, 2012.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASTRO, A. L. M. DE. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a norma jurídica tributária**. São Paulo: Noeses, 2020.

CAPEZ, F. **CURSO DE DIREITO PENAL**. 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. CUNHA, R. I. O. S. **Manual de Direito Penal**: Parte Especial. Salvador: EDITORA Jus PODIVM, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro**: um estudo à luz da dignidade humana. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

GOMES, Luiz F. Col. Saberes Críticos - Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal : civilização ou barbárie?, 1ª edição.. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2014

GONÇALVES, A. B. **Hermenêutica e a linguagem**: um estudo sobre sua relação com a filosofia, o direito, o neoconstitucionalismo e a defesa da dignidade da pessoa humana. São Paulo/: Noeses, 2016.

GONÇALVES, Victor Rios. **Curso de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 183). São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. Sinopses Jurídicas v 10 - Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo:

COMPANHIA DAS LETRAS, 2009.

JESUS, Damásio de. **Parte especial**: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública – arts. 184a 288-A do CP. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LENZA, P. **Direito Penal Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHEL, A. (1982) **O Feminismo**: Uma Abordagem Histórica. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

MONTEIRO, R. C. DE A. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. **Revista trabalhista. Direito e processo**, n. 48, p. 135–153, 2013.

MORAES, Alexandre D. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal comentado**. Guaracy Moreira filho. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves D. **Direitos Humanos**. São Paulo: Grupo GEN, 2016

PADILHA DOS SANTOS, R. O Tratamento Jurídico E Normativo Da Dignidade Da Pessoa Humana E Sua Aplicação Na Cultura Jurídica Estadunidense, Europeia E Brasileira. **Revista Direitos Culturais**, v. 13, n. 30, 2018.

PRÁ, J. R.; EPPING, L. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. **Revista Estudos Feministas**, v. 20, n. 1, p. 32–51, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/s3wGPJ9MM33JKRHPn5MW6CS/?lang=pt>.

SALIM, A.; AZEVEDO, M. A. DE. **Direito Penal**. Salvador: Jus Podium, 2017.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. **Ciência do direito penal contemporânea**; v. 3)

Wellington Pacheco BARROS; Wellington Gabriel Zuchetto BARROS. **A Proporcionalidade como Princípio de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p.13.

NOTAS:

[1] Orientador: Advogado desde 2015; Professor do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão - IESMA/UNISULMA. (2021 - Atual); Professor da Faculdade de Educação Santa Terezinha - FEST. (2021 - Atual); Professor de Direito Constitucional e Direito Penal CERS IMPERATRIZ e CURSO CHRONUS. (2018 - Atual)

PROTEÇÃO À INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO EMPREGADO NO AMBIENTE DE TRABALHO

ARIELLA CRISTINA GONÇALVES:

Mestranda em Função social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), Pós Graduada em Direito Trabalhista e Previdenciário pela Faculdade de Direito de Franca , Pós Graduada em Direito Corporativo e Compliance, pela Escola Paulista de Direito , Pós Graduada em Prática trabalhista avançada pela Faculdade Damásio Educacional (Lato senso). Advogada Trabalhista²⁵.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo demonstrar o direito à proteção da intimidade e privacidade que o trabalhador possui, apesar de sua subordinação ao empregador. Os direitos da personalidade são protegidos pela Constituição Federal, constando nos fundamentos do Estado, como também presentes em cláusula pétrea nos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Tais direitos são os garantidores do respeito a esses institutos jurídicos nas relações de trabalho. Desta forma, a presente pesquisa bibliográfica trata de conceituar os direitos da personalidade de maneira geral, para em seguida tratar especificamente do direito à privacidade e do direito à intimidade, demonstrando que, apesar de em um primeiro instante parecer que se tratam de termos sinônimos, há diferenças entre ambos. A seguir, o trabalho se afunila e trata de tais direitos aplicados nas relações de trabalho. Há uma análise sucinta sobre a importância do meio ambiente de trabalho se manter equilibrado entre a subordinação do empregado ao empregador, ao mesmo tempo em que mantém seus direitos da personalidade garantidos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos da personalidade. Direito à privacidade. Direito à intimidade. Relação trabalhista.

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate the right to protection of intimacy and privacy that the worker has, despite his subordination to the employer. The rights of the personality are protected by the Federal Constitution, appearing in the foundations of the State, as well as present in an ironclad clause in the fundamental rights and guarantees of the individual. Such rights are the guarantors of respect for these legal institutions in labor relations. In this way, the present bibliographical research tries to conceptualize the rights of the personality in general, to then deal specifically with the right to privacy and the right to intimacy, demonstrating that, although at first it seems that they are synonymous terms, there are differences between both. Next, the work narrows down and deals with such

²⁵ E-mail: ariellagoncalves@yahoo.com

rights applied in labor relations. There is a succinct analysis on the importance of the work environment to remain balanced between the employee's subordination to the employer, while maintaining their personality rights guaranteed.

KEYWORDS: Personality rights. Right to privacy. Right to privacy. Labor relationship.

SUMÁRIO: *Introdução. 2 Direitos da personalidade. 3 Direitos à intimidade e privacidade do empregado no ambiente de trabalho. 3.1 Direitos à privacidade e intimidade. 3.2 Proteção aos direitos à intimidade e privacidade do empregado. Considerações finais. Referências finais.*

INTRODUÇÃO

A Constituição pátria, em seus arts. 1º ao 4º trata dos princípios fundamentais, listando, dentre outros, a cidadania; a dignidade da pessoa humana; a prevalência dos direitos humanos, etc. Segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo²⁶ os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana se encontram no título seguinte, distribuído entre 77 incisos nos art. 5º.

O artigo 5º afirma que são invioláveis o direito a intimidade a vida privada, e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelos danos materiais e morais sofridos por sua violação.

Dentre os fundamentos básicos que compõem o Estado democrático de direito, como dito acima, está a dignidade da pessoa humana. Por se encontrar no patamar de princípio fundamental, assegura ao indivíduo a não intervenção do Estado ou de qualquer terceiro na sua esfera privada.

Constando também entre os direitos da personalidade estão o direito à intimidade e o direito à vida privada, que não apenas devem ser observados no caráter particular de um indivíduo, mas também cabe como pauta em relação ao ambiente de trabalho. ²⁷

A preservação dos direitos da personalidade na relação de emprego é um tópico que entrou em pauta a relativamente pouco tempo, sendo consequência da evolução no direito do trabalho em relação à busca do exercício da cidadania nas empresas. Este fenômeno iniciou sua expansão na década de 70, sendo intimamente ligado ao uso da liberdade no ambiente de trabalho, podendo ser esta liberdade referente às suas várias

²⁶ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2001.

²⁷ RUARO, Regina Linden. JUNIOR, Eugênio Hainzenreder. Proteção da privacidade no contrato de trabalho: da normatização legal a situações de conflitos. Revista Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 601-634, jul./dez. 2015.

faces, como liberdade ideológica, de expressão, religiosa, de informação, de privacidade e imagem.

Os direitos da personalidade possuem papel essencial na construção e na manutenção de um ambiente de trabalho positivo. Em períodos anteriores, a preocupação em relação ao bem estar no ambiente de trabalho ocorria em relação a fatores como higiene, segurança e medicina, atualmente, esta preocupação se expandiu, englobando também os aspectos relativos à personalidade do empregado e não apenas a sua saúde.

Atualmente, não se considera apenas os riscos para o corpo do trabalhador, havendo também observância acerca de sua imagem, dignidade, privacidade e intimidade, etc. 28

Com as alterações nas relações de emprego desde o final do século XX é possível observar que o paradigma geral no ambiente de trabalho foi alterado, se manifestando agora em um ambiente de trabalho centrado no conhecimento e na informação. Com a facilitação do acesso às tecnologias de informação e comunicação (TICs), o universo empresarial se modernizou em vários aspectos, incluindo nos sistemas de organização do trabalho, surgindo novos conflitos referentes aos direitos da personalidade do empregado, principalmente em relação à vigilância, seja ela dentro do ambiente de trabalho (com a videovigilância) ou fora (através da investigação de redes sociais de funcionários, por exemplo), surgindo a partir disto uma nova forma de controle patronal. 29

A temática referente aos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade nas relações de trabalho possui aspecto polêmico, visto que não diz respeito apenas à delimitar os poderes do empregador na relação de emprego, mas também de analisar o direito à vida privada e à liberdade de expressão do trabalhador no ambiente de trabalho. 30

A Constituição pátria consegue levar o conjunto de normas trabalhistas ao patamar de direitos e garantias fundamentais, levando assim a uma separação entre sujeito e objeto da relação de trabalho, apresentando em artigos diversos os direitos fundamentais da pessoa (art. 5º) e dos trabalhadores (art. 7º). Com o objetivo de verificar a efetividade da imposição do respeito aos direitos fundamentais nas relações de trabalho, é necessário

28 BURMANN, Marcia Sanz. A concretização da privacidade do empregado no ambiente de trabalho. Dissertação (Mestrado). 159 f. Faculdade De Direito Da USP. São Paulo, 2011.

29 RUARO, Regina Linden. JUNIOR, Eugênio Hainzenreder. Proteção da privacidade no contrato de trabalho: da normatização legal a situações de conflitos. Revista Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 601-634, jul./dez. 2015.

30 BURMANN, Marcia Sanz. A concretização da privacidade do empregado no ambiente de trabalho. Dissertação (Mestrado). 159 f. Faculdade De Direito Da USP. São Paulo, 2011.

observar constantemente se tais direitos estão sendo devidamente respeitados, visto sua valia. 31

A importância desta pesquisa está no fato que, independente do caráter obrigatório do cumprimento contratual e do direito do empregador em relação aos meios de produção, não se deve ignorar o respeito à dignidade da pessoa, neste caso o trabalhador.

Assim, a pesquisa objetivará analisar o direito à privacidade e intimidade do empregado no ambiente de trabalho, para que se verifique a forma como tem sido traçado os limites que não desrespeitem tais direitos da personalidade.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Segundo Aristóteles “o homem por natureza é um animal político [ou seja, destinado a viver em sociedade], e que o homem que, por sua natureza e não por mero acidente, não tivesse sua existência na cidade, seria um ser vil”. 32

Com a fala do filósofo, é possível observar que o ser humano necessita da vivência em sociedade, o que leva à necessidade de que sejam estabelecidas normas que regulem tanto as relações privadas quanto as públicas, de forma a tornar bem definidos os direitos e deveres de cada cidadão, enquanto parte da sociedade.

O direito surge na sociedade como uma forma de regular as mudanças naturais que nela surgem, como forma de garantia da liberdade do homem e a busca pela vida digna. Neste sentido aponta Rousseau, no capítulo denominado de “Do Pacto Social”, cuja ideia consiste da evolução do homem, saindo de um estado natural e selvagem para a formação de uma associação que passará a ser compreendida como Estado:

Eu imagino os homens chegados ao ponto em que os obstáculos, prejudiciais à sua conservação no estado natural, os arrastam, por sua resistência, sobre as forças que podem ser empregadas por cada indivíduo a fim de se manter em tal estado. Então este estado primitivo não mais tem condições de subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser. Ora, como é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio, para se conservarem, senão

31 SULZBACH, Camila Cervo. GARCIA, Mariana. ESPINDOLA, Ana Carolina. KÜMMEL, Marcelo Barroso. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho: tratamento da intimidade e da privacidade no ambiente de trabalho. In: Anais XVI Seminário de Iniciação Científica, a XIII Jornada de Pesquisa e a IX Jornada de Extensão UNIJUI (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul). Ijuí, 2008.

32 ARISTÓTELES. A política. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 56.

formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo. 33

É necessário lembrar que a formação em sociedade do homem não veio apenas após a consciência social, e sim o contrário. Desde os primórdios, os indivíduos já viviam de forma coletiva, visando reunir forças para garantir o bem comum do grupo e a sobrevivência. 34

Durante a Idade Média, ocorreram vários avanços, devido à difusão do Cristianismo, houve um maior reconhecimento da pessoa humana, que foi vista como relacionada à divindade de forma direta, como sua criação, e, por consequência, seus filhos. Com esta visão, a personalidade de cada indivíduo foi vista sob novo enfoque, mais protetor, desenvolvendo-se o ideal que temos atualmente da Dignidade Humana.

Após a Segunda Guerra Mundial, na qual se viram horrores desumanos nos mais diversos níveis realizados pelos nazistas, a questão dos direitos básicos da pessoa humana se tornou tópico alvo de debates. Neste contexto histórico, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) votou em 1948 pela aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A partir desta declaração houve o reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos inerentes ao homem. Vários países aderiram à esta nova tendência protecionista, utilizando-a em suas legislações. 35

A teoria do direito natural é um exemplo válido a ser citar aqui como embasamento teórico para a consolidação dos direitos da personalidade. A teoria do direito natural é a corrente de pensamento jurídico segundo a qual uma lei para ser lei deve estar de acordo com a justiça. Esta justiça reguladora da lei foi vista de várias formas ao longo da história, como Lei de natureza, Lei divina ou mesmo Lei da razão humana, porém o ponto em comum foi que a partir de qualquer uma dessas se reconheceu a existência de direitos próprios do homem, que não poderiam ser desrespeitados por uma lei que tivesse caráter injusto.

33 ROUSSEAU. Jean Jaques. Do contrato social: discurso sobre a economia e política. Curitiba: Ed. Hemus, 1994, p. 26.

34 WOLOWSKI, Matheus Ribeiro de Oliveira. DA SILVA, Leda Maria Messias. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos da Personalidade nas Relações de Trabalho. RDU, Porto Alegre, Volume 15, n. 85, 61-87, 2019.

35 CARVALHO, Akila da Silva. Integridade moral e liberdade de expressão: os direitos da personalidade na era das tecnologias. Monografia (bacharelado). Universidade Federal Do Maranhão - Centro De Ciências Sociais. São Luis, 2015.

Na atualidade, a vivência em sociedade é praticamente inerente, sendo quase impossível (se não impossível de fato) que um indivíduo viva totalmente isolado, considerando o nível de globalização ao qual a sociedade chegou.

Assim, o aspecto formal do ideal de bem comum e da necessidade de um ordenamento jurídico para assegurar os meios de buscas deste bem comum segue presente na sociedade, mesmo que tendo sofrido diversas mudanças ao longo do tempo.
36

Em relação à legislação pátria, a proteção aos direitos da personalidade foi tópico visto com maior efetividade a partir Constituição Federal de 1988 (CF/88). Porém, há indícios de sua existência desde legislações anteriores:

Entre nós, já na Constituição Imperial se vislumbrava a presença de alguns "precedentes" acerca dos direitos da personalidade, como a inviolabilidade da liberdade, igualdade e o sigilo de correspondência, aos que a primeira Constituição Republicana de 1891, acrescentaria a tutela dos direitos à propriedade industrial e o direito autoral, ampliando-se o seu regime nas de 1934 e 1946. Contudo, estes direitos não se fizeram presentes no Código Civil de 1916. 37 (NICOLODI, 2003).

Assim, como citado acima, em legislações anteriores à Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade não tinham proteção legal no Brasil na mesma intensidade que se vê atualmente. Após a promulgação da Constituição Federal, em 1988, a Dignidade da Pessoa Humana foi definida como um dos fundamentos basilares da República Federativa do Brasil, estando presente no art. 1º, inciso III³⁸.

A Constituição ainda trata da proteção aos direitos da personalidade em outros momentos, como no art. 5º que lista direitos e garantias fundamentais e menciona os direitos relativos à personalidade. É o caso do inciso X, que dispõe sobre a inviolabilidade

36 WOLOWSKI, Matheus Ribeiro de Oliveira. DA SILVA, Leda Maria Messias. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos da Personalidade nas Relações de Trabalho. RDU, Porto Alegre, Volume 15, n. 85, 61-87, 2019.

37 NICOLODI, Márcia. Os direitos da personalidade. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, nº 134, 17 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4493>> Acesso em: 25 mai. 2023.

38 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana.

da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando ainda direito a indenização em caso de violação.

Além da CF/88, outro dispositivo legal pátrio de alta relevância aos direitos da personalidade foi o Código Civil de 2002(CC/2002). Com sua elaboração ocorrendo em 1975, pelo jurista Miguel Reale, o CC/2002 teve várias alterações até sua aprovação.

Neste diploma legal há um capítulo exclusivo sobre os direitos da personalidade, o Capítulo II, localizado no Título I ainda do primeiro livro, que, em 11 (onze) artigos (do art.11 ao art. 21), dispõe sobre os direitos da pessoa, considerada em si mesma³⁹.

Nestes artigos os direitos da personalidade são classificados como intransmissíveis, irrenunciáveis e ilimitados. Essa definição garante a exigibilidade destes direitos, pois não podem ser transmitidos, tendo como exceção o que se elenca no art. 12, parágrafo único, que permite aos parentes do morto reclamar indenização da lesão causada.

Em relação à onde se inicia a personalidade civil, o CC/2002 traz em seu artigo 2º que a "personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direito do nascituro" 40.

Desta forma, ainda antes de nascer, já há a aquisição da condição de sujeito de direitos pelo indivíduo, ou seja, há obrigatoriedade legal que haja respeito à sua dignidade e direitos fundamentais.

Vários direitos são inerentes à personalidade desta pessoa, como: sua imagem, sua honra, privacidade e intimidade, religião, moral, a intelectualidade, pois se refere a um conjunto de direitos subjetivos que incidem sobre a própria pessoa ou sobre alguns fundamentais modos do indivíduo, físicos ou morais, da personalidade da pessoa humana. 41

Em relação à conceituação doutrinária dos direitos da personalidade, é possível citar Maria Helena Diniz, que afirma que estes direitos:

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo

39 CARVALHO, Akila da Silva. Integridade moral e liberdade de expressão: os direitos da personalidade na era das tecnologias. Monografia (bacharelado). Universidade Federal Do Maranhão - Centro De Ciências Sociais. São Luis, 2015.

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

41 TRAMPUSCH, Carlos Victor Alves. Direito da personalidade: principais possibilidades de alteração do registro civil. Monografia (especialização). Universidade Federal Do Estado De Mato Grosso. Cuiabá, 2017.

ou morto, corpo alheio, vivo ou morto...)...e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social.). 42

Já Francisco Amaral define que “Direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual” 43.

Por fim, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que os direitos da personalidade são “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.” 44.

Assim, os direitos da personalidade podem ser fundamentados principalmente no artigo 11 e seguintes do Código Civil, como no art. 1º, III e artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, na ordem constitucional brasileira é proibida quaisquer discriminação que atente contra os direitos e liberdades fundamentais, conforme preleciona o art. 5º, XLI, da Constituição Federal de 198845.

Tais direitos, mesmo estando garantidos pela Constituição Federal, não devem colidir com outros direitos fundamentais, para evitar prejuízo da coletividade, resguardando assim os direitos da sociedade, ao mesmo tempo que não se prejudica a vida particular de cada indivíduo.

Apesar da CLT não fazer referência aos direitos da personalidade, devido ao fato de estes estarem presentes na Constituição Federal como direitos fundamentais, há a obrigatoriedade da observância do direito a intimidade e a privacidade por todas as pessoas e em todas as formas de relações desenvolvidas entre particulares, incluindo a relação entre empregado e empregador, no ambiente de trabalho ou fora dele.

42 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do direito civil. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, v.1,2017. p.142.

43 AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P.249

44 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 150.

