BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 977

(Ano XII)

(26/09/2020)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2020

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

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.*

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

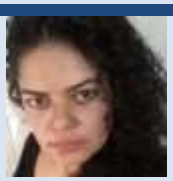
Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



O que mudou com a promulgação da Lei 14.034/20 para o cancelamento das Passagens Aéreas
Edilene Pereira de Andrade, 05.

ARTIGOS

O Reconhecimento da Paternidade Socioafetiva e os Princípios Norteadores no Âmbito Sucessório
Vanessa Andriani Maria, 10.

Tutela provisória na sentença e retirada do efeito suspensivo da apelação: técnica de incremento da efetividade do processo
Vitor Paiva Fiorindo, 30.

Da conversão do flagrante em preventiva de ofício: e o sistema
Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior, 58.

A fragilização do paradigma constitucional brasileiro na atual crise da democracia
José Carlos Severo de Oliveira Matos, 64.

Redimensionamento da subordinação jurídica para os teletrabalhadores: Um estudo sobre as novas possibilidades de categoria para o teletrabalho.
Andréia Aline Nunes Machado Bodenmuller, 89.

A repercussão da pandemia no cenário tributário
Pedro Henrique de Oliveira Martins, 111.

O direito à morte digna no ordenamento jurídico brasileiro
Mariana Sá Leitão de Meira Lins, 128.

Taxas inconstitucionais
Mirela Reis Caldas, 145.

O Princípio da Autonomia dos Entes Federativos em Tempos de Pandemia
Denise Maria das Neves e Lima, 153.

Previdência social rural: o sustentáculo da economia das pequenas cidades do interior do Amazonas
Iedo Porto Filho, 160.

Os princípios básicos da Administração Pública
David Alisson Almeida Oliveira e Makszalem Pereira de Carvalho, 181.

O controle de constitucionalidade jurisdicional preventivo no STF
Mariana Sá Leitão de Meira Lins, 194.

Direito ambiental contemporâneo e responsabilidade objetiva
João Carlos Parcianello, 214.

Status jurídico dos animais segundo alterações no ordenamento jurídico brasileiro
José de Paulo de Morais e Gomes, 226.

A problemática dos danos moral e social e os novos âmbitos da responsabilidade civil
Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana, 242.

Princípios penais constitucionais como fundamentos para um decreto penal do equilíbrio
Paulo Jordan Rocha da Silva, 260.

Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS: a recente decisão do STF
Paulo Sergio Rodrigues da Silva, 270.

A competência judicial para apreciar os casos de greve promovida por empregados públicos celetistas
Mariana Sá Leitão de Meira Lins, 287.

O valor da palavra da vítima como única prova para condenação do acusado nos crimes contra dignidade sexual
David da Silva Galvão, 302.

Diálogo entre o positivismo e o sistema de precedentes para a racionalidade do sistema jurídico no Brasil
Luis Gustavo Fagundes Purgato, 317.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A possibilidade de prisão após decisão condenatória em segunda instância: Uma análise sobre a observância da presunção de inocência na jurisprudência brasileira
Eloisa Martins da Cruz, 335.

Direito de imagem das pessoas presas pela policia em operações policiais decorrentes de flagrante ou cumprimento de medidas cautelares, na cidade de Manaus
Antonio Chaves Benaion, 353.

A contestação da constitucionalidade da inclusão por Decreto de empresas estatais no Programa Nacional de Desestatização (PND) por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).
Carlos Frederico Alverga, 364.

O controle interno e sua responsabilidade em meio a Pandemia do Covid-19
Rainí Juliane Baldeis da Silva, 371.

A exclusão de ilicitude no suicídio assistido
Juliana Gavioli da Silva, 381.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O QUE MUDOU COM A PROMULGAÇÃO DA LEI 14.034/20 PARA O CANCELAMENTO DAS PASSAGENS AÉREAS

EDILENE PEREIRA DE ANDRADE: Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Uninove.

Conforme exposto em artigo anteriormente postado, em razão desse período de tempo que o mundo enfrenta uma pandemia decorrente do novo coronavírus, um dos setores que mais foi atingindo foi o da aviação civil e, diante de tal fato, foram tomadas algumas medidas necessárias para evitar a propagação e contaminação pelo novo coronavírus.

No Brasil, pelo Governo Federa foi editada a Medida Provisória nº 925 (Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da covid-19) e por meio da Agência Nacional de Aviação Civil foi expedida a Resolução 556 de 13 de maio de 2020.

No entanto, as medidas provisórias, como o próprio nome indica, possui caráter de provisioriedade e deve ser convertida em lei para poder continuar a produzir efeitos.

Nesse sentido, tem-se que a medida provisória nº 925/2020, que dispunha sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da covid-19, previa, dentre outras medidas, em seu artigo 3º, que o prazo para o reembolso de valores decorrentes de cancelamento de voos, relativo à compra de passagens aéreas, seria de doze meses, observadas as regras do serviço contratado e mantida a assistência material, nos termos da regulamentação vigente até então. Além disso, os consumidores ficariam isentos das penalidades contratuais por meio da aceitação de crédito para utilização no prazo de doze meses, contado da data do voo contratado.

Ou seja, o reembolso de valores deveriam ocorrer no prazo de 12(doze) meses em caso de pedido de devolução dos valores pelo consumidor, e, em caso de opção deste pela aceitação de crédito, o prazo para utilização desse crédito, também, seria de até 12(doze) meses e tais regras aplicavam-se aos contratos de transporte aéreo firmados até 31 de dezembro de 2020.

Pois bem, referida medida provisória foi convertida em Lei, lei esta que recebeu o número 14.034/2020, com vigência a partir de 06.08.2020 que, além de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dispor sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19, alterou algumas normas vigentes, dentre as quais, o Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei n° 7.565, de 19 de dezembro de 1986, mudanças estas que não são temporárias e não possuem relação direta com a pandemia da Covid-19.

A partir da vigência de referida lei, o prazo para reembolso de valores decorrentes de cancelamento de viagens pelas empresas aéreas, em razão da pandemia, mantiveram-se em 12(doze) meses, contados da data do voo cancelado no período compreendido entre 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020, valor este que deverá ser atualizado monetariamente com base no INPC. No entanto, para o caso de opção pelo consumidor de aceitação de crédito, o prazo para utilização desse valor passou agora a ser de 18(dezoito) meses, e não mais 12(doze) como previa a medida provisória.

O valor do crédito deve ser maior ou igual ao da passagem aérea contratada, podendo ser utilizado pelo próprio consumidor em seu favor ou em favor de terceiro para a aquisição de produtos ou serviços oferecidos pelo transportador.

Importante ainda esclarecer que a referia lei prevê que, no caso de cancelamento de voo, o transportador deve, antes, oferecer ao consumidor, sempre que possível, como alternativa ao reembolso, as opções de reacomodação em outro voo, próprio ou de terceiro, e de remarcação da passagem aérea, sem ônus e mantidas as condições aplicáveis ao serviço contratado.

Além disso, o reembolso previsto por esta norma deverá ser concedido no prazo máximo de 7 (sete) dias, contado da solicitação pelo passageiro.

Vejam que com a lei, houve expressa previsão do período para o qual referidas regras devem ser aplicadas, ou seja, só se aplicam para o caso de cancelamento de voos em razão do período de calamidade pública declara pelo Governo Federal e compreende o período da data de publicação da MPV 925, 19 de março de 2020, até 31 de dezembro de 2020.

As regras anteriormente descritas são para o caso de cancelamentos de voos efetuados pela empresa aérea, no entanto, em sendo o caso de ser o consumidor a desistir de voo, a opção pelo reembolso estará sujeito ao pagamento por ele de eventuais penalidades contratuais. No entanto, quando do pedido de cancelamento, se a opção feita for a de crédito de valor correspondente ao da passagem aérea comprada, não haverá a incidência de quaisquer penalidades contratuais e poderá ser utilizado no prazo de até 18(dezoito), mesmo prazo previsto para o caso de cancelamento de voos pela empresa aérea.

Cumpre ressaltar que o prazo de reembolso do consumidor pela empresa aérea de até 18 (dezoito) meses não se aplica ao passageiro que desistir da passagem aérea adquirida com antecedência igual ou superior a 7 (sete) dias em relação à data de embarque, desde que o faça no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contado do recebimento do comprovante de aquisição do bilhete de passagem, caso em que prevalecerá o disposto nas condições gerais aplicáveis ao transporte aéreo regular de passageiros, doméstico e internacional, estabelecidas em ato normativo da autoridade de aviação civil em tempos de normalidade.

As disposições da lei 14.034/2020 também devem ser aplicadas nas hipóteses de atraso e de interrupção, previstas nos arts. 230 e 231 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, ou seja, em casos de atraso da partida por mais de 4 (quatro) horas e/ou interrupção ou atraso em aeroporto de escala por período superior a 4 (quatro) horas, por qualquer que seja o motivo e, neste caso, todas as despesas decorrentes da interrupção ou atraso da viagem, inclusive transporte de qualquer espécie, alimentação e hospedagem devem ser suportados pelo transportador contratado, sem prejuízo de eventual responsabilidade civil.

É de suma importância ter em mente que o direito ao reembolso, ao crédito, à reacomodação ou à remarcação do voo independe do meio de pagamento utilizado para a compra da passagem, ou seja, pode ter sido efetuada por meio de dinheiro, crédito/débito, pontos ou milhas. E de que, em caso de cancelamento do voo, o transportador, por solicitação do consumidor, deve adotar as providências necessárias perante a instituição emissora do cartão de crédito ou de outros instrumentos de pagamento utilizados para a aquisição do bilhete de passagem, com o fim da imediata interrupção da cobrança de eventuais parcelas que ainda não tenham sido debitadas e sem prejuízo da restituição de valores já pagos.

Por conseguinte, cumpre ainda dizer que, com a edição da Lei nº 14.034/2020, aproveitando-se da oportunidade, o legislador promoveu alterações na legislação que rege a aviação civil brasileira, dentre as quais, a inclusão do artigo 251 - A ao Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565/1986, mudanças não temporárias e que não possuem relação direta com a pandemia da Covid-19

Assim, o Código Brasileiro de Aeronáutica passou a prevê por meio do artigo 251 – A que a indenização por dano extrapatrimonial, em decorrência de falha na execução do contrato de transporte, fica condicionada à demonstração da efetiva ocorrência de prejuízo e da extensão deste pelo passageiro, expedidor ou destinatário de carga, o que não é novidade considerando os entendimentos empossados pela jurisprudência pátria atual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Antes da edição da lei 14.034/2020 já existia a previsão legal de que é o transportador a responder pelo dano decorrente de morte ou lesão de passageiro causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque ou, ainda, em casos de atraso do transporte aéreo contratado.

No entanto, a Lei 14.034/2020 incluiu ao artigo 256, § 1º, do Código Brasileiro de Aeronáutica, os incisos I e II, que passou a isentar o transportador da responsabilidade advinda das hipóteses retrotranscritas, caso, respectivamente, restar comprovado que a morte ou lesão resultou, exclusivamente, do estado de saúde do passageiro ou de acidente decorrente de culpa exclusiva da vítima; ou, restar comprovado que, por motivo de caso fortuito ou de força maior, foi impossível adotar medidas necessárias, suficientes e adequadas para evitar o dano.

Interessante também frisar que a referida lei incluiu ainda ao artigo 256 da Lei 7.656/4986 o § 3º, que passou agora a definir o que é caso fortuito ou força maior apto a ensejar a impossibilidade do transportador de tomar as medidas necessárias, adequadas e suficientes para evitar o dano.

Nesse sentido, nos termos da referida lei, temos que:

> *"Art. 256. (….)*
>
> *§ 3º Constitui caso fortuito ou força maior, para fins do inciso II do § 1º deste artigo, a ocorrência de 1 (um) ou mais dos seguintes eventos, desde que supervenientes, imprevisíveis e inevitáveis: (Incluído pela Lei nº 10.034, de 2020).*
>
> *I - restrições ao pouso ou à decolagem decorrentes de condições meteorológicas adversas impostas por órgão do sistema de controle do espaço aéreo; (Incluído pela Lei nº 10.034, de 2020).*
>
> *II - restrições ao pouso ou à decolagem decorrentes de indisponibilidade da infraestrutura aeroportuária; (Incluído pela Lei nº 10.034, de 2020).*
>
> *III - restrições ao voo, ao pouso ou à decolagem decorrentes de determinações da autoridade de aviação civil ou de qualquer outra autoridade ou órgão da Administração Pública, que será responsabilizada; (Incluído pela Lei nº 10.034, de 2020).*
>
> *IV - decretação de pandemia ou publicação de atos de Governo que dela decorram, com vistas a impedir ou a restringir o transporte aéreo ou as atividades aeroportuárias. (Incluído pela Lei nº 10.034, de 2020).*
>
> *§ 4º A previsão constante do inciso II do § 1º deste artigo não desobriga o transportador de oferecer assistência material ao passageiro, bem como de*

> *oferecer as alternativas de reembolso do valor pago pela passagem e por eventuais serviços acessórios ao contrato de transporte, de reacomodação ou de reexecução do serviço por outra modalidade de transporte, inclusive nas hipóteses de atraso e de interrupção do voo por período superior a 4 (quatro) horas de que tratam os arts. 230 e 231 desta Lei.*

No que diz respeito à alterações trazidas pela lei em ora comento, tem-se ainda que esta norma passou a prevê que as tarifas aeroportuárias ou de outros valores devidos a entes governamentais, pagas pelos consumidores e arrecadados pelas companhias aéreas, mas que se destinam à INFRAERO e demais operadores aeroportuários, deverão ser reembolsados em até 7 (sete) dias, contados da solicitação pelo interssado, salvo se, por opção do consumidor, a restituição for feita mediante crédito, o qual poderá ser utilizado em um prazo de até 18(dezoito) meses.

Não podemos deixar de citar aqui a previsão que consta da lei 14.034 para o diferimento do pagamento das contribuições devidas pelos concessionários, empresas que possuem a concessão e aeroportos e que precisam pagar, por força de contrato, determinados valores ao Governo Federal. Neste sentido, tem-se que a Lei autorizou que os pagamentos a serem efetuados pelos concessionários relativos ao ano de 2020 sejam efetuados até 18 de dezembro de 2020.

Conclui-se do quanto exposto que, apesar de sutis, as alterações trazidas pela Lei 14.034 de 2020 são de extrema relevância para assegurar tanto ao consumidor, quanto ao fornecedor, direitos e garantias mínimas nesse período de crise, além de assegurarem que, com o retorno da normalidade, os danos no setor da aviação civil brasileira sejam menores que de fato seriam. Cumprindo esclarecer aqui que as medidas emergências tomadas em períodos como este que estamos enfrentando têm por fim, não a exclusão de qualquer dano decorrente da crise, mas visa somente atenuar os seus efeitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES NO ÂMBITO SUCESSÓRIO

VANESSA ANDRIANI MARIA: Advogada, pós-graduanda em Advocacia Cível e Direito do Trabalho. Membro da Comissão de Direitos Humanos e do Grupo de Violência de Gênero da OAB Santa Maria-RS.

Resumo: O presente artigo busca estudar o reconhecimento do instituto da filiação socioafetiva em nosso ordenamento jurídico, bem como avaliar a possibilidade de enquadramento da socioafetividade no direito sucessório. Os sentimentos e a afinidade que dele provêm, tornam-se o viés basilar para a constituição da família. A partir dos novos arquétipos familiares passou a existir a filiação socioafetiva. A partir da doutrina e dos posicionamentos dos tribunais vamos procurar consolidar o nosso entendimento e conhecimento acerca da filiação socioafetiva e o direito de sucessão. A metodologia utilizada durante este artigo foi a Pesquisa Bibliográfica doutrinária e jurisprudencial tratando, portanto, da paternidade socioafetiva e dos direitos sucessórios nesta nova modalidade de paternidade.

Palavras-chave: Socioafetividade, Filiação socioafetiva, Direito sucessório.

Abstract: This article seeks to study the recognition of the institute of socioaffective affiliation in our legal system, as well as to evaluate the possibility of framing socio-affectivity in succession law. The feelings and affinity that come from it become the fundamental bias for the constitution of the family. From the new family archetypes, socioaffective affiliation began to exist. From the doctrine and positions of the courts we will seek to consolidate our understanding and knowledge about socioaffective affiliation and the right of succession.

Keywords: Socio-affection, Socioaffective affiliation, Succession law.

Sumário: Introdução. 1. Evolução das Composições Familiares e a Paternidade Socioafetiva. 1.1. Paternidade Socioafetiva e seus Efeitos. 2. A Legislação Brasileira sobre a Paternidade Socioafetiva. 3. Paternidade Socioafetiva e os Direitos Sucessórios: Entendimento Doutrinário e Jurisprudencial. 4. Conclusão. 5. Referências.

Introdução

O modelo de família patriarcal representado pelo Código de 1916 evidenciava a tentativa de manter a sociedade hierarquizada, com o objetivo de que se mantivessem os privilégios das classes dominantes. Havia assim, um sentimento de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

submissão em toda uma esfera social. Logo, só ao homem cabia o comando exclusivo da família.

A Constituição Federal ao não reconhecer e proteger a filiação socioafetiva deixa uma enorme lacuna em nosso ordenamento jurídico. E foi essa lacuna deixada pelo legislador, que serviu de incentivo ao presente trabalho.

Assim, nasce uma nova verdade no estabelecimento da filiação: a paternidade socioafetiva a qual reconhece que os verdadeiros pais não são aqueles que geram, mas os que se dedicam diariamente a preencher este espaço na vida de uma criança. Novos conceitos passaram a existir para abordar o tema filiação, passando a ser reconhecido não apenas aquela derivada do parentesco genético, mas também do parentesco psicológico, entre eles citamos: filiação social, filiação socioafetiva e estado de filho afetivo.

Desarraigando o tratamento desigual entre os filhos, independentemente de sua procedência, com abrigo na boa jurisprudência, é imprescindível o reconhecimento dos efeitos sucessórios, advindos com a afirmação da paternidade socioafetiva; autorizando que seja admissível o reconhecimento da dupla paternidade, a biológica e a socioafetiva, até mesmo no que diz respeito aos direitos sucessórios.

1. Evolução das Composições Familiares e a Paternidade Socioafetiva

A Constituição Federal de 1988 com as novas disposições, como o fato de elencar a convivência familiar como direito fundamental, garantir a não discriminação entre os filhos e a responsabilização pelo exercício do poder familiar tanto pelo pai como pela mãe, projetaram no campo jurídico os vínculos de afetividade como o fundamento das relações familiares.

Sendo a filiação socioafetiva um fato presente em nossa sociedade, esta merece e deve ser regulada expressamente, pois a ausência da regulamentação legal não implica em ausência do direito.

O Estado, ao se reservar o monopólio da jurisdição, assegurou a todos a prerrogativa de buscar os seus direitos. Elencou pautas de conduta por meio de leis e, na impossibilidade de prever todas as situações que a riqueza da vida, a inteligência humana e o avanço das ciências podem imaginar, atribuiu aos juízes não só a função de aplicar o direito, mas também o dever de criá-lo sempre que constatar lacunas na legislação. Tal função torna-se verdadeira missão, quando o magistrado se conscientiza de que lhe compete revelar o direito mesmo quando não há previsão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

legal, pois **a ausência de lei não significa a inexistência de direito merecedor de tutela.** (grifo nosso) (DIAS, 2004, p.233)

Com o objetivo de regulamentar e dar o devido reconhecimento à filiação socioafetiva, nosso Código Civil deveria incorporar, expressamente, o conceito de "posse de estado de filho", sem precisar ser enquadrado no contexto da expressão "veementes presunções", hoje em vigor; como ação de constatação/declaração, sendo meio ou modalidade de reconhecimento, com a função de viabilizar uma forma de reconhecimento de paternidade judicial sem oposição; como causa de pedir, ou seja, como fonte de uma pretensão, configurando-se como uma ação de investigação de paternidade sócio afetiva, requerendo um reconhecimento forçado; e, como causa de pedir ação negatória, com o intuito de desconstituir a filiação pela ausência de afeto e de zelo entre o suposto pai e o pretenso filho. (BOEIRA, 1999, p. 93)

Ao se ajuizar uma ação que contemple a ocorrência da paternidade socioafetiva, deve-se buscar o reconhecimento do vínculo afetivo existente entre o pai e a criança, onde deve haver a comprovação por quaisquer meios constitutivos de prova admitidos pelo Direito da posse de estado de filho.

O filho criado e educado por seu pai social, não pode ter arrancado todo o seu histórico de vida e condição social, isto não tutelaria a dignidade humana. Neste sentido, o acórdão abaixo merece atenção:

> APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOBRE O VÍNCULO BIOLÓGICO. DEMONSTRADA A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA, PELO PRÓPRIO DEPOIMENTO DA INVESTIGANTE, POSSÍVEL O JULGAMENTO DO FEITO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA, SENDO DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA OU INQUIRIÇÃO DE OUTRAS TESTEMUNHAS, QUE NÃO PODERÃO CONDUZIR À OUTRA CONCLUSÃO SENÃO DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. PRELIMINARES REJEITADAS E RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70015562689, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 28/02/2007).

No referido acórdão, pode-se observar que o próprio depoimento da parte apelante serviu de meio convincente para que seu pedido fosse julgado procedente, tendo os julgadores feito uso até mesmo das declarações do próprio investigado para abalizarem seus votos.

No que tange à análise das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, extrai-se a certeza de que não se promove a banalização da paternidade socioafetiva. Se os elementos caracterizadores do estado de filiação não forem identificados, os julgadores não demonstram dúvidas em expressar a realidade dos fatos em seus votos. Pode-se acompanhar este fato pela ementa abaixo:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE, CUMULADA COM PEDIDO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. O contexto probatório revela que, além da inexistência de paternidade biológica, também não se verificou entre o autor e o requerido a paternidade socioafetiva. Nesse passo, é de rigor a procedência da negatória de paternidade. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70029565942, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui PortaNova, Julgado em 16/07/2009).

Quando ocorre de as duas correntes da paternidade não coincidirem, a prevalência da verdade socioafetiva sobre o vínculo biológico é fortemente defendida pelos desembargadores gaúchos. Segue julgado nesse sentido:

> ANULAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILHO. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Não ofende a verdade o registro de nascimento que espelhou a paternidade socioafetiva, voluntariamente assumida, mesmo se não corresponder à parentalidade biológica, pois a revelação da origem genética, por si só, não basta para atribuir ou negar a paternidade. **A relação jurídica de filiação se construiu também a partir de laços afetivos e de solidariedade entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre pais e filhos ligados por laços de sangue.** NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70018506303, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/06/2007)

Importante salientar que a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho. Toda paternidade é fundamentalmente socioafetiva. Vale à pena ressalvar que estabelecer a paternidade somente nos laços sanguíneos, sem se importar com todo e qualquer laço do coração, faz com que as relações paterno-filiais se transformem num determinismo biológico, nem sempre refletindo a melhor solução para os casos apresentados. Se o afeto é elemento capaz

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de superar a ausência de vínculo biológico, não seria justa a desconstituição de tal união.

Podemos definir o pai como o genitor, o marido ou companheiro da mãe, ou aquele que cria os filhos e assegura-lhes o sustento, ou aquele que dá seu sobrenome ou mesmo seu nome? A resposta só pode ser uma: nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quem dá afeto, quem assegura a proteção e garante a sobrevivência. (PEREIRA, 1999, p. 144)

1.1 Paternidade Socioafetiva e seus Efeitos

A paternidade socioafetiva apresenta-se no dia-a-dia e gera muitos efeitos. Caso contrário, questões envolvendo a filiação socioafetiva nem ao menos chegariam ao judiciário e a noção de posse de estado de filho não seria cada vez mais utilizada para resolver inúmeros conflitos no direito de família. Assim, nem sempre a filiação socioafetiva apresenta-se desde o nascimento, esta prospera com o tempo.

A doutrina e a jurisprudência vêm, dando destaque à paternidade socioafetiva, a qual não tem origem biológica, mas é construída em razão do mero afeto. A paternidade socioafetiva sob a noção da posse de estado de filho não passa a existir com o nascimento, mas num ato de vontade, que se solidifica com a afetividade, colocando em segundo plano a verdade jurídica e a certeza científica no estabelecimento da filiação.

Levando-se em conta que a posse de estado de filho, base da filiação socioafetiva não se encontra expressamente reconhecida pelo ordenamento jurídico, cabe à doutrina e à jurisprudência assegurar que o filho socioafetivo seja reconhecido e protegido, sobretudo após o falecimento daquele que o criou.

O Ilustre Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis coaduna com tal entendimento:

> AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO. **A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto**, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte

> geratriz. **Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapreço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a "posse do estado de filho"**, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o "estado de filho afetivo", que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004).

A jurisprudência, principalmente aquela oriunda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já vem reconhecendo efeitos à paternidade socioafetiva. Nesse sentido, seguem as ementas:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. VERDADE REGISTRAL QUE DEVE PREVALECER SOBRE A VERDADE BIOLÓGICA. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO. O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, a teor do art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do Código Civil. A retificação do registro civil de nascimento, com supressão do nome do genitor, somente é possível quando há nos autos prova cabal de ocorrência de vício de consentimento no ato registral ou, em situação excepcional, demonstração de cabal ausência de qualquer relação socioafetiva entre pai e filho. Ainda que exista a filiação biológica, descoberta anos após o registro da criança, e estando demonstrada nos autos a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> filiação socioafetiva que se estabeleceu entre o autor com a ré, até sua adolescência, o princípio da **paternidade socioafetiva impera sobre a verdade biológica.** Sentença de procedência reformada. Sucumbência invertida. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70029637717, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 16/12/2009)
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE/ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL. O assento de paternidade, quando o pai registral se encontrava ciente de não ser o pai biológico daquele que registrava como sendo seu filho, o que caracteriza a perfilhação é ato irrevogável e irretratável, sendo permitida sua discussão, tão-somente, quando há comprovação do vício de consentimento, vez que não há falar em negar paternidade que sabia não existir. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70033026535, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 11/03/2010)

A alteração dos padrões familiares acabou por refletir nas conexões de parentalidade, passando a haver dessa forma, novas considerações e conceitos para retratar a realidade contemporânea: filiação social, filiação socioafetiva, posse do estado de filho.

A filiação socioafetiva corresponde à realidade que existe, e juridicizar a verdade aparente garante a estabilidade social. A posse do estado de filho revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva. (BOEIRA, 1999, p.54)

De acordo com os Embargos Infringentes **N.** 599277365**,** a paternidade socioafetiva foi tratada igualmente à adoção, pois se apresenta como "o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe a outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo".

O parentesco civil decorrente da adoção hoje em quase nada difere daquele proveniente da consangüinidade, proibindo à Constituição qualquer discriminação concernente à natureza da filiação, e nessa igualdade deve ser incluída a paternidade afetiva. Ainda que comprovada a não-paternidade biológica, isto por si só, não seria suficiente para afastar seu dever para com o menor. Permitir que o pai, a qualquer

tempo, pudesse desfazer o reconhecimento da paternidade de um filho seria aprovar um gesto reprovável, imoral.

Caso o objetivo seja fugir do dever alimentos, importante ressaltar que os alimentos podem decorrer da paternidade socioafetiva, pois no art. 1694 do Código Civil de 2002 consta que podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos. O Código quando fala em parente, se refere ao parente consangüíneo ou ao parente civil (socioafetivo). (VELOSO, 1997, p. 73)

A paternidade socioafetiva, completamente demonstrada, se sobrepõe à paternidade biológica, com o fim de impedir a anulação do registro de nascimento, ou seja, impedir a desconstituição da filiação que consta no registro de nascimento, com todas as suas consequências, inclusive patrimoniais. Abaixo segue a ementa:

> APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ADOÇÃO À BRASILEIRA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CARACTERIZADAS. ALIMENTOS A SEREM PAGOS PELO PAI BIOLÓGICO. IMPOSSIBILIDADE. Caracterizadas a adoção à brasileira e a paternidade socioafetiva, o que impede a anulação do registro de nascimento do autor, descabe a fixação de pensão alimentícia a ser paga pelo pai biológico, uma vez que, ao prevalecer a paternidade socioafetiva, ela apaga a paternidade biológica, não podendo co-existir duas paternidades para a mesma pessoa. Agravo retido provido, à unanimidade. Apelação provida, por maioria. Recurso adesivo desprovido, à unanimidade. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70017530965, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 28/06/2007)

Nesse contexto cabe o entendimento de Maria Berenice Dias na ementa abaixo:

> NEGATÓRIA DE MATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO. IMPOSSIBILIDADE. Sendo a filiação um estado social, comprovada a posse do estado de filho, não se justifica a anulação de registro de nascimento por ali não constar o nome da mãe biológica e sim o da mãe afetiva. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. Nas causas de valor inestimável, os honorários devem ser arbitrados mediante apreciação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> eqüitativa. Inteligência do art. 20, § 4º, do CPC. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA FORMULADA EM GRAU DE RECURSO. Nada obsta concessão do beneplácito da assistência judiciária gratuita pleiteada em grau de recurso quando a requerente comprova hipossuficiência econômica. Apelo parcialmente provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70010660041, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 23/03/2005)

Como salienta Maria Berenice Dias no julgado acima, comprovada a posse de estado de filho, comprova-se a filiação. Ademais, se um pai não pode "desistir" de um filho biológico, também não o pode fazer em relação a um filho socioafetivo.