45 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

3 DIREITOS À INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO EMPREGADO NO AMBIENTE DE TRABALHO

3.1 DIREITOS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

Há muita divergência sobre os termos privacidade e intimidade, presentes no artigo 5º, X, da Constituição Federal⁴⁶, visto que ambos se confundem, o que leva a uma divisão doutrinária sobre a distinção ou não dos mesmos. Aqui, cabe trazer os posicionamentos da doutrina civilista, visto que no direito do trabalho há omissão acerca dos conceitos destes institutos.

Defendendo que se tratam de termos sinônimo, Alice Monteiro de Barros afirma que “na língua portuguesa os termos privacidade e intimidade são sinônimos, sendo elementos necessários à convivência em sociedade”⁴⁷.

Já Maria Helena Diniz afirma que a privacidade não se confunde com a intimidade, mas esta pode incluir-se naquela. Desta forma, a doutrinadora trata cada termo de maneira diversa, considerando que a privacidade volta-se a aspectos externos da existência humana e a intimidade diz respeito a aspectos internos do viver da pessoa⁴⁸.

Aqui cabe a definição apontada por Aurelia Maria Romero Coloma, que entendeu o direito à intimidade como sendo: “o direito em virtude do qual excluimos todas ou algumas pessoas do conhecimento de nossos pensamentos, sentimentos, sensações e emoções. É o direito de viver sozinho aquela parte da nossa vida que não desejamos partilhar com os outros, seja com a sociedade que nos rodeia, com todo o mundo que nos rodeia, ou com uma parte desse mundo.”⁴⁹ (tradução própria).

⁴⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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;

⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Proteção à intimidade do empregado, 2.ed. São Paulo: LTr, 2009, p.34.

⁴⁸ Original: “el derecho en virtud del qual excluimos a todas o determinadas personas del conocimiento de nuestros pensamientos, sentimientos, sensaciones y emociones. Es el derecho a vivir en soledad aquella parte de nuestra vida que no deseamos compartir con los demás, bien sea con la sociedad que nos rodea, con todo el mundo que nos circunda, o bien con una parte de ese mundo”. COLOMA, Aurelia Maria Romero apud CARVALHO, Luís Grandinetti Castanho de. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 34.

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do direito civil. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2017.

Assim, no ramo da esfera privada está contida a esfera da intimidade, na qual participam apenas as pessoas nas quais o indivíduo possui maior confiança e com as quais mantém certa intimidade.

A proteção à intimidade e à privacidade é comumente apontada como a proteção de recordações pessoais, memórias, diários, vida amorosa, situação familiar, dados pessoais, saúde, lembranças, inviolabilidade de correspondência, inviolabilidade de domicílio, sigilo profissional, sigilo bancário e até mesmo do lixo doméstico. Por este motivo, há a falsa impressão de que todos os direitos elencados no inciso X do art. 5º da Constituição são sinônimos, o que constitui um entendimento errôneo.

A intimidade trata do espaço pessoal que o indivíduo considera impenetrável e intransponível, logo, que diz respeito única e exclusivamente a este indivíduo, sendo possível citar como exemplo as recordações pessoais, diários escritos por esta pessoa, etc. A intimidade trata de assuntos de tanta importância, que a pessoa não deseja compartilhar com ninguém, se tratando de seus segredos, desejos e expectativas pessoais.

Já a privacidade trata de situações referentes à situações familiares, de saúde, estudos, etc. São situações que também tratam de assuntos intrínsecos da pessoa, porém, tais assuntos, apesar de particulares, ainda são partilháveis com pessoas mais próximas, de sua confiança⁵⁰.

Desta forma, é possível observar a diferença entre a intimidade e a privacidade. Enquanto a privacidade possui caráter mais amplo, que possibilita inclusive que seja partilhado com outras pessoas mais próximas, o que leva à possibilidade de certa interferência exterior, a intimidade diz respeito à uma esfera mais restrita, indivisível com outros indivíduos.

3.2 PROTEÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE E PRIVACIDADE DO EMPREGADO

Após se estabelecer a conceituação e divisão entre privacidade e intimidade, é possível tratar da garantia do exercício destes direitos da personalidade dentro da relação de emprego.

Os direitos da personalidade, como dito anteriormente, são inerentes ao indivíduo, o acompanhando em todos os aspectos e relações da vida. Enquanto cidadão, o empregado não deixa de possuir seus direitos fundamentais, dentre os quais consta a garantia da sua privacidade e intimidade.

⁵⁰ GUERRA, Sidney. Direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem. In: Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI/UNICAP. Recife, 2006.

Assim, a privacidade e a intimidade do indivíduo devem ser respeitadas, não importando a situação ou ambiente no qual se encontra. Na relação empregatícia, mesmo com a existência do poder diretivo do empregador (que é o poder que permite que no âmbito de trabalho as ordens do empregador sejam respeitadas), há a preservação do direito de personalidade do empregado.

Neste sentido:

(...) o poder diretivo, também denominado de poder organizativo ou poder de comando, é inerente ao contrato de trabalho, não podendo preexistir a este, pois assim como a subordinação, sua manifestação ocorre durante o pacto laboral, após a manifestação de vontade das partes.

Na relação de subordinação e poder de direção, existem dois institutos, verdadeiros direitos fundamentais, que são o *jus variandi* e o *jus resistendae*, que consistem, respectivamente, no direito que tem o empregador de dirigir as atividades do empregado subordinado e, no direito do empregado de resistir ao poder diretivo do empregador frente a condutas ilegais e abusivas, haja vista não haver sujeição pessoal em relação a este. 51

Aqui, cabe a citação do princípio do Direito do trabalho da proteção ao trabalhador.

O princípio da proteção é o princípio basilar, norteador do ordenamento jurídico trabalhista, influenciando os demais princípios e inspirando a formulação das normas e institutos do Direito do Trabalho.

O princípio da proteção se fundamenta no princípio da isonomia ou princípio da igualdade, implícito no art. 5º, da Constituição Federal.

O direito do trabalho nasceu da necessidade de se fixar limites à exploração da mão de obra empregada, diante das linhas de produção em série estabelecidas pela Revolução Industrial. Assim, o princípio da proteção do trabalhador, ou simplesmente princípio protetor, constitui a espinha dorsal do direito do trabalho. Trata-se de princípio basilar que orienta as relações jurídicas individuais de

51 RAMOS, Karina Oliveira Cardoso. Colisão de princípios no exercício do poder diretivo do empregador. *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2414, 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14324/colisao-de-principios-no-exercicio-do-poder-diretivo-do-empregador>>. Acesso em: 01 jun. 2023.

direito do trabalho, bem como a interpretação deste ramo do direito.
52

Há nas relações empregatícias uma desigualdade contratual, pois o empregador, detentor dos meios econômicos e produtivos, exerce sobre o empregado, polo hipossuficiente da relação de emprego, subordinação, ou seja, nas relações laborais a autonomia da vontade não é igualitária entre as partes. Pois, o empregador exerce poder sobre o empregado, impondo a este sua vontade.

Assim, visando diminuir a desigualdade entre trabalhador e empregado, equilibrando a relação empregatícia, o princípio da proteção tem o escopo de limitar a vontade do empregador sob o empregado, garantindo ao segundo direitos mínimos por intermédio da lei trabalhista que protege o polo hipossuficiente dos contratos de trabalho, concedendo ao trabalhador preeminência jurídica.

Assim, mesmo no caso de haver cláusula contratual que “permita” que o empregador adentre sem limites na intimidade e privacidade do trabalhador, não haverá validade, visto que a proteção ao trabalhador e aos seus direitos básicos irá prevalecer.

Vale ressaltar que o objeto do contrato trabalhista não é a pessoa do trabalhador, e sim a sua atividade e força de trabalho. Visto que não é possível separar o trabalho de seu prestador,

o empregado reúne a dupla qualidade de titular de direitos fundamentais, sendo que os primeiros lhe assistem como cidadão, e os segundos são aplicáveis estritamente à relação de emprego⁵³.

Desta forma, ao entrar na relação trabalhista, o empregado adquire os direitos relativos à esta nova relação, porém sem perder seus direitos anteriores como cidadão.

No âmbito público internacional, apesar de a Organização Internacional do Trabalho não ter editado qualquer Convenção ou Recomendação específica sobre a tutela geral de privacidade do trabalhador, temos que o artigo 4.1 da Convenção 155 da OIT (ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2, de 1992), que dispõe sobre segurança e saúde do trabalhador e do meio ambiente do trabalho, impõe que os países signatários deverão adotar práticas

52 MOURA, Marcelo. Curso de direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 105.

53 BURMANN, Marcia Sanz. A concretização da privacidade do empregado no ambiente de trabalho. Dissertação (Mestrado). 159 f. Faculdade De Direito Da USP. São Paulo, 2011.

para garantir a segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho. Por esse raciocínio, visando à manutenção de um ambiente de trabalho sadio, está vedado ao empregador adotar práticas que afrontem a privacidade do trabalhador.

Ainda, a recente Recomendação 200 da Organização Internacional do Trabalho¹⁷⁴ – que trata sobre a infecção do HIV no mundo do trabalho adotada pela 99ª Seção da Conferência Internacional do Trabalho, em 17 de junho de 2010 – estabelece diversas regras que visam preservar a privacidade do portador do HIV, bem como os seus familiares⁵⁴.

Já no âmbito do direito pátrio, a CLT não versa a respeito da preservação dos direitos da personalidade ou sobre a proteção à intimidade e a privacidade, tratando apenas de situações específicas, como a justa causa por ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem, ou para a rescisão contratual por parte do empregado (pleiteando a devida indenização) quando praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; ou mesmo proibindo a revista íntima em empregadas mulheres (artigos 482, j; 483, e; e 373-A da CLT)⁵⁵.

A falta de tratativa específica na CLT acerca dos direitos da personalidade, especialmente sobre a privacidade e intimidade no ambiente de trabalho não retira do empregado a garantia de tais direitos.

Neste sentido, Rosa Amaral Dinis afirma que:

No Brasil, o direito a inviolabilidade da intimidade dos trabalhadores se pauta pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, assegurados sob a ótica constitucional. Os princípios são vetores que auxiliam e atualizam a interpretação da norma da forma mais adequada ao caso concreto analisado⁵⁶.

54 BURMANN, Marcia Sanz. A concretização da privacidade do empregado no ambiente de trabalho. Dissertação (Mestrado). 159 f. Faculdade De Direito Da USP. São Paulo, 2011. P. 57.

55 BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil: seção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 82, n. 184, p. 11937-11984, 9 ago. 1943.

56 DINIS, Rosa Amaral. A controvérsia entre o poder diretivo do empregador e o direito à preservação da intimidade do empregado. 2017. Disponível em <<https://silo.tips/download/a-controversia-entre-o-poder-diretivo-do-empregador-e-o-direito-a-preservacao-da>> Acesso em 04 jun. 2023.

É inegável a existência do poder diretivo, e, por consequência, da subordinação do empregado ao empregador, porém, sua existência não faz de sua natureza irrestrita, pois sua aplicação sem limites levaria a relação trabalhista de uma subordinação jurídica existente na relação de trabalho para uma sujeição do empregado.

É necessário lembrar que, como dito anteriormente, ao entrar na relação trabalhista, o empregado não anula seus direitos da personalidade, que seguem existindo e devem ser respeitados pelo empregador.

Os direitos fundamentais à intimidade e privacidade do trabalhador devem ser respeitados em toda e qualquer situação, não podendo o empregador ignorar a existência desses preceitos constitucionais. Antes de serem partes da relação trabalhista, nas figuras de empregado e empregador, os indivíduos são cidadãos, ambos com direitos e deveres que devem ser observados e cumpridos mutuamente.

Em caso de colisão entre a proteção à privacidade e intimidade do trabalhador, e o poder diretivo do empregador, é necessário que haja ponderação de interesses⁵⁷.

Na relação trabalhista, a autonomia da vontade das partes, que rege a relação contratual entre o empregado e o empregador, existe, porém de forma limitada, para que não ultrapasse os direitos fundamentais, sendo necessário que as condições exigidas pelo legislador sejam respeitadas. Assim, o trabalho é um direito social que está diretamente ligado à dignidade do ser humano, porém, o desrespeito ao empregado contra a vida privada, a imagem, a honra, a privacidade e a intimidade se configura como desrespeito à direitos protegidos pela Constituição Federal.

Desta forma, a regra geral preza pelo respeito à privacidade e à intimidade do empregado por parte do empregador. Ir contra tal pensamento seria negar automaticamente a individualidade e a dignidade do trabalhador, fazendo deste um simples objeto com a função de produzir ao bel prazer do empregador.

Não há um ponto imóvel que figure entre o direito à intimidade e privacidade do empregado e o poder diretivo do empregador. Ambos podem coexistir, porém sempre sendo necessário que se compreenda as limitações dos poderes do empregador, visto que tal poder deve se pautar pela aplicação dos direitos fundamentais à relação trabalhista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁵⁷ BURMANN, Marcia Sanz. A concretização da privacidade do empregado no ambiente de trabalho. Dissertação (Mestrado). 159 f. Faculdade De Direito Da USP. São Paulo, 2011.

O direito da personalidade tem como função garantir e proteger a liberdade e a dignidade do indivíduo em todos os seus aspectos (físico, moral, social, intelectual, etc.), e não deixam este indivíduo no momento em que figura como empregado em uma relação de trabalho.

A falta de disposição legal trabalhista de forma expressa que garanta ao trabalhador o direito à sua privacidade e intimidade não impede que tais direitos sigam existindo no ambiente de trabalho, visto se tratar de direitos garantidos constitucionalmente.

Apesar de o contrato de trabalho celebrado entre empregado e empregador levar à existência da prestação pessoal de serviço daquele a este, esta relação de subordinação estabelecida entre as partes se limita à atividade desenvolvida, não recaindo sobre a pessoa do trabalhador. Não há de se falar em submissão a nível pessoal, visto que segue existindo a garantia de individualidade e personalidade do empregado.

O presente trabalho teve como objetivo estudar como o direito à privacidade e à intimidade do trabalhador seguem protegidos, mesmo que diante do poder diretivo do empregador, demonstrando que ambos podem coexistir, com os devidos limites para o exercício de cada um deles.

A subordinação do empregado diz respeito apenas à subordinação hierárquica advinda do contrato de trabalho, e, como dito anteriormente, se limita à atividade realizada pelo empregado.

O poder diretivo pode ser executado de forma a garantir o bom desempenho da atividade empresarial, porém limitado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelos direitos da personalidade do empregado, mesmo que em ambiente de trabalho, pois estes direitos são indissociáveis da pessoa do trabalhador não importando a situação em que se encontre.

Desta forma, apesar de se reconhecer a existência de um poder diretivo do empregador, não há de se ignorar a tutela geral de privacidade e intimidade do trabalhador, não sendo possível então que haja o gozo ilimitado e irrestrito deste poder diretivo no ambiente de trabalho, sempre havendo resguardo dos direitos fundamentais do empregado.

REFERÊNCIAS FINAIS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**, 2.ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil: seção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 82, n. 184, p. 11937-11984, 9 ago. 1943.

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

BURMANN, Marcia Sanz. **A concretização da privacidade do empregado no ambiente de trabalho**. Dissertação (Mestrado). 159 f. Faculdade De Direito Da USP. São Paulo, 2011.

CARVALHO, Akila da Silva. **Integridade moral e liberdade de expressão: os direitos da personalidade na era das tecnologias**. Monografia (bacharelado). Universidade Federal Do Maranhão - Centro De Ciências Sociais. São Luis, 2015.

CARVALHO, Luis Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DINIS, Rosa Amaral. **A controvérsia entre o poder diretivo do empregador e o direito à preservação da intimidade do empregado**. 2017. Disponível em <<https://silo.tips/download/a-controversia-entre-o-poder-diretivo-do-empregador-e-o-direito-a-preservacao-da>> Acesso em 04 jun. 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Teoria geral do direito civil. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, v.1, 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUERRA, Sidney. **Direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem**. In: **Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI/UNICAP**. Recife, 2006.

MOURA, Marcelo. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NICOLODI, Márcia. **Os direitos da personalidade**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, nº 134, 17 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4493>> Acesso em: 25 mai. 2023.

RAMOS, Karina Oliveira Cardoso. **Colisão de princípios no exercício do poder diretivo do empregador.** *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2414, 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14324/colisao-de-principios-no-exercicio-do-poder-diretivo-do-empregador>>. Acesso em: 01 jun. 2023.

RUARO, Regina Linden. JUNIOR, Eugênio Hainzenreder. **Proteção da privacidade no contrato de trabalho:** da normatização legal a situações de conflitos. *Revista Joaçaba*, v. 16, n. 2, p. 601-634, jul./dez. 2015.

SULZBACH, Camila Cervo. GARCIA, Mariana. ESPINDOLA, Ana Carolina. KÜMMEL, Marcelo Barroso. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho:** tratamento da intimidade e da privacidade no ambiente de trabalho. In: **Anais XVI Seminário de Iniciação Científica, a XIII Jornada de Pesquisa e a IX Jornada de Extensão UNIJUI (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul)**. Ijuí, 2008.

TRAMPUSCH, Carlos Victor Alves. **Direito da personalidade:** principais possibilidades de alteração do registro civil. Monografia (especialização). Universidade Federal Do Estado De Mato Grosso. Cuiabá, 2017.

WOLOWSKI, Matheus Ribeiro de Oliveira. DA SILVA, Leda Maria Messias. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos da Personalidade nas Relações de Trabalho.** RDU, Porto Alegre, Volume 15, n. 85, 61-87, 2019.

DIREITO NA LITERATURA: O INSTRUMENTO DE PODER PARA REESCREVER A CONDIÇÃO HUMANA.

LETICIA REGINA ANÉZIO: Professora de Direito; Assessora Jurídica na Prefeitura Municipal de Toledo –MG; Bacharela em Direito, Especialista em Direito Público, Mestranda em Direito⁵⁸.

RESUMO: O ensaio a seguir reflete a respeito do direito na literatura e a contribuição que esses dois fenômenos podem trazer para a transformação social. Trata-se de uma análise sobre o papel da literatura na construção do jurídico por meio do prisma direito na literatura. Aborda-se o “mito da prisão voluntária” apontando as provocações reflexivas que o texto se propôs a fazer. O artigo estabelece algumas conexões entre o direito e literatura embasada nos estudos do Prof. Dr. François Ost e realiza alguns questionamentos com relação a suspensão do desenvolvimento da mentalidade e a crise humana advinda do conforto trazido pela inteligência artificial, e por fim, aponta o poder do direito alinhado a literatura para a solução do conflito de civilidade atual.

Palavras-chave: *Direito na Literatura. Direito a liberdade. Crise.*

ABSTRACT: *The following essay reflects on law in literature and the contribution these two phenomena can bring to social transformation. It is an analysis of the role of literature in the construction of the juridical, through the prism of law in the literature, the “myth of voluntary imprisonment” is approached, pointing out the reflexive provocations that the text proposed to make. The article establishes some connections between law and literature based on Prof. Dr. François Ost and raises some questions regarding the suspension of mentality development the human crisis arising from the comfort brought by artificial intelligence, and finally points out the power of law aligned with literature for the solution of the current civility conflict.*

Keyword: *Law in Literature. Right to freedom. Crisis.*

1 INTRODUÇÃO

Quem é que diz o direito? Pergunta intrigante que imediatamente remete os olhos ao contexto cultural, lugar onde o direito nasce e se desenvolve. Um olhar sobre o direito através de uma perspectiva por meio da arte, da literatura pode permitir uma melhor

⁵⁸ E-mail: leticiaanezio.adv@gmail.com

compreensão sobre o fenômeno do jurídico e sobre a sua linguagem, se considerar que a literatura é expressão do imaginário humano instrumentalizado.

Falar sobre o direito é falar sobre linguagem, um povo só existe se puder compreender-se, e a linguagem exerce o papel de unificar os interesses, deste modo, a literatura deve ter lugar consagrado no tocante a construção do direito, pois através dela, o homem pôde construir, deste a antiguidade debates e reflexões que foram capazes de desenvolver o jurídico. Questões fundamentais que norteiam todo o ordenamento jurídico só puderam atravessar gerações e se aprimorar graças ao imaginário construído por meio da literatura. Diversos autores literários contribuíram para a construção do pensamento jurídico por captar os movimentos e a realidade social e os instrumentalizarem em suas obras literárias, ajudando a construir a cultura do seu povo. O mito trazido para análise é mais uma dessas contribuições ao movimento *direito e literatura*.

O Prof. Dr. François Ost em sua obra *As fontes do imaginário humano*, propõe que haja, "a partir de estudos de Direito e Literatura, uma renovação dos esquemas interpretativos do direito por meio de uma viagem às fontes do seu imaginário", pois, a imaginação do homem pode influenciar, criar e mudar aquilo que está positivado no direito.

O Prof. Dr. Ost, ao dizer, "se o direito produz pessoa, a literatura produz personagem", traduz a liberdade existente na literatura. O direito é mudança. O direito é movimento, a cultura se constrói e a literatura a eterniza, a modifica, a questiona, e o faz livremente sem amarras, a literatura é a asa do pensamento, da reflexão, ela é a pena que escreve, conta e reconta o Direito.

2 "O MITO DA PRISÃO VOLUNTÁRIA"

SÓCRATES: Figura-te a humanidade em um estado de guerra, em relação à razão e a civilidade, sob a forma alegórica que farei agora. Imagine só um cenário, onde após muitos e muitos anos de luta e opressão, um aglomerado de pessoas finalmente conquistou a liberdade. Estariam livres para conhecer tudo o que a luz fosse capaz de tocar, entretanto, os opressores nunca descansariam até domina-los novamente...

GLAUCO: Imagino tudo isso.

SÓCRATES: Supõe que esses homens por esquecimento ou por ignorância sobre as guerras que precederam o estado de liberdade decidem um a um a abdicar dessa virtude em troca de uma ilusão oferecida pelos antigos opressores. A promessa de uma vida mais fácil, sem dor, sem tristeza, de prazeres fáceis. Uma vida repleta de coisas fantásticas, feitos maravilhosos, tudo seria permitido, não haveriam regras, um lugar onde o ser poderia ser quem ele desejasse ser.

GLAUCO: Um quadro curioso!

SÓCRATES: A princípio qualquer um seria bem-vindo. Todavia, seria necessário cumprir algumas obrigações. Todos que quisessem acesso a esta vida deveriam voluntariamente apenas entregar as suas informações particulares, contar os seus passos, informar tudo o que fizessem, o que conversassem e até mesmo sobre tudo o que pensassem. Quanto mais informações maravilhosas pudessem criar, mais reconhecimento da comunidade receberiam. Entretanto, as notícias ruins, as imagens degradantes, ou os relatos entristecedores não seriam tolerados, portanto deveriam sempre ser evitados, escondidos e disfarçados. Não era permitido sofrer.

GLAUCO - Impressionante!

SOCRATES – Uma vida aparentemente fantástica e sedutora, as pessoas se agrupariam por afinidades, não seria mais necessário se relacionar com ninguém de quem não gostasse, bastaria excluí-lo! Seria possível conhecer pessoas, se relacionar e fazer amizades. Nessa vida, seria permitido dizer tudo o que quisesse e jamais seria punido! Informações sobre medicina, justiça, arquitetura, artes, política, guerra e qualquer outro assunto que pudessemos imaginar estariam disponíveis para qualquer pessoa interessada adultos, jovens e crianças, sem nenhuma restrição.

GLAUCO – Me parece ser um infinito de possibilidade.

SOCRATES – Seriam tantas as possibilidades, que esses homens permaneceriam constantemente envolvidos, e estariam sempre tão distraídos que não poderiam perceber a grande verdade. De que estariam por certo, aprisionados pelas imagens, notícias, informações e relações oferecidas. Se acostuariam com a facilidade, com o acesso irrestrito a conhecimentos criados que perderiam a capacidade de criar seus próprios pensamentos. Se de tudo o que pudessem imaginar, pelos opressores já lhes havia sido disponibilizado, certamente não haveria mais a necessidade de criatividade alguma!

GLAUCO - Por certo, não haveria necessidade de razão, já que não haveriam problemas a seres solucionados! Ainda que houvessem, quem se importaria?

SOCRATES: Depois de alguns anos vivendo assim, certamente estes homens perderiam toda a consciência. A vida fácil, repleta de coisas boas e belas os fascinaria tanto a ponto de nenhum deles se interessar pelas questões relevantes da vida! A verdade sobre as dores humanas acabaria sendo negligenciada para que o ideal de perfeição se mantivesse.

GLAUCO – Singular existência seria essa.

SOCRATES: O que será que aconteceria, se um desses homens percebesse que essa vida perfeita prometida era uma grande armadilha dos antigos opressores para manterem presos todos os seus companheiros e assim dominarem a eles e ao mundo sensível? O que aconteceria se esse homem se desse conta de que seus os companheiros aprisionados estariam tão fascinados e corrompidos nesse mundo ininteligível que se esqueceram de suas obrigações como cidadãos?

GLAUCO – Seria possível chegar a todas essas conclusões.

SOCRATES: Ora, não te parece que, uma vida sem dores só poderia se realizar por homens que nada sentem? Nem dores e nem prazeres?

GLAUCO - Sem dúvida. Certamente não seriam homens estes seres.

SOCRATES: Os homens aprisionados pela obrigação de felicidade, incapazes de discernir, estariam confusos sobre si próprios e perderiam a sua identidade. Não se reconheceriam como iguais. A ideia de perfeição, os seduziria, de modo que perderiam a coragem de viver a realidade. Fingiriam para todos e para si. Tentariam enganar seus próprios sentimentos humanos. E para manterem essa aparência personagens tornar-se-iam.

GLAUCO - Fora de dúvida.

SÓCRATES – Não haveria mais confiança, ninguém saberia mais o que é verdade ou ilusão, tudo seria raso nada de profundo, restariam somente sombras, escuridão e confusão mental, seres ininteligíveis. Tornar-se-iam seres individualistas, egocêntricos e egoístas. A liberdade utilizada sem consciência acabou por lhes aprisionar a alma. Ninguém mais pensaria no outro, o mundo sensível perderia a importância. Os homens seriam criadores de suas próprias cavernas e estariam centrados em si, em seus desejos particulares. Se afastariam da convivência, do diálogo, da razão! Nesta obscuridade, não lhe ficariam os olhos como submersos em trevas?

GLAUCO - Nada veriam.

SÓCRATES - Fitar a luz, lhes doeria os olhos. Fugir da realidade e da verdade, pareceria não ser mais uma opção, pois não haveria mais pensamento crítico para tomar qualquer decisão racional. E assim como as almas, os valores e os princípios sociais desse povo teriam suas estruturas derrubadas pelas armas da individualidade, da subjetividade e da inconsciência da falsidade. Não haveria mais civilidade, só desordem, desencontros, incompreensão, ignorância e violência. O ser humano irracional, apenas um selvagem, que agiria sempre em excesso ou em falta. Seria esse o cenário ideal para a dominação de opressores!

GLAUCO - Certamente.

SOCRATES – Estariam sempre tão distraídos esses pobres. Talvez seria essa a enfermidade maior da humanidade: a obrigação de ser feliz! A inconsciência voluntária! O corpo livre e a mente aprisionada!

GLAUCO – Pobres cativos, não?

SÓCRATES - Vejamos agora o que aconteceria, se aquele homem que retomou a sua consciência, decidisse lutar para recuperar a ordem da civilização destruída. Sua missão seria livrar o máximo de pessoas possíveis dessa prisão voluntária. A caverna onde a humanidade se aprisionou precisaria ser desconstruída. Seria preciso desmaterializar o povo, relembra-los de sua humanidade. Abrir-lhes os olhos da razão! Imaginemos que não poderia fazer tudo isso sem grande pena.

GLAUCO - Sem dúvida nenhuma.

SOCRATES - Tivesse ele que convencer os companheiros que essa vida de falsa felicidade havia destruído todas as relações humanas e que eles se afastaram da ideia do bem, por negar a sua humanidade, e que todos estariam aprisionados, que recuperar a liberdade de cada um só seria possível através da coragem e da razão. Imagine que a este respeito entrasse em discussão com os companheiros ainda presos em ilusões opressoras, não é certo que no mínimo os faria rir? Não lhe diriam que, ele estaria louco, ultrapassado, que seu esforço não valeria a pena e que assim, se alguém quisesse fazer o mesmo, mereceria ser excluído e desacreditado?

GLAUCO - Por certo que o fariam.

SÓCRATES - Pois agora, meu caro GLAUCO, é só aplicar com toda a exatidão esta imagem a tudo o que antes havíamos dito com relação aos cativos daquela mesma caverna. O antro subterrâneo sempre foi a irracionalidade humana. O homem inconsciente não faz bom uso das suas virtudes, aqui a liberdade submetida à ignorância aprisionou os homens, como os cativos daquela caverna escura, que eram presos a correntes, libertar esses homens será ainda mais penoso, pois a prisão agora é voluntária. Mas a razão ilumina a alma do homem, lhe quebra correntes. O homem iludido sempre poderá retomar a sua consciência se assim desejar, ao contemplar a razão sua alma se elevará. Ou, antes, já que o queres saber, é este, pelo menos, o meu modo de pensar, que só através da razão conhecemos a verdade. Quanto a mim, a coisa é como passo a dizer-te. Nos extremos limites da consciência está a ideia do bem, a qual só com muito esforço se pode conhecer, mas que, conhecida, se impõe à razão como causa universal de tudo o que é belo e bom,

autora da inteligência e da verdade, e sobre a qual, por isso mesmo, cumpre ter os olhos fixos para agir com sabedoria a ponto de não trocar uma vida livre por migalhas opressoras.

3 ANÁLISE DO MITO DA PRISÃO VOLUNTÁRIA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO NA LITERATURA

Direito e Literatura podem abordados em três dimensões segundo o Prof. Ost: o direito da literatura, uma análise sobre a liberdade de expressão, a história jurídica da censura e políticas editoriais; por um segundo prisma tem-se o direito como literatura, a investigação busca a análise da retórica e métodos de interpretação entre os textos literários e jurídicos; E pela terceira via o direito na literatura, aqui o objetivo é a análise de questões sobre o direito, a justiça e o poder.

“O mito da prisão voluntária” será aqui abordado na perspectiva do direito na literatura, já a questão trabalhada no texto trata de um direito fundamental que o direito à liberdade.

O texto faz uma alusão ao Mito da Caverna, escrito por Platão na obra “República”, onde em um diálogo entre Sócrates e Glauco, é contada a história de alguns cativos que nascem e vivem presos a correntes dentro de uma caverna escura e tudo o que enxergam não passam de reflexos produzidos por uma fogueira, portanto nada do conhecem é real, apenas imagens. Tudo se modifica quando um desses cativos consegue escapar e alcança a superfície da caverna e lá pode contemplar o sol e todas as coisas belas do mundo real.

O mito trata da iluminação do filósofo, que ao ter coragem de livrar-se das amarras, consegue contemplar o sol, o belo, a verdade, e deseja que todos os seus companheiros alcancem a verdade também, porém ao retornar à caverna, tristemente é desacreditado pelos cativos, que dado seu estado de nascença, de comodismo e de falta de coragem preferem permanecer na ignorância profunda.

O “mito da prisão voluntária” se assemelha ao “mito da caverna”, primeiramente pela linguagem utilizada, posteriormente se aproximam ao tratar da ignorância, da liberdade e da possibilidade da iluminação do homem.

Se diferenciam em diversos pontos, no tempo, no espaço, e principalmente pelo fato de que no “mito da caverna” os cativos nascem presos em suas cavernas. Como crianças que nada conhecem do mundo, e jamais tiveram acesso aos meios de conhecer, sair da ignorância seria muito dificultoso, pois os cativos não se reconhecem prisioneiros. Já no “mito da prisão voluntária” os homens nascem livres e decidem entregar livremente a sua liberdade em troca de ilusões.

O texto faz referência a prisão a que o mundo atual se lançou. A sociedade abriu mão de um direito fundamental que é a liberdade de pensamento ao se escravizar nas

redes sociais. A internet parece ter travado uma guerra com a intelectualidade humana, já que por meio dela tudo é aparentemente fácil e possível, o homem vai perdendo a sua capacidade de raciocinar, e o pior, tem consciência de que tudo ali é ilusão, mas não possui forças suficientes para lançar mão do comodismo, e permanece voluntariamente aprisionado.

A prisão, segundo o texto, seria a própria mente humana, o homem contra o homem, criando mecanismos para a destruição da racionalidade, corrompendo as relações, corrompendo as ideias, a racionalidade substituída pelo conforto ofertado pela inteligência artificial desestrutura a sociedade, já que agora o homem pode “decidir” não enfrentar a realidade, pode viver num mundo paralelo, pode ser senhor, pode ser um “Deus” sentado no conforto de sua casa, em uma cadeira estofada se ocupando de julgar o mundo através do seu olhar único e superior.

A vida em sociedade perde a ideia do bem comum, se materializa, o homem esquece de suas fragilidades, o homem perde a sua humanidade, e os noticiários mostram os resultados diariamente dessa troca da liberdade de pensar pela prisão voluntária na caverna da ignorância.

O mito, nos remete a reflexão sobre o caminho que a sociedade está trilhando. Como será possível atingir o bem estar social em uma sociedade que não se unifica? Em uma sociedade cada vez mais distante da humanidade, uma sociedade que não reflete, que não discute pacificamente, uma sociedade que não conversa, que não se escuta, como ficará a política? O direito à liberdade nas mãos da ignorância levará a humanidade ao fim? Será que o direito à liberdade poderia ser relativizado considerando o caos civilizatório que estamos vivendo?

Questões de relevância que precisam ser pensadas, a literatura mais uma vez se coloca a disposição sem amarras para que livremente se possa até mesmo questionar a disposição de direitos que são considerados fundamentais.

O direito à liberdade sempre foi relativizado, a pena de reclusão é o exemplo, com a sua função de ressocialização suspende-se o direito fundamental a liberdade para que o ser humano se reedueque e possa voltar ao convívio social.

Na atual conjuntura, a maior parte da população deveria ser ressocializada, reeducada, reumanizada. E quem irá reordenar a humanidade senão ela própria através do direito? E como iremos produzir cidadãos capazes de construir uma sociedade melhor se não pudermos escrever uma nova história?

Questões como estas devem ser discutidas pela sociedade e o cenário literário permite que reflexões como essas possam contribuir com o imaginário rumo a construção de uma cidade mais justa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise que a humanidade enfrenta inerente ao desenvolvimento da mentalidade e da intelectualidade é resultado de diversos fatores, um desses fatores é o uso da inteligência artificial, que oferta uma falsa sensação de poder e liberdade, quando utilizada como substituta da razão humana atrofia a capacidade de reflexão do homem.

Uma sociedade que não dialoga, que não reflete, que não pensa é uma sociedade fadada ao extermínio.

O direito só pode ser construído por meio da unidade social, a literatura é uma salvaguarda da cultura, dos interesses sociais, da política e do direito.

Preparar os operadores do direito para reordenar a sociedade só é possível por meio da linguagem, o direito e a literatura são peças fundamentais para esse objetivo de reestruturação, esse laço não pode se dissolver em legalismo objetividade.

A análise do “mito da prisão voluntária” é uma provocação para a reconstrução da condição humana que poderá se realizar através do poder da cultura, da literatura e do direito.

4 REFERÊNCIAS

PLATÃO. A República. Tradução Carlos Alberto Nunes. Belém: EDUFPA, 2000. p.319-322.

OST, François. Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007

A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

TALLES HENRIQUE BEZERRA LIMA:
graduado pela Universidade Paraíso -
CE⁵⁹

RESUMO: A presente pesquisa tem por finalidade analisar os impactos e implicações jurídicas da confissão no acordo de não persecução penal, advindo do Pacote Anticrime. Desse modo, o objetivo central do trabalho é observar quais são os reflexos pertinentes à proteção e garantia do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório na confissão, como fase obrigatória para conclusão do acordo na fase que precede o devido processo penal. Assim, para alcançar este objetivo, este estudo foi realizado a partir dos ensinamentos do método de pesquisa dedutivo, com o auxílio do tipo de pesquisa bibliográfica e documental, para que fosse possível levantar observações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema. Destarte, a confissão como método obrigatório do Acordo de Não Persecução Penal se apresentou como sendo uma medida sensível, tendo em vista a efetivação e proteção dos direitos fundamentais do sujeito indiciado.

Palavras-chave: Acordo. Confissão. Direitos Fundamentais. Persecução Penal.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a inconstitucionalidade da confissão no acordo de não persecução penal e seu potencial ameaça aos direitos fundamentais. Partindo da premissa de que a confissão prévia pode comprometer princípios constitucionais essenciais, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, busca-se investigar os fundamentos jurídicos e os impactos dessa prática no sistema de justiça penal.

A justificativa para a realização desta pesquisa reside na necessidade de aprofundar o debate sobre os limites do acordo de não persecução penal, considerando seus impactos nos direitos e garantias individuais dos investigados. A compreensão dos fundamentos jurídicos envolvidos e a identificação de possíveis inconstitucionalidades são de suma importância para a construção de um sistema de justiça penal mais justo, equilibrado e respeitador dos direitos fundamentais.

A problemática em questão é atinente ao reflexo da confissão do acordo de não persecução penal dentro da obediência aos direitos fundamentais consolidados no

⁵⁹ E-mail: talleshbezerra@gmail.com

ordenamento jurídico brasileiro. Disse dessa perspectiva, a indagação central do projeto de pesquisa é: qual o impacto da exigência da confissão no acordo de não persecução penal sobre os direitos fundamentais dos investigados, em especial a presunção de inocência e a não autoincriminação?

A hipótese levantada é a de que a exigência da confissão como requisito para a celebração do acordo de não persecução penal pode violar direitos fundamentais dos investigados, como a presunção de inocência e a não autoincriminação, além de gerar assimetrias no processo penal. Dessa maneira, é preciso observar para além do benefício da celeridade processual decorrente desse novo instrumento jurídico.

Assim, o objetivo geral desta pesquisa é analisar criticamente a exigência da confissão no acordo de não persecução penal à luz dos princípios constitucionais, identificando possíveis violações aos direitos fundamentais e propondo reflexões sobre a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico. Enquanto que, por objetivos específicos, se apresentam: investigar os fundamentos jurídicos e doutrinários que sustentam o acordo de não persecução penal e a exigência da confissão como requisito para sua celebração; analisar os princípios constitucionais relacionados ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, à presunção de inocência e à não autoincriminação, identificando possíveis conflitos decorrentes da confissão no acordo de não persecução penal e examinar decisões judiciais e posicionamentos doutrinários que abordem a questão da inconstitucionalidade da confissão no acordo de não persecução penal

Para atingir os resultados, a pesquisa adotará o método de pesquisa dedutivo para analisar a inconstitucionalidade da confissão no acordo de não persecução penal e sua potencial ameaça aos direitos fundamentais. A abordagem dedutiva consiste em partir de premissas gerais e teorias estabelecidas para chegar a conclusões específicas e testáveis. Nesse sentido, o estudo teve como ponto de partida as bases constitucionais e os princípios jurídicos que regem o sistema de justiça penal, buscando aplicá-los ao contexto do acordo de não persecução penal. A partir da análise desses fundamentos, foi possível identificar possíveis violações aos direitos fundamentais dos investigados decorrentes da exigência da confissão. Assim, a pesquisa dedutiva permitirá uma investigação mais precisa e aprofundada sobre o tema, oferecendo embasamento teórico sólido para a compreensão do problema e a formulação de conclusões embasadas

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Princípios fundamentais e o Direito Penal brasileiro

A inconstitucionalidade material da não persecução penal é uma temática recente no cenário judiciário brasileiro e tem despertado interesse nas academias em suas pesquisas. É de conhecimento geral que o acordo de não persecução foi incorporado ao

nosso sistema a partir do Pacote Anticrime, embora já fosse amplamente utilizado no sistema de justiça dos Estados Unidos, por exemplo. Portanto, essa novidade reflete no conjunto de procedimentos e atos que têm sido objeto de estudo para compreender a justiça e, sobretudo, garantir a segurança jurídica.