2. A Legislação Brasileira sobre a Paternidade Socioafetiva

O Código Civil de 1916 estampava em seu texto inúmeras desigualdades. Nele, distinguia-se, injustificadamente, a filiação "legítima" da "ilegítima", sendo que, somente em casos realmente excepcionais se permitia o reconhecimento da paternidade extramatrimonial.

O motivo dessa restrição encontra-se nas palavras do Professor Luiz Edson Fachin (1992, p.45):

> "...A idéia central que norteia o sistema é a da preservação da família calcada no matrimônio, pelo que se procura explicar a admissão do reconhecimento de filho ilegítimo excepcionalmente, apenas quando há manifestamente uma base para se estabelecer a verdade."

Os filhos nascidos de pais não unidos pelos laços do matrimônio eram denominados "ilegítimos". Distinguiam-se assim, os filhos naturais, que eram aqueles cujos pais não tinham impedimento matrimonial quando da sua concepção e, os filhos espúrios, quando seus genitores possuíam impedimentos absolutos para casar entre si. Dentre estes últimos, poderiam ser incestuosos, quando filhos de parentes ou outros em grau proibido para o matrimônio e, os chamados filhos adulterinos, estes nascidos de homem ou mulher casados com pessoa diversa da do cônjuge.(VELOSO, 1997, p.12)

Nesse sentido, somente os filhos naturais poderiam ser reconhecidos, sendo que os espúrios encontravam-se à margem do Código, não sendo possível seu reconhecimento. Do mesmo modo, ocorria com a família "ilegítima", isto é, aquela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

constituída fora do casamento, deixando o direito de reconhecê-la, como se esta não existisse. (VELOSO, 1997, p. 14)

Gradualmente, transformações foram ocorrendo em nossa legislação, visando superar idéias contidas no Código Civil de 1916, que retratava valores do século XIX e que, se contrapunha à realidade e às mudanças pelas quais passava a sociedade do século XX.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, aplicando-se os princípios da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, a entidade família ganhou maior importância no ordenamento jurídico, claramente observa-se neste dispositivo o valor da afetividade presente nas relações familiares. Nesse contexto, as pessoas podem escolher outras formas de constituição de família, para além daquelas formadas tradicionalmente (monoparentais), equiparando os direitos e deveres dos cônjuges nas relações matrimoniais, conforme assegura o Artigo 226, Parágrafo 5º, da Constituição Federal.

Devido à constitucionalização, no Direito de Família contemporâneo, vive-se um momento em que há duas vozes soando alto: a voz do sangue (DNA) e a voz do coração (afeto). Isto demonstra a existência de vários modelos de paternidade, não significando, contudo, a admissão de mais um modelo deste elo, a exclusão de que a paternidade seja, antes de tudo, biológica. No entanto, o elo que une pais e filhos é, acima de tudo, Socioafetivo, moldado pelos laços de amor e solidariedade, cujo significado é muito mais profundo do que o do elo biológico, assim sendo, a Constituição Federal de 1988 representou importante marco na trajetória do Direito Civil pátrio, provocando um verdadeiro abalo estrutural do sistema jurídico, trazendo profundas mudanças em especial ao Direito de Família. (ALMEIDA, 2002, p. 24)

A Constituição lançou dois princípios estruturais da chamada "nova filiação", sendo o primeiro, da plena igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º), e o segundo, de suma importância no caso comentado, que consiste na adoção pela Constituição Federal da doutrina de proteção integral da criança e do adolescente (art. 227 da CF), os quais passam a ter reconhecidos e garantidos direitos próprios a sua condição de pessoas em desenvolvimento.

Reflexo imediato da proteção adotada é a admissão da paternidade socioafetiva, pois o afeto é o único em muitos casos capaz de permitir a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana. Pode-se dizer que as constantes evoluções pelas quais o conceito de família passou, acabaram por introduzir inovações no direito, através da Constituição Federal de 1988, cujas linhas fundamentais projetaram-se no Código Civil de 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Destacam-se no Código Civil de 2002, algumas referências a respeito da paternidade socioafetiva, entre elas, o art. 1593, para o qual o parentesco é natural ou civil, "conforme resulte de consangüinidade ou outra origem", sendo que a principal relação de parentesco é a que se configura na paternidade (ou maternidade) e na filiação. A norma é inclusiva, pois não atribui a primazia à origem biológica; a paternidade de qualquer origem é dotada de igual dignidade. O ponto essencial a ser destacado é que a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pai e filho.

O art. 1596 do Código Civil reproduz a regra constitucional de igualdade dos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, com os mesmos direitos e qualificações. Dentro do núcleo familiar, a isonomia entre os cônjuges é garantida pela Constituição, quando ordena em ser artigo 226, §5º, que "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher."

O art. 227 da Constituição Federal revolucionou o conceito de filiação e inaugurou o paradigma aberto e inclusivo. Em matéria envolvendo os direitos fundamentais da criança e do adolescente, o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, acolheu expressamente a doutrina da proteção integral. O artigo 227, § 6º, da CF/88, ao estatuir a igualdade absoluta entre os filhos, não permite mais qualquer privilégio ou benefício a qualquer um dos filhos.

As novas técnicas de reprodução humana assistidas ocasionaram a modificação das bases que estabeleciam a filiação, tanto no que se refere à paternidade como à maternidade, é o caso da inseminação artificial heteróloga, com o uso de sêmen e/ou óvulo de terceiro (a), e gestação substituta (comumente chamada de "barriga de aluguel"), a solução a ser dada ao caso concreto deve levar em consideração o melhor interesse da criança. (TOMASZEWSKI, 2006, p. 19)

O Código Civil em seu art. 1597, V, admite a filiação mediante a inseminação artificial heteróloga, ou seja, com a utilização de sêmen de outro homem, desde que tenha havido prévia autorização do marido da mãe. A origem do filho, em relação aos pais, é parcialmente biológica, pois o pai é exclusivamente socioafetivo.

O art. 1605 do Código Civil é o consagrador da posse do estado de filiação. Na experiência brasileira, incluem-se entre a posse de estado de filiação o filho de criação e a adoção de fato, também chamada de "adoção à brasileira", que é feita sem a observância do processo judicial, mediante declaração falsa ao registro público. De acordo com este artigo, na ausência de registro de nascimento a filiação pode ser provada por qualquer meio se existirem fortes presunções resultantes de

fatos já certos. Tais presunções são averiguadas uma a uma (individualizadas) e podem servir de exemplo para caracterizar a posse de estado de filho.

Rolf Madaleno destaca a importância da paternidade socioafetiva quando diz:

> "A Carta Política de 1988 garante a todos os filhos o direito à paternidade, mas este é o sutil detalhe, pois quem se limita ao exame processual e incondicional da verdade biológica sobre a verdade jurídica. Entretanto, adota um comportamento jurídico perigoso, uma vez que dá prevalência à pesquisa da verdade biológica, olvidando-se de ressaltar o papel fundamental da verdade socioafetiva, por certo, a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, pois, seguem como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição e, para esses caracteres a Constituição e a gênese do futuro Código Civil nada apontam, deixando profunda lacuna no roto discurso da igualdade, na medida em que não protegem a filiação por afeto, realmente não exercem a completa igualização." (MADALENO, 1995, p. 41).

Também no art. 1614 do Código Civil existem duas normas, ambas demonstrando que o reconhecimento do estado de filiação não é imposição da natureza ou de exame de laboratório, pois admitem a liberdade de rejeitá-lo. A primeira norma faz depender a eficácia do reconhecimento ao consentimento do filho maior, se não consentir, a paternidade, ainda que biológica não seja admitida; a segunda norma faculta ao filho menor impugnar o reconhecimento da paternidade até quatro anos após adquirir a maioridade. Se o filho não quer o pai biológico, que não promoveu o registro após seu nascimento, pode rejeitá-lo no exercício de sua liberdade e autonomia. Assim sendo, permanecerá o registro do nascimento constando apenas o nome da mãe. Cabe salientar que o artigo não se aplica contra o pai registral, se o filho foi concebido na constância do casamento ou da união estável, pois a declaração ao registro público do nascimento não se enquadra no conceito estrito de reconhecimento da paternidade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 27 preceitua que: "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça". Podemos dizer que o ECA admite a igualdade entre os filhos, tanto os provenientes do casamento quanto os advindos fora deste. Significa falar deste modo, que as restrições que antes havia para se ajuizar ação de investigação de paternidade, atualmente não existem mais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com efeito, a entidade familiar se torna um grupo social fundado, essencialmente em laços de afetividade, os quais se exteriorizam "em concreto, no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a imprescindível dignidade de todos. Isto é, a família é o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos. [...] Há, portanto, a valorização do ser e, por decorrência, o reconhecimento de que a família não é um fim, mas sim o meio pelo qual se torna possível o alcance da felicidade de seus membros, unidos, essencialmente, pelo vínculo afetivo. (GOMES, CORDEIRO, 2013, p. 178)

Verifica-se assim, a tendência atual do Direito de Família que é a de buscar e zelar pela alegria, amor e respeito no ambiente familiar. Assim, a legislação pertinente ao Direito de Família atualmente visa à preservação da relação de afeto que existe entre os entes que compõe a entidade familiar, de modo que a paternidade socioafetiva representa uma das formas mais nítidas de aplicabilidade destes preceitos, tendo em vista que esta nasce do afeto e bem-querer mútuo, especialmente na relação pai e filho.

De fato, quando a atual Constituição Federal estabelece as bases da dignidade da pessoa humana e o afeto, por conseguinte, o constituinte opta por superar o individualismo, passando a eleger a pessoa como centro da tutela do ordenamento jurídico.

3. Paternidade Socioafetiva e os Direitos Sucessórios: Entendimento Doutrinário e Jurisprudencial

A filiação, antes da atual Constituição Federal, era discriminatória, havendo inúmeras dificuldades para o reconhecimento da paternidade, vez que o art. 337, do Código Civil de 1916, proibia o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento.

Assim sendo, os filhos ilegítimos não possuíam os mesmos direitos sucessórios, já que apenas a filiação legítima e os filhos adotivos, estes em menor escala, eram protegidos e contemplados pela legislação, afinal, o antigo Código Civil não abria largamente as portas à paternidade, instituído na paternidade jurídica decorrente da presunção.

A filiação na maior parte dos casos origina-se da relação biológica; no entanto, ela emerge da construção da cultura e afetividade permanente, que surge na convivência e na responsabilidade.

Acredita-se que uma vez reconhecida e declarada a filiação socioafetiva, deveria o filho socioafetivo possuir os mesmos direitos sucessórios que qualquer outro filho, já que, de acordo com nossa Constituição, todos os filhos são iguais e tem os mesmos direitos independente de sua origem.

O interesse da criança deverá ser o alicerce de toda decisão que disser respeito a sua vida familiar e poderá permiti-la, eventualmente, escolher entre uma filiação jurídica e uma filiação biológica, desde que para garantir seu conforto, buscando o respeito aos interesses da criança. Em algumas ocasiões, uma delas poderá ser desconsiderada em favor da outra, com a finalidade de protegê-la.

Temos desta forma, que a felicidade pessoal é o bem jurídico mais relevante.

Assim sendo, o filho socioafetivo deveria ser considerado herdeiro necessário, tal como dispõe o art. 1845 do Código Civil: "São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge."

Deve-se atentar para o que diz art. 1789 do Código Civil: "Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade da herança", pois se reconhecida à paternidade e/ou maternidade, cabe ao filho socioafetivo impugnar eventual testamento, caso esse dispusesse de modo diverso do que determina a lei.

Importante observar que não podem os interesses patrimoniais ser o objeto de investigações de paternidade, como ocorre quando o pretenso genitor biológico falece, deixando razoável herança.

Ou seja, a investigação de paternidade tem por objeto assegurar o pai a quem não tem e nunca substituir a paternidade socioafetiva pela biológica.

Como já aludido antes, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, § 6º, equiparou o direito de todos os filhos. Assim, não mais acontecerá de aqueles que biologicamente eram filhos não serem juridicamente considerados como tais.

E também, quanto à filiação civil, que é aquela não biológica, dá-se o mesmo status de filho biológico, inclusive para efeitos sucessórios.

Frisa-se que ao ser decretada judicialmente a paternidade socioafetiva, não existe a possibilidade de debater em juízo a paternidade biológica. De acordo com o referido autor, existindo a paternidade socioafetiva, não se pode ingressar em juízo (tanto o pai quanto o filho) pleiteando a declaração de vínculo biológico. (WELTER, 2002, p.140)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para dissociar os vínculos biológico do socioafetivo, o Poder Judiciário é chamado a se posicionar e o julgador deve observar de forma acurada as particularidades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões. O contexto mais utilizado por aqueles que negam o reconhecimento da paternidade socioafetiva, é o de que, se o suposto pai efetivamente reconhecesse o pretenso filho como tal, teria em vida manifestado a vontade de que esse filho fosse reconhecido, ou ainda, teria deixado testamento que beneficiasse esse filho socioafetivo.

Nesta seara, a jurisprudência manifesta-se afastando a possibilidade de exigir do pai biológico qualquer vantagem patrimonial, quando presente a paternidade socioafetiva. Nessa linha segue o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na ementa abaixo transcrita:

> APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA E ANULAÇÃO DE PARTILHA. AUSÊNCIA DE PROVA DO DIREITO ALEGADO. INTERESSE MERAMENTE PATRIMONIAL. Embora admitida pela jurisprudência em determinados casos, o acolhimento da tese da filiação socioafetiva, justamente por não estar regida pela lei, não prescinde da comprovação de requisitos próprios como a posse do estado de filho, representada pela tríade nome, trato e fama, o que não se verifica no presente caso, onde o que se percebe é um nítido propósito de obter vantagem patrimonial indevida, já rechaçada perante a Justiça do Trabalho. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70016362469, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/09/2006)

O fato de não existir uma manifestação expressa, não diminui o vínculo existente entre esse pai e seu filho. Vários podem ser os motivos pelos quais não houve o reconhecimento expresso, entretanto, isso não modifica o fato de que no decorrer da sua vida, o pai socioafetivo dispensasse amor e zelo para a criação daquele filho.

Sobre o assunto, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul também já exibe posicionamento:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. INTEMPESTIVIDADE. REQUISITO DO ART. 526 DO CPC. NEGATIVA DA PATERNIDADE. [...] Negativa da paternidade. A

> obrigação alimentar se fundamenta no parentesco, que é comprovado pela certidão de nascimento. O agravante alega não ser o pai biológico do menor. Enquanto não comprovar, não se pode afastar seu dever de sustento. A rigor, mesmo esta prova não será suficiente, pois a paternidade socioafetiva também pode dar ensejo à obrigação alimentícia. " (AI nº 70004965356; Rel. Des. Rui Portanova; TJRS; Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível; Data do Julgamento: 31/10/2002).

Neste sentido surge a importância de acolhermos em nosso ordenamento jurídico a noção de paternidade socioafetiva, como forma de solução para os conflitos de paternidade que surgem no Poder Judiciário, possibilitando ao filho afetivo a prestação alimentícia, não o deixando desprotegido. Na busca pelo equilíbrio da verdade para o estabelecimento da paternidade socioafetiva e seus efeitos, é preciso adequar as normas jurídicas existentes em nosso ordenamento jurídico com a realidade vivida pala sociedade neste novo século.

O direito sucessório, portanto, decorre da filiação, e a partir da determinação do vínculo de paternidade, este será resolvido.

4. Conclusão

O Antigo Código era discriminatório, refletia uma visão estreita sobre a família, pois a limitava àquele grupo oriundo do casamento. Logo, toda a união que não estava amparada pelo casamento, era caracterizada como "extramatrimonial" e os filhos provindos desta união eram considerados ilegítimos.

Neste trabalho foi exposta a evolução da entidade familiar no plano legislativo, demonstrando a importância das transformações ocorridas neste instituto para o ordenamento jurídico e, em especial, para o reconhecimento da paternidade socioafetiva e o direito à sucessão.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foram inseridos em nosso ordenamento jurídico, uma série de princípios e direitos fundamentais. Entretanto, uma das maiores conquistas advindas da Constituição foi, a equiparação dos filhos havidos ou não, dentro do casamento.

Tais modificações ocorridas no âmbito do Direito familiar estão nitidamente ligadas à valorização jurídica do afeto, edificadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com a ordenação de tratamento igualitário entre os filhos e a proteção ao melhor interesse da criança, legitimada pelo Estatuto da Criança e do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Adolescente, assegurou-se o direito, a toda a criança, de conhecer suas origens e seus parentes consanguíneos.

Outra grande inovação da Constituição Federal de 1988 foi o reconhecimento das uniões familiares até então desconsideradas. A pluralidade marca o novo contorno da família contemporânea. Dessa forma, é preciso assentar um novo olhar sobre a sociedade brasileira, valorizando o afeto e a solidariedade. A família moderna valoriza um elemento abstrato que é o sentimento, o qual traduz o afeto como o alicerce da relação familiar.

Existem muitas verdades acerca da filiação, mas nem todas elas encontram-se protegidas pelo ordenamento jurídico. Em relação ao assunto, citamos a filiação baseada apenas no afeto, como sendo a verdadeira base da filiação, não podendo o filho afetivo ficar à margem da tutela jurisdicional. A filiação socioafetiva é um fato cada vez mais presente na sociedade, embora o legislador não a tenha reconhecido de forma expressa, através da posse de estado de filho.

Ressalta-se que se pretende sempre a busca pelos equilíbrios das verdades biológica e socioafetiva a fim de priorizar o interesse da criança. E sem dúvida, um dos maiores interesses e direito da criança é o de ter um "pai", isto é, a busca por uma família feliz.

Assim, importante salientar a noção da paternidade socioafetiva quando da existência de conflitos de paternidade, pois não raras vezes haverá conflito entre as três linhas de paternidade existentes: a jurídica, a biológica e a socioafetiva, surgindo a paternidade embasada em laços de afeto como solução deste conflito.

Deve-se frisar que a verdade biológica deve ser vista com cautela, pois embora a existência de técnicas avançadas da medicina, as quais trazem em seus exames elevado grau de certeza em relação à descendência genética, o laço biológico jamais conseguirá impor que o genitor se torne o pai. A paternidade está acima dos laços sanguíneos, ela revela laços de afeto entre pai e filho.

Salienta-se que quando o filho afetivo buscar a desconstituição da sua filiação, estabelecida por vários anos, com finalidade puramente patrimonial, não deve ser reconhecido o direito ao patrimônio do pai biológico, pois a verdade socioafetiva não pode ser afastada para se alcançar vantagens econômicas. Desse modo, somente é admitido o conhecimento de sua origem genética, pois se trata de um direito que diz respeito a sua identidade como ser humano.

Uma vez configurada a filiação socioafetiva, observa-se que esta tem prevalecido sobre a verdade biológica, pois a verdadeira relação paterno-filial é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

emergente da construção afetiva, convivência diária, do carinho e cuidados dispensados à pessoa.

Dentre vários pedidos de reconhecimento, alguns podem eventualmente ter caráter meramente patrimonial, no entanto, não podemos aqui generalizar.

É difícil para o direito embrenhar-se nesta temática e "mensurar" o sentimento de alguém que já faleceu e que no decorrer de sua vida poderia ter buscado proteger o seu filho socioafetivo, mas não o fez. Por isso torna-se de extrema importância o reconhecimento da filiação socioafetiva, principalmente em se tratando de um vulnerável, sem voz ativa. Em caso de morte, reconhecido como filho socioafetivo, este não sofrerá qualquer forma de discriminação, possuindo todos os direitos relacionados à relação de filiação, independente se filho legítimo ou não.

A filiação socioafetiva é um fato cada vez mais presente, logo, faz-se necessária uma reforma em nosso ordenamento jurídico, a fim de que se possa responder às demandas atuais da nossa sociedade, pois enquanto não houver reconhecimento expresso por parte do ordenamento jurídico, caberá ao magistrado identificar e proteger essa relação de filiação.

A norma insculpida na Carta Constitucional tem como maior propósito encerrar as discriminações, concedendo de forma uniforme os direitos advindos da relação paterno-filial. Uma ausência de regulamentação não deve servir de argumento para a não proteção da família, pois a falta de previsão legislativa não deve implicar na impossibilidade de tutela

Tendo em vista o exposto, sustenta-se o surgimento de um direito para todos, numa vasta tutela social, capaz de atender à realidade brasileira, tornando o direito efetivo e útil em sua aplicação. O que se observa ainda é que na lei existem muitos espaços vazios a respeito do tema, embora a doutrina e jurisprudência estejam se aprimorando no reconhecimento desta modalidade de filiação, afiançando àqueles que efetivamente preenchem as condições de posse do estado de filho a transferência de bens, direitos e obrigações, quando da abertura da sucessão, no caso de enquadramento como herdeiro, conforme ordem de sucessão hereditária.

Consequentemente entende-se ser plenamente possível a legitimação do filho para a sucessão dos bens deixados pelo pai socioafetivo, por ter os mesmos direitos que o filho biológico.

Referências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ALMEIDA, Maria Christina. A Paternidade Socioafetiva e a Formação da Personalidade. O Estado e os Estados de Filiação. **Revista Jurídica**. Belo Horizonte/IBDFAM, n. 8, maio 2002. (Número especial).

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse do estado de filho: paternidade socioafetiva.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

DIAS, Maria Berenice. Era uma vez. In Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FACHIN, Luis Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, 183 p.

GOMES, Josiane Araújo e CORDEIRO, Carlos José. **Temas Contemporâneos de Direito das Famílias.** São Paulo, Ed. Pillares, 2013, p. 178.

MADALENO, Rolf Hanssen. Alimentos e sua Restituição Judicial. **Revista Jurídica**, n. 211, maio. 1995.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. In: SILVA, T. **O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinário.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível N. 70015562689**. Sétima Câmara Cível, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 28/02/2007. Disponível em <www. tjrs.jus.br > Acesso em 10 de agosto de 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível N 70029565942**. Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Julgado em 16/07/2009. Disponível em<www. tjrs.jus.br > Acesso em 25 de agosto de 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça**. Apelação Cível N 70018506303.** Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 13/06/2007. Disponível em<www.tjrs.jus.br> acesso em 30 de Abril de 2020.

_____._____ . Agravo de Instrumento nº 70004965356; Rel. Des. Rui Portanova; TJRS; Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível; Data do Julgamento: 31/10/2002) Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/diarios/11865180/pg-292-diario-de-justicado-estado-de-santa-catarina-djsc-de-14-04-2009>. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____._____. **Apelação Cível N. 70008795775.** Sétima Câmara Cível. Rel. José Carlos Teixeira Giorgis. Julgado em 23/06/2004. Disponível em <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 06 de julho de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

_____._____. **Apelação Cível N. 70010660041.** Sétima Câmara Cível. Relator: Maria Berenice Dias. Julgado em 23/03/2005. Disponível em <www.tjrs.jus.br> Acesso em 30 de julho de 2020.

_____._____. **Apelação Cível N. 70016362469.** Sétima Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 13/09/2006. Disponível em <www.tjrs.jus.br> Acesso em 27 de julho de 2020.

_____._____. **Apelação Cível N. 70017530965**. Oitava Câmara Cível. Relator: José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em 28/06/2007. Disponível em <www.tjrs.jus.br> Acesso em 21 de agosto de 2020.

_____._____. **Apelação Cível Nº 70029637717.** Sétima Câmara Cível. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Disponível em <www.tjrs.jus.br> Julgado em 16/12/2009. Acesso em 20 de julho de 2020.

_____._____. **Embargos Infringentes N. 599277365.** Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Relatora: Maria Berenice Dias. Julgado em 10/09/1999. Disponível em <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 25 de julho de 2020.

TOMASZEVSKI, Adauto de Almeida; LEITÃO, Manuella Nishida. Filiação Sócioafetva: a Posse do Estado de Filho como Critério Indicador da Relação Paterno-Filial e o Direito à Origem Genética. Londrina – PR. **Revista Jurídica da UniFil – Centro Universitário Filadélfia**, ano III. n. 3. 2006.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade.** São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

WELTER, Belmiro Pedro. **Coisa julgada na investigação de paternidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

TUTELA PROVISÓRIA NA SENTENÇA E RETIRADA DO EFEITO SUSPENSIVO DA APELAÇÃO: TÉCNICA DE INCREMENTO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

VITOR PAIVA FIORINDO: Advogado inscrito na OAB/MG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

RESUMO: Partindo da concepção de processo civil como instrumento da tutela jurisdicional de direitos e da existência de um direito fundamental à tutela efetiva, e identificando no efeito suspensivo automático da apelação um entrave à efetividade, o artigo trata da retirada deste efeito pela sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória (Código de Processo Civil, art. 1.012, §1º, V). O mecanismo é abordado sob o prisma do conflito entre a efetividade, ferida pela demora no esgotamento dos recursos com efeito suspensivo, e a segurança jurídica, ameaçada pela exequibilidade imediata de decisões judiciais de primeiro grau que poderão ser revertidas. Indica-se uma proposta de sistematização para aplicação da técnica da tutela provisória na sentença com o objetivo de conciliar as garantias em comento, melhorando a prestação jurisdicional e reduzindo os prejuízos de sua natural demora.

Palavras-chave: Efetividade. Segurança jurídica. Efeito suspensivo da apelação. Tutela provisória.

SUMÁRIO. 1. INTRODUÇÃO 2. O EFEITO SUSPENSIVO DA APELAÇÃO COMO ÓBICE À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA 3. AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC/2015 4. A CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA NA SENTENÇA COMO TÉCNICA DE RETIRADA DO EFEITO SUSPENSIVO DA APELAÇÃO (ART. 1.012, §1º, V, DO CPC) 5. UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO PARA A ADEQUADA UTILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA NA SENTENÇA COMO INCREMENTO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO5. 5.1. Condições para a concessão da tutela provisória na sentença. 5.2 A precariedade das tutelas provisórias concedidas na sentença e o dever ético dos advogados de informar o exequente de sua responsabilidade objetiva. 5.3 O dever dos tribunais de manter a jurisprudência estável e seu impacto na antecipação de tutela na sentença. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1.INTRODUÇÃO

A tempestividade na entrega do bem da vida ao detentor do direito é preocupação central da busca pelo processo justo. O peso dessa atividade estatal, por outro lado, impõe a adoção de cautelas que inevitavelmente estendem sua duração. Trata-se de um exercício dialético permanente de conciliação entre o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional (MARINONI, 2012) e a garantia de segurança jurídica, ambos pilares do Estado de Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Cabe à Ciência Processual a descoberta e estudo de mecanismos que possibilitem essa harmonização, tarefa que passa não só pela formulação de propostas ao legislador, mas também pela incessante reflexão sobre os preceitos postos pela lei vigente, impulsionando o seu melhor emprego possível na prática.

Um dos domínios em que o embate entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica mais claramente se manifesta é o do sistema recursal, porque o efeito suspensivo de que alguns recursos são dotados impede que a decisão recorrida tenha eficácia antes do julgamento da impugnação.

A despeito de forte crítica doutrinária, o Código de Processo Civil de 2015 não eliminou o efeito suspensivo automático da apelação. O objeto desse trabalho, entretanto, deteve-se na hipótese excepcional de retirada deste efeito pela concessão de tutela provisória na sentença, conforme art. 1.012, §1º, V, do CPC (BRASL, 2015).

A técnica do art. 1.012, §1º, V do CPC, embora expressamente prevista em lei, encontra grandes desafios de aplicação prática que resultam, por exemplo: (i) em sua utilização parca ou repleta de atecnias quando cabível, perdendo-se oportunidades de aumentar significativamente a efetividade do processo; (ii) na aplicação indevida e indiscriminada a casos que não a recomendam, ocasionando graves prejuízos a ambas as partes; (iii) na subversão de seu sentido quando, embora corretamente adotada em primeiro grau de jurisdição, a tutela provisória é revogada pelos órgãos recursais em virtude de alteração superveniente do entendimento jurídico sobre a matéria, especialmente no contexto de aplicação de precedentes.

O presente artigo tem por objetivo a abordagem sistemática da utilização da tutela provisória na sentença, enfrentando suas dificuldades práticas a fim de descrever o modo adequado de sua aplicação como técnica de incremento da efetividade processual, com base no dever de cooperação entre todos os sujeitos processuais para o alcance de decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º do CPC/2015). Espera-se delimitar parâmetros firmes para a aplicação deste profícuo mecanismo, conciliando-se os fundamentais valores da segurança e da efetividade.

A escolha do tema partiu da observação diária da prática forense do ponto de vista do magistrado, o que nos foi possibilitado pela realização de estágio, por dois anos, no gabinete da Juíza Federal Substituta da 1ª Vara da Subseção Judiciária de Juiz de Fora - MG. O contato com inúmeros processos na fase de sentença fez surgir inquietação quanto à utilização da tutela provisória neste momento, muitas vezes eivada dos vícios acima apontados de forma a reclamar melhor apuro técnico, fundamentação e sistematização. Esse refinamento foi buscado na doutrina de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

processualistas atentos à importância e aplicabilidade da técnica, sem descuidar de aprofundado olhar para suas bases constitucionais.