Essa inclusão do acordo de não persecução penal no Pacote Anticrime ao ser elaborado, representava uma promessa de um avanço significativo no sistema de justiça brasileiro, que traria maior celeridade aos processos, possibilitando a concentração de esforços nas investigações mais complexas e na persecução dos crimes de maior gravidade. Além disso, o Pacote Anticrime também faria outras alterações relevantes, como o aprimoramento dos mecanismos de combate à corrupção, o fortalecimento da legislação de combate ao crime organizado, à criação do juiz de garantias e mudanças no regime de progressão de pena. Contudo, estudos foram sendo elaborados sobre a real eficácia desse instituto e seus efeitos dentro da sociedade brasileira.

Dentro desse contexto de busca pela segurança jurídica e o instituto do acordo de não persecução penal promovido pelo Ministério Público, podemos mencionar uma citação de Humberto Ávila (2014), que ressalta a importância de construir regimes jurídicos baseados em expectativas legítimas das pessoas sujeitas a eles. Segundo Ávila, caso haja a intenção de realizar modificações radicais, a fim de evitar qualquer constatação de inconstitucionalidade, tais mudanças devem ser precedidas por normas de transição, as quais desempenham um papel fundamental como ferramentas de segurança jurídica.

No contexto da citação de Humberto Ávila (2014), a garantia dos direitos fundamentais também está ligada à segurança jurídica. Quando ocorrem modificações radicais no sistema jurídico, é necessário que haja um cuidado especial para não violar esses direitos. As normas de transição desempenham um papel importante nesse sentido, ao proporcionar um período de adaptação e garantir a continuidade das expectativas legítimas das pessoas em relação aos seus direitos e deveres.

Nesse sentido, os direitos fundamentais desempenham um papel crucial na sociedade, sendo protegidos e preservados por meio da aplicação eficaz do princípio da segurança jurídica. Ao analisarmos atentamente o artigo intitulado "Inconstitucionalidade material da confissão no acordo de não persecução penal" (Silva; Reis; Silva, 2020), podemos observar a existência de um conflito entre o direito do Estado de punir e a necessidade de preservar os direitos do cidadão. Nesse contexto, torna-se essencial garantir que o sistema penal brasileiro não seja arbitrário, mas sim proporcione uma punição ao sujeito de forma não imediata, em geral.

O sistema penal deve ser capaz de reprimir as condutas ilícitas, ao mesmo tempo em que assegura os princípios de legalidade, proporcionalidade e presunção de inocência,

essenciais para a efetivação dos direitos fundamentais (*ibidem.*, 2020). Ou seja, o direito penal tem o dever garantidor de manter com observância os direitos fundamentais dos sujeitos, principalmente na obediência ao princípio da presunção de inocência. Contudo, sabendo da não absoluta interpretação dos direitos fundamentais, a confissão no acordo de não persecução penal encontrou-se em uma lacuna que passou a ser aplicada dentro do ordenamento processual penal.

Em retomada, um sistema penal é considerado "garantista" quando está em conformidade normativa com esse modelo e efetivamente o satisfaz. Em outras palavras, um sistema penal garantista adota as premissas do estrito respeito à lei, busca minimizar a violência através de mecanismos adequados de tutela e estabelece limites claros para o exercício do poder punitivo do Estado, com o propósito de garantir os direitos dos cidadãos, Ferrajoli (2010, s.p):

"Garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade" SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Essa concepção de garantismo está intrinsecamente relacionada à proteção dos direitos fundamentais e à construção de um sistema jurídico que busque o equilíbrio entre a repressão penal e a salvaguarda das liberdades individuais (Ferrajoli, 2010). Ao adotar esse modelo normativo, o sistema penal aspira a assegurar a justiça, a segurança jurídica e o respeito aos direitos humanos, contribuindo para a consolidação de um Estado de direito efetivo e equilibrado.

É nessa busca pela preservação dos direitos fundamentais que as novas interpretações jurídicas devem ser observadas com cautela. Pois, não há como falar em evolução do ordenamento jurídico a partir da criação de institutos que visam minimizar os efeitos constitucionais, principalmente quando se trata da preservação da inocência e idoneidade do sujeito.

2.2 Direito Processual Penal e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro

É importante analisar, além disso, as diferentes perspectivas em relação ao sistema processual penal, fazendo críticas e observações sobre sua evolução e efetividade. Em uma

abordagem persecutória, examina-se o sistema inquisitorial em suas diversas manifestações, bem como sua evolução desde o direito penal canônico. Esse sistema é caracterizado pela concentração de poderes nas mãos do juiz, uma figura soberana (Silva; Reis; Silva, 2020).

Essa abordagem sobre a soberania do juiz pode ser objeto de estudo específico, especialmente quando investigamos como o direito de punir se desenvolveu na sociedade (Silva; Reis; Silva, 2020). Dessa forma, a crescente busca por descentralização do poder, antes concentrado em um único soberano, tornou-se evidente em toda a sociedade no contexto da evolução do processo penal, especialmente quando analisamos institutos específicos, como o Tribunal do Júri, por exemplo.

A posição dos autores pode ser relacionado aos estudos de Michel Foucault (2001) sobre a historicização do direito de punir prisões por meio de uma análise crítica das instituições punitivas e do poder disciplinar. Foucault (2001) argumenta que o sistema moderno é parte de um complexo processo histórico de transformação do direito de punir e de controle social.

É possível identificar essa perspectiva de Foucault (2001) ao abordar a evolução do processo penal e a descentralização do poder, antes concentrado em um único soberano. Foucault argumenta que a mudança na forma de punição ao longo da história é resultado de uma série de transformações sociais, políticas e econômicas, que levaram ao desenvolvimento do sistema prisional como o conhecemos hoje.

Além disso, Foucault (2001) destaca a importância de analisar institutos específicos, como o Tribunal do Júri, que representam diferentes formas de exercício do poder e controle social. Essa abordagem está em consonância com a análise foucaultiana da sociedade disciplinar, em que as instituições são vistas como dispositivos de vigilância, normalização e punição.

Entretanto, a função do juiz na produção de provas revela-se paradoxal ao considerarmos diferentes perspectivas doutrinárias. Segundo Lorenzetti (2010), ao se tratar da busca por amparo judicial na proteção dos direitos fundamentais, um juiz que se abstém de intervir aproxima-se perigosamente de uma mera ficção formal, negligenciando a garantia efetiva desses direitos. Em outras palavras, o juiz se transformaria em um mero espectador do litígio judicial caso não se envolvesse ativamente na produção de provas.

No processo penal, é fundamental que o juiz atue de forma diligente e ativa na busca pela verdade dos fatos, garantindo a tutela efetiva dos direitos fundamentais dos envolvidos. O sistema acusatório adotado no Brasil exige que o juiz seja imparcial, porém isso não significa que deva ser um mero espectador passivo (Lorenzetti, 2010).

Nesse sentido, o juiz tende a assumir uma postura proativa na instrução processual, buscando as evidências necessárias para uma decisão justa. Ele não limitar a analisar as provas apresentadas pelas partes, mas também tem o poder-dever de impulsionar o processo, requisitando diligências, produzindo provas de ofício e evitando que a busca pela verdade real seja prejudicada. No entanto, o foco do estudo não é a atuação do Juiz dentro do processo penal, e sim como esse processo funciona e sua relação com as novas perspectivas diante do pacote anticrime.

Contudo, aquilo que antes era dever do juiz observar e obedecer ao devido processo legal, garantindo que o réu fosse considerado culpado somente após a prolação da sentença, sofreu uma mudança com o advento do pacote anticrime. Com essa reforma, a confissão passou a ser estabelecida antes mesmo da instauração do processo. Em consequência disso, surge a necessidade de examinar como essa confissão se relaciona com os direitos fundamentais.

Esse sistema, portanto, é delineado por uma clara separação das funções de acusação, defesa e julgamento, atribuídas às partes envolvidas no processo, buscando assegurar a igualdade de condições durante a fase processual (Lopes, 2007). Dessa maneira, ele se distingue do Sistema Inquisitorial e incorpora a máxima expressada por Aury Lopes Jr. (2007, p. 68), ao afirmar que "foi desacreditado - principalmente por basear-se em um equívoco psicológico: a crença de que uma mesma pessoa possa desempenhar funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar".

Nessa máxima, é importante esclarecer que o estudo sobre o papel do juiz dentro do devido processo legal penal se delinea com sua historicização em si. Principalmente se considerarmos que o pacote anticrime trouxe, além da nova modalidade da possibilidade de confissão para cumprimento de sentença antes do devido processo legal, também trouxe novas atuações e competências aos juízes.

Dessa maneira, para compreender as implicações da confissão no acordo de não persecução penal dentro do ordenamento processual penal brasileiro, torna-se importante abordar sua historicidade. Desse modo, ao compreender o contexto do processo penal brasileiro, será possível fazer uma análise mais detalhada sobre esse novo instituto da confissão.

2.3 (In)constitucionalidade material do instituto da confissão no acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal, para fins da realização dessa pesquisa, é definido como uma forma de disposição da ação em comum acordo com a justiça, evitando assim o início de um processo e o trâmite da ação como ocorreria no procedimento comum (Silva; Reis; Silva, 2020). Dessa maneira, a Resolução 181/2017 (Cunha, 2020), em seu art.

18, estabelece que "não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado um acordo de não persecução penal, quando a pena cominada for inferior a quatro anos e o crime não tiver sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, desde que o investigado tenha confessado formal e detalhadamente sua participação no delito".

Esse dispositivo legal representa uma importante mudança no sistema penal brasileiro, introduzindo uma alternativa à persecução penal tradicional. Ao permitir o acordo de não persecução penal, o legislador busca promover uma maior celeridade e eficiência na resolução de determinados casos, sem comprometer a garantia dos direitos fundamentais do investigado, de acordo com os doutrinadores que se posicionam positivamente ao instituto. Dessa maneira, a possibilidade de se firmar esse acordo está condicionada a certos requisitos, como a pena mínima cominada ser inferior a quatro anos e a ausência de violência ou grave ameaça à pessoa no cometimento do crime. Além disso, o investigado deve realizar uma confissão formal e detalhada de sua participação no delito (Silva; Reis; Silva, 2020).

Nesse sentido, a partir da leitura de posicionamentos positivos quanto ao instituto, argumentam que o acordo de não persecução penal visa evitar a instauração de um processo penal mais longo e complexo, beneficiando tanto o sistema de justiça quanto o próprio investigado (Silva; Reis; Silva, 2020). Contudo, não retirando a importância dessa celeridade judicial, é preciso compreender como isso se relacionado frente à obediência aos direitos fundamentais.

Sendo assim, é fundamental avaliar criticamente essa prática, considerando possíveis implicações em relação aos princípios fundamentais do processo penal, como o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. Além disso, é necessário acompanhar de perto a aplicação desse instituto, a fim de verificar sua efetividade e assegurar que não haja abusos ou violações dos direitos dos envolvidos. Portanto, é perceptível que o acordo de não persecução penal representa uma importante ferramenta para a busca de uma justiça mais ágil e eficiente, desde que seja utilizado de forma responsável e dentro dos limites legais, respeitando sempre os direitos e garantias dos investigados. Nesse sentido, os doutrinados assumem uma posição de que instituto representa (Cunha, 2020, p. 12):

Ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.

O autor deixa claro a natureza do acordo de não persecução penal como um ajuste obrigacional estabelecido entre o órgão de acusação, o investigado (devidamente assistido por advogado) e homologado pelo juiz (Cunha, 2020). Esse acordo implica no reconhecimento de responsabilidade por parte do investigado, aceitando o cumprimento de condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao crime imputado a ele.

Nesse contexto, é possível estabelecer uma relação com a discussão sobre a efetividade e a justiça do acordo de não persecução penal. Por um lado, o acordo permite uma solução mais rápida e eficiente para determinados casos, evitando a morosidade do sistema judicial e proporcionando uma alternativa menos gravosa para o investigado (Cunha, 2020).

No entanto, é necessário considerar os possíveis impactos desse tipo de acordo nos princípios fundamentais do processo penal. A homologação pelo juiz garante a legalidade e a regularidade do acordo, assegurando que as condições estabelecidas sejam adequadas e proporcionais ao crime cometido. Além disso, necessidades como a presença do advogado na negociação é essencial para garantir a defesa adequada do investigado e a proteção de seus.

Dessa maneira, é essencial continuar examinando os possíveis desafios e dilemas decorrentes desse instituto. Por exemplo, é necessário assegurar que o acordo seja estabelecido de forma transparente e justa, evitando abusos ou negociações desiguais entre as partes envolvidas. Além disso, é fundamental verificar se as condições propostas no acordo são adequadas e proporcionais ao crime em questão, garantindo que a justiça seja efetivamente buscada, principalmente no que concerne a posição relacionada a inconstitucionalidade da confissão dentro desse instituto.

Dessa forma, é relevante analisar o impacto do acordo de não persecução penal no sistema de justiça como um todo. Isso envolve examinar se sua aplicação tem contribuído para a redução da sobrecarga dos tribunais e a agilização dos processos, ou se pode gerar um desvio de casos mais complexos e graves, diminuindo a responsabilização efetiva por determinados delitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, a pesquisa relacionada a inconstitucionalidade da confissão no acordo de não persecução penal revela uma preocupação relevante em relação aos direitos fundamentais dos investigados. Ao analisar os fundamentos jurídicos e os princípios constitucionais envolvidos nesse tema, torna-se evidente que a confissão como requisito para a celebração do acordo pode representar uma ameaça aos direitos e garantias individuais.

Dessa maneira, a imposição da confissão como condição para a obtenção dos benefícios do acordo pode gerar pressões e coerções sobre o investigado, comprometendo a liberdade de autodefesa e a presunção de inocência. Além disso, há o risco de se privilegiar a obtenção de resultados rápidos em detrimento da apuração efetiva dos fatos e da justiça substancial.

Sendo assim, esse estudo aponta para a necessidade de uma reflexão aprofundada sobre a compatibilidade da exigência da confissão com os princípios constitucionais, tais como, por exemplo, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a não autoincriminação. A confissão prévia pode criar assimetrias no processo penal, favorecendo uma posição de poder do órgão de acusação em detrimento da defesa do investigado.

É importante ressaltar que a busca por uma justiça mais eficiente e célere não pode ser realizada em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos. O sistema penal deve assegurar a proteção de todos os envolvidos, garantindo a observância dos princípios democráticos e o respeito aos direitos humanos. Assim, diante dessas considerações, sugere-se uma maior reflexão por parte dos operadores do Direito e dos legisladores, a fim de se estabelecer salvaguardas e limites claros para o uso da confissão no acordo de não persecução penal. É necessário assegurar que essa prática seja exercida de forma equilibrada, respeitando os direitos fundamentais dos investigados.

Por fim, a pesquisa acadêmica sobre a inconstitucionalidade da confissão no acordo de não persecução penal desempenha um papel fundamental na promoção do debate crítico e na busca por soluções que conciliem a eficiência do sistema penal com a preservação dos direitos fundamentais, contribuindo para o aprimoramento da justiça criminal em nossa sociedade, e para com a riqueza do estudo dentro dos campos da Universidade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CUNHA, R. S. *et al.* (coord). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com alterações feitas pela Resol. 183/2018. 3. Ed. rev. Amp. E atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019**: Comentários às Alterações no CPP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. 33ª ed., Petrópolis: Ed. Vozes, 2001.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**: Volume I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRODANOV, Cléber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SILVA, José Carlos Félix da; REIS, Debora Cristyna Ferreira; SILVA, Klinsmann Alison Rodrigues Félix da. **INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, v. 2, n. 12, p. 81-97, 07 dez. 2020. Disponível em: [file:///C:/Users/mathe/Downloads/REVISTA-ESMP-Ano-12-n%C2%BA2-Jul-Dez-2020-pdf-completo%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/mathe/Downloads/REVISTA-ESMP-Ano-12-n%C2%BA2-Jul-Dez-2020-pdf-completo%20(1).pdf). Acesso em: 05. Jan. 2023

A TRANSAÇÃO E O PERCURSO ATÉ A EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

MONICA MATSUNO DE MAGALHÃES: Pós-graduada em Direito Tributário e mestranda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), advogada e economista⁶⁰.

RESUMO: A transação em matéria tributária foi positivada no Código Tributário Nacional como modalidade de extinção do crédito tributário em seu artigo 156, III. No entanto, diante da inovação legislativa trazida pela Lei nº 13.988/2020, que fixou as regras de transação em ambiente federal, bem como indicou os procedimentos administrativos competentes para sua materialização perante a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, verifica-se que o crédito tributário não é extinto com a mera assinatura do termo de transação, mas apenas após a integral satisfação da obrigação, e, a depender da modalidade de transação e o benefício concedido ao contribuinte, permanece suspensa a exigibilidade do crédito tributário. O presente trabalho utilizou como método científico o qualitativo, dialético entre os autores da escola constructivista e constitucionalistas, pautado em pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: obrigação tributária, extinção, suspensão, parcelamento, moratória.

ABSTRACT: The transaction in tax matters was approved in the Código Tributário Nacional as a method of extinguishing the tax credit in its article 156, III. However, given the legislative innovation brought by Law number 13,988/2020, which established the transaction rules in a federal environment, as well as indicating the competent administrative procedures for its materialization before the Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, it appears that the tax credit it is not extinguished with the mere signing of the transaction term, but only after the obligation has been fully satisfied, and, depending on the type of transaction and the benefit granted to the taxpayer, the claimability of the tax credit remains suspended. This work used the qualitative, dialectical scientific method between the authors of the constructivist and constitutionalist schools, based on bibliographical research.

Keywords: tax misappropriation, IPI, tax, mere financial reflection.

INTRODUÇÃO

⁶⁰ E-mail: monicamatsuno@hotmail.com

A transação tributária foi alocada pelo legislador como modalidade extintiva do crédito tributária, posta no artigo 156 do Código Tributário Nacional – CTN e definida no artigo 171 do mesmo código.

Diante do cenário normativo em prol da anti-litigiosidade no âmbito tributário federal⁶¹, foi publicada a Lei nº 13.988/2020, a qual regulamentou a transação em ambiente federal, bem como determinou qual é a autoridade competente para transacionar as obrigações tributárias, as modalidades e os limites possíveis da transação.

Pela análise dos artigos da Lei nº 13.988/2020, e dos demais veículos introdutórios de norma expedidos pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN, combinado com a doutrina, o objetivo do presente trabalho é verificar se, de fato, a transação é modalidade de extinção da obrigação tributária.

Uma vez que a transação remete ao crédito tributário, relevante é a análise dos enunciados descritivos que a doutrina produziu acerca da definição do conceito, e dos elementos, da obrigação tributária, especialmente com fulcro nos ensinamentos da escola do constructivismo lógico-semântico.

Após, será investigado o percurso do procedimento da transação até a efetiva extinção da obrigação tributária, verificando-se quais mecanismos foram arrolados na Lei nº 13.988/2020 com o objetivo de reduzir a litigiosidade tributária, bem como qual é o posicionamento doutrinário atual sobre a transação tributária federal.

1. SOBRE A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Partindo da premissa que o Direito é objeto cultural, criado pelo homem, quando verte o fato social em linguagem jurídica competente, faz-se necessário analisar o direito posto e investigar a obrigação tributária, bem como os elementos que a compõe, uma vez que o objeto do presente estudo é verificar se a transação põe fim ao crédito tributário.

O CTN reserva seu Título II à obrigação tributária, e as disposições gerais iniciam-se com a seguinte classificação: “a obrigação tributária é principal ou acessória”. O artigo

⁶¹ Paulo Cesar Conrado e Juliana Furtado Costa Araújo constroem a linha cronológica do contexto normativo prévio à enunciação da Lei nº 13.988/2020, partindo da vigência do Código de Processo Civil datada de 18 de março de 2016, seguido pelo regime diferenciado de cobrança de créditos inserto pela Portaria PGFN nº 396/201 até a Portaria PGFN nº 742/2018 que dispôs acerca do negócio jurídico processual. (CONRADO, Paulo Cesar e ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. Transação tributária no direito brasileiro e seus principais aspectos à luz da Lei nº 13.988/2020 com as alterações da Lei nº 14.375/2022 in CONRADO, Paulo Cesar e ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (coordenadores) - Transação Tributária na Prática da Lei nº 13.988/2020. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, pp. 24-25).

11362 do CTN aduz ainda que a obrigação principal decorre da ocorrência do fato gerador, o que abrange o pagamento de tributo ou penalidade, enquanto a acessória remete às condutas impostas ao sujeito passivo pela legislação tributária.

Já com relação à locução “crédito tributário”, o CTN positiva no artigo 139 que este “decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta”. O artigo 142 do mesmo diploma prescreve ainda que o crédito tributário é constituído apenas mediante lançamento efetivado pela autoridade administrativa, o que explicita dois momentos distintos, levando o intérprete a crer que a obrigação tributária é constituída na ocasião da ocorrência do fato gerador, ou do critério material, e, posteriormente, o lançamento materializaria o crédito tributário.

Paulo de Barros Carvalho⁶³, ao identificar a ausência de rigor semântico do legislador do CTN, ao diferenciar os termos “crédito” e “obrigação” tributários, teceu a seguinte crítica:

“Em várias passagens do texto da Lei 5.172/66 deparamos com a estranha separação entre obrigação e crédito. Posta de lado a influência que o legislador porventura tenha sofrido da velha teoria dualista da obrigação civil, que não vem ao caso debater aqui, a verdade é que não se pode cogitar de obrigação sem crédito ou de crédito sem obrigação. O direito de crédito é a outra maneira de nos referirmos ao direito subjetivo que o sujeito ativo tem para exigir a prestação. A ele se contrapõe o débito, como o dever jurídico atribuído ao sujeito passivo de cumprir o que dele se espera. Um e outro integram o vínculo obrigacional, na condição de elementos indispensáveis.”

Do excerto, é possível concluir que a obrigação tributária é uma relação jurídico-tributária entre o sujeito ativo que detém o direito de exigir, o crédito, e o sujeito passivo

62 Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

63 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 32. Ed. São Paulo: Noeses, 2022, pp. 331-332.

incumbido do dever de pagar-lhe o tributo objeto prestacional dessa relação, de natureza pecuniária compulsória, fruto da atividade estatal vinculada, conforme artigo 3º do CTN.

Nesse sentido, a locução “obrigação tributária” engloba o “crédito tributário”, na forma do direito subjetivo de exigir de competência do sujeito ativo, e também o “débito tributário”, dever jurídico de adimplir do sujeito passivo. Nesse sentido, ensina Marina Vieira de Figueiredo⁶⁴ que “O crédito tributário, portanto, é um dos elementos integrantes da obrigação tributária, não se podendo falar em obrigação sem crédito ou crédito sem obrigação”.

A obrigação tributária, e seus elementos constitutivos, pode ser ilustrada da forma que segue:

SA → \$ ← SP

Direito de exigir X Dever de adimplir

(Crédito) X (Débito)

A figura explicita os cinco elementos que compõem a obrigação tributária, cuja relação jurídico-tributária entre os sujeitos ativo (SA) e passivo (SP), denominado elemento subjetivo, compõem o consequente tanto da norma geral e abstrata que prevê a futura exigência do tributo, a regra-matriz de incidência tributária, quanto da norma individual e concreta, implicação do fato jurídico-tributário pretérito.

Quanto ao elemento prestacional, este é composto pelo direito subjetivo do sujeito ativo (→), o crédito tributário, e pelo dever jurídico do sujeito passivo (←), ou débito tributário, os quais remetem ao centralizado objeto da prestação (\$) expressa em pecúnia.

Sobre o objeto, Paulo de Barros Carvalho⁶⁵ aponta:

O elemento prestacional fala diretamente da conduta, modalizada como obrigatória, proibida ou permitida. Entretanto, como o comportamento devido figura em estado de determinação ou de determinabilidade, ao fazer referência à conduta terá de especificar, também, qual é seu objeto (pagar valor em dinheiro, construir um viaduto, não se estabelecer em certo bairro com particular tipo de comércio, etc.). O elemento prestacional de toda e qualquer relação

64 FIGUEIREDO, Marina Vieira de. Lançamento tributário: revisão e seus efeitos. São Paulo: Noeses, 2014, p. 97.

65 CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário – Linguagem e Método. 8. ed. São Paulo: Noeses, 2021, pp. 138-139.

jurídica assume relevância precisamente na caracterização da conduta que satisfaz o direito subjetivo de que está investido o sujeito ativo, outorgando o caráter de certeza e segurança de que as interações sociais necessitam.

Tal objeto componente do elemento prestacional deve se coadunar com os critérios objetivos da regra-matriz de incidência tributária, no tocante à alíquota e à base de cálculo, bem como ao elemento objetivo da norma individual e concreta que constitui a obrigação tributária e, decorrido lapso temporal para que o sujeito passivo realize o adimplemento sem solvê-la, implica em início de sua exigibilidade por iniciativa do sujeito ativo.

Pois bem, descrita a obrigação tributária, na forma de relação jurídico-tributária, observados o direito e o dever dos sujeitos ativo e passivo em torno da prestação pecuniária, a qual será o objeto da transação, faz-se necessário investigar o que a legislação enuncia quanto a este instituto, nos dizeres do CTN e da Lei nº 13.988/2020.

2. SOBRE A TRANSAÇÃO

2.1. O que estabelece o Código Tributário Nacional

O CTN prevê a transação em dois artigos, ao arrolá-la como modalidade extintiva do crédito tributário em seu artigo 156⁶⁶, bem como esmiuça o instituto transacional em seu artigo 171, ao estabelecer que “A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário”.

Uma vez que o CTN posiciona a transação como modalidade de extinção do crédito tributário, Regina Helena Costa⁶⁷ define que a transação “Cuida-se de modalidade extintiva da obrigação consubstanciada em concessões mútuas, pressupondo situação incerta, duvidosa”. A doutrinadora especifica ainda que a transação é “expediente alternativo destinado à solução de conflitos fiscais”.

66 Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

III - a transação;

67 COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 205.

Também classifica a transação como modalidade de extinção do crédito tributário Luís Eduardo Schoueri⁶⁸, pautado na definição civilista de transação posta no Código Civil de 2002:

A transação é uma forma de extinção de obrigações que, no direito privado, vem regulada pelos artigos 840 e ss. do Código Civil. Assim dispõe o referido art. 840: “[é] lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. Do texto, vê-se que a essência de uma transação é um litígio (presente ou iminente), que se encerra a partir de concessões das partes. Se há um litígio, há uma controvérsia. Há interesses contrapostos. Há uma pretensão, de uma parte, que sofre a resistência da outra parte. Uma e outra parte abrem mão, ainda que parcialmente, de suas pretensões, chegando a um acordo. Deve-se notar que na transação não há ganhador ou perdedor. Há um acordo, que se deu por concessões mútuas.

De fato, o instituto da transação foi posto, originariamente, no Código Civil de 1916⁶⁹, em momento anterior à positivação do CTN. No entanto, em obediência ao artigo 10970 do CTN, a definição oriunda do direito privado merece ressalvas⁷¹, haja vista o princípio da legalidade intrínseco ao direito público, e a legalidade estrita em matéria tributária, o que implica dizer que a transação no âmbito das relações jurídico-tributárias deve observar os ditames da lei em sentido amplo, como disposto nos artigos 156, III, e 171, do CTN, e no inteiro teor da Lei nº. 13.988/2020 que será posteriormente analisada.

68 SCHOUEIRI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 12. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 385.

69 O texto de direito posto vigente à época reservou todo o Capítulo IX à transação, em seus artigos 1.025-1.036, sendo certo que tal capítulo está inserto no TÍTULO II - Dos efeitos das obrigações, e o artigo 1.025 do referido códex enuncia uma definição conotativa, e legalista, da transação, qual seja: “É lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

70 Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

71 Paulo de Barros Carvalho, especificamente quanto ao princípio da indisponibilidade dos bens e interesses públicos sobre a transação na seara tributária, aduz que: o princípio da indisponibilidade dos bens públicos impõe seja necessária previsão normativa para que a autoridade competente possa entrar no regime de concessões mútuas, que é da essência da transação”. Tal assertiva corrobora que tanto o princípio legalidade quanto o princípio da indisponibilidade do erário orientam o legislador para enunciar normas referentes à transação tributária. (CARVALHO, Paulo de Barros: Direito Tributário – Linguagem e Método. 8. ed. São Paulo Noeses, 2021, p. 570).

Paulo de Barros Carvalho⁷², ao se referir à transação positivada como causa extintiva do crédito tributário nos termos do artigo 156 do CTN, em oposição ao entendimento de Regina Helena Costa e de Luís Eduardo Schoueri, ensina que “a extinção da obrigação, quando ocorre a figura transacional, não se dá, propriamente, por força das concessões recíprocas, e sim do pagamento”. Logo, para o doutrinador, a transação não extingue o crédito tributário.

No mesmo sentido, Paulo Cesar Conrado e Juliana Furtado Costa Araújo⁷³, a respeito dos enunciados do CTN, ensinam que a transação, ainda que esteja arrolada como modalidade extintiva do crédito tributário no artigo 156 do CTN, figura como meio acessório à efetiva extinção da obrigação constituída, vez que apenas o pagamento, em sua integralidade, extinguirá o referido crédito:

Pelo que se vê, o alvo da transação, segundo o art. 171, está no litígio tributário, alcançando a extinção do crédito tributário por derivação. Pois é exatamente esse aspecto - mediatidade do efeito extintivo do crédito – que parece ter sido olvidada pelo art. 156, dispositivo que apresenta a transação, repita-se, como forma de extinção aparentemente autossuficiente.

De certo, não o é. A transação apresenta função puramente acessória, instrumental e secundária, sendo imprescindível que outra figura incida extinguindo o crédito. Não é difícil apontar que será o pagamento que se traduzirá na verdadeira causa de extinção da obrigação tributária.

E ainda, com relação ao litígio exercendo o papel de protagonista, em oposição à transação tributária como modalidade de extinção do crédito, os citados Professores⁷⁴ aduzem que a transação:

72 CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário, linguagem e método. 8ª ed. São Paulo: Noeses, 2021, pp. 570-571.

73 CONRADO, Paulo Cesar e ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. Transação tributária no direito brasileiro e seus principais aspectos à luz da Lei nº 13.988/2020 com as alterações da Lei nº 14.375/2022 in CONRADO, Paulo Cesar e ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (coordenadores) - Transação Tributária na Prática da Lei nº 13.988/2020. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, pp. 22-23.

74 CONRADO, Paulo Cesar e ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. Transação tributária no direito brasileiro e seus principais aspectos à luz da Lei nº 13.988/2020 com as alterações da Lei nº 14.375/2022 in CONRADO, Paulo Cesar e ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (coordenadores) - Transação Tributária na Prática da Lei nº 13.988/2020. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 24.

Oficia, antes disso, como instrumento, como meio, como veículo, e não propriamente para extinção do crédito, mas sim para determinação (leia-se “solução”) do litígio tributário. A extinção constituiria, na linha eficaz, a derradeira etapa, dependendo da intersecção de outro instrumento, como pagamento, logicamente derivado da estrutura preparada pela transação.

Este é o entendimento manifestado também por Camila Campos Vergueiro⁷⁵:

Tal como disposto no artigo 171 do CTN, a transação é instrumento de solução de conflito entre fisco e particular, que pressupõe, para se consagrar, a existência de uma lide, ou seja, atrito de interesses antagônicos entre o sujeito que quer arrecadar (fisco) e aquele que resiste à exigência do tributo (o particular).

Verifica-se que o conflito de interesses mencionado por Camila Vergueiro Campos é a oposição entre o dever de pagar do sujeito passivo (débito tributário) e o direito de receber do sujeito ativo (crédito tributário), componentes do elemento prestacional da obrigação tributária desmembrada no tópico anterior.

Idêntica é a opinião de Heleno Taveira Tôres⁷⁶ sobre a extinção do litígio dar-se com a transação, enquanto apenas com o adimplemento integral dos termos transigidos dar-se-á a extinção da obrigação tributária:

A transação, *per se*, não extingue o crédito; é simples mecanismo de resolução de conflitos que se presta para pôr fim ao litígio, mediante composição das partes. Nos termos do acordo a que cheguem as partes, o processo será decidido. Com base na decisão, a autoridade responsável pelo lançamento emitirá novo ato administrativo, para que o contribuinte efetue o pagamento dentro do vencimento. O pagamento, sim, extinguirá o crédito; não a transação, pura e simplesmente.

75. VERGUEIRO, Camila Campos. CPC/2015, regulamentação da transação e suas modalidades in CONRADO, Paulo Cesar e ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (coordenadores) - Transação Tributária na Prática da Lei nº 13.988/2020. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 31.

76 TÔRRES, Heleno Taveira. “Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre Administração e contribuintes – Simplificação e eficiência administrativa”. In: Revista de Direito Tributário vol. 86, pp. 40-64. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 58.

Camila Campos Vergueiro⁷⁷ também leciona sobre o caráter meramente instrumental da transação para fins de extinção da obrigação tributária:

Muito embora a transação esteja cravada no artigo 156 do CTN, como apontado, não se trata de fator eliminatório do vínculo jurídico entre fisco e particular porque, concretizada, não tem o condão de imediatamente eliminar quaisquer dos elementos da obrigação tributária. Por outras palavras, da leitura do texto do inciso III do artigo 156 do CTN não se constrói norma de extinção da obrigação tributária.

De todo o exposto, é possível concluir que a transação tributária, ainda que o legislador tenha se inspirado na legislação civilista, e tenha sido posto no rol de modalidades de extinção do crédito tributário do artigo 156, não extingue a obrigação tributária em si, tão somente reúne atos preparatórios para que se consagre a ulterior extinção, a qual se dá, em regra, mediante o pagamento integral do objeto inerente ao elemento prestacional da obrigação tributária.

2.2. O que inovou a Lei nº 13.988/2020

Em matéria tributária, o primado da legalidade é cogente e inafastável. E nesse sentido, o legislador positivou a Lei nº 13.988/2020, seu artigo inaugural⁷⁸ prevê a conduta de sujeitos que "realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública". Do excerto, verifica-se que a transação consiste em ato de extinção de "litígio". Mas, especificamente, qual litígio o legislador pretendeu abarcar com o instituto transacional?

Paulo de Barros Carvalho⁷⁹ esclarece que:

O legislador do Código não primou pela rigorosa observância das expressões técnicas, e não vemos por que o entendimento mais largo viria em detrimento do instituto ou da racionalidade do sistema. Essa,

⁷⁷ VERGUEIRO, Camila Campos. Texto x Norma jurídica: transação é causa de extinção da obrigação tributária. In Texto e contexto no direito tributário / coordenação Paulo de Barros Carvalho; organização Priscila de Souza. São Paulo: Noeses: IBET, 2020, p. 103.

⁷⁸ Art. 1º Esta Lei estabelece os requisitos e as condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária.

⁷⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência. 11. Ed. São Paulo: Noeses, 2021, p. 257.

aliás, foi a via estabelecida nos termos da Lei 13.988/2020 que admitiu, na esfera federal, o cabimento de transação também para débitos inscritos em dívida ativa e em contencioso administrativo (art. 2º, I e II).

De fato, o artigo 2º, incisos I e II⁸⁰ da norma transacional dispõem acerca das modalidades de transação tributária, sendo a primeira atinente à proposta individual de transação de créditos tributários federais inscritos na dívida ativa, e a segunda com relação ao contencioso judicial também de alçada da PGFN, além do contencioso administrativo tributário de disseminada controvérsia gerido pela RFB.

Além de circunscrever o objeto da transação tributária, o legislador infraconstitucional estabeleceu as regras gerais de procedimento a serem observadas pela Administração Pública, elegendo a autoridade competente⁸¹ para transacionar com o particular, ao qual delegou os o poder regulamentar para expedir portarias que pormenorizem o procedimento geral posto na lei, observadas as balizas da discricionariedade do ato administrativo.

Outros dispositivos da Lei nº 13.988/2020 merecem destaque quanto à definição e caracterização da transação tributária, a saber.

80 Art. 2º Para fins desta Lei, são modalidades de transação as realizadas:

I - por proposta individual ou por adesão, na cobrança de créditos inscritos na dívida ativa da União, de suas autarquias e fundações públicas, ou na cobrança de créditos que seja competência da Procuradoria-Geral da União;

I - por proposta individual ou por adesão, na cobrança de créditos inscritos na dívida ativa da União, de suas autarquias e fundações públicas, na cobrança de créditos que seja da competência da Procuradoria-Geral da União, ou em contencioso administrativo fiscal;

II - por adesão, nos demais casos de contencioso judicial ou administrativo tributário; e

III - por adesão, no contencioso tributário de pequeno valor.

81 Art. 13. Compete ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, quanto aos créditos inscritos em dívida ativa, e ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, quanto aos créditos em contencioso administrativo fiscal, assinar o termo de transação realizado de forma individual, diretamente ou por autoridade delegada, observada a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993

§ 1º A delegação de que trata o **caput** deste artigo poderá ser subdelegada, prever valores de alçada e exigir a aprovação de múltiplas autoridades.

§ 2º A transação por adesão será realizada exclusivamente por meio eletrônico.

Art. 14. Compete ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e no art. 131 da Constituição Federal, quanto aos créditos inscritos em dívida ativa, e ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, quanto aos créditos em contencioso administrativo fiscal, disciplinar, por ato próprio:

2.2.1. A transação não suspende a exigibilidade do crédito tributário

O artigo 1282 da Lei nº 13.988/2020 estabelece que a proposta de transação não suspende a exigibilidade dos créditos tributários. E de fato, o rol do artigo 151 do CTN não abarca o instituto da transação, e nos ditames da legalidade estrita, padece de norma hábil a suspender o crédito tributário transacionado.

No entanto, os parágrafos 1º e 2º do artigo 12 trazem a possibilidade de suspensão processual das ações exacionais em desfavor do contribuinte transigente:

§ 1º O disposto no caput deste artigo não afasta a possibilidade de suspensão do processo por convenção das partes, conforme o disposto no inciso II do caput do art. 313 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 2º O termo de transação preverá, quando cabível, a anuência das partes para fins da suspensão convencional do processo de que trata o inciso II do caput do art. 313 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), até a extinção dos créditos nos termos do § 3º do art. 3º desta Lei ou eventual rescisão.