A análise do conteúdo é do tipo qualitativa e se valeu de fontes secundárias (livros e artigos doutrinários e acórdãos de tribunais), promovendo-se revisão bibliográfica e análise jurisprudencial. O marco teórico tem por fundamento as lições de Marinoni, Arenhardt e Mitidiero (2017), que compreendem a jurisdição a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o que abrange as medidas antecipatórias.

2.O EFEITO SUSPENSIVO DA APELAÇÃO COMO ÓBICE À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

A Constituição Federal prescreve a inafastabilidade da jurisdição como direito fundamental no art. 5º, XXXV (BRASIL, 1988). Não se trata, porém, de garantia de mera resposta jurisdicional, mas de verdadeiro acesso à justiça que proporcione a quem tem um direito sua total satisfação, para a qual o processo é mero instrumento[1]. Em outras palavras, direito fundamental de ação é direito à tutela jurisdicional efetiva, ou seja, "direito de fazer valer os próprios direitos" (MARINONI, 2012, p. 12).

No entanto, o longo tempo necessário à obtenção de uma decisão definitiva sobre a lide é prejudicial à parte autora que tem um direito material violado, mas que, diante da vedação à autotutela, não pode se utilizar de meios próprios para fazê-la valer, sendo obrigada a recorrer ao Estado-juiz e esperar sua resposta. Por isso, o tempo do processo é um ônus, e sua justa distribuição entre as partes também integra o direito à tutela efetiva (MARINONI, 2012, p. 24)

No ordenamento processual brasileiro, o impedimento da produção imediata dos efeitos da sentença causado pelo efeito suspensivo automático da apelação é nítido obstáculo à prestação jurisdicional tempestiva, condicionando a entrega do bem da vida ao julgamento do recurso, que pode demorar anos[2]. Por outro lado, tratando-se de mecanismo de imposição da vontade estatal ao particular, o processo é preenchido por prerrogativas de proteção de quem se encontra no polo passivo, as quais inevitavelmente prologam sua duração.

Essas garantias do réu, que são corolários do princípio da segurança jurídica, servem para promover o equilíbrio processual, ainda que possam negativamente afetar sua efetividade. Diz-se que o sacrifício é da efetividade, e não da razoável duração do processo, porque sua demora não é sinônimo de afronta à razoabilidade, como aponta Fredie Didier Junior ao criticar a busca desenfreada pelo suposto direito à "celeridade" em detrimento do devido processo:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional. Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, os direitos à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sinta saudade deles. (DIDER JUNIOR, 2017, p. 110)

A regra geral é que os recursos não tenham efeito suspensivo, conforme o art. 995 do CPC (BRASL, 2015). O Código de Processo Civil o atribui automaticamente a apenas três: a apelação e os recursos especial ou extraordinário interpostos contra decisão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 987, §1º) (BRASL, 2015). Autoriza, no entanto, que o relator o conceda, nos casos em que a lei não o faz, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso (art. 995, parágrafo único do CPC/2015).

Este efeito recursal pode-se classificar como uma das garantias de que trata Didier. Protege-se com ele o vencido, que tem interesse em impedir que o ato decisório potencialmente injusto produza efeitos antes de confirmado em grau de recurso. Trata-se, na verdade, de remédio contra a falibilidade das decisões judiciais: o ordenamento processual, prevendo que determinado provimento pode ser reformado, prefere mantê-lo em estado de ineficácia, evitando que dê ensejo a situação jurídica indevida.

Muito se discutiu, entretanto, a respeito da manutenção do efeito suspensivo automático da apelação pelo novo Código de Processo Civil. Grande parte da doutrina defendia seu abandono, elevando à regra geral a exequibilidade provisória da sentença. Destacavam os defensores da alteração[3] que disposições semelhantes já são adotadas em vários microssistemas processuais, como o recurso ordinário da Justiça do Trabalho, conforme art. 899 da Consolidação das Leis de Trabalho (BRASIL,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1943), a apelação nos processos regidos pela Lei de Locações, art. 58, V, da Lei n. 8.245/91 (BRASIL, 1991), e pela Lei de Ação Civil Pública, art. 14 da Lei n. 7.347/85 (BRASIL, 1985), além do recurso inominado nos Juizados Especiais Cíveis, Federais e da Fazenda Pública, art. 43 da Lei n. 9.099/95 (BRASIL, 1995).

Contrariamente à expectativa destes doutrinadores, no entanto, e ao projeto de código inicialmente aprovado pelo Senado, o texto foi alterado na versão aprovada pela Câmara dos Deputados, mantendo-se a regra do art. 520 do CPC/73 que consagra o efeito suspensivo automático da apelação (art. 1.012 do CPC/15).

Em que pese a manutenção da regra, o CPC/15, preservando a tradição da lei anterior, consagra um extenso rol de exceções ao efeito suspensivo automático da apelação, ou seja, casos em que o recurso é recebido apenas no efeito devolutivo, autorizando a execução imediata da sentença, ainda que provisória, conforme art. 1.012, §1º e art. 520, *caput* do CPC. Entre essas hipóteses figura a sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória (art. 1.012, §1º, V). Tem-se neste mecanismo, portanto, o que se pode chamar de uma técnica de retirada do efeito suspensivo da apelação, cuja análise requer, inicialmente, uma breve abordagem do tratamento dado pelo CPC/2015 ao gênero das tutelas provisórias.

3. AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO CPC/2015

A busca da tempestividade da tutela dos direitos tem como valiosa aliada a técnica antecipatória, que o Código de Processo Civil de 2015 denominou de "tutela provisória". Fundamentada em urgência ou evidência (art. 294 do CPC/2015), chama-se "provisória" porque pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada (art. 296 do CPC/2015), diferentemente da tutela definitiva, que é capaz de se tornar imutável pelo alcance da coisa julgada (art. 502 do CPC/2015).

A tutela de urgência pode ter natureza cautelar ou antecipada, conforme se preste, respectivamente, a preservar um direito ou a antecipar sua fruição. Contudo, a distinção entre as espécies perde importância prática na medida em que o parágrafo único do art. 305 do CPC (BRASIL, 2015) as considera fungíveis[4], sendo certo que, na perspectiva de tutela dos direitos, a tutela cautelar serve igualmente para protegê-los, e não o processo. Ademais, a tutela de urgência tem como requisitos, além da probabilidade do direito, o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300 do CPC (BRASIL, 2015).

As expressões utilizadas pela lei não são as melhores porque, a uma, não é só o perigo de *dano* que pode ser afastado pela antecipação de tutela, mas também o perigo de *ilícito*, que prescinde da ocorrência daquele e é rechaçado autonomamente pelo ordenamento (art. 497, parágrafo único do CPC/2015). A duas,

porque é mais precisa a compreensão de que o risco não é ao *processo*, mas ao direito material que com ele se quer tutelar. Por isso, mais adequado é dizer que a tutela de urgência tem por requisito, a par da probabilidade do direito, simplesmente o perigo na demora, nome que contempla satisfatoriamente todos esses aspectos (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017a, p. 136).

Já a tutela da evidência depende da ocorrência de uma das hipóteses legalmente arroladas no art. 311 do CPC (BRASIL, 2015), cujo denominador comum é a noção de *defesa inconsistente* do réu (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017a, p. 136). Não se trata de inteira novidade do CPC/2015 porque, embora espalhada pelo código anterior e sem tal nomenclatura, já existia no antigo diploma[5]. O art. 273, II do CPC/73, por exemplo, continha disposição semelhante ao art. 311, I do CPC/2015, que autoriza a concessão da antecipação quando fica caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte. Também são exemplos a liminar na ação possessória, a concessão do mandado monitório e da liminar nos embargos de terceiro. Cite-se igualmente o §6º do art. 273 do CPC/73, que permitia a concessão da tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, se mostrasse incontroverso.

No entanto, o acréscimo de hipóteses de cabimento, sua concentração em um artigo específico, bem como o tratamento em conjunto com a tutela de urgência sob o gênero "tutela provisória" demonstram a intenção do CPC/2015 de conferir à tutela de evidência maior aplicabilidade prática.

Sua essencial diferença em relação à tutela de urgência é a desnecessidade da demonstração de *periculum in mora*, conforme ensina Humberto Theodoro Júnior (2018):

> A essas tutelas de urgência agregou-se, mais modernamente, a tutela da evidência, que tem com o objetivo não propriamente afastar o risco de um dano econômico ou jurídico, mas, sim, o de combater a injustiça suportada pela parte que, mesmo tendo a evidência de seu direito material, se vê sujeita a privar-se da respectiva usufruição, diante da resistência abusiva do adversário. Se o processo democrático deve ser justo, haverá de contar com remédios adequados a uma gestão mais equitativa dos efeitos da duração da marcha procedimental. É o que se alcança por meio da tutela sumária da evidência: favorece-se a parte que à evidência tem o direito material a favor de sua pretensão, deferindo-lhe tutela satisfativa imediata, e imputando o ônus de aguardar os efeitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> definitivos da tutela jurisdicional àquele que se acha em situação incerta quanto à problemática juridicidade da resistência manifestada. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 648)

O art. 311, II do CPC permite a concessão de tutela provisória da evidência quando "as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante" (BRASIL, 2015). A doutrina, comentando o inciso, sugere interpretação ampliativa para incluir todas as hipóteses de precedente formalmente vinculantes (art. 927), independentemente de se tratar de casos repetitivos ou súmula vinculante (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017b, p. 401). Com a ampliação, também autorizariam a tutela da evidência as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I do CPC), os enunciados de súmulas (não vinculantes) do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (inciso IV) e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes e tribunais estiverem vinculados (inciso V).

Outra hipótese de cabimento que se destaca pela ampla aplicabilidade, em virtude da utilização de conceitos abertos, é a tutela da evidência concedida quando "a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável" (art. 311, IV do CPC) (BRASIL, 2015). A leitura em conjunto com as disposições legais relativas ao julgamento antecipado do mérito (art. 355 do CPC) revela a possibilidade de obtenção de uma sentença de mérito imediatamente exequível com muita rapidez, porque o juiz, nesse caso, dispensará até mesmo a fase instrutória do processo. Essa constatação, no entanto, impõe cautelas específicas que serão analisadas mais à frente.

Assim como o efeito suspensivo da apelação, as tutelas provisórias não têm relação necessária com a duração do *processo* como um todo, já que o tempo de tramitação de demanda em que a antecipação tenha sido concedida continua inalterado. Em outras palavras, o que se pretende com sua utilização é a abreviação do tempo necessário para fruição do direito por aquele que muito provavelmente o obterá em tutela definitiva, aumentando-se, com isso, a efetividade da prestação jurisdicional, o que nada tem a ver com acelerar o deslinde de todo o processo, ou seja, encurtar o período entre a propositura da ação e seu trânsito em julgado. Por isso, apostar que elas são capazes de resolver o problema da demora excessiva do processo, o que pode levar ao atropelamento de seus requisitos de cabimento, é desconsiderar seu caráter intrínseco de precariedade e lhes atribuir força que não têm. Neste sentido, alerta Humberto Theodoro Júnior (2008):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> É preciso ter em mente que as tutelas de urgência, ao contrário do que à primeira vista possa parecer, não têm a função de acelerar a marcha do processo e abreviar a solução dos litígios. Com ou sem as medidas de urgência, a composição da lide, em caráter definitivo, passará por todos os estágios normais do procedimento comum. O que se obtém por via da tutela emergencial são apenas providências de afastamento do perigo de dano iminente (periculum in mora). Sem elas, a tutela jurisdicional seria inútil, quando, após a duração normal do processo, se chegasse ao provimento correspondente à definitiva solução do litígio. É de todo inaceitável e imprópria a tentativa de ampliar a tutela de urgência até fazer crer que exista uma "jurisdição de urgência", equiparável de certa forma, a uma "tutela interdital" distinta daquela alcançável através da "jurisdição comum", como se existissem paralelamente duas jurisdições distintas. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 3)

Quanto ao momento em que pode ser concedida, o cabimento da tutela provisória se estende por toda a relação processual, enquanto pendente a decisão definitiva. É possível deferi-la liminarmente ou após a oitiva da parte contrária, como prevê o art. 300, §2º do CPC/2015. Admite-se a tutela provisória, ainda, na sentença (art. 1.012, §1º, V do CPC) e em sede recursal (art. 932, II do CPC). Em qualquer caso, justamente por ser anterior à decisão definitiva, tem sempre por pressuposto uma análise de probabilidade do direito, e por isso diz-se que está atrelada à cognição sumária (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017, p. 139).

4.A CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA NA SENTENÇA COMO TÉCNICA DE RETIRADA DO EFEITO SUSPENSIVO DA APELAÇÃO (ART. 1.012, §1º, V, DO CPC)

A fragilidade da tutela provisória decorre principalmente de que, como visto, é concedida em regra a partir de um juízo de probabilidade fundado em cognição sumária. Essa característica, no entanto, decorre do momento prematuro em que geralmente é requerida, quando o réu sequer foi citado para o processo. Mesmo se empregada após justificativa prévia, a concessão costuma se dar antes da produção das provas.

Não se trata, contudo, de atributo necessário da tutela provisória, porque se um dos requisitos para sua concessão é a probabilidade do direito, nada impede que seja deferida também quando o juiz dele já tem certeza, após o transcurso de todas as fases do processo, com integração do contraditório, produção de provas etc., ou seja, na sentença.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A concessão da tutela provisória na sentença pode, a princípio, causar estranhamento, já que se a profundidade da cognição alcançada neste momento autoriza o julgamento final de procedência do pedido, não haveria razão para que o juiz concedesse, ao mesmo tempo, provimento precário, para o qual é suficiente a cognição sumária. Tradicionalmente, na sentença apenas se confirma ou revoga tutela provisória anteriormente concedida, a partir da análise de novas provas que permitem ao julgador transformá-la em tutela definitiva ou reconsiderar a decisão interlocutória em que a havia admitido.

No entanto, além da confirmação ou revogação da tutela provisória na sentença, nada impede que este momento seja o mais oportuno para que o juiz pela primeira vez a conceda, seja porque só então seus requisitos foram atingidos ou demonstrados, seja porque só com cognição exauriente ficou o julgador convencido de seu cabimento.

Além de tecnicamente correta, a concessão da tutela provisória na sentença tem a excepcional utilidade de retirar o efeito suspensivo da apelação, conferindo à decisão exequibilidade imediata. O mecanismo é precisamente explicado por Daniel Neves:

> Se o autor já obteve a tutela definitiva, como entender que ao mesmo tempo receba também a tutela antecipada? A dúvida só tem alguma justificativa para aqueles que desconsideram que o instituto processual chamado comumente de tutela antecipada na realidade não antecipa a tutela, mas seus efeitos executivos, ou seja, a tutela só pode ser concedida definitivamente, sendo objeto da antecipação somente os efeitos práticos dessa tutela. Dessa forma, sempre que o recurso contra a sentença de procedência tiver efeito suspensivo, o autor, apesar de ter obtido a tutela definitiva em sentença, não terá recebido os efeitos executivos de tal tutela, porque o recurso impedira a geração de efeitos da sentença, obstando a satisfação imediata de seu direito. A utilidade da tutela antecipada nesse caso mostra-se evidente, entregando ao autor algo que ele não ganhou com a sentença de procedência: os efeitos práticos da tutela obtida. (NEVES, 2018, p. 534)

Vale destacar que a regra se aplica apenas ao capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória, e não ao *decisum* inteiro (DIDER JUNIOR, CUNHA, 2016, p. 186). É possível, portanto, que haja julgamento de procedência de vários pedidos, mas concessão de tutela provisória somente para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

parte deles. Essa pode ser medida de prudência tanto do magistrado, ao verificar que os requisitos da tutela não estão preenchidos em relação a todos os pedidos, quanto do advogado, na hipótese de uma avaliação de riscos demonstrar não ser vantajosa a obtenção provisória de algum dos bens da vida pleiteados, tendo em vista a possibilidade de modificação da sentença pelos tribunais.

A advertência também é importante, como se verá adiante, para delimitar o exato regime jurídico da retirada de efeito suspensivo, submetido aos requisitos específicos das tutelas provisórias comuns, sem que se cogite a existência de uma faculdade genérica do juiz de "declarar os efeitos com que recebe da apelação", conforme parecia prever o art. 518 do CPC/73, a partir da mera avaliação *in concreto* de interesses envolvidos.

O tema já recebe atenção da doutrina muito antes das possibilidades trazidas pelo novo tratamento das tutelas provisórias no CPC/15. Marinoni, ainda em 1994, destacava a importância da utilização das tutelas de urgência como modo mais adequado de realização do direito material em certos casos, mesmo que se tornasse necessário o "sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável" (MARINONI, 1994, p. 61).

Compreende-se assim que o instrumento em análise é um método de *gestão de tempo* no processo, concedendo-se à parte que ostenta altíssima probabilidade do direito a vantagem de não ter que esperar o provimento final para dele fruir. A análise aprofundada da ferramenta revela tratar-se de uma engenhosa ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade levada a efeito já pelo próprio legislador.

Primeiramente, reforça a hipótese de que a opção legislativa do art. 1.012, §1º, V do CPC/2015 foi acertada a constatação de que a probabilidade de provimento do recurso de apelação é relativamente baixa, porque o ganho em efetividade em muito se sobrepõe, estatisticamente, ao gravame eventualmente imposto à segurança jurídica.

Duas pesquisas empíricas nestes termos podem ser citadas, com interessantes conclusões. Uma, apresentada por Fernando Gajardoni, demonstrou que a porcentagem de apelações a que o Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento, de julho de 2012 a junho de 2013, gira em torno de 65%, enquanto 20% é a proporção aproximada de apelações a que foi dado parcial provimento. Em menos de 20% dos casos o tribunal deu integral provimento à apelação (GAJARDONI, 2013)[6].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Semelhantes números foram apurados por Jorge Passarelli em relação aos julgamentos proferidos pela 1ª a 20ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro de 2003 a 2010, em tese na qual defendia, antes do advento do CPC/15, a supressão do efeito suspensivo automático da apelação (PASSARELLI, 2011, p. 49). Enquanto 61,5% dos recursos de apelação foram improvidos, 22,18% das sentenças foram reformadas parcialmente e apenas 16,37% foram integralmente reformadas pelo tribunal[7].

Em que pese a baixa representatividade dos dados em relação a todos os processos que tramitam em território nacional, a indicação é clara de que o número de apelações providas é diminuto em comparação ao de sentenças confirmadas pelos tribunais, o que sinaliza que a retirada do efeito suspensivo da apelação não tem, quantitativamente, impacto negativo alarmante na segurança jurídica.

Além disso, a concessão de tutela provisória na sentença tem a vantagem de que, neste momento processual, o julgador já auferiu cognição exauriente da demanda – que não se confunde, é claro, com coisa julgada, porque a decisão ainda está sujeita a recurso, e nem impede que os órgãos recursais prossigam na atividade cognitiva. Apenas não se nega que, nesta etapa, o nível de certeza jurídica alcançado é muito maior, já que se tem o pronunciamento final do juiz de primeiro grau, o qual, se não recorrido, pode até se tornar definitivo.

Com isso, a tutela provisória na sentença escapa do tradicional problema da possível ofensa à segurança jurídica causada pelo provimento judicial baseado em cognição sumária, na qual costumam ser sacrificadas, ainda que temporariamente, as garantias do contraditório e ampla defesa. No caso da concessão de uma liminar, por exemplo, o réu pode ser surpreendido por ordens judiciais bastante invasivas antes mesmo de ter conhecimento de que estava sendo processado, como na hipótese de sofrer uma constrição patrimonial em sede de tutela cautelar.

Não é o que ocorre na antecipação de tutela na sentença, momento em que já terá sido ofertada ao réu a necessária dilação probatória, bem como realizada ampla discussão e valoração dos seus resultados pelo juiz, instrumentos basilares do princípio da segurança jurídica.

O cumprimento da sentença impugnada por apelação desprovida de efeito suspensivo dá-se em caráter provisório, conforme autoriza o art. 1.012, §2º do CPC/2015. Deve-se observar regime jurídico especial em relação ao cumprimento definitivo, delineado pelos arts. 520 a 522 do CPC (BRASIL, 2015), exatamente com o objetivo de evitar dano irreparável ao executado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Entre as peculiaridades estão: a responsabilidade do exequente pela reparação de danos que o executado haja sofrido (art. 520, I do CPC), a restituição das partes ao *status quo ante*, com liquidação de prejuízos nos mesmos autos, caso a sentença seja modificada ou anulada (art. 520, II, do CPC), e a necessidade de prestação de caução idônea, pelo exequente, para o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado (art. 520, IV, do CPC) (BRASIL, 2015).

Não se descuida, porém que o art. 521 do CPC (BRASIL, 2015) lista uma série de situações nas quais a caução é dispensada. Entre elas, a do inciso II traz conceito aberto que abrange os casos em que o credor demonstrar "situação de necessidade"[8]. Por isso, além de a caução ser devida apenas para a prática dos atos descritos no art. 520, IV, do CPC a medida não é exigível nas hipóteses em que o próprio legislador, reforçando a ponderação entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica, permitiu que o cumprimento provisório independa da prestação de garantia, evitando que a utilização do mecanismo fosse obstada aos mais pobres.

Vale ainda destacar mais uma vantagem da retirada *ope legis* do efeito suspensivo da apelação nas hipóteses do art. 1.012 do CPC: a possibilidade de o apelante requerer sua concessão *ope judicis* ao tribunal *ad quem* ou ao relator do recurso (art. 1.012, §§3º e 4º). Nesse caso, a eficácia da sentença poderá ser suspensa se demonstrada i) a probabilidade de provimento do recurso ou ii) risco de dano grave ou de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação (§4º). Com isso, tem o vencido mais um meio de impedir que a eficácia imediata da sentença seja medida precipitada.

5.UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO PARA A ADEQUADA UTILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA NA SENTENÇA COMO INCREMENTO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

O presente trabalho pretende delinear, sinteticamente e sem a ambição de esgotar o tema, um modelo de boa utilização da tutela provisória na sentença com vistas a retirar o efeito suspensivo da apelação, atividade que passa, necessariamente, pela observância dos requisitos e limites próprios do instituto.

Para isso, tratar-se-á de aspectos selecionados por sua maior relevância prática na busca dessa sistematização, passando-se pelas condições da concessão da tutela provisória na sentença, pelo dever ético dos advogados de informar o exequente de sua responsabilidade objetiva por danos causados ao executado, pela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

obrigação dos tribunais de manter sua jurisprudência estável e por exemplos de bom emprego da técnica.

5.1Condições para a concessão da tutela provisória na sentença

A primeira condição para a concessão de tutela provisória na sentença - a qual também contribui para prestigiar a efetividade do processo sem atingir desproporcionalmente a segurança jurídica - é a necessidade de prévio requerimento da parte.

Embora a lei processual não ofereça resposta definitiva, dando azo a grande divergência doutrinária, mesmo aqueles autores que atualmente admitem a antecipação sem requerimento da parte limitam-na a casos excepcionais nos quais, surgindo a necessidade de medida acautelatória imediata, a inércia do juiz possa comprometer gravemente a efetividade da prestação jurisdicional (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 675).

A regra, porém, é que a antecipação dependa de requerimento, em respeito aos princípios da demanda e da congruência (arts. 2º, 141 e 492 do CPC) (BRASIL, 2015), e porque a redação do art. 299 do CPC pressupõe a iniciativa do interessado ao dispor que a tutela provisória será "requerida ao juízo da causa".

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, por compreenderem a tutela cautelar como uma proteção do direito material e não do processo, não admitem a concessão de ofício nem mesmo desta espécie, embora sugiram solução interessante para evitar que a vedação impeça o juiz de se agir em situações de evidente injustiça:

> Uma maneira de conceder ao juiz a possibilidade de ter um papel mais participativo no emprego da técnica antecipatória no processo está, porém, em viabilizar ao juiz a consulta à parte que poderá se beneficiar pela "tutela provisória" a fim de que essa manifeste expressamente se deseja ou não a sua concessão. Em outras palavras, colaborando com a parte (art. 6.º), o juiz poderá consultá-la a respeito de seu interesse na concessão da tutela sumária. Com isso, equilibra-se a iniciativa judicial, inspirada na promoção da igualdade entre os litigantes e a na adequação da tutela jurisdicional, e o respeito à liberdade da parte, que pode não ter interesse em fruir de decisão provisória ao longo do procedimento, notadamente em face do regime de responsabilidade objetiva a ela inerente (art. 302). (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2017a, p. 140).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com isso, as partes têm absoluta previsibilidade das medidas tomadas no processo que possam lhes gerar prejuízo, vedadas as "decisões surpresa" (art. 9º do CPC/2015). Não se desconhece que, para o réu, há casos em que o contraditório será postergado, como prevê o art. 9º, parágrafo único do CPC, mas jamais eliminado. Ainda que posteriormente à efetivação de uma liminar, a parte afetada terá sempre plenas condições de exercício da defesa, o que é reforçado pela garantia de que a tutela provisória terá invariavelmente sido requerida pela parte contrária em petição fundamentada. Por outro lado, também o autor não será surpreendido pela efetivação de um provimento que não pediu e que pode lhe ocasionar responsabilização objetiva.

A segunda condição para a utilização da técnica em comento é a demonstração dos requisitos de cabimento supracitados pela parte requerente. Sobre o ponto, é pertinente uma breve digressão histórica.

Ainda sob o Código anterior, Carreira Alvim compreendia que a técnica processual em estudo era possível, mas fazia crucial distinção entre os regimes da antecipação da tutela "antes da sentença" e "na sentença". Para o jurista, a segunda era *tão somente* uma técnica para retirar o efeito suspensivo da apelação[9], autorizada pelo art. 518 do CPC/73[10], enquanto apenas a primeira seria "verdadeira tutela antecipada", fundada no art. 273 do antigo Código (BRASIL, 1973). A diferenciação levava-o à seguinte conclusão:

> O pedido de suspensão da eficácia da sentença, através da técnica de se dar apenas um efeito (devolutivo) ou dois efeitos (devolutivo e suspensivo) ao recurso, deve, ou não, ser deferido, conforme haja, entre os dois interesses em conflito-, o do requerente, em suspendê-la e o do requerido em não suspendê-la-, maior risco de dano para um do que para outro, tudo consoante também o juízo de probabilidade formado pelo juiz. (ALVIM, 2003, p. 132)

Note-se que a resistência em enxergar a tutela antecipada na sentença como "verdadeira tutela antecipada" acaba por transformar completamente o instituto, conferindo-lhe os moldes de "pedido de suspensão da eficácia da sentença". Para sua concessão, bastaria um juízo de ponderação, caso a caso, entre o interesse das partes em postergar ou não a produção de efeitos do *decisum.*

A redação atual da lei processual, no entanto, não deixa dúvidas. A tutela provisória que o juiz pode conceder na sentença ou antes dela é a mesma (ou seja, a descrita pelos arts. 294 a 311 do CPC/2015), e deve sempre respeitar seus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

específicos requisitos de cabimento. Não se trata, portanto, de retirada do efeito suspensivo apenas mediante um juízo de ponderação casuístico, porque a lei não o autoriza, Trata-se, isto sim, da utilização da tutela provisória com o objetivo de obter também uma repercussão reflexa neste efeito recursal.

A distinção tem relevância prática. Trata-se de uma garantia de segurança jurídica, porque o vencido não será surpreendido com a retirada do efeito suspensivo fora dos casos previstos em lei, cujos pressupostos deverão ser cabalmente demonstrados pelo requerente. Ao réu será dado contestar o preenchimento destes requisitos, comprovando, por exemplo, que não há perigo na demora, ou que o direito é improvável ou não evidente, e não somente que o seu "interesse" em suspender a eficácia da sentença é maior do que o do autor em executá-la desde logo. No caso de concessão na sentença, some-se a isso o fato de que ao requerido terá sido dada oportunidade de exercício do contraditório pleno, com produção de provas e discussão aprofundada do mérito.

Importa destacar que, de acordo com Marcelo Veiga Franco, o direito ao contraditório inclui não só a possibilidade de debater o caso com a parte contrária ao longo do processo, mas também a garantia de que os argumentos e teses trazidos aos autos pelas partes serão apreciados pelo magistrado quando da prolação da decisão. Trata-se do dever de fundamentação analítica das decisões judiciais, que é requisito de validade da sentença, conforme o art. 489 do CPC/2015 e art. 93, IX da Constituição Federal de 1988 (FRANCO, 2015).

Com isso, o preenchimento dos requisitos da tutela provisória deve ser evidenciado também pelo juiz, acompanhado de registro explícito de sua concessão na parte dispositiva da sentença. Desse modo, facilita-se a compreensão pelas partes dos efeitos práticos operados pelo pronunciamento, favorecendo-se, inclusive, o manejo ágil pelo réu do pedido de efeito suspensivo dirigido ao tribunal, conforme art. 1.012, §§3º e 4º do CPC (BRASIL, 2015).