Ora, o cerne da transação é dirimir litígio, enquanto o objetivo da execução fiscal é satisfazer o crédito tributário, objetivos diametralmente opostos. Assim, não faria sentido estreitar a relação entre o particular e o Fisco para extinguir o conflito, enquanto, paralelamente, permanecerem as execuções fiscais em trâmite, com a continuidade de atos constritivos, e até mesmo expropriatórios, em desfavor do patrimônio do contribuinte.

Caso as execuções fiscais permanecessem tramitando ao longo da negociação entre o particular e a autoridade competente, verificar-se-ia a manutenção de um litígio, no caso do previsto no artigo 12 da Lei nº. 13.988/2020 apenas quanto às execuções fiscais, o que destoaria do objetivo primordial da transação, qual seja, dirimir a conflituosidade.

Assim, ainda que parcialmente, pois o artigo 12 da Lei nº. 13.988/2020 prevê tão somente a suspensão convencional das execuções fiscais e nada fala quanto às cautelares fiscais, arrolamentos administrativos de bens ou tutelas antecedentes de garantia, resta garantida a deslitigiosidade inerente à transação tributária, pois enquanto suspensa a ação exacional, resguardado estaria o patrimônio do particular, o que poderia, inclusive,

82 Art. 12. A proposta de transação não suspende a exigibilidade dos créditos por ela abrangidos nem o andamento das respectivas execuções fiscais.

viabilizar a garantia de sua transação tributária, nos termos do artigo 11, III, da mesma norma⁸³.

Tal providência, a suspensão convencional (não é por convenção é por lei) das exações, faz transparecer a preocupação do legislador de, através da transação, reduzir a litigiosidade tributária.

2.2.2. A transação não implica em novação do crédito tributário

Sem prejuízo da doutrina⁸⁴ que aloca a transação como forma extintiva do crédito tributário por configurar novação da obrigação tributária, prescreve a Lei nº 13.988/2020 que:

Art. 12. A proposta de transação não suspende a exigibilidade dos créditos por ela abrangidos nem o andamento das respectivas execuções fiscais.

(...)

§ 3º A proposta de transação aceita não implica novação dos créditos por ela abrangidos.

Coerente o texto normativo, pois admitir que a transação culminasse em novação, partindo da premissa de que a novação constituiria uma nova obrigação tributária, não extinguiria o litígio, tão somente renovaria a relação entre fisco e contribuinte.

Atualmente, o CTN prevê apenas o lançamento em seu artigo 142, como atividade exclusiva da autoridade administrativa, e em seu artigo 150 o lançamento por homologação de iniciativa do particular, não havendo qualquer previsão quanto à constituição do crédito tributário por meio de novação, quiçá pelo termo de transação, pactuado entre as partes transigentes seguindo o procedimento posto na Lei nº 13.988/2020.

⁸³ Art. 11. A transação poderá contemplar os seguintes benefícios:

(...)

III - o oferecimento, a substituição ou a alienação de garantias e de constrições.

⁸⁴ Nesse sentido: "O raciocínio deve ser claro: a transação implica novação. Uma vez concluída, ela extingue o crédito tributário, por força do art. 171 do Código Tributário Nacional. O que surge em seu lugar é um novo crédito, resultado da transação. Claro que esse crédito tem natureza pública, mas seu "fato gerador" é a própria transação." (SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 12. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 385)

Assim, admitir que a transação, na forma de procedimento com a sequência de atos, ou o termo de transação, na forma do produto, novasse a obrigação tributária transigida, implicaria em uma nova relação jurídica em torno de outro objeto prestacional,

2.2.3. A transação não extingue o crédito tributário

Conforme delimitado no item 2.1, ainda que a transação esteja arrolada como modalidade extintiva do crédito tributário no artigo 156 do CTN, fato é que ela não fulmina a obrigação tributária.

A Lei nº 13.988/2020 traz, em seu artigo 3º, que a proposta de transação deve arrolar os “meios” para a extinção, a qual dar-se-á apenas com o cumprimento integral das condições avençadas entre as partes:

Art. 3º A proposta de transação deverá expor os meios para a extinção dos créditos nela contemplados e estará condicionada, no mínimo, à assunção pelo devedor dos compromissos de:

(...)

§ 3º Os créditos abrangidos pela transação somente serão extintos quando integralmente cumpridas as condições previstas no respectivo termo.

Quanto à extinção da obrigação tributária, Paulo de Barros Carvalho⁸⁵ arrola cinco possibilidades:

- a) pelo desaparecimento do sujeito ativo;
- b) pelo desaparecimento do sujeito passivo;
- c) pelo desaparecimento do objeto;
- d) pelo desaparecimento do direito subjetivo que o sujeito ativo tem de postular o objeto, que equivale à desapareição do crédito;
- e) pelo desaparecimento do dever subjetivo, cometido ao sujeito passivo, de prestar o objeto, que equivale à desapareição do débito.

⁸⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência. 11. Ed. São Paulo: Noeses, 2021, p. 249.

Nesse sentido, urge investigar se a transação, como fora enunciada na Lei nº 13.988/2020, faz desaparecer algum, ou alguns, dos elementos constitutivos da obrigação tributária. E para tanto, é necessário rememorar os elementos da relação jurídico-tributária descritos no item 1 do presente artigo: sujeito ativo (SA) e sujeito passivo (SP); direito subjetivo do sujeito ativo (→), o crédito tributário; dever jurídico do sujeito passivo (←), ou débito tributário; e objeto da prestação pecuniária (\$).

Quanto aos sujeitos ativo (SA) e passivo (SP), a Lei nº 13.988/2020 traz em seu primeiro artigo que a União poderá celebrar transação com os devedores, referente aos créditos tributários sob a alçada da Secretaria Especial da Receita Federal e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Tais sujeitos transigentes são os mesmos que figuram como partes da obrigação tributária, cujo liame relacional não é rompido pela transação, seja na ocasião das tratativas iniciais na modalidade de transação individual, seja na adesão realizada pelo sujeito passivo em sede de transação nos termos impostos pelo Fisco, seja no momento de assinatura do termo de transação, veículo introdutor da norma individual e concreta da transação.

Assim, não há que se falar em desaparecimento do sujeito ativo ou passivo, pois as partes permanecem unidas com seu vínculo relacional, seja quanto ao dever de adimplir ou o direito de arrecadar, até o integral cumprimento das condições avençadas no termo de transação, ou em caso de eventual rescisão.

E em caso de rescisão, a Portaria PGFN nº 6.757/2022, que regulamenta a transação na cobrança de créditos da União e do FGTS da Lei nº 13.988/2020, traz que:

Art. 77. A rescisão da transação:

I - implica o afastamento dos benefícios concedidos e a cobrança integral das dívidas, deduzidos os valores pagos;

II - autoriza a retomada do curso da cobrança dos créditos, com execução das garantias prestadas e prática dos demais atos executórios do crédito, judiciais ou extrajudiciais; e

Tal enunciado prescritivo explicita que o objeto (\$) do elemento prestacional não se altera em caso de rescisão da transação. Tanto assim o é que a norma prevê a cobrança integral do crédito, sendo anulado o deságio pactuado entre as partes.

Nesse ponto, ressalta-se que os benefícios concedidos a que se refere a Portaria PGFN nº 6.757/2022 aplicam-se apenas às multas, juros e encargos legais, uma vez que a Lei nº 13.988/202086 veda a transação que importe em redução do tributo devido em si.

E ainda, o inciso II aduz que a rescisão da transação, além de retomar a cobrança dos créditos transacionados, também implica em execução de garantias, restando demonstrado que a transação não faz desaparecer o objeto prestacional, tampouco extirpa o direito subjetivo que o sujeito ativo tem de cobrar o crédito tributário, nem o dever subjetivo do sujeito passivo de adimplir o débito tributário, permanecendo intacta a obrigação tributária em seus elementos constitutivos.

3. Entre o termo de transação e a extinção, qual o *status* do crédito tributário?

A Lei nº 13.988/2020 prevê, em síntese, duas modalidades de transação: por adesão aos termos estabelecidos pela autoridade competente em atos normativos, e a individual, que decorre da convenção entre as partes, observados os limites de discricionariedade da Administração Pública arrolados na norma.

Na prática, a transação tributária federal, seja a por adesão ou a individual, é atrativa aos contribuintes pela possibilidade de adimplir os tributos não pagos de forma parcelada, aproveitados os descontos que não reduzem o tributo em si, ou ainda mediante alternativas diversas de adimplemento pautadas em moratória, como o são a cessão de direito creditório ou precatórios e a utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL.

Em tais situações, a transação pactuada sob a forma de parcelamento ou mediante utilização de forma diversa de pagamento que não a pecúnia, a extinção da obrigação tributária dar-se-á no futuro, quando todas as condições firmadas entre as partes forem cumpridas, e não na ocasião da assinatura do termo de transação, norma individual e concreta que arrola o procedimento, os deveres e os direitos correlatos para o fim de extinguir em definitivo o débito e o crédito tributários.

86 Art. 11. A transação poderá contemplar os seguintes benefícios:

I - a concessão de descontos nas multas, nos juros e nos encargos legais relativos a créditos a serem transacionados que sejam classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação, conforme critérios estabelecidos pela autoridade competente, nos termos do parágrafo único do art. 14 desta Lei;

(...)

§ 2º É vedada a transação que:

I - reduza o montante principal do crédito, assim compreendido seu valor originário, excluídos os acréscimos de que trata o inciso I do caput deste artigo;

Fato é que o termo de transação, quando pactuado entre as partes na forma de parcelamento ou moratória, suspende a exigibilidade da obrigação tributária com fulcro no artigo 151, incisos I e VI, do CTN, dada a expressa previsão legal do artigo 3º, §2º da Lei nº 13.988/2020.

Tal suspensão da exigibilidade das obrigações tributárias transacionadas obsta a persecução do adimplemento pelo sujeito ativo credor, pelas vias dispostas na legislação, o que impede a continuidade dos feitos exacionais, bem como de atos constitutivos e expropriatórios de patrimônio, além das sanções políticas decorrentes do inadimplemento, como o são o protesto de título extrajudicial, a inserção do contribuinte em cadastro de inadimplentes e a mitigada expedição de certidão de regularidade fiscal.

Diante disso, é possível concluir que a transação almeja a extinção da obrigação tributária em si, e pretende reduzir a litigiosidade, judicial e administrativa, inerente a persecução do adimplemento pelo sujeito ativo credor, pelo menos enquanto perdurarem as condições firmadas entre as partes.

3.1 Transação pactuada na forma de parcelamento

Parcelamento consiste em modalidade de pagamento que se estende a mais de uma oportunidade de adimplemento, em regra, escalonadas no tempo, como ocorre com a frequência mensal em sede de parcelamentos tributários, seja ele ordinário ou especial.

A Lei nº 13.988/2020 explicita dois limites máximos de parcelas para diluir o pagamento do crédito tributário transacionado, impondo o prazo de 145 (cento e quarenta e cinco) meses para a transação que envolva pessoa natural, microempresa ou empresa de pequeno porte; e de 120 (cento e vinte) meses para os demais contribuintes.

Limita ainda o pagamento na forma de parcelas, culminando em rescisão da transação, o inadimplemento de três parcelas mensais consecutivas no caso da atual transação por adesão prevista no artigo 12 do Edital PGDAU nº 03/2023, ou conforme disposto no termo firmado em transação individual.

A Portaria PGFN nº 2.381/21, além dos limites postos na Lei nº 13.988/2020, traz ainda o prazo de até 132 (cento e trinta e dois) meses para o contribuinte transigente em recuperação judicial que desenvolva projetos sociais. Quanto à rescisão, amplia-se o limite para a falta de pagamento de 6 (seis) parcelas consecutivas ou de 9 (nove) parcelas alternadas.

Regina Helena Costa⁸⁷, ao discorrer sobre o parcelamento, remete à similitude e às dissonâncias entre este e a moratória:

A diferença entre moratória e parcelamento é sutil, porquanto este é espécie daquela, relação que exsurge clara do preceito contido no §2º do art. 155-A, que determina a aplicação subsidiária, ao parcelamento, das disposições do CTN.

Pode-se dizer que os institutos distinguem-se pelo fato de que, enquanto a moratória pode se dar mediante execução unitária ou parcelada – pagamento do débito em uma ou várias parcelas-, o parcelamento, somente desta última forma.

Para além do parcelamento, a Lei nº 13.988/2020 enuncia outras formas de adimplir a transação em momento futuro, como prevê a definição do conceito de moratória emanado por Paulo de Barros Carvalho, a seguir abordadas.

3.2 Transação pactuada na forma de moratória

Nos termos de Paulo de Barros Carvalho⁸⁸, moratória “é a dilação do intervalo de tempo estipulado para o implemento de uma prestação, por convenção das partes, que podem fazê-lo tendo em vista uma execução unitária ou parcelada”.

Regina Helena Costa⁸⁹ acerca da moratória, ensina que:

(...) a prorrogação do prazo ou a outorga de novo prazo, se já findo o original, para o cumprimento da obrigação principal. Sempre dependerá de lei para sua concessão, não somente porque a obrigação tributária é *ex lege*, mas também por força do princípio da indisponibilidade do interesse público, já que a moratória implica o recebimento do crédito fiscal posteriormente ao prazo originalmente estabelecido.

87 COSTA, Regina Helena. Praticabilidade e justiça tributária. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 262.

88 CARVALHO, Paulo de Barros: Direito Tributário – Linguagem e Método. 8. ed. São Paulo Noeses, 2021, p. 540.

89 COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário: Constituição e CTN. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 254.

Ainda sobre a modalidade de suspensão de obrigação tributária arrolada no artigo 156, I, do CTN, Paulo de Barros Carvalho⁹⁰ elenca dois requisitos obrigatórios que devem estar expressos na norma que positive a moratória, tais como a espécie tributária e a forma escalonada e cronológica de adimplemento pelo contribuinte devedor, nos termos do artigo 15391 também do CTN.

E no caso da Lei nº 13.988/2020, a título de benefícios concedidos ao contribuinte em sede de transação, foram postas formas de adimplemento da obrigação tributária diversas do pagamento em pecúnia, em parcela única ou parcelas escalonadas, as quais explicitam a prorrogação do prazo de satisfação do crédito transacionado, como ocorre com a utilização de base de cálculo negativa de CSLL e prejuízos acumulados, a cessão de direitos creditórios e precatórios, e a alienação de bens onerados ou dados em garantia, a seguir abordados.

3.2.1 Utilização de base de cálculo negativa e prejuízos acumulados

Dentre os benefícios arrolados no artigo 11 da lei transigente está a possibilidade de adimplir os créditos transacionados por meio da:

IV - utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), na apuração do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da CSLL, até o limite de 70% (setenta por cento) do saldo remanescente após a incidência dos descontos, se houver.

O artigo 39 da Portaria PGFN nº 6.757/2292 complementa o dispositivo supra e imprime o prazo de 5 (cinco) anos para que a PGFN valide a regularidade dos montantes

⁹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros: Direito Tributário – Linguagem e Método. 8. ed. São Paulo Noeses, 2021, pp. 540-541.

⁹¹

⁹² Art. 39. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional realizará a análise da regularidade da utilização dos créditos previstos nesta Portaria, com base nas informações fiscais a serem prestadas pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil acerca da existência e suficiência dos montantes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL indicados pelo contribuinte.

§1º A análise de que trata o caput poderá ser realizada até a liquidação integral do acordo ou no prazo máximo de 5 (cinco) anos, contados da data de sua celebração, o que for posterior.

§2º A pessoa jurídica que utilizar os créditos previstos neste capítulo deverá manter, durante todo o período previsto no parágrafo anterior, os livros e os documentos exigidos pelas normas fiscais, inclusive comprobatórios dos montantes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL, promovendo, nesse caso, a baixa dos valores nos respectivos livros fiscais.

de prejuízo acumulado e base de cálculo negativa utilizados para adimplir parte dos créditos tributários transacionados.

Ao longo do prazo quinquenal, entre a pactuação do termo de transação e o reconhecimento dos créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa de CSLL, que culminará na extinção da obrigação tributária, o amplo lapso temporal há de ser acobertado pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário pela moratória, sob pena de retomada da litigiosidade, vide atos de constrição e expropriação patrimonial, tão combatida pelo instituto da transação.

3.2.2 Cessão de direitos creditórios ou precatórios

O adimplemento da transação pela cessão de direitos creditórios ou precatórios foi posta no artigo 11 da Lei nº 13.988/2020 a título de benefícios em favor do sujeito passivo. O procedimento para a oferta de precatórios e direito creditórios como forma de pagamento fora regulamentado na Portaria PGFN nº 10.826/2022.

Para tanto, o particular deve apresentar requerimento à PGFN, com as informações referentes ao crédito, bem como a respectiva cessão do direito. Após a análise da autoridade competente, formalizada a aceitação do crédito, o contribuinte será informado que a utilização do crédito ficará “sob condição resolutória de ulterior disponibilização financeira do recurso pelo Tribunal”.

Quanto ao prazo entre o requerimento de oferta de direitos e a disponibilização de pagamento perante o tribunal, dispõe Íris Vânia Santos Rosa⁹³:

No entanto, cabe seguir perguntando: sabendo-se que esse percurso pode demorar meses, como fica, até lá, a situação fiscal do contribuinte? Seria possível considerá-la regular? Sim, antecipamos: se não há imediata extinção do crédito, devemos entender, em contrapartida, que há, sim, nítida situação de suspensão de exigibilidade, assim especificamente a que vem contemplada no inciso I do artigo 151 do Código Tributário Nacional (CTN) e que se

⁹³ A cobrança do saldo liquidado com uso de créditos decorrentes de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL nos termos desta Portaria ficará suspensa até a confirmação dos créditos utilizados, mantendo-se as garantias eventualmente existentes.

⁹³ ROSA, Íris Vânia Santos. Transação tributária e precatórios. In CONRADO, Paulo Cesar e ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (coordenadores) - Transação Tributária na Prática da Lei nº 13.988/2020. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 238.

põe como fruto da postergação do pagamento até a efetiva liberação do precatório.

Tal raciocínio está em consonância com a definição do conceito de transação, na forma de meio alternativo à solução de litígio, pois inadmitir a suspensão da exigibilidade pela moratória ao longo do lapso temporal entre a oferta do direito e a sua concretização na forma de pagamento manteria o sujeito passivo em condição litigante, sujeito a todos os atos competentes de iniciativa do Fisco para a satisfação do crédito tributário.

3.2.3 Alienação de garantias e de constrições

A Lei nº 13.988/2020 prevê em seu artigo 11, na forma de benefícios, a possibilidade de oferecimento, substituição ou alienação de garantias e de constrições.

A norma também traz que ato próprio da autoridade competente pode condicionar a transação à apresentação de garantia e à manutenção das garantias já existentes. Quanto às garantias, o artigo 45 da Portaria PGFN nº 6.757/22 complementou o enunciado prescrito no artigo 11 da lei transigente, ao dispor que:

Art. 45. A adesão à transação proposta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional implica manutenção automática dos gravames decorrentes de arrolamento de bens, de medida cautelar fiscal e das garantias prestadas administrativamente ou nas ações de execução fiscal ou em qualquer outra ação judicial.