O requisito da fundamentação analítica pelo juiz da decisão de concessão da tutela provisória tem especial relevância na hipótese de julgamento antecipado do mérito (art. 355 do CPC/2015). Esse mecanismo tem cabimento nos casos em que não houver necessidade de produção de provas (inciso I) ou em que operarem os efeitos da revelia e não houver requerimento de prova pelo réu (inciso II), situações que podem com a do art. 311, IV do CPC/2015, o qual permite a concessão de tutela da evidência "quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável" (BRASIL, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para Didier e Cunha (2016, p. 187), a conclusão lógica da aplicação dos dispositivos é que todas as sentenças de julgamento antecipado do mérito em favor do autor, por corresponderem à tutela da evidência do art. 311, IV do CPC, podem produzir efeito imediato por força do art. 1.012, §1º, V da lei processual, não obstante a interposição de recurso de apelação, que será recebido apenas no efeito devolutivo.

Ainda que o raciocínio seja tentador, o respeito à segurança jurídica, calcado na melhor compreensão do princípio do contraditório, impõe que o efeito do art. 1.012, §1º, V do CPC/2015 sempre dependa de pronunciamento específico do juiz quanto à concessão da tutela da evidência do art. 311, IV do CPC (ou de qualquer outra espécie de tutela provisória), precedido de requerimento fundamentado da parte e tratado em capítulo próprio da sentença, no qual se analisem aprofundadamente seus requisitos de cabimento.

5.2 A precariedade das tutelas provisórias concedidas na sentença e o dever ético dos advogados de informar o exequente de sua responsabilidade objetiva

A previsão de restituição das partes ao *status quo ante* quando revogada a tutela provisória (arts. 302 e 520, II do CPC/2015) também deve ser levada a sério na adequada utilização da ferramenta em análise, compondo uma preocupação pertinente a seu estudo sistemático.

Exemplifica-se com a corriqueira situação da antecipação de tutela na sentença em ações previdenciárias, cujo efeito é a implementação imediata de benefício mensal pago ao autor pelo INSS. Grande discussão surge quando a sentença é reformada em grau de recurso e a tutela provisória, por consequência, é extirpada, vindo o INSS a cobrar da parte autora o que esta recebeu no curso do processo. O tema já sofreu mais de uma virada jurisprudencial, havendo tanto precedentes que afastam a possibilidade de cobrança, com fundamento na irrepetibilidade de verbas alimentares, quanto outros que a consideram legítima, diante da natureza sabidamente precária da antecipação de tutela.[11]

O exemplo é de especial interesse na medida em que demonstra o dever de cautela imposto aos advogados no trato da tutela provisória. Se o autor da demanda, no mais das vezes, anseia por receber logo o benefício, e se a estabilidade do ordenamento não é um dado no Brasil, cabe inarredavelmente ao advogado alertar seus clientes da real possibilidade de ter a vitória processual revertida em grau de recurso, com imediata cobrança do valor embolsado, o qual, quase sempre, já terá há muito sido gasto nas necessidades básicas do beneficiário.

Não se ignora que a urgência no recebimento de benefício alimentar costuma suplantar qualquer consideração de prudência que possa desaconselhar o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

requerimento de tutela provisória. Contudo, diversos fatores devem integrar a avaliação de risco a ser proposta pelo advogado: i) a probabilidade de provimento de eventual recurso naquele caso específico; ii) o tempo médio de julgamento das demandas pelo órgão recursal; iii) o grau de necessidade imediata enfrentada pelo cliente etc. Se, considerados os riscos, o requerimento da tutela ainda se mostrar recomendável, caberá ao advogado alertar muito claramente o autor sobre a precariedade seus efeitos, permitindo que este tome a decisão final sobre o pedido e se prepare, na medida do possível, para eventual reversão. A conclusão se estende, com as devidas adaptações, a todos os casos em que cabe a tutela provisória.

5.3 O dever dos tribunais de manter a jurisprudência estável e seu impacto na antecipação de tutela na sentença

Uma vez concedida em sentença, o principal momento em que a tutela provisória pode ser revogada é quando do julgamento da apelação, recurso que leva à reconsideração do tribunal toda a matéria de fato e de direito impugnada. No entanto, é de se esperar que a sentença bem fundamentada, e, especialmente, a que segue precedentes (muitas vezes até com ressalva do entendimento pessoal do magistrado de primeiro grau) tem baixíssimas chances de ser reformada. Nesses casos, o requerimento e concessão de tutela provisória são altamente recomendados e tendem a ser utilizados até pelos operadores mais cautelosos.

Situação que causa perplexidade, contudo, é a modificação do precedente no qual a sentença se baseou no período entre o julgamento em primeiro grau e em segundo, levando à reversão da tutela provisória não por erro do juiz de primeiro grau, nem por divergência ordinária de entendimento entre ele e o tribunal, mas simplesmente por alteração abrupta do entendimento pretoriano. Nesses casos, há uma subversão do sentido da técnica antecipatória na sentença, porque todas as considerações de segurança jurídica que a autorizavam, ainda que rigorosamente observadas, cedem diante da repentina mudança de um precedente, e o autor pode ser chamado a responder objetivamente pela efetivação da tutela que se tornou indevida.

Nesse ponto não se faz sequer distinção entre os "precedentes vinculantes" do art. 927 do CPC (BRASIL, 2015) e qualquer outro, porque toda decisão judicial pode se tornar precedente de uma posterior. Por isso é recomendável, em um sistema que se pretende juridicamente seguro, que os juízes se curvem não só às espécies de decisão elencadas no art. 927, mas a toda a "jurisprudência" que é dever dos tribunais manter estável, íntegra e coerente, conforme art. 926 do CPC (BRASIL, 2015). Assim, os precedentes podem (e devem) servir para fundamentar não só a tutela da evidência, mas também a de urgência, subsidiando a análise da probabilidade do direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A resolução desse problema já está prevista no próprio CPC, que preconiza em seu art. 927, §3º que "na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica" (BRASIL, 2015).

Trata-se da modulação temporal dos efeitos da decisão, que o Código faculta a todos os tribunais superiores quando da alteração de *jurisprudência dominante*, o que afasta a ideia de cabimento restrito ao rol do *caput* do art. 927 do CPC (BRASIL, 2015), bem como a qualquer outro tribunal que julgar casos repetitivos. Neste sentido também o art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/42 (BRASIL, 1942), recentemente incluído pela Lei nº 13.655/2018[12] (BRASIL, 2018).

É certo que o alcance da estabilidade jurisprudencial é tarefa árdua que requer dos julgadores verdadeira preocupação com a estabilidade do ordenamento no tempo. Por outro lado, também não se ignora que o Direito, por ser móvel do progresso social, não se pode engessar, de modo que muitas mudanças de entendimento pelos tribunais são esperadas e necessárias[13]. No entanto, o processo justo, que é aquele capaz de realizar direitos fundamentais, exige um sistema minimamente previsível, porque é a previsibilidade que, constituindo um aspecto essencial da segurança jurídica, possibilita a utilização prudente de técnicas de aumento da efetividade como a do art. 1.012, §1º, V do CPC.

Nesse contexto, como modo de atenuar o prejuízo causado pelas alterações de entendimento dos tribunais, sugere-se que, em nome da segurança jurídica, a modulação dos efeitos dessas decisões deve ser a regra no ordenamento brasileiro. Significa dizer que, modificada uma tese, a nova orientação deve ser aplicada apenas a ações ajuizadas a partir deste julgamento, não alcançando, com isso, processos em tramitação, nos quais eventualmente já terá sido concedida tutela provisória. Esse é mais um parâmetro para a aplicação segura da técnica de antecipação na sentença.

Ressalve-se que a possibilidade de modulação das decisões, por certo, não deve servir para a banalização dos precedentes, incentivando-se continuadas inversões de entendimento sobre uma mesma matéria que, moduladas, criam uma série de situações jurídicas desiguais ao longo do tempo chanceladas pelos tribunais. A estabilidade da jurisprudência é a regra. Apenas nos casos em que ela for insustentável deve-se lançar mão de ferramentas de apaziguamento como a modulação e, ainda assim, buscando-se a proteção da isonomia e rechaçando-se o acobertamento de quadros de manifesta injustiça.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5.4 Exemplos do adequado emprego da técnica

Com o objetivo de ilustrar a adequada aplicação da ferramenta, trazem-se alguns exemplos, respaldados em decisões de tribunais, que conseguiram harmonizar as garantias em confronto. Cuida-se de buscar previsibilidade e segurança jurídica a ambas as partes e também o incremento da efetividade do processo, permitindo-se a execução provisória da sentença.

a) Pedidos de fornecimento de medicamento ou tratamento médico pelo Estado em casos em que, inexistindo risco iminente de morte, abrem-se discussões sobre a indispensabilidade do fármaco para aquela doença, ineficácia dos oferecidos pelo SUS, capacidade financeira do requerente etc., com produção de prova pericial e debate aprofundado sobre aspectos técnicos[14];

b) Demandas relativas à inscrição do nome de devedor em cadastro de inadimplentes ou protesto de títulos (inclusive de Certidão de Dívida Ativa), em que não é possível decidir com segurança sobre a existência ou não do débito e a regularidade dos meios de cobrança até o momento da sentença, mas a tutela provisória passa a ser recomendável nessa fase porque a permanência de negativação indevida até o trânsito em julgado pode gerar grave prejuízo ao autor[15];

c) Casos em que o autor pretende obter quantia em dinheiro e demonstra situação de necessidade, autorizando a ordem de entrega de quantia sem a necessidade de caução (art. 521, II do CPC/2015). A concessão da antecipação seria temerária em sede de cognição sumária ante sua provável irreversibilidade, mas a constatação da alta probabilidade do direito pode permiti-la na sentença[16];

d) Ações em que se pretende a nomeação e posse de candidato aprovado em concurso público, a reintegração de servidor público ao cargo e matérias correlatas que impliquem aumento de despesa para a Administração, nas quais o significativo impacto aos cofres públicos e a presunção de legitimidade da atuação administrativa desaconselham a concessão de provimentos liminares, mas o grande prejuízo ao autor na espera do julgamento da apelação autoriza sua utilização na sentença[17];

e) Ações previdenciárias nas quais apenas a cognição exauriente pode revelar que o autor tem direito a um benefício mensal de caráter alimentar devido pelo INSS, de modo que, com a antecipação da tutela na sentença, pode

começar a receber uma aposentadoria, pensão ou outra prestação necessária à sua subsistência desde a vitória em primeiro grau[18].

6.CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo civil é instrumento de tutela jurisdicional dos direitos. A garantia constitucional da inafastabilidade de jurisdição, conforme art. 5º, XXXV da CF/1988, por isso, não pode deixar de abranger um direito fundamental à efetividade do processo, sob pena de, cindido dos meios de realização adequada e tempestiva do direito material, tornar-se ferramenta inútil.

À manutenção do efeito suspensivo automático da apelação o CPC/15 opôs um extenso rol de exceções (art. 1.012, §1º do CPC/2015), das quais a concessão de tutela provisória na sentença (inciso V) se destaca pela vasta aplicabilidade. Trata-se de um método de distribuição justa do ônus do tempo no processo civil, que, em última análise, pode se mostrar até melhor que a simples extinção da regra geral de atribuição de efeito suspensivo à apelação, porque permite o deslinde da demanda com rigoroso respeito à segurança jurídica, sem que com isso se sacrifique demasiadamente a parte detentora de direito provável.

A análise do conjunto de critérios que permeiam o mecanismo do art. 1.012, §1º, V do CPC demonstra seu imenso potencial de incremento da efetividade do processo, desde que corretamente utilizado. Na ponderação entre efetividade e segurança jurídica, destacam-se como argumentos favoráveis à utilização da técnica em estudo a baixa probabilidade de provimento da apelação, a cognição exauriente atingida pelo juiz de primeiro grau, as garantias do réu no regime de cumprimento provisório de sentença e a possibilidade de pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação ao juízo *ad quem*.

Além disso, a concessão da tutela provisória na sentença deve atender a condições específicas que também garantem sua utilização adequada, quais sejam: o requerimento prévio da parte, a comprovação de seus requisitos legais de cabimento e o dever judicial de fundamentação analítica das decisões, tudo em respeito ao princípio do contraditório.

Por outro lado, e tendo em vista o dever de todos os sujeitos do processo de cooperarem entre si para que se obtenha decisão justa e efetiva (art. 6º do CPC/2015), é dever dos advogados alertarem seus clientes dos ônus da antecipação, enfatizando seu caráter precário, a fim de evitar que o alcance do bem da vida seja dado como definitivo antes do tempo. Com isso, eventual reversão de seus efeitos tende a ser muito menos problemática, colaborando para o aumento na confiança

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

no sistema pelos jurisdicionados e na segurança jurídica para os demais atores do processo, o que pode levar os juízes a aplicarem mais frequentemente o instituto.

Finalmente, a valorização dos precedentes pelo CPC/2015, que irradiou efeitos por todo o ordenamento processual, precisa ser levada a sério por seus operadores. O mecanismo da concessão de tutela provisória na sentença, cuja segurança é em grande parte fundada na estabilidade da jurisprudência, só pode funcionar adequadamente com a colaboração dos tribunais, que devem modular os efeitos das alterações de seus entendimentos, não as aplicando aos processos pendentes. Essa prática contribui para maior utilização da citada ferramenta e impede que ela cause às partes prejuízos inesperados.

7.REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Código de Processo Civil Reformado**. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 18 out. 2019

_____. **Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01 maio 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657/42, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. **Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre locações dos imóveis urbanos e os procedimentos pertinentes. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível

em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

_____. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 abr. 2018. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm Acesso em: 18 out. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 2. Câmara de Direito Privado. **Agravo de instrumento nº 2006038-67.2018.7.26.0000**. Relatora: Rosangela Telles. São Paulo, 11 jun. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 24. Câmara de Direito Privado. **Agravo de instrumento nº 1029214-57.2016.8.26.0002**. Relator: Plinio Novaes de Andrade Júnior. São Paulo, 26 set. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 4. Câmara Cível. **Agravo interno em petição nº 70075707646**. Relator: Eduardo Uhlein. Porto Alegre, 28 mar. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal (2. Região). 1. Turma especializada. **Remessa necessária nº 0001223-10.2016.4.02.9999/RJ.** Relator: Antônio Ivan Athié. Rio de Janeiro, 23 fev. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). 4. Turma. **Pedido de efeito suspensivo à apelação nº 5064342-87.2017.4.04.0000/PR**. Relatora: Vivian Josete Pantaleão Caminha. Porto Alegre, 15 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2018:** ano-base 2017. Brasília, DF.: CNJ, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf. Acesso em: 18 out. 2019

DIDER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**, **- v. 3**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIDER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil - v. 1**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRANCO, Marcelo Veiga. Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, §1º, IV, do novo CPC. In: **Revista de Processo**. São Paulo, v. 40, n. 247, p. 105-136, set. 2015.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência.** São Paulo: Saraiva. 1996.

GAJARDONI, Fernando. Efeito suspensivo automático da apelação deve acabar. **Consultor Jurídico**. 9 ago. 2013. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-ago-09/fernando-gajardoni-efeito-suspensivo-automatico-apelacao-acabar#_ednref1. Acesso em: 18 out. 2019

GRECO, Leonardo. Princípios de uma teria geral dos recursos. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP, Rio de Janeiro, v. 5, n. 5, p. 5-62, 2010. Disponível em https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/592/showToc. Acesso em: 18 out. 2019.

LAMY, Eduardo. **Tutela Provisória**. São Paulo: Atlas, 2018.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito– PPGDir./UFRGS**, v. 10, n. 3, p. 253-282, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil – v. 2**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a.

_____. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. 5 abr. 2012. **Marinori Advocacia**. Disponível em http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/04/PROF-MARINONI-MARINONI-O-DIREITO-%C3%80-TUTELA-JURISDICIONAL-EFETIVA-NA-PERSPECTIVA-DA-TEORIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS.pdf. Acesso em: 18 out. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NUNES, Dierle. Novo CPC acerta ao manter efeito suspensivo em certas apelações. **Consultor Jurídico.** 22 jun. 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jun-22/dierle-nunes-cpc-acerta-manter-efeito-suspensivo-certas-apelacoes. Acesso em: 18 out. 2019.

PASSARELLI, Jorge. **A supressão do efeito suspensivo do recurso de apelação**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – FGV Direito Rio, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8557/DMPPJ%20-%20JORGE%20PASSARELLI.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 18 out. 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – v.1**. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. Direito fundamental à razoável duração do processo. Belo Horizonte. In: **Ânima. Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET**, v. 2, p. 1-23, 2008. Disponível em: http://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/anima_2.php. Acesso em: 18 out. 2019.

---

[1] Para a defesa da ideia do processo como instrumento, ainda amplamente aceita na doutrina, vide Dinamarco (2009). Em contraposição, a doutrina já discute certa insuficiência do instrumentalismo, sugerindo a inauguração de uma nova fase metodológica designada de formalismo-valorativo, que propõe que o processo, e não a jurisdição, ocupe o centro da Teoria do Processo, vide Madureira (2015).

[2] O relatório Justiça em Números de 2018, do Conselho Nacional de Justiça, revela que o tempo médio de tramitação do processo em 2º grau até o julgamento é de 10 meses. Destaque-se, no entanto, que na Justiça Federal o intervalo sobe para 1 ano e 11 meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 147).

[3] Dentre as defesas, destaca-se a de Leonardo Greco (2010), na qual lê-se: “A maioria das apelações tem efeito suspensivo.

Já se tentou, por meio de alguns projetos de lei não aprovados, acabar-se com o efeito suspensivo automático da apelação, o que é contrário ao interesse dos governantes. Isso porque o maior beneficiário do efeito suspensivo da apelação é o Estado procrastinador; na verdade, a Justiça, hoje, está servindo para administrar a moratória do Estado, e não para satisfazer os direitos dos cidadãos. Há um completo desvirtuamento da função do Poder Judiciário". Também neste sentido, vide Fernando Gajardoni (2013).

[4] Embora a literalidade do artigo indique a existência de uma fungibilidade apenas progressiva (da tutela antecedente cautelar, que apenas assegura o direito, para a antecipada, que permite sua fruição), a doutrina pacificou o entendimento de que a fungibilidade é de mão dupla, ou seja, permite também a concessão de tutela antecedente de natureza cautelar embora o pedido mencione apenas a tutela antecipada, conforme o Enunciado 502 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Caso o juiz entenda que o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente tenha natureza cautelar, observará o disposto no art. 305 e seguintes."

[5] À égide do CPC/73, em 1996, o hoje Ministro do STF Luiz Fux já adotava a distinção entre as tutelas de urgência e de evidência (FUX, 1996). Pode-se dizer que seu trabalho influenciou a nomenclatura prevista no atual Código.

[6] O autor destaca que o TJSP, sozinho, responde por praticamente metade do movimento judiciário da Justiça Estadual Nacional.

[7] Em sentido diverso, números apresentados por Nunes (2014), a partir de relatório do CNJ relativo a 2012, contemplando mais estados da federação, com índice geral de reforma de 37,3%. O valor apurado, no entanto, considera indistintamente o provimento parcial e integral dos recursos pelos tribunais, além de abranger também os agravos de instrumento.

[8] Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que: (...) II - o credor demonstrar situação de necessidade.

[9] Nisso concordava com Calmon de Passos, cujo posicionamento foi citado por Didier e Cunha (2016, p. 187) ao comentarem exatamente a adição da tutela da evidência como hipótese de supressão do efeito suspensivo da apelação.

[10] Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

[11] O STJ, em 2014, julgou tema repetitivo nº 692 e decidiu que a "reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos". No entanto, o STF, mesmo após essa decisão, e tendo rejeitado a repercussão geral da matéria ante sua natureza infraconstitucional, tem decisões isoladas no sentido da desnecessidade de devolução das parcelas. Em 2018, no julgamento da Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.734.698/SP, o STJ decidiu rever a tese fixada no tema nº 692, com fundamento na "variedade de situações que ensejam dúvidas quanto à persistência da orientação firmada pela tese repetitiva, bem como a jurisprudência do STF, estabelecida em sentido contrário". Em 2019, a Medida Provisória nº 871, convertida na Lei 13.846, deu nova redação ao art. 115 da Lei 8.213/91, prevendo expressamente a possibilidade de desconto pelo INSS, em outros benefícios pagos ao mesmo segurado, do débito decorrente da cessação de benefício pela revogação de decisão judicial (art. 115, II), além da inscrição em dívida ativa dos créditos constituídos pelo INSS em consequência destes fatos (art. 115, §3º).

[12] "A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais." O dispositivo foi utilizado pelo STJ no julgamento, em 05/12/2018, dos recursos especiais repetitivos 1.704.520/MT e 1.696.396/MT, rel. min. Nancy Andrighi, em que se fixou a tese da taxatividade mitigada do rol de cabimento do agravo de instrumento (art. 1.015 do CPC/2015).

[13] Não se olvide, entretanto, que a superação dos precedentes também exige técnicas próprias. Há necessidade de se observar o *distinguishing*, demonstrando que o precedente existente não se amolda à situação fática, o *overruling* (superação total do precedente) ou o *overriding* (superação parcial do precedente), caso o precedente não mais se adeque ao estágio de desenvolvimento da sociedade. Em todo e qualquer caso, impõe-se um ônus argumentativo aos tribunais, que não pode ser banalizado.

[14] "Trata-se de pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação interposta contra sentença que julgou procedente a ação, reconhecendo o direito do autor ao fornecimento de medicamento FIRAZYR (ICATIBANTO), para o tratamento de Angioedema Hereditário (AEH). [...] Com efeito, após ampla dilação probatória e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cognição exauriente, restaram demonstradas a necessidade e a urgência do medicamento pleiteado pelo autor, o que autoriza a manutenção da tutela de urgência. De outra parte, não vislumbro urgência ou perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação que poderá ser ocasionado à apelante com a manutenção da tutela antecipada, na medida em que dano expressivamente maior poderia ser experimentado pelo apelado em caso de indeferimento da medida. Ante o exposto, indefiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação, nos termos da fundamentação." (TRF4 – Pedido de efeito suspensivo à apelação nº 5064342-87.2017.4.04.0000/PR, rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha, data de julgamento: 15/01/2018, 4ª turma)

[15] EFEITO SUSPENSIVO. APELAÇÃO. Pretensão do réu apelante de concessão de efeito suspensivo à apelação. Inadmissibilidade. A apelação interposta contra sentença que confirma a antecipação dos efeitos da tutela deve ser recebida, na parte compreendida na antecipação da tutela, no efeito devolutivo, a teor do artigo 1.012, § 1º, inciso V, do novo Código de Processo Civil. Hipótese, ademais, que o apelante não demonstrou a ocorrência de qualquer circunstância processual excepcional que justificasse a atribuição de efeito suspensivo a esta apelação. CANCELAMENTO DE PROTESTO E INDENIZAÇÃO. PROTESTO IRREGULAR DANO MORAL E MATERIAL. A rescisão do contrato que originou o protesto foi rescindida por sentença, e neste caso caberia à ré a retirada do protesto. A manutenção do protesto indevido de título de crédito acarretou ofensa à honra do autor, que foi submetido a notório e presumido constrangimento e vexame. Dano moral presumido. Recurso improvido, neste aspecto. (TJ-SP – AI: 1029214-57.2016.8.26.0002, rel. Plinio Novaes de Andrade Júnior, data de julgamento: 26/09/2019, 24ª Câmara de Direito Privado)

[16]AGRAVO DE INSTUMENTO. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. ASTREINTES. DISPENSA DE CAUÇÃO PARA O LEVANTAMENTODE VALORES. Nos termos do art. 521, II, do CPC/15, poderá ser dispensada a prestação de caução idônea para o levantamento de numerário judicialmente constrito quando demonstrada a situação de necessidade do credor. Agravante que é idosa de 77 anos, portadora de artrite reumatóide e percebe benefício previdenciário módico, encontrando-se alijada de plano de saúde em virtude da recalcitrância da agravada, que se nega ao cumprimento das decisões judiciais. O levantamento auxiliará a agravada a custear despesas médicas, enquanto perdurar a vacilância da devedora, ora agravante. Deferimento da dispensa de caução em relação a parcela dos valores penhorados, limitados a R$20.000,00, com o escopo de se evitar manifesto risco de dano de difícil reparação. Inteligência do art. 521, parágrafo único do NCPC. (TJ-SP 2006038-67.2018.7.26.0000, Rel. Rosangela Telles, data de julgamento: 11/06/2018, 2ª Câmara de Direito Privado)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[17]AGRAVO INTERNO EM PETIÇÃO. PRETENSÃO DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO DE APELAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE TAQUARI. TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA EM SENTENÇA. REINTEGRAÇÃO DO SERVIDOR AO CARGO DO QUAL FORA EXONERADO EM RAZÃO DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA PELO INSS.1. Agravo interno conhecido, por maioria.2. Entendimento corrente atual das Câmaras que compõem o 2º Grupo Cível deste Tribunal, ilustrado na sentença, no sentido de que a aposentadoria voluntária pelo INSS não provoca a automática vacância do cargo público, quando o ente municipal não possui regime próprio de previdência. Periculum in mora que milita, na hipótese, em favor do servidor. (TJ-RS 70075707646, Rel. Eduardo Uhlein, data de julgamento: 28/03/2019, 4ª Câmara Cível)

[18] REMESSA NECESSÁRIA – DIREITO PREVIDENCIÁRIO – COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE COMPANHEIRA ATÉ A OCASIÃO DO ÓBITO - DIREITO À PENSÃO POR MORTE – MANTIDA A TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA NA SENTENÇA. I – Tendo em vista que restaram demonstrados os requisitos legais, a autora tem direito à pensão por morte, na qualidade de companheira, com data de início do benefício coincidente com a data do requerimento administrativo, nos termos do art. 74, II, da Lei nº 8.213/91.II - Comprovados, não apenas a probabilidade, mas o próprio direito da autora, e o perigo de dano, por tratar-se de verba de caráter alimentar, requisitos do art. 300 do CPC de 2015, deve ser mantida a tutela de urgência concedida anteriormente. (TRF2 – REOAC 0001223-10.2016.4.02.9999/RJ, Relator: Antônio Ivan Athié, data de julgamento: 23/02/2017, 1ª turma especializada)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DA CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA DE OFÍCIO: E O SISTEMA

LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO HENRIQUE DA SILVA JUNIOR:
Advocacia Criminal & Consultoria Jurídica

Narrativa lúdica de situação fictícia ocorrida em gabinete de (in) determinado Juiz de Direito: agente detido em flagrante pela prática de delito patrimonial na periferia de metrópole tupiniquim. Audiência de custodia dispensada em razão de situação pandêmica. Decisão publicada: "converto a prisão em flagrante em preventiva, por estarem preenchidos os requisitos do Art. 313 da legislação processual penal, bem como os fundamentos constantes do Art. 312."

A luz das recentes modificações orquestradas na legislação processual penal pela promulgação da Lei nº 13.964/19 – a qual dispensamos o tratamento de "Pacote anti-crime" -, verificaram-se diversos avanços na prática forense, tornando os ritos procedimentais mais humanizados e alinhados com as garantias constitucionais abarcadas pelo Estado Democrático de Direito.

Dentre as garantias constitucionais que se tentou solidificar com as alterações produzidas pela referenciada norma federal está o sistema acusatório, já patenteado na Constituição Cidadã de 1988 e agora reforçado – como se necessário fosse – pelo Art.3º-A do Código de Processo Penal, vedando a atuação insurgente do magistrado, *in verbis:*

> Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Portanto, dispondo o antigo código de processo penal da estrutura acusatória, tornou-se necessária a modificação dos dispositivos que tratavam da prisão preventiva, com vistas a vedar a atuação de ofício pelo Juiz que, na nova normativa, não está mais autorizado a decretar a prisão preventiva sem provocação, a contrário do que se permitia anteriormente.

De acordo com o Art. 311/CPP:

> **Art. 311.** Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, **a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.** (grifo nosso)

Desta forma, está clara a proibição delineada pela Lei nº 13.964/19 à atuação de ofício direcionada a decretação da privação preventiva de liberdade, fundamentada na negativa do inquisitório que antes preponderava no *códex* processual – e ainda presente na prática.

Neste sentido, Aury Lopes Jr:

> "A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do inquisidor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro de inércia.
>
> Assim, ao decretar uma prisão preventiva de ofício, assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade."[i]

Isto posto, a impossibilidade de aplicação da tutela da liberdade preventiva de ofício é tema pacífico, apesar da tenra alteração legislativa, que inovou sobremaneira o trato procedimental.

Doutro lado, percebe-se que a controvérsia se insurreciona na conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva quando, atendendo aos trâmites delineados no Art.310 do Código de Processo Penal, o detido deverá ser apresentado a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas após a prisão.

Indaga-se, destarte, se a mesma vedação à atuação *ex offício* aplica-se também à mera análise de conversão do flagrante em preventiva, tendo em vista que, apesar dos avanços procedimentais, a norma modificadora foi silente neste sentido, não tecendo qualquer apontamento no dispositivo processual regulamentador.

Entretanto, verifica-se que o Art. 310, inciso II poderia – em uma interpretação inquisitória – deixar margem a conversão do flagrante em preventiva independente de requerimento dos órgãos atribuídos para a atuação acusatória e investigatória, considerando sua omissão quanto a necessidade da provocação do órgão jurisdicional para a supressão da liberdade cautelar, a contrário do disposto no Art. 311.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **Art. 310.** Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:
>
> **II** - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

Deste modo decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em análise de Habeas Corpus impetrado contra decisão de conversão de ofício da prisão em flagrante em prisão preventiva ocorrida no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a seguir ementada:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. NULIDADE DA PREVENTIVA. NÃO OCORRÊNCIA. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. ART. 310, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. LEGALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MODUS OPERANDI.DISPAROS DE TIRO EM LOCAL PÚBLICO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. INAPLICABILIDADE DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
>
> (...)
>
> 2. **Embora o art. 311 do CPP, aponte a impossibilidade de decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo Juízo, é certo que, da leitura do art. 310, II, do CPP, observa-se que cabe ao Magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, proceder a sua conversão em prisão preventiva, independentemente de provocação do Ministério Público ou da Autoridade Policial, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP**, exatamente como se verificou na hipótese dos autos, não havendo falar em nulidade quanto ao ponto.

> 3. Considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art.312 do Código de Processo Penal – CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do CPP.[ii]

Todavia, a Corte Cidadã teria ocorrido em diversos equívocos dogmático-processuais. A uma porque faz uma interpretação extensiva *in malam partem* do Art.310, II, concedendo ao magistrado poderes instrutórios que não estão expressos na norma regente, ao autorizar a iniciativa jurisdicional desde que submetida ao preenchimento dos requisitos do Art.312.

De outro lado, nota-se o tratamento da prisão em flagrante – naturalmente precária e pré-cautelar – como sólida o bastante para converter-se em preventiva, ignorando qualquer iniciativa acusatória, colocando a liberdade em patamar subsidiário (cabe a liberdade, quando não couber a prisão).

A respeito da precariedade do flagrante e da impossibilidade de sua conversão de ofício, nos cabe trazer o magistério do eminente Professor Aury Lopes Jr, *in verbis:*

> "(...) Mas o ponto mais importante é: não pode haver conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva (ou mesmo em prisão temporária). É imprescindível que exista a representação da autoridade policial ou do representante do Ministério Público. A "conversão" do flagrante em preventiva equivale à decretação da prisão preventiva. Portanto, à luz das regras constitucionais do sistema acusatório (*ne procedat iudex et officio*) e da imposição de imparcialidade do juiz (juiz ator = parcial), não lhe incumbe "prender de ofício". "[iii]

Em consequência, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema, no HC nº 186421/SC, decidindo pela interpretação sistemática do dispositivo processual retro colacionado, concluindo pela inviabilidade da conversão de ofício do flagrante em preventiva.

Segue trecho da decisão:

> "(...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão "de ofício" que constava do art. 282, § 2º, e do art. 311, ambos do Código de Processo Penal, vedou , de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio "requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público"**, não mais sendo lícito, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação "ex officio" do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade.
>
> A interpretação do art. 310, II, do CPP deve ser realizada à luz dos arts. 282, § 2º, e311, também do mesmo estatuto processual penal, a significar que se tornou inviável, mesmo no contexto da audiência de custódia , a conversão, de ofício, da prisão em flagrante de qualquer pessoa em prisão preventiva , sendo necessária, por isso mesmo, para tal efeito, anterior e formal provocação do Ministério Público, da autoridade policial ou, quando for o caso, do querelante ou do assistente do MP. Magistério doutrinário. Jurisprudência.
>
> (...)"[iv] (grifo nosso)

Perante o exposto, a ausência de unificação jurisprudencial nas Cortes Superiores quando da análise dos instrumentos que salvaguardam a estrutura acusatória denota grande insegurança jurídica na medida em que, cada vez mais, os tribunais hierarquicamente inferiores na estrutura jurisdicional negam-se a aplicar os entendimentos consolidados das Cortes Superiores, situação que tende a se agravar quando não há a conjuminância de entendimentos nos tribunais pátrios.

Destarte, a ausência de consolidação jurisprudencial em torno de tema que dispensaria – no mundo ideal – a análise dos tribunais superiores tende a fomentar a perpetuação de arbitrariedades e aberrações interpretativas por parte dos operadores do direito que detém o poder jurisdicional, justificando o volume de impetração de habeas corpus nos tribunais revisores.

NOTAS:

[i] LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2020. Pag. 686.

[ii] STJ. HC Nº 581.811/MG, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK. Segunda Turma. Julgado em 04/08/2020. Dje 10/08/2020.

[iii] LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2020. Pag. 670.

[iv] STF. HC nº 186421/SC, Rel. Min. Celso de Mello. Quinta Turma. Julgado em 17/07/2020. Dje 21/07/2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A FRAGILIZAÇÃO DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NA ATUAL CRISE DA DEMOCRACIA

JOSÉ CARLOS SEVERO DE OLIVEIRA MATOS: graduado e mestrando em Filosofia do Direito na PUC-SP, bolsista pela CAPES-CNPq, advogado.

Silvio Gabriel Serrano Nunes, Doutor em Filosofia pela FFLCH-USP. Estágio de Doutorado na Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne (Bolsa Capes). Advogado. Professor na Escola Superior do TCMSP.

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a crise da democracia brasileira sob a ótica da concepção de democracia introduzida pela promulgação das constituições rígidas, o que modificou seu pressuposto enquanto regime político fundado por uma Constituição que segue o modelo hegemônico do pós-segunda guerra mundial, compreendida, nesse sentido, não apenas como documento político que inaugura e estrutura o Estado e institui um dado ordenamento jurídico, mas também no sentido político e normativo do conteúdo material de suas normas que vinculam a atividade de todos os poderes da República e que estabelece, inclusive, os seus limites, garantindo, nesse sentido, a harmonia, a independência e a abrangência do poder político. Para tanto, será considerado em especial o pensamento de Luigi Ferrajoli, especificamente a obra "Poderes Selvagens", demonstrando-se a fragilização que o paradigma constitucional brasileiro sofre em uma democracia em crise, sobretudo em relação à sua substância, concluindo-se que o atual estado da democracia nacional é patológico de acordo com o pensamento do jurista italiano. Por fim, busca-se enfatizar a necessidade da construção de uma cultura constitucional, de se estabelecer uma defesa das instituições de garantia e primar pela revitalização de uma política que recupere o sentido de democracia e que impeça o avanço do chamado processo desconstituinte.

Palavras-chave: Processo Desconstituinte. Demagogia. Democracia. Luigi Ferrajoli. Paradigma Constitucional.

ABSTRACT: This article intends to carry out an analysis of the crisis of Brazilian democracy, from the perspective of the concept of democracy introduced by the promulgation of rigid constitutions, which modified the assumption of it as a political regime founded by a Constitution that follows the hegemonic model of the post-second world war, understood, in this sense, not only as a political document that inaugurates and structures the State, instituting a given legal order, but also in the political and normative sense of the material content of its norms that bind the

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

activity of all powers of the Republic and which even establishes its limits, guaranteeing, in this sense, harmony, independence and the boundary of political power. In order to accomplish that, it will be specially considered Luigi Ferrajoli ideas, mainly his work "Poderes Selvagens", demonstrating the fragility that the Brazilian constitutional paradigm has been suffering in a democracy in crisis, above all, in relation to the substance of democracy, concluding that the current state of national democracy is pathological according to the thinking of the Italian jurist. Ultimately, the study aims to emphasize the need of building a constitutional culture, to establish the protection of the institutions of guarantee and to strive for the revitalization of a policy that can recover the sense of democracy and prevent the advance of the so-called 'deconstituent process'.

Keywords: 'Deconstituent Process'. Demagogy. Democracy. Lugi Ferrajoli. Constitutional Paradigm.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O paradigma da democracia constitucional – o que é uma Constituição rígida?; 2. A Crise do "alto" e de "baixo" da democracia – o processo desconstituinte; 3. O antídoto: o sistema de separações e de garantias da democracia; Conclusões; Referências bibliográficas.

Introdução

É indiscutível que significativas mudanças ocorreram nos planos político e jurídico internacionais, sobretudo após os eventos da segunda guerra mundial. No chamado período pós-guerra, a humanidade suportou o trauma de uma mesma geração haver testemunhado a barbárie de duas guerras mundiais, incluindo o desenvolvimento de armas de destruição em massa e a utilização de arsenal nuclear, tendo assim sido exposta ao óbvio: não haverá democracia se ela não estiver assentada em um documento político e jurídico forte o suficiente para assegurar o equilíbrio entre os poderes. Esse documento é o que se denomina constituição rígida.

A partir do consenso humanitário mundial que existiu no segundo pós-guerra, observou-se nas democracias europeias e, de certa forma, na maioria dos países ocidentais, a produção de constituições caracterizadas por sua rigidez.

A rigidez constitucional é o aspecto principal das constituições nas democracias contemporâneas. Pode-se dizer que ocorreu uma mudança no paradigma constitucional, pois o próprio conceito de democracia sofreu alteração, se comparado àquele clássico conceito de democracia transportado da filosofia grega – democracia como "governo de todos", ou ainda, como "governo do povo" – , de modo que suas últimas concepções revelam-se equivocadas ao se atentar para

o aspecto normativo, que também marca a rigidez dessas constituições, isto é, no que pertine ao conteúdo material dessas normas.

Nesse sentido, e consoante indicam cada vez mais as atuais práticas jurídica e política, constata-se uma concepção deturpada de democracia, sob uma forma enfraquecida, à exemplo da crise da democracia italiana apontada por Ferrajoli que, no nosso sentir, guarda relevantes semelhanças com a crise experimentada no Brasil, apontando para uma democracia adoecida.

Tal doença consiste na manipulação do consenso da opinião pública, da massa, aliada a fatores como a crise da representação política e dos partidos políticos, bem como a crise nos poderes da república, expressa em pactos selados pela maioria e seu "chefe", legitimados por um sistema de informação compromissado unicamente com o lucro, fato que impede a formação de um pensamento genuinamente crítico.

O antídoto para uma democracia adoentada apontado por Ferrajoli consiste num complexo sistema de garantias que tem como pressuposto o reconhecimento e a sujeição do "chefe da maioria" e também dos poderes da república, assentado em uma sociedade bem informada. Implica também a sujeição às metanormas que legitimam racionalmente a rigidez constitucional que promove uma real democracia, na sua forma e na substância material de suas normas.

1. O paradigma da democracia constitucional – o que é uma Constituição rígida?

A concepção de democracia, antes do paradigma constitucional, consistia no regime político fundado na etimologia da palavra de acordo com o pensamento da filosofia grega. Ou seja, a democracia seria o regime que mais fielmente representaria o valor de "governo do povo", ou melhor, "governo para o povo".

De acordo com Norberto Bobbio, conforme a tradição do liberalismo político, o único modo de se chegar a um conceito de democracia que seja suficientemente consensual, é entendê-la como uma contraposta às formas de governos autocráticos:

> Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos. Todo grupo social está obrigado a tomar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> decisões vinculatórias para todos os seus membros com o objetivo de prover a própria sobrevivência, tanto interna como externamente. (BOBBIO, 2009, p. 30)

Essa concepção de democracia, que traduz um conceito abertamente antiautoritário no plano político, resulta em um problema do ponto de vista conceitual quanto ao que realmente seja uma democracia a partir do advento das constituições rígidas do pós-segunda guerra.

Luigi Ferrajoli, aproximando-se das ideias de Bobbio, observou que para o senso comum ficou marcada a concepção de democracia pelo significado da origem etimológica da palavra e que isso representaria apenas um modo formal de compreendê-la:

> Segundo o senso comum a democracia vem frequentemente concebida, de acordo com o significado etimológico da palavra, como o poder do povo assumir, diretamente ou por intermédio de representantes, as decisões públicas. Esta noção de democracia pode ser chamada *formal* ou *procedimental*, pois identifica a democracia unicamente com fundamento nas *formas* ou nos *procedimentos* idôneos a legitimar as decisões como expressão, direta ou indireta, da vontade popular: porque a identifica, em outras palavras, com fundamento no *quem* (o povo ou os seus representantes) e no *como* (o sufrágio universal e a regra da maioria) das decisões, independentemente de seus conteúdos, isto é, *daquilo que* venha a ser decidido. É esta, assim, a tese compartilhada pela maior parte dos teóricos da democracia. (FERRAJOLI, 2014, p.17)

Pretende-se aqui explicar a maior relevância da rigidez constitucional, qual seja, a obrigatoriedade de observar a *substância do conteúdo* da norma constitucional por parte daqueles que exercem poder em uma democracia constitucional.

Uma constituição pode ser classificada como rígida quando os processos para a alteração do seu texto exigem um rito formal, mais complexo que o processo legislativo ordinário, de iniciativa e votação parlamentar distintas, sendo certo, ainda, que algumas espécies de normas são, por vontade dos constituintes originários, inalteráveis, ao que se denomina de cláusulas pétreas, verdadeiro núcleo imodificável mesmo pelo procedimento de emenda.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello leciona que as constituições rígidas trazem em seu corpo escrito os ideais filosóficos que importam na positivação de princípios de conteúdo valorativo da Lei Maior:

> O tempo, este mestre extraordinário, confirmou a veracidade das normas morais e jurídicas. A ciência repudiou os princípios filosóficos, considerando-os, apenas, obra de fértil imaginação literária, sem, no entanto, desprezar uma concepção do Direito Natural, não mais *a priori*, porém, realista, pois é impossível conceber-se o Direito como um produto do Estado: a este cabe somente a função de declará-lo jamais de produzi-lo. Esta concepção, da qual resulta a diferenciação entre lei ordinária e constitucional, implica na consideração da superioridade desta sobre aquela. Nascem, assim, as constituições rígidas, isto é, constituições escritas em um corpo único, determinando a competência dos vários ramos do governo e, portanto, limitando os poderes de cada um. O fundamento destas constituições rígidas, é, como escreve BORGEAUD, serem leis de aprovação política, leis de garantias. "Conjunto de regras máximas de acordo com as quais exercem os poderes da soberania. A Lei Fundamental de um Estado é, na frase de BOUVIER, a que estabelece os princípios sobre os quais o governo está assentado, e regula a atividade dos poderes soberanos, determinando a que corpos ou pessoas tais poderes devem ser confiados e o modo de seus respectivos exercícios". (MELLO, 1980, p. 38-39)

No que concerne à supremacia dessa rigidez, José Afonso da Silva afirma:

> A *rigidez constitucional* decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição* que, no dizer de Plínio Ferreira, "é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político". Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que

> se acham as *normas fundamentais* de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. (SILVA, 2012, p. 47)

O pensamento acima exposto comporta um verdadeiro truísmo jurídico: a supremacia jurídica e política, ou substancial, da constituição e das normas constitucionais.

A respeito do modo de se operar as leis e as decisões políticas em uma democracia que segue o paradigma constitucional rígido, Luigi Ferrajoli assevera em "*La democrazia constitucionale*":

> Para compreender essa mudança de paradigma da democracia e do estado de direito, convém refletir sobre a mudança em sede institucional e sobre a revisão em sede da Teoria do Direito ocorrida com o paradigma constitucional das condições de validade – substancial e formal – da produção legislativa. De fato, existe um nexo biunívoco entre a mudança estrutural de tais condições no antigo estado legislativo de direito e a mudança estrutural da democracia, decorrentes ambas do paradigma do constitucionalismo rígido. Existe, de um modo geral, um nexo isomórfico frequentemente ignorado entre as condições jurídicas de validade, quaisquer que sejam, democráticas ou não democráticas e as condições políticas de legitimidade do exercício do poder normativo: em suma, entre direito e política e entre teoria do direito e teoria política. É o nexo que faz da teoria política uma interpretação semântica, precisamente filosófico-política, do aparato conceitual elaborado da teoria do direito. A teoria do direito, na realidade, nos diz o que é validade: não quais são ou o que seja justo serem as condições de validade das normas – que é o que nos dizem as disciplinas jurídicas de diversos ordenamentos e as diversas filosofias políticas da justiça – mas em que consistem tais condições. Nos ensina, enquanto teoria pura ou formal, com a definição do conceito de validade: é válida, em um dado ordenamento, qualquer norma produzida em conformidade com as normas de tal ordenamento sobre a sua produção. A teoria política da democracia nos diz, ao invés, quais são ou devem ser, na democracia, as formas precisamente democráticas da produção normativa e em geral das decisões políticas. Mas a mesma coisa faria uma teoria política da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> autocracia: a identificação das formas autocráticas – por exemplo, o princípio quod principi placuit legis habet vigorem, entendido "princeps" enquanto órgão monocrático dotado de poder absoluto e "vigorem" no sentido de "validitatem" – da produção de normas e, mais genericamente, das supremas decisões políticas. (FERRAJOLI, 2012, p. 79-80, tradução livre) [1].

Em "Poderes Selvagens", Ferrajoli defende a tese de que os conteúdos das normas constitucionais submetem a atividade dos poderes a limites e vínculos de caráter político por vontade expressa das constituições rígidas, em que não somente a concepção formal da democracia constitucional é relevante, mas também a substância de seu conteúdo.

Nas palavras do autor italiano:

> A tese que aqui sustentarei é que esta noção formal de democracia exprime uma conotação certamente necessária – uma *conditio sine qua non* – em cuja ausência não se pode falar em democracia, mas tampouco uma condição suficiente a identificar todas as condições em presença das quais um sistema político pode ser qualificado como "democrático" e, especificamente, como uma "democracia constitucional". Por duas razões, correspondentes a igual número de aporias, as quais requerem que as conotações formais da democracia sejam integradas por limites e vínculos *substanciais* ou de *conteúdo*, isto é, relativos àquilo que não é lícito decidir ou não decidir, como são aquelas impostos, nas condições hodiernas, pelos direitos fundamentais nestas estabelecidos. (FERRAJOLI, 2014, p.18)

Ferrajoli é categórico quanto à rigidez constitucional que determinou as zonas do decidível e do indecidível, sendo certo que os legisladores constituintes originários estabeleceram de forma expressa aquilo que não é decidível ou posto à deliberação – via poder judiciário, através da própria atividade legislativa ou, ainda, na execução de uma ordem executiva – tendo também delimitado aquilo que não pode não ser decidido.

Ferrajoli ensina que o direito de liberdade é o que irá se contrastar com a esfera do indecidível, sendo esse contraste suficiente para se arguir acerca da invalidade da decisão.

Por seu turno, a esfera do decidível, ou seja, daquilo que não pode não ser decidido, contrasta com os direitos sociais, sobre os quais a constituição rígida impõe substancialmente o dever de decidir e assim satisfazer no plano prático social o que se clama realização.

Sobre o tema, Ferrajoli manifesta:

> De fato, por força da mutação de paradigma gerada pelo constitucionalismo rígido na estrutura das democracias, inclusive o poder legislativo e o poder de governar são juridicamente limitados e vinculados com relação não somente às *formas*, mas também à *substância* do seu exercício. Estes limites e vínculos são impostos a tais poderes pelos direitos constitucionalmente estabelecidos, os quais identificam aquela que podemos chamar de *esfera do indecidível*: a esfera *daquilo que não é decidível,* ou que não pode ser objeto de deliberação, desenhadas pelos direitos de liberdade, os quais têm o poder de tornar inválidas as decisões com eles contrastantes, e a esfera *daquilo que não pode não ser decidido*, ou que deve ser objeto de deliberação, desenhada pelos direitos sociais, os quais impõem como devidas as decisões destinadas a satisfazê-los. (FERRAJOLI, 2014, p.18-19)

Ferrajoli faz uma importante digressão, fundamental para o propósito maior de sua teoria, a nosso ver, ao defender que a própria noção de democracia se alterou com a mudança do paradigma constitucional rígido.

O autor lembra que foi através de mecanismos consagrados da democracia formal que nazismo e fascismo, principais regimes totalitários do século XX, ascenderam ao poder. É fácil lembrar das atrocidades desses regimes, sem que se recorde com a mesma frequência que o sufrágio consignou o regime hitlerista e que, através da manipulação da opinião pública com o fornecimento de desinformação, o consenso político majoritário fez submergir a democracia italiana.

O alerta é evidente nas palavras do jurista:

> [...] na ausência de quaisquer das limitações substanciais relativas aos conteúdos das decisões legítimas, uma democracia *não pode* – ou, ao menos, *pode não – sobreviver* sendo sempre possível, em princípio, que com métodos democráticos se suprimam, por intermédio da maioria, os próprios métodos democráticos: não somente os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> direitos de liberdade e os direitos sociais, mas também os próprios direitos políticos, o pluralismo político, a separação de poderes, a representatividade, em suma, o inteiro sistema de regras em que consiste a democracia política. Não é uma "hipótese de escola": fascismo e nazismo, no século passado, se apropriaram do poder por intermédio de formas legais e depois o consignaram "democraticamente" e tragicamente a um líder que suprimiu a democracia. (FERRAJOLI, 2014, p. 20)

A obra de Ferrajoli mostra-se imprescindível para a compreensão da evolução da teoria jurídica, uma vez que o autor não avança apenas do ponto de vista jurídico, mas apresenta uma teoria de direito que vincula as normas jurídicas a preceitos que devem ser, em uma autêntica democracia, observados e seguidos pela teoria jurídica.

Constitui também um relevante avanço no plano político, por tentar buscar um modo de ressignificar a própria democracia após o paradigma rígido, visto que após esta mudança não somente o direito se modificou, como também o exercício da democracia e sua condição de existência. Só há que falar em democracia constitucional na hipótese de existir efetivamente uma estrita observância do paradigma constitucional, sem o qual não há, em rigor, democracia.

Ferrajoli explica que no antigo estado legal de direito, isto é, antes da alteração do paradigma, as constituições, ao menos nas democracias europeias, ainda que trouxessem em seu conteúdo direitos fundamentais, eram flexíveis, de tal modo que gozavam apenas de limites políticos e igualmente formais, padecendo de força jurídica capaz de vincular a lei e os poderes.

Ensina o jurista:

> Foi propriamente por causa dessas trágicas experiências que se produziu na Europa, logo após a Segunda Guerra Mundial, uma mudança de paradigma, tanto de direito quanto da democracia, por intermédio da constitucionalização daquele e desta. Essa mudança consistiu na sujeição da inteira produção do direito, incluída a legislação, a normas constitucionais rigidamente sobrepostas a todos os poderes normativos e, portanto, completando o modelo paleopositivista do Estado de direito. No velho Estado legal de direito, o poder legislativo das maiorias parlamentares era um poder virtualmente absoluto, não tendo sido sequer concebida a possibilidade de uma lei que limitasse a lei. Existiam, é verdade, constituições e direitos

> fundamentais estipulados em cartas constitucionais. Todavia, ao menos no continente europeu, essas cartas eram constituições flexíveis: leis solenes, mas sempre leis, que o legislador ordinário podia muito bem modificar validamente com leis sucessivas. Os princípios e os direitos nelas estabelecidos operavam, de fato, como limites e vínculos apenas políticos, destituídos de uma força jurídica capaz de vincular a legislação. (FERRAJOLI, 2014, p. 20)

O resultado, segundo o jurista, consiste na progressiva *transformação* do sistema representativo em meros atos plebiscitários fundada na explícita *pretensão de onipotência da maioria* governante e, por consequência, uma alteração drástica que neutraliza um complexo de regras, de separações e contrapesos, de garantias e funções, bem como instituições de garantia que traduzem a substância da democracia constitucional.

A ideia que sustenta essas transformações do sistema, na construção de um regime desconstituinte, é que o consenso popular constitui a única fonte de legitimação do poder político e, sendo assim, serviria também para deslegitimar críticas e controles, bem como chancelar todo tipo de abuso.

De modo que resulta positivado o *ser* do direito e o seu *dever ser*, afastando-se as abstrações próprias desses conceitos do positivismo jurídico:

> Por conseguinte, resulta positivado não apenas o *ser* do direito, ou seja, a sua "existência" mas também o seu *dever ser*, isto é, as suas condições de "validade"; não mais somente o *quem* e o *como* das decisões, mas também *o que não deve ser decidido*, ou seja, a lesão aos direitos de liberdade, ou, ao contrário, *o que deve ser decidido*, isto é, a satisfação dos direitos sociais. (FERRAJOLI, 2014, p. 22)

Conforme se expôs, as constituições rígidas trazem limites de cunho substancial, além dos limites meramente formais, das decisões políticas e de todo o sistema representativo da democracia e de seus poderes.

2. A Crise do "alto" e de "baixo" da democracia – o processo desconstituinte

Luigi Ferrajoli aborda a crise da democracia italiana subdividindo-a em duas categorias: (i) a crise "do alto" da política e (ii) a crise "de baixo" da política, para tratar de seus principais sintomas no âmbito do que ele denomina de processo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

desconstituinte, gerado pelo enfraquecimento do paradigma constitucional da democracia do pós-guerra.

A crise do alto se verifica por quatro fatores aparentemente opostos que, todavia, convergem no que diz respeito à substância das normas constitucionais. Manifestam-se por quatro categorias de negação da separação de esferas ou níveis de poder: (i) Estado e povo; (ii) esfera pública e esfera privada; (iii) forças políticas e instituições políticas; (iv) poderes midiáticos e liberdade de cultura e informação.

De acordo com o texto original:

> A crise "do alto" é gerada por quatro fatores, aparentemente opostos, mas na realidade convergentes, ao minar pela raiz a relação de representação. Todos se manifestam na negação de quatro outras idênticas separações entre esferas ou níveis de poder – entre Estado e povo, entre esfera pública e esfera privada, entre forças políticas e instituições políticas, entre poderes midiáticos e liberdade de cultura e de informação – que caracterizam a modernidade jurídica. Todas se resolvem, consequentemente, em idênticas regressões pré-modernas e, o que é mais grave, no desenvolvimento de idênticos poderes desregulados e selvagens. (FERRAJOLI, 2014, p.31)

O primeiro dos quatro fatores acima mencionados é identificado pelo autor como a verticalização do poder político na pessoa do "chefe da maioria" por meio do populismo. Através de atitudes políticas populistas, constitui-se a base que sustenta a negação da separação entre Estado e povo, ao mostrar-se tal chefe completamente comprometido com a ideia da soberania popular, única e principal fonte da legitimidade do poder político, torna-se possível a perigosa ideia de "democracia governante".

O resultado é o enfraquecimento da própria política e, consequentemente, a derrocada de todo o sistema representativo que, em tempos "saudáveis", é a principal fonte de legitimidade e legalidade do Estado Democrático de Direito, sobretudo após o constitucionalismo.

A crise do alto da política também é a crise do sistema de representação, com a transformação progressiva dos partidos políticos de "órgãos da sociedade" em "órgãos do Estado" e verdadeiros comitês eleitorais de "líderes" políticos.

Ferrajoli defende que a obtenção do poder político e sua centralização na pessoa do chefe da maioria ocorrem em cenários onde há pouca ou nenhuma

informação. Além disso, a contemporaneidade tem revelado que a relação entre informação e cidadão transformou-se em relação de consumo, sendo que aquela não é mais prestada ao público e sim "vendida" como mercadoria, o que será detalhado adiante, na análise da relação entre poder e mídia.

A centralização política nas mãos do chefe da maioria constitui a primeira e talvez a mais problemática característica do processo desconstituinte, posto que é através dessa concentração do poder político que se manifesta o governo "do homem", do "chefe" do "líder". Não é necessário muito esforço para relembrar que esse quadro flerta diretamente com o autoritarismo e com os regimes de exceção do século passado, o que não passou à margem da perspicácia de Ferrajoli:

> Portanto, esta ideia da onipotência do chefe como a voz e expressão orgânica da vontade popular é ao mesmo tempo anticonstitucional e antirepresentativa. É antes de tudo uma ideia *anticonstitucional*, pois ignora ou no mínimo desvaloriza os limites e os vínculos impostos pelas constituições aos poderes da maioria, reproduzindo, em termos parademocráticos, uma antiga e perigosa tentação, que está na origem de todas as demagogias populistas e autoritárias: a opção pelo governo dos homens, ou, pior, de um homem – o chefe da maioria –, em oposição ao governo das leis e consequente intolerância com a legalidade e com os controles jurisdicionais, concebidos como ilegítimos obstáculos à ação de governo. (FERRAJOLI, 2014, p.33)

O autor esclarece que o processo desconstituinte, e sobretudo a ideia da vontade popular "encarnada" na pessoa do chefe da maioria, além de seu aspecto totalitário, constitui uma verdadeira negação da representatividade política, diante da impossibilidade de se representar todos os indivíduos, como se o povo fosse um conjunto homogêneo, sem diferenças. É calcado justamente na ideia de respeito às diferenças que se assenta a representatividade política em sociedades plurais como é o caso da sociedade brasileira:

> Mas essa ideia é também radicalmente *antirrepresentativa*, pois nenhuma maioria parlamentar, muito menos o chefe da maioria, pode representar a vontade do povo, tampouco a da maioria dos eleitores. Como nos ensinou Hans Kelsen[2], "uma tal vontade coletiva não existe", não sendo o povo "um coletivo unitário homogêneo, e a sua assunção ideológica serve somente para "mascarar o conflito de interesses, efetivo e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> radical, que se exprime na realidade dos partidos políticos e na realidade, ainda mais importante, do conflito de classes que está por trás de tudo isso". (FERRAJOLI, 2014, p. 33)

Para o jurista italiano, o processo desconstituinte configura-se no enfraquecimento da democracia constitucional, pelos golpes operados no constitucionalismo, nas suas normas, em sua substância, resultando em uma forma degenerada de democracia, como apontado por Aristóteles, em demagogia. A identificação do chefe da maioria com a vontade popular, que caracteriza o processo, configura o rompimento com a democracia como sistema político e, no limite, a fórmula totalitária que na Itália se convencionou chamar de Fascismo.