Parágrafo único. Em caso de bens penhorados ou oferecidos em garantia de execução fiscal, é facultado ao sujeito passivo requerer a alienação por iniciativa particular, nos termos do art. 880 do Código de Processo Civil, para fins de amortização ou liquidação de saldo devedor transacionado.

De certo que a satisfação da obrigação tributária há de ser efetivada mediante pecúnia, o que demandaria a alienação dos bens ofertados em garantia, a qual não se dá de forma imediata, sendo necessário aguardar o tempo hábil para concretizar a conversão do bem em dinheiro.

Danilo Monteiro de Castro⁹⁴ ensina que:

⁹⁴ CASTRO, Danilo Monteiro de. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário é um efeito sempre presente na transação? In CONRADO, Paulo Cesar e ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (coordenadores) - Transação Tributária na Prática da Lei nº 13.988/2020. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022, p. 246.

“Há, portanto, ainda que de forma implícita, o instituto da moratória quando da transação mediante alienação de garantias, pois impossível referida composição sem a redefinição do prazo para pagamento da exação, mesmo que dependente da venda de determinados bens.”

Uma vez que a satisfação da obrigação tributária dar-se-á em momento futuro à pactuação da transação, percebe-se que ocorre a moratória nos casos de alienação de garantias, seja quanto aos bens ofertados no ato da adesão à transação, seja mediante a expropriação por meio de leilão judicial nos autos em que realizada a constrição, ou ainda mediante alienação do bem por meio do programa “Comprei” da PGFN, instituído pela Portaria PGFN nº 3.050/202295.

Conclusões

A partir da análise doutrinária e legislativa sobre a transação tributária federal, o presente artigo pretendeu verificar se a transação é, de fato, modalidade extintiva do crédito tributário, como foi posta no artigo 156, III, do CTN, tendo concluído o seguinte:

1. A obrigação tributária, que é o litígio objeto da transação, é composta por cinco elementos: sujeito ativo (SA) e sujeito passivo (SP); direito subjetivo do sujeito ativo (\rightarrow), o crédito tributário; dever jurídico do sujeito passivo (\leftarrow), ou débito tributário; e objeto da prestação pecuniária (\$).
2. A transação tributária não implica em novação.
3. A Lei nº 13.988/2020 aduz que é possível que as partes transigentes convençionem a suspensão dos feitos executivos fiscais no período albergado pela transação pactuada.
4. Para extinguir a obrigação tributária, é necessário exterminar quaisquer um de seus elementos constitutivos, o que não ocorre com a pactuação da transação, pois seus cinco elementos [sujeito ativo (SA) e sujeito passivo (SP); direito subjetivo do sujeito ativo (\rightarrow), o crédito tributário; dever jurídico do sujeito passivo (\leftarrow), ou débito tributário; e objeto da prestação pecuniária (\$)] permanecem intactos enquanto não rescindida ou não cumpridos os requisitos expressos no termo de transação. Logo, novamente conclui-se que a transação não extingue o crédito tributário.

95 PORTARIA PGFN Nº3050, DE 06 DE ABRIL DE 2022 - Regulamenta o programa Comprei, sistema destinado à monetização de bens penhorados ou ofertados em garantia.

5. Se a modalidade de transação pactuada entre as partes envolver parcelamento ou moratória (cessão de direitos creditórios e precatórios, utilização de base de cálculo negativa de CSLL e/ou prejuízo acumulado, ou alienação de bens dados em garantia), suspende-se a exigibilidade do crédito tributário.
6. Tal suspensão da exigibilidade faz-se necessária pela natureza anti-litígio da transação pois, uma vez suspensa a exigibilidade do crédito tributário, a autoridade administrativa imiscui-se de investir contra o patrimônio do contribuinte transigente, sem interferir na forma de adimplemento pactuado em transação.
7. Do exposto, é possível concluir que o texto da Lei nº 13.988/2020, para além da pretensão arrecadatória e satisfativa para a extinção da obrigação tributária, positivou inúmeros mecanismos de combate à litigiosidade. Para o lado do Fisco, estabeleceu balizas à discricionariedade administrativa, em consonância aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, garantindo formas alternativas ao pagamento para a satisfação do crédito tributário. Para o lado do particular, garantiu que o caminho percorrido pela transação até a satisfação efetiva do débito tributário permanecesse acobertado pela suspensão da exigibilidade dos créditos transacionados, diante das concessões benéficas em prol da solução de litígios.

Referências

- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 32. Ed. São Paulo: Noeses, 2022.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência. 11. Ed. São Paulo: Noeses, 2021.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário – Linguagem e Método. 8. ed. São Paulo: Noeses, 2021.
- CASTRO, Danilo Monteiro de. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário é um efeito sempre presente na transação? In CONRADO, Paulo Cesar e ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (coordenadores) - Transação Tributária na Prática da Lei nº 13.988/2020. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022.
- COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário: Constituição e CTN. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COSTA, Regina Helena. Praticabilidade e justiça tributária. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- CONRADO, Paulo Cesar. Processo Tributário. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

CONRADO, Paulo Cesar e ARAÚJO, Juliana Furtado Costa. Transação tributária no direito brasileiro e seus principais aspectos à luz da Lei nº 13.988/2020 com as alterações da Lei nº 14.375/2022 in CONRADO, Paulo Cesar e ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (coordenadores) - Transação Tributária na Prática da Lei nº 13.988/2020. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022.

FIGUEIREDO, Marina Vieira de. Lançamento tributário: revisão e seus efeitos. São Paulo: Noeses, 2014.

ROSA, Íris Vânia Santos. Transação tributária e precatórios. In CONRADO, Paulo Cesar e ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (coordenadores) - Transação Tributária na Prática da Lei nº 13.988/2020. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 12. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

TÔRRES, Heleno Taveira. "Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre Administração e contribuintes – Simplificação e eficiência administrativa". In: Revista de Direito Tributário vol. 86, pp. 40-64. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

VERGUEIRO, Camila Campos. CPC/2015, regulamentação da transação e suas modalidades In CONRADO, Paulo Cesar e ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (coordenadores) - Transação Tributária na Prática da Lei nº 13.988/2020. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022.

VERGUEIRO, Camila Campos. Texto x Norma jurídica: transação é causa de extinção da obrigação tributária. In Texto e contexto no direito tributário / coordenação Paulo de Barros Carvalho; organização Priscila de Souza. São Paulo: Noeses: IBET, 2020.

A CONSULTA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

LARA NASCIMENTO MAGALHÃES:
advogada na área de contencioso cível desde 2016. Graduada em Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro em 2016. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes em 2018⁹⁶

Resumo: O presente artigo apresenta o conceito, a fundamentação legal, os principais benefícios e o procedimento da adoção da consulta pública pela Administração Pública quando da realização de licitações. Destaca-se que a matéria é afeta à discricionariedade administrativa, motivo pelo qual caberá ao gestor público regulamentá-la, bem como decidir sobre sua necessidade.

Palavras-chave: Licitações. Consulta Pública. Discricionariedade Administrativa.

1.Introdução

A consulta pública é um instrumento de participação popular utilizado pela Administração Pública quando da realização de licitações, como também quando da elaboração de leis e atos normativos.

Trata-se de mecanismo que possibilita a discussão acerca do planejamento da contratação, uma vez que são colhidas opiniões e sugestões dos interessados e, em especial, dos potenciais licitantes, a fim de aprimorar o procedimento licitatório.

Nesse sentido, conforme elucidado na 5ª Edição do Manual de Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União (TCU), por meio da realização de consulta pública é possível discutir diversos aspectos da contratação, como a natureza do objeto, o modelo de execução, o modelo de gestão do contrato, a forma de remuneração, o orçamento estimado, a planilha de custos e formação de preços e as sanções previstas.⁹⁷

2.Fundamento legal

A Lei nº 14.133/21 dispõe sobre normas gerais de licitações e contratos no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, trazendo a previsão de consulta pública na licitação em seu artigo 21, *in litteris*.

96 Email: laraanm@hotmail.com

97 <https://portal.tcu.gov.br/>

Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados.

Parágrafo único. A Administração também poderá submeter a licitação a prévia **consulta pública**, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.

No entanto, verifica-se que a disposição normativa carece de regulamentação para sua efetivação, atraindo a competência dos gestores para fazê-la.

Ainda, imperioso ressaltar que o referido instrumento também possui amparo legal na Lei nº 9.784/99, como se depreende do artigo 31 do aludido diploma legal:

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de **consulta pública** para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da **consulta pública** será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Assim, não pairam dúvidas quanto à legalidade e, por conseguinte, da possibilidade de realização de consulta pública nos procedimentos licitatórios que, por sua vez, não preveem nenhuma condição de procedibilidade. Ao revés, cuida-se de mecanismo inserido no âmbito da discricionariedade do gestor público.

3. Benefícios da realização da consulta pública

Primordialmente, a consulta pública perfectibiliza o princípio da transparência, da publicidade e da segurança jurídica de modo a permitir que a sociedade possa participar efetivamente da licitação, garantindo a legitimidade do certame e a maior competitividade.

Nesse sentido, Rafael Oliveira ensina⁹⁸:

“A participação popular no procedimento administrativo. nessa perspectiva do consensualismo, revela-se um importante instrumento de democratização da Administração Pública, pois permite uma melhor ponderação pelas autoridades administrativas dos interesses dos particulares, identificando, com maior precisão, os problemas e as diferentes consequências possíveis da futura decisão. Ademais, a participação aumenta a probabilidade de aceitação dos destinatários das decisões administrativas. constituindo, por isso. Importante fator de legitimidade democrática da atuação da Administração Pública.”

Ademais, ampliar a forma de acesso dos particulares no procedimento licitatório faz com que a assimetria de informações entre o setor público e o setor privado seja reduzido, oportunizando contratações mais eficientes e vantajosas. Não se pode olvidar que o setor privado detém maior expertise em assuntos específicos e, sendo assim, torna-se interessante um canal de comunicação entres esses atores.

4.0 procedimento da consulta pública

Conforme já mencionado, não há na lei regulamentação acerca dos requisitos a serem observados quando da realização da consulta pública, cabendo ao gestor defini-los em juízo de conveniência e oportunidade.

Nesse sentido, a doutrina pontua que a sua realização deve preceder a publicação do edital de licitação, ou seja, antes do início da fase externa, de modo a permitir que eventuais vícios apontados pelos participantes possam ser sanados.

Por outro lado, no que diz respeito ao prazo, entende-se que o administrador poderá designá-los de acordo com a complexidade do objeto, assim como com o valor da contratação. Logo, não há um modelo estanque a ser seguido.

Atualmente, o Município de São Paulo já regulamentou o tema na nos artigos 23 a 26, do Decreto nº 62.100/22, *in verbis*.

Da Realização de Consulta e Audiência Públicas

Art. 23. Deverá ser realizada consulta pública:

I - sempre que os valores estimados da contratação superarem o montante de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais);

⁹⁸ Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - 8. ed. - Rio de Janeiro: Método, 2020. p. 119.

II - independentemente do valor estimado da contratação, sempre que a relevância, a pertinência ou a complexidade do objeto assim o recomendarem; ou

III - para qualquer valor, quando a legislação específica a exigir.

§ 1º A consulta pública poderá ser dispensada a critério da autoridade competente, desde que devidamente justificada no respectivo processo administrativo.

§ 2º Não se aplica o disposto no "caput" deste artigo às licitações na modalidade leilão.

Art. 24. O órgão licitante deverá submeter à consulta pública, no mínimo, o termo de referência, que contenha a identificação e a descrição do objeto do contrato, além da justificativa da contratação.

Parágrafo único. O prazo mínimo para o recebimento de sugestões será de 5 (cinco) dias úteis, podendo ser realizada audiência pública, a critério do órgão licitante, observada, nesse caso, a antecedência de 8 (oito) dias úteis para convocação.

Art. 25. As críticas e as sugestões enviadas deverão, obrigatoriamente, estar devidamente identificadas e acompanhadas da argumentação que as justifique, sobre as quais o órgão licitante fará a respectiva análise.

Art. 26. Todas as etapas da consulta pública, compreendendo a abertura, os esclarecimentos e os subsídios, deverão ser divulgadas no sítio eletrônico oficial do Município até a data da publicação do edital.

Parágrafo único. O processo de licitação será instruído com os documentos que comprovem a consulta pública e, quando couber, a audiência pública, e com a conclusão da análise realizada.

Não obstante a ausência de determinação legal no tocante ao prazo a ser considerado, a 5ª Edição do Manual de Licitações e Contratos do TCU apontou como um possível risco da consulta pública a concessão de prazos exíguos para sua realização, haja vista a possibilidade de mitigar a participação dos interessados, esvaziando o objetivo primordial do instrumento.

Salienta-se que a legitimidade desse mecanismo requer, ainda, ampla divulgação, atendendo ao princípio da publicidade, expressamente elencado no art. 37, caput, da Constituição da República.

5. Conclusão

Ante o exposto, verifica-se que a realização de consulta pública tem por objetivo aprimorar o procedimento licitatório, trazendo a expertise do setor privado para maior eficiência das contratações públicas, além de conferir legitimidade aos atos praticados pelos administradores.

Assim, a utilização desse instrumento é uma faculdade conferida ao gestor público que, por sua vez, pode regulamentá-lo de acordo com as necessidades do órgão licitante, o que não afasta a necessidade de previsão de parâmetros mínimos a serem seguidos.

Por fim, frisa-se que não há óbice para adoção de outros prazos ou requisitos para além dos já adotados em legislações correlatas, uma vez que a previsão normativa no tocante à procedibilidade da consulta pública, conforme restou demonstrado, cuida-se de matéria inserida no campo da discricionariedade administrativa.

Referências Bibliográficas:

Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - 8. ed. - Rio de Janeiro: Método, 2020.

Alexandrino, Marcelo. Paulo, Vicente. Resumo de Direito Administrativo Descomplicado – 16ª Edição 2023

Lenza, Pedro. Esquematizado - Direito Administrativo - 5ª edição 2022

<https://portal.tcu.gov.br/>

OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL SOBRE A VISÃO DO PENSAMENTO COMPLEXO

FÁBIO DIAS DE OLIVEIRA: Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, bacharel em Direito pelo Centro Universitário UniRadial São Paulo.⁹⁹

Resumo: No cenário dinâmico do mundo contemporâneo, destacando o desenvolvimento social como um fenômeno complexo moldado por fatores globais, regionais e locais. O texto propõe uma análise dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU, utilizando a teoria do Pensamento Complexo de Edgar Morin. O objetivo é conectar os objetivos de Desenvolvimento Social aos princípios do pensamento complexo. A pesquisa destaca a relevância do tema, indicando a necessidade de debates sobre o Desenvolvimento Social. A metodologia aplicada inclui a coleta de dados por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando uma variedade de fontes físicas e virtuais, como livros, artigos, monografias, dissertações, teses, legislações e doutrina.

Palavras-chave: Objetivos de Desenvolvimento Social. Organização das Nações Unidas. Pensamento Complexo.

Abstract: In the dynamic scenario of the contemporary world, highlighting social development as a complex phenomenon shaped by global, regional and local factors. The text proposes an analysis of the UN's Sustainable Development Goals (SDGs), using Edgar Morin's Complex Thinking theory. The objective is to connect the objectives of Social Development with the principles of complex thinking. The research highlights the relevance of the topic, indicating the need for debates on Social Development. The methodology applied includes data collection through bibliographic research, using a variety of physical and virtual sources, such as books, articles, monographs, dissertations, theses, legislation and doctrine.

Keywords: Social Development Objectives. United Nations. Complex Thinking.

1.Introdução

⁹⁹ E-mail: fabio.d.oliveira@gmail.com

O cenário dinâmico do mundo contemporâneo, o desenvolvimento social emerge como um fenômeno complexo e multifacetado, moldado por uma interação intrincada de fatores globais, regionais e locais. À medida que as sociedades evoluem, enfrentam desafios e oportunidades únicas que refletem as mudanças nos padrões demográficos, avanços tecnológicos, movimentos culturais e questões ambientais.

Nesse contexto procuraremos abordar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU), procurando de forma rasa explicar sua criação, desenvolvimento e aplicação e os motivos de sua relevância. Para isso tentaremos usar as ideias do renomado filósofo e sociólogo Edgar Morin, em sua teoria do Pensamento Complexo.

Nesse sentido, sem esgotar a matéria, até porque a natureza desta pesquisa não permite tal intento, buscar-se-á elementos que liguem os objetivos de Desenvolvimento Social à luz do pensamento complexo.

Para atingir o objetivo proposto apresentamos o histórico dos projetos na Organização das Nações Unidas, visando o Desenvolvimento Sustentável e, após passamos a expor as teorias do Pensamento Complexo, conforme proposto por Edgar Morin, por fim procuramos conectar as ODS aos princípios do pensamento complexo.

A relevância da pesquisa se justifica pela atualidade e especificidade do tema investigado, o qual aponta necessidade de debates sobre referida problemática a ser enfrentada, o Desenvolvimento Social.

A metodologia aplicada para o desenvolvimento do trabalho contou com a técnica de coleta de dados mediante pesquisa bibliográfica. Neste processo investigativo, foram utilizados textos em geral, na forma de livros, artigos, monografias, dissertações, teses, legislações e doutrina, tanto do meio físico, como do virtual.

2.Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

2.1 Breve Histórico

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), remonta à Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada em 2002, em Johannesburgo, conhecida como a Cúpula Rio+10 (ONU, p. 2) . Nesse encontro, líderes globais discutiram o progresso e os desafios enfrentados desde a Cúpula da Terra no Rio de Janeiro, em 1992, que resultou na Agenda 21, um plano de ação global para o desenvolvimento sustentável.

Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), estabelecidos em 2000, foram uma resposta a essa Cúpula e delinearam metas específicas a serem alcançadas até 2015. Focando principalmente em questões de pobreza extrema, fome, saúde materna e infantil,

educação básica, igualdade de gênero e acesso à água potável, os ODM foram considerados um passo significativo, mas também foram criticados por não abordarem adequadamente uma gama mais ampla de desafios globais.

Em 2002, durante a Conferência Rio+20, a comunidade internacional reconheceu a necessidade de uma abordagem mais abrangente e integrada para o desenvolvimento sustentável. Foi acordado que seria necessário desenvolver uma nova agenda global que incluísse todos os países e abordasse questões como mudanças climáticas, desigualdades sociais, consumo responsável e outros temas cruciais (ONU, p. 3-4).

Essa nova agenda de desenvolvimento sustentável culminou na adoção dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) em setembro de 2015, durante a Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável, em Nova Iorque. Os 17 ODS e suas 169 metas representam uma visão mais abrangente e interconectada do desenvolvimento sustentável, abordando não apenas os aspectos econômicos, mas também os sociais e ambientais (ONU, p. 1).

2.2 Conceito de Desenvolvimento Sustentável

Segundo a Agenda das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável (2023), o desenvolvimento sustentável é o “desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das futuras gerações de satisfazerem as suas próprias necessidades”.

O conceito apresentado não se encerra aí, apresenta como fundamentos o crescimento econômico, a inclusão social e a proteção ao meio ambiente.

O desenvolvimento sustentável exige esforços concertados para a construção de um futuro inclusivo, sustentável e resiliente para as pessoas e o planeta.

Para que o desenvolvimento sustentável seja alcançado, é fundamental harmonizar três elementos fundamentais: crescimento econômico, inclusão social e proteção do ambiente. Esses elementos estão interligados e todos são cruciais para o bem-estar dos indivíduos e das sociedades.