> Estamos, portanto, diante de uma mudança de sistema: não simplesmente, como às vezes se sustenta, de uma alteração de fato do sistema parlamentar em sistema presidencial, mas de algo muito mais grave e mais profundo. O populismo, quando a identificação entre chefe e povo não é somente uma tese propagandística, mas vem proposta como uma conotação institucional e como fonte de legitimação dos poderes públicos, equivale a um novo e específico modelo de sistema político. Corresponde àquela forma degenerada de democracia à qual Aristóteles chamou "demagogia". (FERRAJOLI, 2014, p. 34)

A presença do chefe "carismático" no populismo é objeto da crítica altamente relevante que faz Ferrajoli. A identificação do chefe da maioria com a vontade popular para os fins de lhe conferir legitimidade democrática consubstancia uma relação orgânica vital para o sucesso de seus desideratos e impede a representatividade de fato, simplesmente anula qualquer tipo de representatividade dos dissonantes, o que, por óbvio, viola os mais comezinhos princípios de uma rotina democrática em um Estado submetido ao paradigma constitucional.

> A existência de um chefe carismático é incompatível com a democracia, ou pelo menos assinala um enfraquecimento da sua dimensão política e representativa, além da sua dimensão constitucional. O "chefe carismático" *implica* sempre a sua relação orgânica com o povo, isto é, com quantos o identificam como "chefe": é exatamente a mesma coisa, no sentido de que não existe chefe sem relação orgânica – de identificação, e não ao contrário de representação – com quantos o exaltam e reconhecem como tal. (FERRAJOLI, 2014, p. 35)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O segundo fator da "crise do alto" apontado por Ferrajoli consiste nos processos de progressiva confusão e concentração de poderes, na confusão entre esfera pública e esfera privada, entre poderes políticos e poderes econômicos. O cerne do problema reside nos conflitos de interesses gerados pela estreita aliança entre poderes políticos públicos e poderes econômicos privados e, o que é mais grave a nosso ver, na notável submissão daqueles a estes.

Neste ponto, vale ressaltar a noção de esfera pública em termos de democracia representativa sob o ponto de vista sociológico, conforme Jessé Souza:

> O que é afinal uma esfera pública? Por que ela é tão importante para uma democracia sólida? Que tipo de aprendizado coletivo ela enseja? [...] Uma esfera pública de conteúdo não estatal nasce, no entanto, apenas a partir da mudança da função da imprensa desde uma atividade meramente informativa e manipulativa do que interessava ao Estado tornar público, em favor da concepção de um veículo, de um "fórum" apartado do Estado. É esse fórum de pessoas com capacidade para julgar que permite a formação de uma opinião pública crítica que introduz, pela primeira vez, a questão da legitimidade discursiva da política. O que é público, de interesse geral e para o bem de todos, precisa, a partir de agora, provar-se argumentativamente enquanto tal. De início, os burocratas do incipiente aparelho estatal, profissionais liberais, pastores, professores e comerciantes formam a base social dessa nova esfera. A esfera pública burguesa que se constitui aqui deve ser entendida, antes de tudo, como a reunião de pessoas privadas num ambiente público. (SOUZA, 2017, p. 76, 79)

Embora o recorte realizado por Jessé Souza refira-se à esfera pública e a relação com a imprensa, crítica fortemente presente em Ferrajoli, os conceitos estabelecidos de esfera pública, essencialmente, no sentido de pessoas privadas manifestando-se discursivamente em ambientes públicos e sobre o que é público basta para os fins colimados neste artigo.

O cerne dos conflitos de interesses apontados por Ferrajoli consiste na ocorrência de atos de corrupção, tráficos de influência da política com o mundo financeiro, *lobbies* e outras mazelas que denotam um quadro endêmico em todos os ordenamentos democráticos nos quais se torna cada vez mais estreita a relação entre dinheiro, informação e política.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> O segundo fator da crise "do alto" da representação política consiste nos processos de progressiva confusão e concentração de poderes [...]. O cerne desta confusão de poderes é constituído pelos conflitos de interesses gerados pela estreita aliança entre poderes políticos públicos e poderes econômicos privados e pela substancial subordinação dos primeiros aos segundos. Sob esse aspecto os conflitos de interesses, nas formas da corrupção, dos tráficos de influência da política com o mundo das finanças, com os *lobbies* corporativos e, sobretudo, com a grande mídia, constituem hoje fenômenos endêmicos em todos os ordenamentos democráticos, nos quais se torna cada vez mais estreita a relação entre dinheiro, informação e política: dinheiro para fazer política e informação, informação para fazer dinheiro e política [...]. (FERRAJOLI, 2014, p. 36)

Os primeiros fatores de crise do sistema representativo têm como base principal a concentração dos poderes políticos na pessoa do chefe carismático da maioria e no conflito de interesses que, ao cabo, resulta na impossibilidade de informação ao povo, em face da sua vulnerabilidade política e social, posto que a informação se tornou produto dessas iníquas relações de conflitos de interesses pessoais ocasionados pela confusão entre esfera pública e esfera privada.

Merecem destaque, ainda, nessa altura das reflexões, a concentração do poder político do chefe da maioria e sua relação orgânica vital com a manipulação do consenso popular que, pelas práticas oportunistas do populismo, acarreta a legitimação de um poder concentrado que se revela selvagem, destrutivo, e a desqualificação da representação e mesmo de uma autêntica oposição no campo das disputadas políticas democráticas.

O terceiro fator da crise "do alto" da representação política e da democracia é a crescente integração dos partidos políticos ao Estado e, consequentemente, o seu progressivo desaparecimento como força capaz de realizar a mediação representativa das instituições com a sociedade.

Ferrajoli esclarece que a distinção entre representantes e representados, entre instituições públicas eletivas e forças políticas que, neste ponto, corresponde à força dos partidos políticos, ou, melhor dizendo, a confusão entre esfera pública e esfera privada, acaba por expor os partidos a uma realidade praticamente dominada pela corrupção, tornando-se os mesmos verdadeiras oligarquias, fechadas ao povo, entes do Estado e não mais da sociedade:

> Eles (os partidos) se tornaram instituições paraestatais que, de fato, gerenciam informalmente a distribuição e o exercício das funções públicas: não são mais órgãos da sociedade, mas substancialmente órgãos do Estado organizados segundo a velha lei férrea das oligarquias. (FERRAJOLI, 2014, p. 41)

Especialmente ao se refletir sobre a realidade da política brasileira, impossível não citar trecho da obra em estudo em que se denota tanto a transmutação gradual dos partidos políticos em órgãos do Estado, de modo a se distanciarem da mediação necessária que a democracia pressupõe entre as instituições e a sociedade, como a confusão entre esfera pública e esfera privada, entre interesses da sociedade e pessoais, fomentados pela percepção que os cargos eletivos conferem aos políticos ascensão social e econômica, gerando na sociedade o amargo sentimento de aversão em função de sua identificação no imaginário das massas como uma classe de privilegiados e abusivos parasitas.

> A crise do papel de mediação dos partidos entre estado e sociedade resulta, desse modo, comprometida por um fator ulterior: o conflito de interesses, gerado pelas autocandidaturas e pelas cooptações, na própria formação da representação política. Os elevados subsídios de que gozam os "eleitos" – tanto no parlamento nacional como em todas as instituições eletivas –, os seus privilégios, a sua consequente mudança de *status* econômico e social, juntamente à sua nomeação "do alto", geram em todos eles um interesse pessoal à conservação do cargo eletivo, e uma submissão a quem os nomeou e poderá renomeá-los ou não os renomear, o que deforma radicalmente a sua função pública de representação política. Acrescente-se que o fenômeno, nesses últimos anos, agravou-se, alcançando dimensões patológicas, em razão da crescente expansão da classe política, de seus custos e de seus privilégios, simultânea à crise de penetração social dos partidos. Disso resultou uma crescente aversão antipolítica da parte dos eleitores relativamente a toda classe política, tida indistintamente como uma classe abusiva e parasitária. (FERRAJOLI, 2014, p. 41)

O quarto e último fator da crise "do alto" da democracia e da representatividade, consoante Ferrajoli, compreende duas patologias relativas ao direito e à liberdade de informação, negociada como mercadoria, o que se relaciona

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

com a confusão entre esfera pública e esfera privada, em que os interesses particulares se sobrepõem aos coletivos, os "interesses do povo".

Ferrajoli não nega que há liberdade de informação, não se trata propriamente de uma crítica quanto aos métodos ou escolhas da "grande mídia", mas, sob a perspectiva do poder econômico, de se tratar a informação como mercadoria:

> [...] o pensamento, a opinião e a informação bem mais que direitos fundamentais, transformam-se em mercadorias, cuja produção é decidida e gerenciada pela propriedade: são, de fato, direitos e bens patrimoniais confiados às dinâmicas do mercado e da política. (FERRAJOLI, 2014, p. 42)

De acordo com Ferrajoli, as duas patologias se explicam na medida em que o controle político e o controle midiático da informação se submetem aos interesses particulares e ao mercado financeiro. Ao invés de um autêntico direito à informação, ao povo, quando não lhe é vendida a "desinformação", a informação posta ao seu alcance é comprometida com esses interesses.

No Brasil, é importante relembrar que o processo político eleitoral para a disputa da presidência da república em 2018 foi inegavelmente impactado pelos grandes meios de comunicação, especialmente os meios de comunicação televisiva aberta e pública. Acrescenta-se o fenômeno das chamadas "*fake news*", notícias falsas, vulgarmente confeccionadas com o fito de manipular a informação por meio de conteúdos sensacionalistas e manchetes de impacto.

Não há segredo ou novidade no apontado, há, com efeito, uma relação perniciosa entre mercado, política e grandes veículos de comunicação que seguem um viés de monopólio da informação visando fins particulares.

Assim, dado político só concede entrevista a um ou outro canal, por exemplo, porque determinado veículo tem um compromisso eleitoral com esse indivíduo. Quando se presta informação por meio de concessão pública, regime dominante no país em termos de posse e propriedade da informação, tal fato acarreta, indevidamente, impactos negativos sobre as rotinas democráticas.

Por seu turno, a crise "de baixo" da democracia e da representação se manifesta por quatro outros fatores apontados por Luigi Ferrajoli, observados do ponto de vista da sociedade.

O primeiro fator abarca a homologação dos condescendentes e o aviltamento dos dissidentes, o que resulta na máxima concentração vertical do poder

político do chefe da maioria e no progressivo distanciamento entre sociedade e política.

Observa Ferrajoli que os críticos, os opositores e todos aqueles que se insurgem contra a vontade ou ousam contra o grande poder do chefe da maioria – que pela manipulação do consenso e pelas práticas populistas tem na "boa vontade geral" a sua principal fonte de legitimidade – são considerados inimigos.

> À homologação organicista e identitária que está na base do populismo e do culto do chefe corresponde, em nível social, a lógica da exclusão sob a bandeira da oposição amigo/inimigo. Quem não se identifica com a vontade popular expressa pelo chefe é um potencial inimigo: um comunista, um pessimista, um anti-italiano, um antidemocrático e antipatriótico, em todo caso privado de legitimação, pois não eleito pela maioria. (FERRAJOLI, 2014, p.46)

'Amigo' e 'inimigo' são conceitos de direito internacional público cunhados por Carl Schmitt, um dos maiores pensadores da teoria geral do Estado, do direito e do direito constitucional alemão.

Para prosseguir nas reflexões pautadas em Ferrajoli, convém esclarecer o conceito schmittiano de 'inimigo'.

Schmitt entende a relação amigo-inimigo, sobretudo o conceito de inimigo, da seguinte forma:

> [...] não se pode negar que os povos se agrupam conforme a antítese de amigo e inimigo e que esta oposição ainda hoje existe como real possibilidade na realidade e para cada povo politicamente existente.
>
> [...]
>
> Assim, inimigo não é o concorrente ou o adversário em geral. Tampouco é inimigo o adversário privado a quem se odeia por sentimento de antipatia. Inimigo é apenas um conjunto de pessoas *em combate* ao menos, eventualmente, i.e., segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo *público*, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente, a todo um povo, se torna, por isso, *público.* Inimigo é o *hostis*, não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> o *inimicus* em sentido amplo; *polemios,* não *echtros.* (SCHMITT, 2008, p. 30)

A lógica social em consonância com a lógica de amigo/inimigo, sob a ótica da legitimidade popular do chefe, tem o condão de combater os opositores e todo aquele que se insurgir na contramão da vontade soberana do chefe, sendo o ódio e o medo as principais armas da demagogia populista sempre às ordens da vontade soberana e legítima do chefe da maioria.

O segundo fator da crise "de baixo" descrito por Ferrajoli abrange a despolitização de massa e a dissolução da opinião pública.

Em verdade, esses dois aspectos, abordados já na crise "do alto" são novamente objeto da crítica de Ferrajoli, neste momento, tendo por base agora a visão da sociedade.

A descrença política, a manipulação pela venda de informação falsa e pela oferta desleal da desinformação, bem como a manipulação midiática dos meios de comunicação, essencialmente do meio televisivo, conduzem a uma sociedade completamente alienada, presa fácil para o populismo, e caracterizada pelo abstencionismo e pela antipolítica, que enfraquecem o sentimento cívico e desqualificam a relevância política da chamada opinião pública.

Merece grande destaque o terceiro fator da crise "de baixo" da democracia e da representatividade apontado por Ferrajoli: a crise da participação política.

Como visto anteriormente, expostos a um grau intenso de corrupção e em função das escolhas equivocadas de seus líderes, bem como pela derrocada moral de parte substancial de seus integrantes, os partidos políticos, que deveriam servir à sociedade realizando a mediação e objetivando o aprimoramento de seus quadros, atuam como órgãos do Estado, subservientes a todo esse aparato da confusão entre as esferas pública e privada que está na essência da crise da democracia.

Trata-se do primado dos interesses particulares:

> Nas origens desta passividade política se encontra um terceiro fator de crise "de baixo" da democracia política: a falência da participação dos cidadãos na vida pública – de suas formas, de suas sedes e de suas ocasiões – determinada pelo correspondente fator da crise "do alto", isto é, pela crescente distância dos partidos em relação à sociedade, bem como pela perda por parte daqueles de representatividade e de penetração social. (FERRAJOLI, 2014, p. 54)

Na sequência, Ferrajoli faz uma polêmica e verdadeira constatação acerca do que corrói a democracia e os partidos políticos:

> A média de faixa etária dos que se inscrevem nos partidos cresce a cada ano. São poucos os jovens que participam da vida dos partidos em razão de um ideal e não com a esperança de ali encontrarem um emprego. (FERRAJOLI, 2014, p. 54).

3. O antídoto: o sistema de separações e de garantias da democracia

Ferrajoli inicia o quarto e último capítulo de sua obra salientando que os fatores de crise "do alto" e "de baixo" da democracia e da representatividade estão relacionados.

Ab initio, resta claro que o processo desconstituinte pode ser combatido nos planos da cultura e da política pelo trabalho e pelo desafio de inserir novamente na sociedade e no chamado "senso comum" os ideais do constitucionalismo rígido, sobretudo em termos do conteúdo jurídico material das normas constitucionais assim como de sua força cogente, isto é, pela capacidade de vincular as decisões dos poderes da democracia nesse sentido.

Entretanto, diante da análise que faz o jurista e das similaridades entre a crise considerada em seu trabalho e a atualidade, é possível observar também nas democracias latinas, especialmente na brasileira, uma crítica a ser destacada em relação ao sistema eleitoral, à própria eleição e ao futuro da democracia: o bipolarismo político que, em última análise, nega a própria pluralidade política característica da democracia contemporânea.

> A experiência deveria ter ensinado que a onda populista e antirrepresentativa do sistema político italiano é o fruto envenenado e o coroamento institucional – na forma e na substância, no método e nos conteúdos – da opção pelo bipolarismo e pela embriaguez majoritária. O sistema bipolar de fato nega artificialmente o pluralismo político, mortifica os dissensos, ofusca as diferenças dos interesses representados, simplifica, em suma, a complexidade social, constrangendo os eleitores a escolher uma das duas partes em conflito, transformando as eleições em uma partida que se pode vencer ainda que só por um voto de diferença. (FERRAJOLI, 2014, p. 62)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ferrajoli entende que, para combater o processo desconstituinte, deve haver quatro principais separações, especialmente entre: (i) esfera pública e privada; (ii) Estado e sociedade; (iii) funções e instituições de governo e funções e instituições de garantia; (iv) poderes políticos e econômicos e liberdade de informação.

A primeira separação essencial que Ferrajoli apresenta e que, a nosso ver, está no vértice da crise da democracia deve ocorrer entre as esferas públicas e os grandes interesses privados, ou seja, entre os poderes políticos e os poderes econômicos.

Nesse sentido, o autor considera como antídoto um rígido sistema de incompatibilidades que seja capaz de impedir a confusão entre interesses públicos e privados, principalmente no que tange à submissão do interesse público ao interesse pessoal, que parece ser a regra da política da demagogia.

A segunda separação essencial objetiva a incompatibilidade entre cargos de partido e cargos públicos efetivos, para que os primeiros não sejam ocupados pelas pessoas destinadas aos últimos, trata-se de recuperar a noção dos partidos políticos enquanto mediadores da sociedade e retirá-los da perniciosa relação de órgãos do Estado.

Em terceiro lugar, Ferrajoli tece sua crítica sobre o sistema de separação de poderes, apontando que essa lógica, desde Montesquieu, não é compatível com o que se observa na prática. Não há, de fato, uma separação entre os poderes, visto que, por exemplo, executivo e legislativo têm a mesma legitimação: o voto. Portanto, é um equívoco sustentar que há uma separação entre esses poderes, que é inadequada do ponto de vista descritivo e ainda se traduz em um equívoco axiológico, haja vista a enorme quantidade de funções destinadas à esfera pública que não se enquadram na velha tripartição do século XVIII.

Por fim, o combate ao processo desconstituinte e a luta pela revitalização da democracia representativa passam, necessariamente, por uma profunda reforma dos partidos políticos tanto quanto ao método de atuação quanto a reestruturações estatutárias. Surpreendentemente, Ferrajoli faz uma defesa interessante do financiamento público dos partidos, pois assim os partidos estariam obrigados a obedecer a critérios de lei e da democracia e não a critérios pessoais e conchavos com a maioria e seu chefe.

> A experiência nos mostrou que a autorregulação estatutária não é suficiente para impedir a degeneração dos partidos em oligarquias intolerantes em relação ao dissenso e indispostas à mudança de dirigentes a não ser por cooptações no vértice dos

> próprios partidos; que as normas estatutárias de garantia são em regra inadequadas ou inefetivas; que somente a heteronomia de uma lei estatal é capaz de impor efetivas garantias contra a personalização e concentração dos poderes decisórios nas mãos de um chefe ou de um grupo restrito de dirigentes. Uma lei desse tipo deveria prever, além da incompatibilidade entre cargos de partido e funções públicas, o respeito a todos os vínculos estatutários essenciais em tema de democracia interna dos partidos, quanto menos como condição pública. Restariam garantidas, além da autonomia dos partidos e da sua democracia interna, a sua capacidade de atração e organização da sociedade: os partidos ficariam livres, quando renunciassem ao financiamento público, para se organizarem como seitas ou se dedicarem ao culto do chefe; ao contrário, os partidos que pretendessem receber financiamento público estariam obrigados a satisfazer os princípios de democracia estabelecidos em lei. (FERRAJOLI, 2014, p. 70)

Conclusões

À semelhança do processo denunciado por Ferrajoli revela-se a crise de enfraquecimento do paradigma constitucional brasileiro.

A Constituição da República brasileira de 1988 que, nos termos da classificação das democracias do pós-segunda guerra, caracteriza-se como uma constituição rígida, sendo-a de fato pois o conteúdo de suas normas, além de organizar o Estado brasileiro, assumiu o compromisso material de realizar direitos, indicando as esferas do decidível e do indecidível, estabelecendo também critérios complexos para a alteração de seu texto, que conta ainda com cláusulas pétreas, impassíveis de modificação nem mesmo por esse sistema procedimental qualificado.

Especialmente em contextos que demandam uma espécie de "revisão constitucional", a despeito daquela já prevista no artigo 3º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, tenta-se operar, indevidamente, alteração do texto constitucional no que pertine também à chamada rigidez constitucional, afrontando-se a impossibilidade, mesmo por emenda, de se modificar as cláusulas pétreas, núcleo material inalterável da Constituição a menos que através do chamamento de um novo processo constituinte (o que, a princípio, não seria o caso).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Evidencia-se que, independentemente das disputas hodiernas de uma democracia representativa, a Constituição tem sua vontade política, operou escolhas que importam em assumir o compromisso com seu conteúdo material, sem o qual deflagra-se o denominado processo desconstituinte que, em uma democracia doente e fragilizada e, nesse contexto, demagógica, consiste no vilipêndio dos direitos ali consagrados de maneira contínua e, até certo ponto, silenciosa.

Nesse âmbito, a maioria e seu chefe objetivam desqualificar toda e qualquer oposição, sob o manto da legitimidade conferida pela soberania popular que, uma vez organicamente confundida com o chefe, tem o condão de arruinar a democracia utilizando-se dos próprios mecanismos democráticos, destruindo igualmente a própria Constituição pelo esvaziamento do sentido de suas normas.

O consenso que confere ao chefe essa máxima legitimidade é "conquistado" por meio de negociatas e conchavos que, à margem da população alienada e desinformada, têm por objetivo a consecução de interesses pessoais travestidos de ideologia política.

Em terras brasileiras, é relativamente fácil observar o processo de esvaziamento de sentido dos direitos, sobretudo, dos direitos e das garantias fundamentais.

Todo e qualquer ato político que, em tese, afirma a defesa dos interesses da população sob a insígnia de "menos direitos" e "mais riqueza" constitui uma mentira e deve ser combatido com a verdade. A verdade da Constituição que, com força cogente, normativa, ou seja, com a capacidade de impor decisões e vínculos, delimitou as zonas do que não se pode decidir e daquilo que se deve decidir.

Não menos importante é denunciar a relação perigosa entre poder político e poder econômico, mormente, quando o chefe político tem negócios e confere privilégios a esse ou àquele meio de comunicação. Quando isso ocorre a informação passa a produto comercial de propaganda, no limite, conforme apontado por Ferrajoli, a informação é tida como mercadoria, submissa ao poderio econômico.

Por fim, merece destaque o alerta às imposições do bipolarismo.

Com efeito, o último pleito eleitoral à presidência da república impôs à sociedade brasileira uma escolha que obedece à lógica bipolar apontada por Ferrajoli, eivada a disputa eleitoral, como se viu, por muitas notícias falsas e desinformação, aproveitando-se de uma massa pouco instruída e com acesso a todo tipo de "informação" disponibilizada pela internet.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diante do exposto, conclui-se que a democracia brasileira está em crise devido ao enfraquecimento do paradigma constitucional rígido, perpetrado pela concentração do poder político nas mãos do chefe carismático da maioria que, por meio de suas decisões políticas, acaba por tornar letra morta os direitos e princípios esculpidos na Constituição. Caracteriza-se, assim, o processo desconstituinte operado pelo esvaziamento de sentido das normas da Lei Maior, o que ao fim e ao cabo torna a própria democracia enfraquecida e doente.

Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes Selvagens: A Crise da Democracia Italiana.** Tradução: Alexandre Araujo de Souza. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **La democrazia constitucionale**. Revus [Online], 18 | 2012 (Online since 04 February 2015. Disponível em: <http://journals.openedition.org/revus/2291>. Acesso em: 09 set. 2020.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A Teoria das Constituições Rígidas**. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Coordenação e supervisão: Luiz Moreira; tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso**: da escravidão à lava jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

NOTAS:

[1] Na versão original em italiano: "Per comprendere questo mutamento di paradigma della democrazia e dello stato di diritto, conviene rilettere sul cambiamento in sede istituzionale e sulla revisione in sede di teoria del diritto, avvenuto con il paradigma costituzionale, delle condizioni di validità – sostanziali, ol tre che formali – della produzione legislativa.27 Esiste infatti un nesso biunivoco tra il mutamento strutturale di tali condizioni nel vecchio stato legislativo di diritto e il mutamento strutturale della democrazia generati entrambi dal paradigma del costituzionalismo rigido. Esiste, più in generale, un nesso isomorico, troppo spesso ignorato, tra le condizioni giuridiche di validità quali che siano, democratiche o non democratiche – e le condizioni politiche di legittimità dell'esercizio del potere normativo: in breve, tra diritto e politica e tra teoria del diritto e teoria politica. E' il

nesso che fa della teoria politica un'interpretazione semantica, appunto ilosoico-politica, dell'apparato concettuale elaborato dalla teoria del diritto. La teoria del diritto, infatti, ci dice che cosa è la validità: non quali sono o quali è giusto che siano le condizioni della validità delle norme – che è quanto che ci dicono le discipline giuridiche dei diversi ordinamenti e le diverse ilosoie politiche della giustizia – ma in che cosa tali condizioni consistono. Ce lo dice, in quanto teoria pura o formale, con la deinizione del concetto di validità: è valida, in un dato ordinamento, qualunque norma prodotta in conformità alle norme di tale ordinamento sulla sua produzione. La teoria politica della democrazia ci dice invece quali sono o devono essere, in democrazia, le forme appunto democratiche della produzione normativa e in generale delle decisioni politiche. Ma la stessa cosa farebbe una teoria politica dell'autocrazia: l'identiicazione delle forme autocratiche – per esempio, il principio quod principi placuit legis habet vigorem, inteso 'princeps' quale organo monocratico dotato di potere assoluto e 'vigorem' nel senso di 'validitatem' – della produzione delle norme e più in generale delle supreme decisioni politiche."

[2] H. Kelsen, *Essenza e valore della democracia*, cit., cap. VIII, p. 120. "Inteiramente no espírito deste princípio, prossegue Kelsen, "estão as palavras que Platão, na sua República (III, 9), diz a Sócrates em resposta à pergunta sobre como deveria ser tratado, no Estado ideal, um homem dotado de qualidade superiores, um verdadeiro gênio: "Nós o honraríamos como um ser digno de adoração, maravilhoso e amável; mas depois de lhe fazer notar que não existe homem de tal espécie no nosso Estado, e que tal *não* deve existir, ungiremos a sua cabeça e, coroando-a, o escoltaremos até a fronteira".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

REDIMENSIONAMENTO DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA PARA OS TELETRABALHADORES: UM ESTUDO SOBRE AS NOVAS POSSIBILIDADES DE CATEGORIA PARA O TELETRABALHO.

ANDRÉIA ALINE NUNES MACHADO BODENMULLER: Servidora Federal Analista Judiciária da Justiça do Trabalho. Mestranda em Administração na UTFPR. Graduada no curso Bacharel em Direito pela Universidade de Direito Unicuritiba (2009), campus Curitiba. Especialização em Direito Tributário Unibrasil (2009).

Resumo: O presente artigo tem por objetivo, trazer uma ressignificação sobre o conceito de subordinação jurídica, com o intuito de compreender suas ramificações de modo abrangente, utilizando para tanto a metodologia de revisão bibliográfica acerca do tema. No início as relações trabalhistas, dentro do conceito de subordinação, eram bem rígidas, um espaço de mando onde o empregador ordenava de forma objetiva, com base em disciplina. Para o sucesso deste mando exigia-se uma vigilância constante e direta em relação a produção do trabalhador. Com as mudanças nestas relações, advindas dos novos modos de produção, de relacionamento e principalmente com a presença do teletrabalhador, que atua em atividades desempenhadas fora da sede da empresa, este conceito foi expandido, tratando de abarcar as novas competências, advindas dos muitos agentes econômicos coordenados pela unidade produtiva como, por exemplo, aqueles que sujeitam o trabalhador à subordinação estrutural e mais recentemente a subordinação integrativa. O redimensionamento do conceito enseja uma reflexão da importação para legislação pátria de uma terceira categoria dos parassubordinados, criado pelo Direito Italiano como solução do enfrentamento da problemática resultante da separação da concepção espaço-temporal no teletrabalho.

Palavras-chave: Teletrabalho; subordinação jurídica; Tempo.

Abstract: This article aims to bring a resignification about the concept of legal subordination, in order to understand its ramifications in a comprehensive way, using the methodology of bibliographic review on the subject. In the beginning, labor relations, within the concept of subordination, were very rigid, a commanding space where the employer objectively ordered, based on discipline. For the success of this command, constant and direct vigilance was required in relation to the worker's production. With the changes in these relations, arising from new modes of production, relationships and especially the presence of the teleworker, who works in activities outside the company's headquarters, this concept was expanded, trying to embrace the new competencies, arising from the many economic agents coordinated by the production unit, such as, for example, those who subject the

worker to structural subordination and more recently to integrative subordination. The redimensioning of the concept gives rise to a reflection on the importation of a third category of parasubordinated workers into national legislation, created by Italian law as a solution to the problem resulting from the separation of the space-time concept in telework.

Keywords: Telework; legal subordination; Time.

Sumário: Introdução. 1. Contextualização Histórica das Relações de Trabalho. 2. Elemento fático-jurídico da subordinação 3.Tratamento jurídico do teletrabalho no ordenamento brasileiro.Conclusão.Referências Bibliográficas

Introdução

O presente trabalho tem como relevância teórica, a ampliação de conhecimento intelectual sobre a repercussão social e jurídica a respeito do conceito de subordinação e seus redimensionamentos com a evolução do Direito do Trabalho e da sociedade. O estudo busca analisar o momento atual da denominada "crise da subordinação" a partir do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação que interferem na reestruturação produtiva do capitalismo atual e no surgimento das novas formas de organização de trabalho, em especial os teletrabalhadores, compreendendo as novas dinâmicas e proporcionar um debate sobre o tema. Para tanto utilizará a metodologia de pesquisa bibliográfica, a partir de uma revisão da literatura existente sobre o assunto, no intuito de construção de uma contextualização para a justificativa do artigo e a análise das possibilidades para a concepção do escopo teórico da pesquisa.

O teletrabalho é um desdobramento derivado do trabalho domiciliar dos artesãos na época da Revolução Industrial, que ecloudiu com a Revolução Tecnológica, nos meados do século XX, dando início a uma novo paradigma de sociedade pautada na informação e continua a ser incentivado na pós-modernidade. No atual panorama de pandemia do Coronavírus (Covid-19), declarada pela OMS, foi também estratégia adotada pelas empresas para garantir o funcionamento da atividade econômica, minimizando os danos financeiros e riscos à saúde dos trabalhadores. O teletrabalho consiste em um trabalho atípico e flexível, no qual há a quebra da concepção tradicional das delimitações de tempo e horário de trabalho. Ao mesmo tempo que o trabalhador tem autonomia para gerir o tempo, paradoxalmente, tem que atender a demanda de trabalho sem restrição de horário ou disponibilidade. A subordinação é medida pelo controle do tempo e espaço do trabalho, os quais são fluídos no caso dos teletrabalhadores. Neste sentido, este artigo busca colocar o teletrabalhador em uma nova categoria de

subordinação jurídica atendendo as especificações deste tipo de atividade e baseado em autores que se debruçaram sobre o tema.

A partir do breve panorama histórico, conceituação e análise da legislação brasileira, a questão a ser analisada é o enquadramento do teletrabalhador em uma terceira categoria (parassubordinados) que abarque toda a complexidade da mitigação da subordinação, tendo em vista que transita entre um trabalho autônomo e subordinado.

1 Breve Contextualização Histórica das Relações de Trabalho

As relações de trabalho sofreram modificações durante a história relacionadas às tecnologias introduzidas nos modos de produção capitalista e nos processos de trabalho. A heterodireção e a disciplina, como modelos rígidos de controle, presentes no modelo taylorista e fordista, revelavam o modelo clássico de subordinação de uma relação de emprego. Com a robotização introduzida no modelo *Toyotismo*, as formas de organização do trabalho se tornaram mais flexíveis, como, por exemplo com a terceirização de serviços.

O teletrabalho foi desenvolvido com a inserção de novas tecnologias de informação e comunicação, dos primeiros computadores e internet que culminaram na Revolução Tecnológica, que deu base para a sociedade da informação (MACEDO; XEREZ, 2016). O advento da sociedade da informação rompeu com o paradigma tradicional de espaço-temporal das relações de trabalho (Castells, 2013, p. 420). Para Castells, a desterritorialização muda a antiga concepção de espaço como *suporte material de práticas sociais de tempo compartilhado* é substituído por *espaços de fluxo*, pois a sociedade pós-moderna é constituída com base em fluxos (de capital, informação e tecnologia). De acordo com o autor, os fluxos são "as sequências intencionais, repetitivas e programáveis de intercâmbio e interação entre posições fisicamente desarticuladas, mantidas por atores sociais nas estruturas econômica, política e simbólica da sociedade". (Castells, 2013, p. 436-437, ênfase da autora). Em outras palavras, no entender de Castells, o espaço dos fluxos sobrepuja e modela a nova organização social contemporânea, a da *sociedade em rede*.

Há uma fragmentação da concepção de tempo e espaço da jornada de trabalho no caso dos teletrabalhadores. Essas transformações sócio-econômicas, políticas e culturais tornaram as relações de trabalho mais precárias, fluídas e atípicas. Nesse sentido, o tempo é uma construção histórico-social convencionada pela sociedade, de cunho subjetivo (experiência do sujeito), que serve de regulador, utilizado pelo modo de produção capitalista para controlar a conduta do indivíduo e gerar uma dimensão de uso e de troca (FARIA; RAMOS, 2014, p. 64).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tanto as empresas quanto os trabalhadores estão gradativamente modificando a forma de executar e controlar as tarefas, além de aperfeiçoar as estratégias de gestão e mensuração do tempo de trabalho. Outras alterações significativas podem ser observadas no ritmo de vida dos trabalhadores, estreitando os limites da vida privada *versus* pública e gerando um trabalho invisível. O controle espaço-temporal é um modo de manifestação do poder diretivo do empregador, de modo que a fragmentação propicia a uma crise do modelo clássico de subordinação.

O fenômeno da flexibilização e a globalização do trabalho também refletiram em aspectos jurídicos com a edição de uma legislação mais flexível, repercutindo nas decisões dos Tribunais Trabalhistas do Brasil sobre a matéria relativa à jornada dos tetrabalhadores.

2 Elemento fático-jurídico da subordinação

A relação de trabalho é gênero que abarca as modalidades de prestação de labor humano com base na obrigação de fazer, tais como: o trabalho subordinado, o trabalho eventual, o trabalho autônomo, o trabalho avulso, o estágio, trabalho voluntário, entre outros (DELGADO, 2019, p. 333). De acordo com o autor, a relação de emprego é espécie deste gênero.

Quanto à natureza jurídica da relação de trabalho, a questão exige a análise casuística do conteúdo presente no vínculo obrigacional do contrato à luz do princípio da primazia da realidade, podendo ser atribuída à natureza comercial, civil ou trabalhista (CAVALCANTE; NETO, 2018, p. 35). Este diálogo entre os autores permite pontuar que à natureza jurídica da relação trabalhista está sujeita a um contrato social firmado entre as partes, as quais estabelecem os pontos que devem ser cumpridos nos modos de produção e repercutem nas consequências da quebra deste contrato.

Delgado (2019, p.337-346) considera ainda que a relação de emprego identifica-se por cinco elementos fáticos-jurídicos: 1) prestação de serviço por pessoa física a um tomador (não pode ser pessoa jurídica); 2) pessoalidade (*intuitu personae*, isto é, infungível, não podendo ser substituído por outrem na concretização de serviços compactuados); 3) não eventualidade (permanente, não esporádico); 4) subordinação (ou *dependência*); e 5) onerosidade (tem contrapartida pecuniária). Esses elementos estão consubstanciados na conjunção do artigo 2º, caput, "considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço" e artigo 3º da CLT: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário". Esta diferenciação trazida tanto pela CLT e na ênfase do autor,

entre quem contrata e aquele que é contratado é importante para que se compreenda de que modo estes entes estão ligados e se separam na letra legislativa e como as interpretações a respeito das responsabilidades de um e obrigações de outro e vice-versa se conectam e convergem.

Segundo Hernandez (2011, p. 56 Apud Sérgio Pinto Martins), a natureza jurídica do contrato prestado no teletrabalho depende da averiguação do liame existente entre a empresa e o teletrabalhador, além nível de alcance do poder diretivo do empregador, podendo ser trabalho autônomo ou subordinado.

Assim, o pressuposto fático-jurídico que distingue o trabalho subordinado (modelo tradicional) em relação ao trabalho autônomo (novas formas de contratação no mundo contemporâneo) é a subordinação. Delgado (2019, p. 337-338) menciona que a palavra subordinação vem da noção etimológica ordenar ou comandar, representando um estado de sujeição de uma parte ao poder (ordens) de terceiro.

Para entender a situação jurídica do teletrabalho, é importante a compreensão ampla do conceito de subordinação. A natureza jurídica subordinação comporta posições doutrinárias da noção de dependência previsto no art. 3º da CLT: a) jurídica; b) econômica; c) técnica. A subordinação jurídica (ou hierárquica) é a mais aceita, decorrente da lei, caracterizando-se pelo estado de sujeito do empregado ao dever de obediência ou dependência das ordens diretas e instruções do empregado (DELGADO, 2019, p. 350-353). O contrato representa um comprometimento do empregado em se sujeitar ao poder de direção da empresa no atinente ao modo, ordem, critérios técnicos e econômicos de realização da prestação de serviço (viés objetivo). O poder na empresa é multidimensional, sendo expresso pela subordinação e poder diretivo do empregado, os quais são facetas da mesma moeda (PORTO, 2009, p. 41). Esse era o modelo clássico utilizado nas sociedades industriais, no qual o empregado trabalhava nas fábricas, sob a direção do empregador que dava ordens e vigiava, sob pena de punição. Era um modelo marcado pela disciplina e organização hierárquica rígida.

Para o entendimento do alcance do conceito de subordinação na relação entre as partes é imprescindível compreender os poderes do empregador, já que a subordinação jurídica pode ser entendida como a sujeição do empregado aos poderes do empregador. Nesse sentido, o poder de direção do empregador que recai sob a atividade do contrato de trabalho (subordinação objetiva) e não sob a pessoa do empregado (subordinação subjetiva), contendo os seguintes feixes de ações: previsão, coordenação, organização, comando e controle.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No viés da dependência econômica, o trabalho é o único ou principal meio de subsistência, portanto o empregador que faz o pagamento do salário é responsável pela subsistência do trabalhador (HERNANDEZ, 2011, p. 58).

Já o aspecto da dependência técnica está concentrada na ideia de que o empregador tem superioridade técnica, pois este é o detentor dos instrumentos e domina o processo de produção em que se insere o empregado (DELGADO, 2019, p. 350-353).

Alvarenga (2017, p. 50) pontua que a subordinação econômica e técnica servem somente de "indícios" da relação empregatícia, mas não fator determinante. Já a subordinação jurídica é traço que distingue o emprego das formas de trabalho anteriores (a escravidão e a servidão).

A concepção clássica de subordinação não comportava as novas formas de relações de trabalho cada vez mais intelectuais. Assim, os magistrados aplicavam a teoria do "conjunto dos indícios qualificadores" (PORTO, 2009, p. 48), isto é, valoravam no caso concreto a existência de feixes de indícios de forma global (remuneração, organização do trabalho, horários, propriedade dos modos de produção etc.).

Alvarenga (2017, p. 49) afirma que a relação de subordinação jurídica se torna mais tênue quanto maior o grau de escolaridade do trabalhador e mais qualificado. Isso significa dizer que o trabalhador cujas funções estão mais próximas do trabalho braçal, ou que não exigem um conhecimento intelectual especializado sofre uma subordinação mais rígida, muito próxima aquelas que eram relatadas no passado.Para Machado (2003) "a subordinação jurídica representa condição necessária para a definição do contrato de trabalho e critério lógico-dedutivo para reconhecimento da relação de emprego".

Em suma, é pacífico que essas duas últimas vertentes já estão superadas, tendo em vista que nas denominadas no capitalismo flexível e Era da Informação, o empregador contrata o empregado muitas vezes para ter acesso a conhecimentos específicos. Da mesma forma, o critério econômico é insuficiente para mediar a proporção do poder diretivo do empregador.

Assim, a evolução das formas de trabalho levou a necessidade de adequação do conceito tradicional de subordinação. No intuito de contribuir com este debate, Delgado (2019, p. 352-353) destaca três dimensões para a subordinação: a clássica, a objetiva e a estrutural (ou integrativa).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na clássica (tradicional), dos primórdios do modelo taylorista e fordista, "o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante no modo de realização da sua prestação laborativa" (DELGADO, 2019, p. 352-353). Nesse sentido, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 3ª Região que explicita os conceitos de forma didática:

> "Ementa: Subordinação Jurídica Dimensões Pertinentes (Clássica, Objetiva e Estrutural) – a subordinação jurídica, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: **a clássica, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste aos objetivos perseguidos pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento); a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante. Atendida qualquer destas dimensões da subordinação, configura-se este elemento individuado pela ordem jurídica trabalhista**" (art. 3o., caput CLT).[1] (*grifos nossos*)

Na subordinação objetiva, difundida na doutrina brasileira por Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena e Arion Sayão Romita, o trabalhador está integrado aos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviço (DELGADO, 2019, p. 352-353). A atividade do trabalhador é fundamental para consecução dos objetivos empresariais, tais como econômicos, técnicos, operacionais ou administrativos, em um sinal de dependência recíproca (PORTO, 2009, p. 69). Na subordinação objetiva, há uma relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa no trabalhador no ciclo produtivo da empresa, de modo que a subordinação-controle (clássica) deve ser substituída pela visão ampliada de subordinação-integração ou objetiva (PORTO, 2009, p. 68-71).

Bastos (2017, p. 128, Apud VILHENA) também explica que "a dimensão objetiva da subordinação tem em conta a inserção da atividade do prestador na atividade da empresa, resultando em um estado de mútua dependência", isto é, trata-se de uma subordinação-integrante. Assim, a atividade do empregado é importante para concretização dos objetivos da empresa em aspectos econômicos, técnicos, operacionais ou administrativos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na subordinação estrutural, o trabalhador está inserido na organização e dinâmica operativa da atividade do tomador de serviço, independente de receber ou não suas ordens e de realizar os objetivos do empreendimento (Delgado, 2019, p. 352-353), desde que dentro da estrutura da dinâmica da organização e funcionamento da empresa. Há a ampliação da extensão da subordinação objetiva para contornar os efeitos das terceirizações.

Segundo Delgado (2019, p. 354), os profissionais que exercem trabalho a distância estão submetidos à subordinação objetiva e estrutural, pois considera que as dimensões não são excludentes, mas complementares. Ocorre que Porto (2009, p.251-253) evoluiu o conceito da subordinação objetiva e estrutural para integrativa, inspirado pela doutrina de Rolf Wank e de Piergiovani Alleva e a noção espanhola de *alienação, em suas diversas dimensões*.

Nessa linha de raciocínio, a subordinação estrutural pode ser caracterizada tanto nas atividades-fim nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços, como nas atividades-meio (atividades periféricas, mas nem por isso deixam de integrar a dinâmica empresarial) inseridas no quadro das necessidades normais da empresa, sendo relevantes para que esta alcance os seus fins (PORTO, 2009, p.251).

A subordinação integrativa é aquela que se manifesta pela participação integrativa do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, sendo considerada "uma forma de conduta instrumental voltada para um procedimento produtivo" (ALVARENGA, 2017, p. 50 Apud VILHENA)

Bastos (2017, p. 134) entende que o conceito de subordinação estrutural recebe uma ampliação dos vínculos de atributividade do capital e trabalho com o conceito de subordinação integrativa trazido por Lorena Vasconcelhos Porto e, depois, do instituto da parassubordinação introduzido por Otávio Pinto e Silva.

O novo modelo capitalista de acumulação flexível (Toyotismo) exigiu uma redefinição do perfil do trabalhador, que passou receber mais autonomia na atuação profissional. Com isso, houve a mitigação do poder diretivo do empregador, surgindo a teoria da parassubordinação: "relações pessoais de colaboração continuada e coordenada, em que a direção dos serviços está presente de modo difuso e pontual" (MARTINEZ, 2019).

Segundo Porto (2009, p. 119), foi Guiseppe Santoro-Passarelli, na sua obra "Il lavoro parasubordinato", em 1979, que instituiu essa categoria especial ao constatar a existência de desequilíbrio contratual entre as partes. Os parassubordinados, instituto criado na Itália, eram considerados um terceiro gênero, mas, com a reforma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

legislativa de 1973, passou a ter natureza de trabalhador autônomo com alguns direitos trabalhistas que são menos extensos em relação aos garantidos aos empregados.

Essa nova categoria de trabalhadores que na realidade fática não são subordinados, mas são equiparados juridicamente, em razão de depender economicamente do tomador de serviços (hipossuficientes), razão pela qual a legislação concede alguns direitos trabalhistas e previdenciários típicos da relação empregatícia (PORTO, 2009, p. 102). Há uma redução do conceito clássico de subordinação na medida em que a nova categoria é privada de alguns direitos e garantias. É o fenômeno da *dependência na autonomia*.

A Lei nº. 533 de 11 de agosto de 1973 alterou o artigo 409, nº. 3 do "Codice de Procedura Civile" (Código de Processo Civil), prevendo que o parassubordinado refere-se ao " trabalho prestado com autonomia, continuidade e pessoalmente, mas a sua organização é coordenada com algum tipo de poder de controle a cargo do tomador de serviços" (HERNANDEZ, 2011, p. 61). Em resumo, as principais características são a autonomia, continuidade e prevalência da pessoalidade, além da presença de coordenação, e não de subordinação. Dessa forma, destacam-se os seguintes elementos: trabalhadores prestam serviço de forma prevalecente pessoal, habitual e direta a pessoa física ou jurídica (tomador de serviços); b) mediante retribuição pecuniária; c) sem colaboradores, nem subcontratação; d) prestação de serviço predominantemente a um tomador de serviços a ponto de gerar uma dependência econômica; e) situação de hipossuficiência; f) condições de prestação de serviço e direção impostas pelo tomador de serviços, assumindo o risco do negócio; e g) uso de infraestrutura produtiva e material próprio.

A ausência da heterodireção forte e constante *sujeição do trabalhador a ordens patronais constantes e específicas, acerca dos diversos aspectos da prestação laborativa* e a presença de hipossuficiência na relação parassubordinada não é justificante válida como *razão objetiva suficiente* para afastar o tratamento legal dado para trabalhadores subordinados, pois viola princípio da isonomia e retrocesso das condições sociojurídicas do trabalhador (PORTO, 2009 p. 130)

Bastos (2017, p. 138) destaca que a acepção clássica de poder diretivo é alterada em relação ao modo, tempo e lugar da atividade, sendo a autonomia no sentido de coordenação. Desse modo, a continuidade deve ser analisada como "a estabilidade, a não eventualidade e a reiteração o tempo de prestação" (Bastos, 2017, p. 138), o que não necessariamente corresponde a repetição ininterrupta, mas segue um critério de duração razoável. A prevalência de pessoalidade (não exclusividade) remete a imprescindibilidade da presença do trabalhador na prestação do serviço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, o parassubordinado é a prestação de serviços por um trabalhador autônomo de forma contínua e que persegue um resultado, havendo ações negociadas, cooperativas e coordenadas entre o obreiro e a empresa para estipulação do modo, tempo e lugar da prestação de serviços (BASTOS, 2017, p. 138-139). Na Espanha, essa categoria é considerada do trabalhador autônomo dependente do ponto de vista econômico, ressalvando de tutela legal diferenciada. A Itália inovou ao estabelecer um critério legal para enquadramento do trabalhador dependente economicamente - exige-se que 75% de seus rendimentos sejam oriundos de uma empresa (BASTOS, 2017, p. 138-139).

A insuficiência do critério binômico subordinação-autonomia gera uma análise da dimensão subordinação-autonomia-parassubordinação, como um redimensionamento do Direito do Trabalho, isto é, uma releitura do conceito tradicional para adaptar as mudanças da realidade, de forma estática e personalizada a situação jurídica de cada indivíduo, mas sem descartar todo conhecimento jurídico. O conceito é uma análise de elementos mais externos do que internos.

Porto (2009, p. 126-127) defende que os parassubordinados somente têm assegurados os direitos previstos em lei, salvo peculiaridades do caso concreto.

Os parassubordinados podem representar uma redução do conceito de subordinação, o que exclui do campo de incidência do Direito do Trabalho uma categoria de trabalhadores em situação de hipossuficiência (PORTO, 2009, p.104). O manto ampliativo e protetor é mera aparência. Na verdade, o instituto é desregulamentador e restritivo à medida que concede alguns direitos trabalhistas e previdenciários, mas resulta em uma forma de fuga de aplicação do Direito do Trabalho e incentivando o uso crescente pelas empresas de uma mão-de-obra mais barata.

Essa categoria tem várias denominações: parassubordinados, quase-subordinados, autônomos dependentes, autônomos economicamente dependentes, semiautonômos, semi dependentes, novos autônomos, autônomos de segunda geração, autônomos de nova geração, autônomos aparentes. Um dos problemas dessa categoria é a falta de organização coletiva por meio de sindicatos e associações de empregados, pois são formados por uma massa heterogênea de trabalhadores em vínculo associativo e com baixa representatividade nas empresas. (porto, 2009, p.104)

Para alguns doutrinadores, como Porto (2009, p.104) e Hernandez (2011, p. 61-65), os teletrabalhadores estariam nessa categoria intermediária (*trabalho de terceiro tipo* ou *tertium genus*) ou chamada *zona grises*, mencionando a existência de uma *telessubordinação* ou *subordinação virtual*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com relação ao teletrabalho, pode-se extrair cinco enquadramentos de derivados do direito italiano (HERNANDEZ, 2011, p.57-58, MADEIRO), sendo dois tipos com subordinação: 1) trabalho subordinado; 2) trabalho em domícilio; e três tipos autônomos, 3) parassubordinados, 4) trabalho autônomo e 5) teletrabalho.

No caso do teletrabalhador, Machado (2003) defende que o teletrabalho é um trabalho de rede, flexível e à distância, com uso intensivo de tecnologia de informação. Assim, substituiu uma obrigação de meio para uma de resultado, com a proposta de redução de custos de mão-de-obra e despesas com imobilizado, dando abertura para um enquadramento de trabalhador independente (não empregado). No teletrabalho, a subordinação jurídica pode ser considerada telesubordinação (BARROS, 2009, p.331) ou teledisponibilidade (MACHADO 2003), de modo que a ausência de controle visual substitui o controle de atividade pelo resultado.

Nesse ponto, Machado (2003) destaca que "É preciso reconhecer que o controle do tempo de trabalho - tempo e ritmo de trabalho - é a medida do controle e da subordinação, bem como da produção". Assim, o autor menciona que a subordinação implica uma separação do tempo de trabalho e tempo de não trabalho, de modo que o tempo de trabalho equivale ao tempo de subordinação. No caso do teletrabalho, o conceito de subordinação clássiva é esvaziada pela mudança de controle de tempo pelo de resultado, bem como pela fluidez da jornada de trabalho.

Para Hernandez (2011, p. 61-65) e Porto (2009, p. 86-91), no teletrabalho a subordinação é mitigada, mas persiste como se observa: no modo *on line,* pelo controle de execução, quantidade e qualidade da tarefa, de forma instantânea, pela conexão direta e diálogo interativo, o empregador cumpre horário e recebe instruções digitais; no modo *off line,* pelo registro de tempo por sistemas de toque de teclado e registro de horário; *one way line,* pelo recebimento prévio de instruções e envio de relatórios de resultados.

Porto (2009, p. 86-91) salienta que as inovações tecnológicas permitem maior controle e de forma imperceptível quando comparado aos meios tradicionais. Na forma interativa (*on line*) o trabalhador está em contato direto com o sistema informático de modo que o controle do empregador ocorre em tempo real. Mesmo na forma *off line,* o trabalhador pode estar utilizando um software da empresa que registra tempo efetivo de trabalho, pausas, número de operações e erros cometidos. Outra forma de controle são as mensagens eletrônicas por email ou telefonemas, podendo o empregador cobrar resultados e metas a partir da compilação destes dados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No teletrabalho, a possibilidade de fiscalização do trabalho pela conexão direta pela internet entre a empresa e o trabalhador tem sido considerada para fins de "indícios de subordinação" (PORTO, 2009, p. 87). O controle no trabalho tecnologizado não é menos intenso, mas oculto e sofisticado, por vezes até mais invasivo adentrando na esfera pessoal do trabalhador.

A inserção física do trabalhador é substituída pelo trabalho de conexão à distância com a empresa, assim como, a remuneração, não tem mais como base a unidade de tempo, mas a *quantidade de informações recebidas, elaboradas e transmitidas* (a unidade de obra), incentivada por prêmios e gratificações vinculadas a produtividade individual e coletiva. A obrigação deixa de ser de meio para se tornar obrigação de resultado. A propriedade dos instrumentos de trabalho não é critério suficiente para distinguir o trabalho subordinado em relação ao autônomo, em razão do barateamento dos equipamentos informáticos, bem como a competividade do mercado de trabalho lhe obriga a adquirir os instrumentos laborativos. O parâmetro que mais se aproxima para detectar os denominados indícios de subordinação é a titularidade do software *know-how da empresa* que representa a dependência tecnológica – "o computador é do autor, mas o software é da empresa", (PORTO, 2019, p. 89-90).

Bastos (2017, p. 145, *Apud* MOREIRA) descreve o controle eletrônico do empregador como sendo "desverticalizado, objetivo, incorporado na máquina e no sistema" que media a relação empresa e empregado no trabalho à distância que, em tempo real, tem enorme capacidade de armazenamento, capaz de memorizar, cruzar e reelaborar detalhadamente todos os comportamentos dos trabalhadores. Este método de avaliação da produtividade, ou controle do teletrabalho, muitas vezes passa despercebido pelo trabalhador, que responde a formulários, correspondência eletrônica, mensagens instantâneas fora do horário estabelecido em acordo contratual, como uma forma de atender a necessidade da instituição de mensurar sua produtividade e tempo de trabalho.

Esteves e Filho (2019, p. 37) afirmam que as transformações tecnológicas não eliminaram a subordinação jurídica, mas tornaram mais acentuado o poder de heterodireção do empregador:

Essas mudanças no conceito de subordinação representa uma "recontratualização civilista da relação de trabalho e a desconexão do social e do econômico por meio, por um lado, de uma flexibilização não enquadrada pelos atores coletivos e pelo Estado e, por outro lado, da proclamação de direitos sociais" (NASCIMENTO, p. 112) desligados na esfera do indivíduo. Assim, observa uma precarização da relação de trabalho que busca extrair do indivíduo um padrão de trabalho de tempo integral e por tempo indeterminado.

Dessa forma, os mais dependentes merecem a aplicação de direito existentes aos subordinados, assim como essa figura do teletrabalho deve receber tratamento legislativo alternativo como nova categoria jurídica ou trabalhadores atípicos (HERNANDEZ ,2011, p. 61 Apud VIANA). De acordo com o autor, justifica-se a necessidade de que o teletrabalhador seja colocado em outra categoria de trabalho remunerado, dentro das ramificações de subordinação.

Nesse sentido, na União Européia há quatro propostas para os trabalhadores economicamente dependentes (ESTEVES; FILHO, 2019, p. 51-52): aplicação direito civil; criação de nova categoria jurídica com legislação específica; redimensionamento do conceito de subordinação jurídica adequando às novas formas de trabalho; e criação de núcleo duro de direitos sociais para garantir um patamar mínimo de proteção jurídica para os trabalhadores independentes de sua classificação (autônomo/subordinado). Trata-se de uma "crise de identificação dos sujeitos a proteger" (ESTEVES; FILHO, 2019, p. 51-52 Apud OJEDA), ou seja, em muitos casos o conceito de subordinação tradicional não serve para enquadrar as relações de trabalho contemporâneas, sendo necessária a implementação de novas regras.

O autor, Otávio Pinto e Silva é um dos defensores da adoção da categoria dos parassubordinados na legislação brasileira. Já há autores (Amauri Cesar Alves) que defendem a ampliação do conceito de *dependência* presente no artigo 3º da CLT; e outros (Alice Monteiro de Barros) são unânimes no sentido de que não há previsão legal no ordenamento jurídico, necessitando de edição de normas específicas (PORTO, 2009, p. 198).

3 Tratamento Jurídico Do Teletrabalho No Ordenamento Brasileiro

O surgimento de novas formas de trabalho resultou na edição de normas jurídicas flexibilizadoras invocadas pela classe econômica para permitir a adaptação das empresas às mudanças conjunturais (fatores econômicos, políticos e tecnológicos).

O neoliberalismo combinado com a reestruturação produtiva (denominado de capitalismo flexível) no século XX contribuiu para um discurso de implementação de medidas e políticas de austeridade na sociedade, que impulsionou uma onda desregulamentadora e de flexibilização dos direitos resultando na precarização das relações sociais. Essa desestruturação de normas protetivas, deu surgimento ao "Direito do Trabalho em Exceção" (FERREIRA, 2011), que ensejou a apressada aprovação da Reforma Trabalhista, uma proposta dita como modernizante, como no caso dos teletrabalhadores.É uma forma de chancelar formas de trabalho precarizantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O teletrabalho ou trabalho a distância pode ser enquadrado na quinta dimensão de direitos fundamentais (ESTRADA, 2017, p. 13). A ideia de gerações foi criada por Norberto Bobbio, em sua obra a Era dos Direitos, no qual traz três gerações ou dimensões, sendo a quarta e quinta acrescentada por Paulo Bonavides, a saber: a) primeira dimensão: os direitos individuais (vida, liberdade, igualdade e segurança); b) a segunda dimensão: direitos sociais (emprego, aposentadoria, educação etc.); c) a terceira dimensão: os transindividuais ou difusos (meio ambiente sadio, paz, ao desenvolvimento etc.) d) quarta dimensão: relativos a pesquisa genética, biotecnologia; e e) quinta dimensão: ligados ao espaço virtual ou cibernéticos; comércio eletrônico, contratos eletrônicos, propriedade intelectual da web, jogos, comunidades virtuais, publicidade virtuais etc.