Erradicar a pobreza em todas as suas formas e dimensões é um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Para tal, deve haver promoção de um crescimento econômico sustentável, inclusivo e equitativo, criando mais oportunidades para todos,

reduzindo as desigualdades, elevando os padrões básicos de vida, promovendo o desenvolvimento social equitativo e a inclusão, e promovendo a gestão integrada e sustentável dos recursos naturais e dos ecossistemas.¹⁰⁰ (tradução nossa)

2.3 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)

Anteriormente ao lançamento dos Objetivos de Desenvolvimento Social, a Organização das Nações Unidas aprovou, em setembro de 2000, a Declaração do Milênio, assinada pelos líderes de 189 nações.

A Declaração do Milênio estabeleceu oito metas a serem atingidas até 2015, enumeradas a seguir:

1. Erradicar a pobreza extrema e a fome

- Reduzir à metade a proporção de pessoas cuja renda seja inferior a U\$1,25 por dia.
- Alcançar emprego pleno, produtivo e decente para todos, inclusive mulheres e jovens.
- Reduzir à metade a proporção de pessoas que sofrem com a fome.

2. Alcançar educação primária universal

- Garantir que todos os meninos e meninas completem o curso de educação primária.

¹⁰⁰ Sustainable development has been defined as development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.

Sustainable development calls for concerted efforts towards building an inclusive, sustainable and resilient future for people and planet.

For sustainable development to be achieved, it is crucial to harmonize three core elements: economic growth, social inclusion and environmental protection. These elements are interconnected and all are crucial for the well-being of individuals and societies.

Eradicating poverty in all its forms and dimensions is an indispensable requirement for sustainable development. To this end, there must be promotion of sustainable, inclusive and equitable economic growth, creating greater opportunities for all, reducing inequalities, raising basic standards of living, fostering equitable social development and inclusion, and promoting integrated and sustainable management of natural resources and ecosystems.

3. Promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres

- Eliminar a disparidade entre os gêneros na educação primária e secundária preferencialmente até 2005, e em todos os níveis da educação até 2015.

4. Reduzir a mortalidade infantil

- Reduzir em dois terços a mortalidade de crianças menores que 5 anos.

5. Melhorar a saúde materna

- Reduzir a mortalidade materna em três quartos.

Alcançar acesso universal à saúde reprodutiva.

6. Combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças

- Deter e diminuir a propagação do HIV/AIDS.

- Alcançar, até 2010, acesso universal ao tratamento do HIV/AIDS para todos aqueles que precisam.

- Deter e diminuir a incidência da malária e outras doenças.

7. Garantir a sustentabilidade ambiental

- Integrar os princípios do desenvolvimento sustentável às políticas e programas de governo dos países; reverter a perda de recursos naturais.

- Reduzir a perda da biodiversidade, alcançando, até 2010, uma redução significativa da taxa de perda.

- Reduzir à metade a proporção de pessoas sem acesso a água potável e saneamento básico.

- Melhorar a vida de pelo menos 100 milhões de habitantes de favelas até 2020.

8. Estabelecer uma parceria global para o desenvolvimento.

- Desenvolver a fundo um sistema financeiro e comercial que seja aberto, baseado em regras, previsível e não-discriminatório.
- Atender às necessidades especiais dos países menos desenvolvidos, países sem litoral e Estados em desenvolvimento em pequenas ilhas.
- Lidar compreensivelmente com as dívidas de países em desenvolvimento.
- Em parceria com a indústria farmacêutica, prover acesso a medicamentos essenciais nos países em desenvolvimento.
- Em parceria com o setor privado, tornar disponível os benefícios das novas tecnologias, em especial tecnologias de informação e comunicação.

No relatório divulgado pela própria ONU (2015), mostra os resultados das ODM, como podemos ver:

- a) extrema pobreza: o percentual da população das regiões em desenvolvimento que vive com menos de US\$ 1,25 por dia caiu aproximadamente 50% em 1990 para 14% em 2015;
- b) fome: a proporção de pessoas subnutridas nas regiões em desenvolvimento caiu à metade, de 23,3% em 1990 para 12,9% em 2015;
- c) crianças fora da escola: o número global de crianças fora da escola primária caiu de 100 milhões em 2000 para 57 milhões em 2015.
- d) taxa de mortalidade infantil: entre 1990 e 2015, a taxa de mortalidade de crianças até 5 anos caiu de 90 para 43 mortes por 1.000 nascimentos;

Cabe ressaltar que esses resultados podem decorrer por diversos fatores além das ODM, o número absoluto de pessoas na condição de extrema pobreza caiu de 1,9 bilhão de pessoas em 1990 para 836 milhões em 2015, de acordo com o PNUD (2018).

2.4 ODM para ODS

Em junho de 2012, foi realizada no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, conhecida como Rio+20, que além de reconhecer os avanços trazidos pelos ODM, propôs dar início à elaboração de um conjunto de objetivos de desenvolvimento sustentável (SDKP, 2017), conforme podemos extrair do documento final:

Destacamos também que as metas de desenvolvimento sustentável (SGDs) devem ser orientadas para ação, concisas e fáceis de entender, em número limitado, ambiciosas, de natureza global, e universalmente aplicáveis a todos os países, tendo em conta as diferentes realidades, capacidades e níveis de desenvolvimento e respeitando as políticas e prioridades nacionais. Reconhecemos também que as metas devem abordar as áreas prioritárias para realização do desenvolvimento sustentável, sendo orientadas por este documento final. Os governos devem conduzir a execução com a participação ativa de todas as partes interessadas, conforme apropriado. (BRASIL, 2012, p. 49)

O grupo de trabalho formado após a Rio+20, apresentou suas recomendações com 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável incluídos na Agenda Pós-2015. Após o consenso entre 193 Estados-Membros da ONU, a Agenda Pós-2015 passou a ser chamada de Agenda 2030.

Durante a Cúpula das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável foi adotada oficialmente a nova agenda composta de 17 objetivos e 169 metas associadas, vigorando entre 1º de janeiro de 2016 a 31º de dezembro de 2030 (PNUD).

2.5 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)

Apresento a lista dos 17 ODS extraído da agenda 2030, publicado pela Coordenadoria-Geral de Desenvolvimento Sustentável (CGDES):

Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares

Objetivo 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável

Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades

Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos

Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas

Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos

Objetivo 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos

Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos

Objetivo 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação

Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles

Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis

Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis

Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos

Objetivo 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável

Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade

Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis

Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável

Para cada ODS foi definido um conjunto de metas e indicadores, 169 metas e 254 indicadores.

3. Pensamento Complexo

3.1 Edgar Morin

Para falarmos do pensamento complexo primeiramente devemos falar de seu grande expoente, Edgar Morin. Nascido Edgar Nahoum, em 8 de julho de 1921 na França conhecido principalmente por seu trabalho no desenvolvimento do conceito de "pensamento complexo" e por suas contribuições para a compreensão de sistemas complexos, dinâmicas sociais e questões interdisciplinares.

Filho único de família judia perdeu, ainda criança, a sua mãe, fato que o levou a ter como refúgio a literatura. Além desta, Nahoum tem o cinema como paixão e inspiração em sua vida. Apresentado ao marxismo no clima tenso da Segunda Guerra Mundial, esse intelectual foi cada vez mais envolvido em atividades subversivas, o que fez com que vivesse um período na clandestinidade duplamente (como judeu e comunista). Foi durante seus anos junto à resistência francesa que adotou o pseudônimo de Morin que carrega desde então.

Detentor de dois bacharelados, Geografia e História e Direito é filósofo, sociólogo e antropólogo, porém é possuidor 21 Doutorados Honorários, pesquisador emérito do CNRS (*Centre National de La Recherche Scientifique*).

Autor de quase 100 livros dentre eles os mais citados são: "O Método", "Introdução ao Pensamento Complexo", "Ciência com Consciência" e "Os Sete Saberes Necessários para a Educação do Futuro". Este último foi escrito a convite da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura (Unesco), que o consagrou como uma referência nas áreas de educação, psicologia, filosofia e sociologia.

3.2. *Pensamento Complexo ou Pensée Complexe*

O Pensamento Complexo tem como principal aspiração gerir as interconexões entre os distintos domínios disciplinares que são fragmentados pelo pensamento separativo.

Pedimos legitimamente ao pensamento que dissipe as brumas e as trevas que ponha ordem e clareza no real, que revele as leis que o governam. A palavra complexidade só pode exprimir nosso incômodo, nossa confusão, nossa incapacidade para definir de modo simples, para nomear de modo claro, para ordenar nossas ideias. (MORIN, 2005, p.5)

Desde a revolução científica, impera sobre nós os princípios de disjunção, redução e abstração, conforme estabelecido por Descartes (MORIN, 2005, p.11), sobre o que Morin atribui o nome de paradigma simplificador.

Assim, o paradigma simplificador é um paradigma que põe ordem no universo, expulsa dele a desordem. A ordem se reduz a uma lei, a um princípio. A simplicidade vê o uno, ou o múltiplo, mas não consegue ver que o uno pode ser ao mesmo tempo múltiplo. Ou o princípio da simplicidade separa o que está ligado (disjunção), ou unifica o que é diverso (redução). (MORIN, 2005, p.11)

Morin opõe-se ao pensamento simplificador (MORIN, 2005, p.6), ressaltando a presença de dois potenciais elementos que podem desviar as mentes do verdadeiro entendimento do pensamento complexo. O primeiro elemento diz respeito ao equívoco de acreditar que a complexidade leva à eliminação da simplicidade. Morin argumenta que a complexidade realmente surge da falha da simplicidade, mas incorpora tudo o que traz ordem, clareza, distinção e precisão ao conhecimento. O entendimento, portanto, é que o pensamento complexo abrange todas as formas possíveis de simplificação; no entanto, não permite espaço para implicações redutoras, unidimensionais e mutiladoras, ao contrário do pensamento simplificador, que desfaz a complexidade da realidade.

O segundo elemento refere-se à confusão entre complexidade e completude, destacada por Morin. Ele enfatiza que o maior desejo da complexidade está em lidar com as interconexões entre os diferentes campos disciplinares que são desmembrados pelo pensamento disjuntivo. Morin aponta isso como um dos aspectos do pensamento simplificador, onde, ao fragmentar um determinado conhecimento, isola o que foi separado e oculta possíveis ligações.

Esta simplificação leva a patologia do saber que Morin denomina de “inteligência cega”: A inteligência cega destrói os conjuntos e as totalidades, isola todos os seus objetos do seu meio ambiente. Ela não pode conceber o elo inseparável entre o observador e a coisa observada. (MORIN, 2005, p.12)

Surge, então, a necessidade do pensamento complexo, de se desenvolver um paradigma que substitua as idéias de disjunção/redução/unidimensionalização por idéias de distinção/conjunção de forma a “distinguir sem disjuntar, de associar sem identificar ou reduzir” (MORIN, 2005, p.15).

Morin busca definir o pensamento complexo:

O que é a complexidade? À primeira vista é um fenômeno quantitativo, a extrema quantidade de interações e de interferências entre um número muito grande de unidades. De fato todo sistema auto-organizador (vivo), mesmo o mais simples, combina um número muito grande de unidades da ordem de bilhões, seja de moléculas numa célula, seja de células no organismo [...] Mas a complexidade

não compreende apenas quantidades de unidade e interações que desafiam nossas possibilidades de cálculo: ela compreende também incertezas, indeterminações, fenômenos aleatórios. A complexidade num certo sentido sempre tem relação com o acaso. (MORIN, 2005, p.35)

Dessa forma, o pensamento complexo busca a compreensão multidimensional do conhecimento, reconhecendo, no entanto, a impossibilidade de alcançar uma compreensão completa. Para Morin, a inatingibilidade de uma onisciência é, de fato, um dos axiomas da complexidade, configurando-se como uma teoria. Em outras palavras, isso implica o reconhecimento de um princípio de incompletude e incerteza, juntamente com a percepção da interconexão entre os diversos aspectos que a mente deve distinguir sem isolá-los, formando assim a noção de completude.

No limiar do século XXI, vemos a ciência expandir a simplicidade não é suficiente para abarcar o conhecimento, temos questões da física em que a teoria da cordas procura descrever a natureza fundamental das partículas elementares e as forças fundamentais que governam o universo. Ela representa uma tentativa de unificar as teorias da relatividade geral, que descreve a gravidade, e a teoria quântica de campos, que aborda as forças subatômicas. Em resumo, unificar a física clássica com a física quântica.

Nisso Morin chega à ideia de uma contradição fundamental.

A complexidade da relação ordem/desordem/organização surge, pois, quando se constata empiricamente que fenômenos desordenados são necessários em certas condições, em certos casos, para a produção de fenômenos organizados, os quais contribuem para o crescimento da ordem. (MORIN, 2005, p.63)

3.3. Princípios Básicos da Complexidade

Morin (2005, p. 73), apresenta à três princípios que nos ajudarão a pensar a complexidade, sendo o primeiro denominado de dialógico, que propõe a utilização de duas lógicas contraditórias, a lógica da ordem e a lógica da desordem, para explicar fenômenos complexos. Esse princípio destaca a importância do diálogo entre diferentes perspectivas, reconhecendo que a compreensão completa de um fenômeno muitas vezes requer a consideração de aspectos aparentemente opostos.

O segundo princípio é o da recursão organizacional ou recursividade, este princípio destaca a natureza interativa e recíproca entre os indivíduos e a sociedade, descreve, assim

um processo recursivo no qual os produtos e efeitos das interações sociais são, ao mesmo tempo, causas e produtores daquilo que os originou.

Por fim, o terceiro princípio é o princípio hologramático, que de maneira análoga aos hologramas físicos, onde cada ponto mínimo da imagem contém quase toda a informação do objeto representado, a relação entre partes e todo é caracterizada por uma interconexão fundamental. Em outras palavras, no contexto do pensamento complexo, este princípio destaca que não apenas a parte está no todo, mas o todo está na parte, enfatizando a natureza holográfica e interdependente dos elementos em um sistema.

4.A conexão entre as ODS e o Pensamento Complexo

Dada a complexidade inerente aos objetos de estudo das ODS, é desejável adotar um método mais apropriado para compreender sua interconexão ao Pensamento Complexo. Ao considerar o método como um trajeto de pesquisa intrinsecamente ligado à teoria de Morin, quando escolhida como base teórica, torna-se um guia para encontrar o caminho preferido na investigação desses objetos.

O método de investigação do estudo, na Complexidade, surge dos pressupostos teóricos, pois, como lembra Morin, "a teoria não é nada sem o método" (MORIN, 1996, p.337), ou seja, ambos são componentes indispensáveis da complexidade; a Complexidade não tem metodologia, mas pode ter o seu método, o que ele chama de lembrete.

Na perspectiva de Morin (MORIN, 2000, p.334), a palavra "método" não é sinônima de "metodologia", já que esta última representa um guia prévio que orienta a pesquisa. Em contraste, o método, ao libertar-se durante a trajetória do pesquisador, age como um auxiliar da estratégia, incorporando inevitavelmente descobertas e inovações.

Como vimos, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) são uma série de metas globais estabelecidas pelas Nações Unidas para abordar desafios globais e melhorar as condições de vida em todo o mundo.

Ao longo da história da humanidade, diversas abordagens filosóficas acompanharam as tentativas humanas de desenvolver a sociedade como um todo. No âmbito do desenvolvimento social, por muito tempo, procurou-se evoluir sob a perspectiva cartesiana, frequentemente negligenciando a complexidade multicausal que permeia essa área.

O desenvolvimento social como vimos, refere-se ao progresso e ao avanço da humanidade em aspectos relacionados ao bem-estar, equidade, qualidade de vida e interações sociais. Envolve melhorias nas condições sociais, econômicas, educacionais e culturais de uma comunidade ou país. O desenvolvimento social busca promover

igualdade, inclusão, justiça e oportunidades para todos os membros da sociedade, visando criar um ambiente sustentável e harmonioso.

5. Conclusão

Após este breve estudo entendemos que a complexidade conduz a uma série de problemas fundamentais que são relacionados às próprias questões humanas. Verificamos que as questões que envolvem nossa espécie como um todo, não podem ser simplificadas. Ao analisarmos as propostas implementadas pela ONU, para um desenvolvimento igualitário de todos os hominídeos, estas se coadunam com os pressupostos do pensamento complexo proposto por Edgar Morin.

O Pensamento Complexo de Edgar Morin é uma abordagem que propõe uma compreensão mais completa e integrada da realidade, superando as limitações da fragmentação e da simplificação excessiva. Esse pensamento é baseado em princípios que reconhecem a complexidade inerente aos fenômenos e destaca a necessidade de uma visão holística e interdisciplinar. Provavelmente, nestes aspectos de ordem global a aplicação dos princípios do pensamento complexo fazem mais sentido, para sua aplicação principalmente por se tratarem de assuntos complexos, dos quais não cabem uma simplificação.

Os ODS podem ser entendidos como uma força unificadora e progressista, promovida pela ONU, representando a busca por conhecimento e cooperação pacífica dos povos. Podemos entender a ONU como uma plataforma crucial para a colaboração entre as nações, buscando construir um mundo mais justo, pacífico e sustentável, cujas atividades abrangem uma ampla gama de áreas, refletindo a diversidade de desafios enfrentados pela comunidade internacional.

Este estudo destaca que a complexidade dos problemas fundamentais está intrinsecamente ligada às questões humanas, ressaltando que abordar questões que envolvem toda a espécie humana não pode ser simplificado. As propostas da ONU para um desenvolvimento igualitário alinham-se com os princípios do Pensamento Complexo de Edgar Morin, que busca uma compreensão abrangente e integrada da realidade, superando a fragmentação.

5. Referências bibliográficas

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento**: Agenda 21. Brasília: 1995. 471 p.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Declaração final da conferência das Nações Unidas sobre desenvolvimento sustentável (Rio+20):** O futuro que queremos. Brasília: 2012. 55 p.

_____. Ministério das Relações Exteriores. Coordenadoria-Geral de Desenvolvimento Sustentável (CGDES). **Objetivos de Desenvolvimento** Sustentável. Brasília: 2016. 18 p.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Acompanhando a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável:** subsídios iniciais do Sistema das Nações Unidas no Brasil sobre a identificação de indicadores nacionais referentes aos objetivos de desenvolvimento sustentável/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: 2015. 250 p.

SUSTAINABLE DEVELOPMENT KNOWLEDGE PLATAFORM (SDKP). Open Working Group on Sustainable Development Goals: introduction. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/owg.html>>. Acesso em: 20 NOV 2023.

Organização das Nações Unidas (ONU). Johannesburg Declaration on Sustainable Development (2002). New York: 2002,

_____. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. Nova York: 2015.

_____. The Sustainable Development Agenda. disponível em: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/>>. Acesso em: 20 NOV 2023.

_____. Objetivos de desenvolvimento do Milênio. disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/66851-os-objetivos-de-desenvolvimento-do-mil%C3%AAnio>>. Acesso em: 20 NOV 2023.

_____. The Millenium Development Goals report. fact sheet. Nova York: 2015. 4 p.

MORIN, Edgar. Ciência com consciência. 4a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 2000.

_____. Introdução ao Pensamento Complexo. Porto Alegre: Editora Sulina. 2005.

_____. O método. 2a ed. Lisboa: Europa-América; 1996. 3 v. v. 3: o conhecimento do conhecimento.

_____. O Paradigma Perdido: a natureza humana. 6. ed. Lisboa: Publicações Europa-América; 2000.

_____. A religação dos saberes: o desafio do século XXI. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 2002.

_____. Ciência com consciência. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 2014.

_____. A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento. 22. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 2015.

_____. O Método 1, 2, 3, 4, 5,6 (Coleção). Editora Sulina, 2005.

_____. Meus Demônios. Ed. Bertrand Brasil, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Tractatus Logico-Philosophicus. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.