Nesse sentido, um dos princípios da Declaração de Filadélfia de 1944, anexo da Constituição da OIT, prevê: "o trabalho não é mercadoria".

Com os avanços dos sistemas de informática e tecnologia, a Organização Internacional do Trabalho disciplinou o trabalho em domicílio. Destaca-se que não tem norma específica que verse sobre o teletrabalho, mas, para suprir a lacuna é possível a aplicação das normas pertinentes ao trabalho a domicílio em razão da proximidade temática. Assim, foram editadas a Convenção nº 177 (*Home Work Convention*) e Recomendação 184 (*Home Work Recomendation*), sendo que ambas não foram ratificadas pelo Brasil.

A Convenção nº 177 da OIT, adotada pela 83ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, datada de 20 de junho de 1996, somente entrou em vigor em 22 de abril de 2000, trazendo o conceito de trabalho doméstico no seu artigo 1º, da seguinte forma: a) desenvolvido em casa ou em outros lugares que o empregado escolher, fora da sede da empresa; b) para desenvolvimento de produto ou serviço de acordo com especificações do empregador, independente do fornecimento de equipamentos, materiais ou insumos; c) mediante contraprestação pecuniária.

Os artigos 4º e 7º determinam que a legislação nacional garantam a igualdade de tratamento legal entre o trabalhador doméstico e presencial, tais como: criação e participação de organização; proteção ao emprego e na ocupação; proteção da segurança e saúde; a remuneração; segurança nacional; acesso à capacitação; idade mínima para admissão a emprego ou trabalho; h) a proteção de maternidade; i) e segurança e saúde.

No seu artigo 9º estabelece regras de inspeção para assegurar o cumprimento de regras de segurança do trabalho, sob pena de punição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Organização Internacional do Trabalho na Conferência Internacional do Trabalho, na 82ª Reunião, definiu o teletrabalho como "a forma de trabalho realizado em lugar distante do escritório central ou do centro de produção, tornando viável a separação física e induzindo à utilização de tecnologias inovadoras e facilitadores de comunicação", conforme menciona Luiz Eduardo Gunther e Juliana Cristina Busnardo (2017, p. 201).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) adota o termo teletrabalho (*telework*, em inglês), sendo as seguintes categorias: "a) local/ espaço de trabalho; b) horário/tempo de trabalho (integral ou parcial); c) tipo de contrato (assalariado ou independente); e d) competências requeridas (conteúdo do trabalho). Dentro dessas variáveis podem ser elencadas diversas categorias de teletrabalho" (ROCHA; AMADOR, 2018).

Dessa forma, a internet se torna mais presente nas atividades produtivas que marcam um modelo de gestão mais flexível. Nesse contexto, insere-se o teletrabalho, isto é, uma modalidade especial de trabalho a distância realizado por meio de tecnologia de informação e de telecomunicações.

Na âmbito jurídico brasileiro, a Consolidação das Leis do Trabalho de 1940 não tinha previsão legal sobre o tema. O trabalho telemático foi reconhecido pela legislação brasileira em 2011 e o teletrabalho na reforma trabalhista de 2017 (FINCATO, 2019, p. 60-61).

O artigo 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas imputou uma igualização legal-formal do trabalho presencial e o realizado a distância exercido sob supervisão e controle de meios telemáticos, afastando os questionamentos em relação a existência de subordinação jurídica atinente as relações de emprego (FINCATO, 2019, p. 62).

Ao considerar o teletrabalho como exercido em domicílio, o referido artigo, já nasceu de forma obsoleta frente aos avanços tecnológicos.Diante disso, no Brasil, antes da aprovação da Lei nº 13.467/2017,(Reforma Trabalhista) o teletrabalhador era enquadrado no artigo 62, I, da CLT, o mesmo dispositivo que regula o trabalho externo, de modo que ambos estavam excluídos do regime de duração de trabalho e do pagamento de horas extras (ROCHA; MUNIZ, 2013, p. 110). Esse fato já era questionado pela doutrina (Vólia Bonfim Cassar), em razão da possibilidade de controle pelos meios de informática (webcâmera, intranet, telefone, tarefas diárias etc.). Com o advento da denominada Reforma Trabalhista, com a Lei nº. 13.467/2017, que entrou em vigor em 10 de novembro de 2017, houve o redimensionando do conceito de jornada de trabalho do empregado relacionado ao teletrabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A regulamentação legal antes em vigor era insatisfatória. A Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) acrescentou o inciso III no artigo 62, o artigo 611-A, VIII, e um capítulo (artigos 75-A a 75-E) na CLT destinado ao tema versando sobre aspectos consolidados no direito comparado, tendo em vista que Itália, Portugal, Espanha e Colômbia já tinham leis mais avançadas.

Miziara (2019, p. 85) critica que a Lei 13.467/2007 deixou de disciplinar situações jurídicas corriqueiras na rotina das relações trabalhistas, por segurança jurídica. Uma inovação foi a exclusão do teletrabalhador do Capítulo "Da Duração do Trabalho", como já acontecia com trabalhadores exercentes de cargo de confiança (gerentes) e trabalhadores externos, excluindo dos direitos de intervalo intrajornada, hora noturna, adicional noturno e hora extra. Nesse sentido, prevê o inciso III, do artigo 62 da CLT: Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: "I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial." **III - os empregados em regime de teletrabalho. (grifos nossos)**

Para Toledo Filho (2019, p. 18) o preceito suplementar do inciso III do artigo 62 da CLT equipara o trabalho à distância ao trabalho externo e de cargos de confiança para retirar a incidência das regras ordinárias de duração do trabalho. O elastecimento do conceito clássico de subordinação -para a noção estrutural - que objetiva o reconhecimento formal do vínculo empregatício do teletrabalho, não impõe a submissão a todas as regras de contrato típico, pois se referem a *conceitos e extensões distintos*. É uma regra de exceção que exige o preenchimento dos requisitos informadores, podendo ser afastada na hipótese do caso concreto. Assim, a concepção de salário-hora é alterada para ser concebida como salário-produtividade.

No Brasil, Delgado (2019, p. 1068-1069) faz uma análise a partir do trabalhador externo (inciso I, do artigo 62 da CLT), trazendo três possíveis categorias: 1) trabalho em domícilio (tradicional), como no caso de costureiras, as cerzideiras, os trabalhadores no setor de c n, as doceiras etc. ; 2) o home-office, com base em recursos da informática e telecomunicação; e o teletrabalho, pode conjugar com o home-office, mas é realizado em diversos lugares. As duas últimas hipóteses estão inseridas no inciso III do artigo 62 da CLT.

A fiscalização do empregador sobre a prestação de serviço em regime de teletrabalho é relativamente flexível ao considerar que há sistemas avançados de controle, como banco de dados com acesso criptografado dos envolvidos (ALVES,

2007, p. 389-390). A despersonalização do trabalho que rompe com os moldes clássicos é controlada por meio eletrônico.

Há uma presunção de que o teletrabalhador não é fiscalizado. Contudo, defende a aplicação das normas atinentes à duração do trabalho na hipótese de demonstração que o trabalhador está sendo monitorado por webcâmeras, intranet, intercomunicador, telefone, número mínimo de atividades diárias (CASSAR, 2014, p. 674).

Toledo Filho (2019, p. 18-19 BARROS, p. 40) menciona que é possível a aplicação das normas de jornada de trabalho na hipótese de o trabalhador estiver em conexão direta com a empresa ,"que lhe controla a atividade e o tempo de trabalho mediante a utilização de um programa informático, capaz de armazenar na memória a duração real da atividade, dos intervalos, ou o horário definido pela exigência dos clientes do empregador, sem que o teletrabalhador tenha liberdade para escolher as horas que pretende trabalhar ao dia".

Dessa forma, compreende-se através do autor, que há presunção legal relativa de que o teletrabalhador está excluído das normas de duração da jornada de trabalho e, por consequência, do pagamento de horas extras, mas suscetível de ser afastada caso verificado no mundo fático a existência de controle ou possibilidade de controle da jornada (direto ou indireto e de forma qualitativa ou quantitativa).

Miziara (2019, p. 93) também demonstra a preocupação em relação aos meios de vigilância utilizados pelo empregador como dispositivo de controle de jornada, afirmando que devem observar dois requisitos: a) prévio conhecimento por parte do empregado, não podendo ser oculto ou sub-reptício; b) respeito as direitos fundamentais; c) "observação o princípio da proporcionalidade, de modo que seja indispensável e não haja meio menos invasivo para atingimento dos fins pretendidos".

Nesse sentido, é importante tecer comentários sobre os artigos 75-A a 75-E da CLT introduzidos pela Reforma Trabalhista. O artigo 75-A especifica que o tratamento da matéria será regulado dentro do capítuto II-A do Título "Das normas gerais de tutela do trabalho".

Fincato (2019, p. 63) discorre que o artigo 75-B da CLT conceitua o teletrabalho como forma de prestação de serviços e não uma categoria de trabalhador diferenciada, trazendo a tríade dos elementos fáticos-jurídicos configuradores: geográfico (preponderante fora da sede física), tecnológico (emprego de tecnologia da informação e comunicação) e organizativo (teletrabalho integrante da estrutura produtiva e recursos humanos do empregador). Assim, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

artigo 75-B da CLT prevê: "Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho."

No parágrafo único do mencionado dispositivo, o texto legal destaca que o mero comparecimento do empregado nas dependências do empregador não descaracteriza esse regime, trazendo um critério subjetivo de preponderância de que as atividades laborais são exercidas fora do espaço físico. O legislador deixa a cargo da jurisprudência e doutrina a elaboração de um critério taxativo da a mensuração da jornada do teletrabalho.

Toledo Filho (2019, p. 23) enfatiza a importância da "especificação consistente das atividades ou tarefas que por meio dele se objetivará atingir", bem como a execução na prática das atividades descritas formalmente no contrato, sob pena de nulidade do regime de exceção e da aplicação das regras ordinárias de duração do trabalho.

Ressalta-se que parágrafo primeiro do dispositivo consta que somente a alteração do regime presencial para o regime teletrabalho exige concordância do empregado, por se tratar de um regime de exceção. No caso de reversão do teletrabalho para o presencial, o legislador entendeu desnecessária a aquiescência formal do empregado, já que é mero exercício do poder diretivo do empregador e condição mais benéfica ao empregado (artigo 9º e 468 da CLT). Aqui, vigora o princípio protetor que orienta o direito do trabalho. O texto legal somente garante o tempo prévio mínimo de 15 (quinze) dias para o empregado se adequar a medida de transição, mediante registro no aditivo contratual (parágrafo segundo do dispositivo).

Portanto, os desafios relacionados ao controle do trabalho da nova forma de organização de trabalho pela figura do teletrabalhador enseja uma reflexão sobre um redimensionamento de forma ampliada do conceito de subordinação no sentido de aplicação no Direito Pátrio do instituto da parassubordinação criado pelo Direito Italiano. A criação de uma nova categoria pode solucionar o enfrentamento da problemática resultando da separação da concepção espaço-temporal das reconfigurações das relações de trabalho.

Conclusão

As relações de trabalho acompanham o tempo da socialização do trabalho no mundo civilizado. Esta afirmação, reconhece, que conforme as trocas comerciais são alteradas em um mundo globalizado, o modo como as partes lidam com o valor de sua força produtiva também sofre alterações. A evolução social, que culminou no processo de modernização e o consequente avanço tecnológico, trouxeram ao debate do direito do trabalho, a necessidade de enquadrar o novo perfil do profissional que surgia, em novas regras.

Com o surgimento da rede mundial de computadores, tornou-se possível a conexão entre pessoas que em um passado não muito distante, eram obrigadas a se deslocar por quilômetros. As atividades humanas no ano em que este artigo está sendo escrito (2020) são praticamente todas ligadas à acessibilidade de conexão em uma rede de computadores. Em contrapartida, a legislação não acompanhou com a devida velocidade as relações trabalhistas recorrentes desta evolução.

Na era da informação, o teletrabalho surge como uma opção real e prática, com vantagens para o empregador, que pode manter-se em contato com o empregado por um tempo maior que o acesso físico, até então, permitia. Diante do exposto, reconhece-se uma nova forma de trabalho que necessita de normativas específicas, para evitar que estes trabalhadores sofram com a precarização de suas atividades e sejam prejudicados em seus direitos básicos.

Enquanto não surge uma legislação que alcance toda a complexidade da jornada de trabalho do teletrabalhador, faz-se necessário um ajuste da categoria às normas trabalhistas já existentes para que, diante de um cenário de execução de suas atividades o empregado possa usufruir de direitos, tais como o lazer e tempo livre, bem como responder a deveres mais de acordo com o seu labor, tido neste momento como extraordinário.

Deste modo, atesta-se que o teletrabalhador, quando ocupa uma função em um emprego tradicional está sujeito a formas de controle diversas por seu empregador, o que, como exposto no desenvolvimento deste estudo, caracteriza-se por subordinação jurídica. Este controle é realizado através dos meios de comunicação existentes e de forma remota, meios estes onde o empregador mantém contato constante com seu subordinado e realiza trocas de informações sobre o labor realizado.

A doutrina brasileira defende que, no contexto atual, que se for comprovado o controle da jornada de trabalho, com os meios existentes (resposta a correspondência eletrônica, mensagens instantâneas nos aplicativos disponíveis, ou outra forma de controle a distância), o teletrabalhador terá os mesmos direitos de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que se estivesse em uma ocupação tradicional, mas os limites desta jornada ainda não estão claros. No teletrabalho, a separação da concepção de tempo e espaço em razão da prestação do serviço à distância e a existência de jornadas fluídas, muitas vezes, com mais autonomia de escolha do momento e local do labor prestado pelo trabalhador, torna a subordinação mais tênue. Com a alteração do controle do tempo pela produtividade do trabalhador, o tempo de subordinação e o tempo de trabalho não necessariamente equivalentes, como ocorria nos moldes da indústria clássica, resultando uma confusão da vida pública e privada.

Por motivos,como os explícitos acima, que o teletrabalhador pode ser colocado em uma terceira categoria de análise (que não apenas a subordinação jurídica ou a estrutural) e ao compor uma normativa/ portaria ou legislação que limite sua carga horária, possibilite um controle dentro dos parâmetros a respeitar a individualidade de sua ocupação, sem que este sinta-se que está sendo invadido em sua privacidade ao mesmo tempo que o empregador possa ter meios de coletar dados sobre a produtividade do empregado, a fim de ter sucesso no seu empreendimento. A importação para a legislação brasileira da figura do parassubordinado criado no Direito Italiano se mostra uma alternativa a ser estudada para solução da problemática.

Esta proposta seria um caminho para contemplar as partes envolvidas nas relações de trabalho sem que estas sejam precarizadas ou vilanizadas, seja em uma posição ou em outra. De todo modo, faz-se necessário e porque não dizer, que é pauta do dia, que as normas sejam ajustadas e as categorias revistas, para que o avanço tecnológico adquirido até aqui não reduza a força produtiva em uma condição de subtrabalho como as que eram realizadas em um passado próximo, e como ainda, infelizmente,sofrem muitas nações subdesenvolvidas no presente. Resolvidas estas questões, seria possível às relações trabalhistas, atuais, finalmente dizer que acompanham o tempo da socialização de trabalho, em um mundo, que hoje, socializa enquanto suas diretrizes de como contemplar esta socialização estão sendo informatizadas.

Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 09/08/2020.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho–6ª ed rev e ampl. **São Paulo: Livraria dos Tribunais**, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e terra, 2013.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Uma reflexão sobre a "subordinação" como elemento essencial da relação de emprego**. Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo, SP, v. 82, n. 1, p. 30-37, jan. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriors. 18. Ed. **São Paulo: LTR**, 2019.

ESTEVES, Juliana Teixeira; COSENTINO FILHO, Carlo Benito. O teletrabalho na Lei n. 13467/17 (reforma trabalhista): uma regulamentação em desacordo com as evidências empíricas. **O teletrabalho na Lei n. 13467/17 (reforma trabalhista): uma regulamentação em desacordo com as evidências empíricas**, 2019.

PINO ESTRADA, Manuel Martín. Teletrabalho: Conceitos e a sua classificação em face aos avanços tecnológicos: In **Teletrabalho**. COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; JUNIOR, José Eduardo de Resende Chave; ESTRADA, Manuel Martín Pino (coord.). **Teletrabalho.** São Paulo: LTr, 2017.

FARIA, José Henrique de; RAMOS, Cinthia Letícia. Tempo dedicado ao trabalho e tempo livre: os processos sócio-históricos de construção do tempo de trabalho. **RAM. Revista de Administração Mackenzie**, v. 15, n. 4, p. 47-74, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ram/v15n4/03.pdf. Acessado em: 17/07/2019.

FERREIRA, António Casemiro. A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, [Online], 95 | 2011. Disponível em: < http://journals.openedition.org/rccs/4417>. Acesso em: 29 de abril de 2019

FRANCO, Maria Laura Publisi Barbosa. **Análise de conteúdo**. Brasília, 4ª edição: Liber Livro, 2012.

HERNANDEZ, Márcia Regina Pozelli. **Novas perspectivas das relações de trabalho: o teletrabalho**. LTr 75, 2011.

MACEDO, Priscilla Maria Santana; XEREZ, Rafael Marcílio. A Sociedade da Informação e o Teletrabalho: Considerações sobre a Jornada Extraordinária de Trabalho. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, v. 2, n. 1, p. 77-92, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/529. Acessado em: 02/08/2020.

MACHADO, Sidnei. **A subordinação jurídica na relação de trabalho: uma perspectiva reconstrutiva**. 2003 196 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária**. São Paulo: LTr, 2009.

NOTA:

[1] (Processo: 00075-2007-024-03-00-9 RO; Data de Publicação: 31/08/2007; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relator: Mauricio J.Godinho Delgado; Revisor: Deoclecia Amorelli Dias)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A REPERCUSSÃO DA PANDEMIA NO CENÁRIO TRIBUTÁRIO

PEDRO HENRIQUE DE OLIVEIRA MARTINS: Formação Acadêmica. Graduando em Direito - 10º Período. Centro Universitário UNA / Conclusão: 12/2020. Experiência Profissional; TRE – Tribunal Regional Eleitoral (22/02/2017 a 28/04/2018). Cargo de Estagiário - Atividades desenvolvidas: cadastro biométrico dos eleitores de Contagem e cadastramento de novos eleitores. TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Fórum Contagem – 1º Vara de Fazenda Pública (05/2018 a 05/2019). Cargo de estagiário - Atividades desenvolvidas: análise processual, pesquisa de doutrina e jurisprudências, redação de despachos judiciais e sentenças. TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Fórum Contagem – 1º Vara Cível (05/2019 a 04/2020). Cargo de estagiário - Atividades desenvolvidas: análise processual, pesquisa de doutrina e jurisprudências, redação de despachos judiciais e sentenças.

ANDREZA SENA COUTO [1]
(coautora)

Resumo: A crise causada pelo Coronavírus trouxe consequências não apenas para a saúde pública, mas também para diversos segmentos da economia nacional, ensejando numa crise fiscal sem precedentes. No que se refere ao direito tributário, uma série de medidas foram adotadas pelo poder público como forma de minimizar os impactos negativos da pandemia e estimular a economia, tais como a concessão de maior prazo para pagamento de tributos e cumprimento de obrigações acessórias. Discute-se ainda a criação de novos tributos como Imposto sobre grandes Fortunas (IGF) e Empréstimo Compulsório (IE). Nesse contexto, tem o presente estudo o objetivo de analisar individualmente a viabilidade de cada uma destas medidas para com o atual cenário de crise em que se encontra o país. Para tanto, foi realizada pesquisa através de dados emitidos pelo governo federal, além de renomados sites da área econômica e tributária.

Palavras-chave: Coronavírus - Pandemia - Tributo

Abstract: The crisis caused by the Coronavirus caused consequences not only for public health, but also for several sectors of the national economy, in an unprecedented fiscal crisis. It does not refer to tax law, a series of measures were adopted by the government as a way to minimize the damage caused by coronavirus and stimulate the economy, such as granting a longer period for paying taxes and

fulfilling access requirements. It also discusses the creation of new taxes such as Tax on Large Fortunes (IGF) and Compulsory Loan (IE). In this context, this study aims to analyze the feasibility of each of these measures for the current crisis scenario in which the country finds itself. To this end, a survey was conducted using data issued by the federal government, in addition to renowned sites in the economic and tax areas.

Key-words: Coronavírus - pandemic - tax

SUMÁRIO: 1. *Introdução. 2.* Políticas econômicas adotadas frente à pandemia no brasil*. 2.1. Moratória.* 2.1.1 Diferimento do pagamento dos tributos do Simples Nacional. 2.1.2 Diferimento do pagamento de tributos federais. 2.1.3 Diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. 2.2 Dilação de prazo para o cumprimento de obrigações acessórias. 2.3 Prorrogação da validade das certidões negativas e positivas com efeito de negativa. 2.4 Desoneração tributária do IPI, II e IOF. 2.4.1 Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI. 2.4.2 Impostos de Importação – II. 2.4.3 Imposto Sobre Operações Financeiras - IOF. 3 medidas em discussão. 3.1 Impostos sobre grandes fortunas (IGF). 3.2 Empréstimo compulsório. 4. Conclusão. *Referências.*

1 INTRODUÇÃO

A crise causada pelo coronavírus tem impactado de forma significativa na vida das pessoas do mundo inteiro. As consequências advindas da necessidade de isolamento ainda são incalculáveis. O que certamente pode se afirmar, é que a crise de saúde pública caminha rapidamente para uma crise econômica global, intensificando a pobreza e a miséria nos países em que estes problemas já são uma realidade.

É fato que os impasses de ordem financeira devam ser considerados secundários face à vida e à saúde das pessoas. Entretanto, quanto ao Brasil, especialmente por não apresentar um mercado interno sólido, estes problemas devem ser encarados com a devida seriedade ou, caso contrário entraremos em uma situação de difícil reversão mesmo após o transcurso da crise.

No que concerne ao recolhimento de tributos, em razão do isolamento social que limita a capacidade laborativa, bem como diminui a atividade econômica estatal, resta evidente que diversos contribuintes passam a encontrar dificuldades para o cumprimento de suas obrigações tributárias.

Por sua vez, as empresas, ante a perda de sua capacidade produtiva porque são obrigadas a reduzir a sua capacidade operacional, não apenas ficam sem liquidez

para pagar seus tributos, como também encontram dificuldades para o cumprimento de obrigações acessórias necessárias.

Nesse contexto, iniciam-se as discussões públicas relacionadas ao Direito Tributário e aos reflexos da pandemia sobre ele. Uma série de medidas já foram adotadas pelos entes federativos para ajudar no enfrentamento dos problemas mencionados, tais como a dilação de prazo para o pagamento de tributos e cumprimento de obrigações acessórias.

Fala-se ainda sobre a possibilidade de criação de novos tributos, como forma de aumentar a arrecadação. Nesse sentido o IGF e o empréstimo compulsório são opções a serem discutidas, embora estes caminhos encontrem bastante resistência, sob o argumento de que a carga tributária no país já é por demais alta, e aumentá-la ainda mais não seria a solução ideal para o momento.

Dessa forma, o presente estudo tratará de analisar de forma pormenorizada as medidas tributárias já adotadas como forma de enfrentamento a pandemia, bem como as medidas que ainda estão em discussão pelo poder público.

Ao final, será apresentada a opinião dos autores acerca destas providências, apontando dentre elas, quais representam a melhor solução para a problemática abordada, e quais se revelam inadequadas e ineficazes para com a finalidade proposta.

2 POLÍTICAS ECONÔMICAS ADOTADAS FRENTE À PANDEMIA NO BRASIL

Como forma de mitigar os primeiros impactos sofridos pela Pandemia, o governo federal adotou uma série de medidas preliminares com o propósito de conceder alívio às empresas e famílias com a finalidade de preservar os empregos e a atividade econômica. O presente capítulo abordará individualmente algumas destas medidas.

Importante salientar que as medidas até aqui empregadas seguem as propostas recomendadas pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para as fases iniciais da pandemia, focadas em: diferimento do pagamento de tributos; postergação dos prazos de entregas de declarações das pessoas físicas e jurídicas; extensão da validade de certidões emitidas pelo fisco; desoneração tributária de produtos médicos e de higiene e limpeza e da tomada de crédito.

2.1 Moratória

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Uma das primeiras medidas cogitadas e aplicadas no cenário tributário foi a moratória, para muitos economistas tida como uma tendência mundial a ser seguida, a moratória tem como finalidade o desafogamento dos contribuintes (pessoas físicas e jurídicas) que se viram impossibilitados de cumprir suas obrigações com o fisco.

Antes de adentrar às medidas adotadas pelo governo brasileiro, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca do que é a moratória e nessa perspectiva tem-se as lições de Ricardo Alexandre para quem

> A moratória é a primeira das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário diretamente disciplinadas pelo CTN.O benefício implica a dilação de prazo para pagamento do tributo, podendo ser concedido direta e genericamente por lei (caráter geral - CTN, art. 152, I) ou por ato administrativo declaratório do cumprimento dos requisitos previstos em lei (caráter individual - CTN art. 152, II). (ALEXANDRE, 2017, p. 478).[2]

Para o mesmo autor, pode-se inferir que o benefício se adequa a momentos excepcionais que dificultem o adimplemento das obrigações tributárias, o qual menciona

> É da essência da moratória a concessão em virtude de excepcionais situações naturais, econômicas ou sociais) que dificultem o normal adimplemento das obrigações tributárias. (ALEXANDRE, 2017, p. 479)[3]

Com essas considerações, impera-nos afirmar que vivemos o momento perfeito para a concessão do referido benefício, haja vista a ocorrência da pandemia. Contudo o grave problema é conter os limites da concessão desse benefício, que de pronto não poderá se estender em larga escala a todos os tributos.

Como consabido e ressabido, o Estado surge com uma finalidade, qual seja a promoção do bem em comum e para que possa cumprir sua missão necessita de recursos financeiros, e que o faz, por meio da arrecadação de tributos. Sem os recursos financeiros provenientes dos tributos, não há como calcular os devastadores prejuízos para promoção dos direitos individuais e sociais coletivos.

E é nesse sentido que analisaremos algumas medidas adotadas pelo governo brasileiro a fim de atenuar os impactos da COVID-19, buscando a equalização entre os limites para o suportável em uma economia pouco consistente.

2.1.1 Diferimento do pagamento dos tributos do Simples Nacional

De início cumpre salientar que o Simples Nacional se refere a uma modalidade de regime tributário diferenciado, previsto na lei complementar de n° 103/2006, destina-se à arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos das microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP).

Como sabido a pandemia do novo coronavírus impactou negativamente o setor empresarial, e pensando nisso o Comitê de Gestor do Simples Nacional, por meio da Resolução CGSN n° 154, de 03/04/2020 dispôs sobre a prorrogação de prazos para o pagamento de determinados tributos no âmbito do Simples nacional.

De acordo com o artigo 1º do referido diploma legal foi prorrogado por seis meses os pagamento dos tributos a título de Contribuição Previdenciária Patronal (CPP) e do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) nas competências de abril, maio e junho. Não obstante, houve também a dilação de prazo sobre impostos estaduais e municipais, tais como ICMS e ISS, que foram prorrogados por três meses

2.1.2 Diferimento do pagamento de tributos federais

Uma outra medida adotada pelo Governo incidiu sobre os tributos federais, sob os quais, por meio da portaria n° 139, o Ministro da Economia no uso da competência que lhe foi legalmente outorgada, deliberou sobre os vencimentos de tributos, tais como PIS/PASEP, COFINS, Contribuição cota Patronal, SAT/RAT, CPRB, Contribuição devida pelo empregador doméstico, referentes às competência dos meses de março e abril, promovendo aos referidos tributos dilação de prazos para pagamento com início agendado para agosto.

2.1.3 Diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS

Com a redução da atividade econômica, em decorrência do isolamento social, assim como o surgimento de uma retração no consumo, tem-se o momento propício para o desencadeamento de uma recessão econômica, principalmente, no que tange às relações de emprego.

Assim verificada a necessidade de se adequar ao atual momento de pandemia cominado em isolamento social, e considerando a premissa maior de preservar os empregos, o governo Federal, editou a medida provisória 927/2020, no qual dispunha sobre alterações em regimes de trabalho previstos na CLT, a fim de evitar demissões em massa e uma eventual crise econômica.

Sem entrar na seara trabalhista, a medida provisória 927 tem importância salutar no que tange a área tributária, haja vista o diferimento do recolhimento do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

FGTS, que segundo a norma, o pagamento do FGTS referente às competências de março, abril e maio de 2020 ficariam suspensas, devendo ser retomados os pagamento no mês de julho, e ainda com o benefício de parcelamento em até 6 vezes.

2.2 Dilação de prazo para o cumprimento de obrigações acessórias

Segundo o § 2° do art. 113 do CTN, a obrigação acessória tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. São, na realidade, obrigações meramente instrumentais, simples deveres burocráticos que facilitam o cumprimento das obrigações principais, nesse sentido explica Alexandre[4]:

> A relação de acessoriedade, em direito tributário, consiste no fato de que as obrigações acessórias existem no interesse da fiscalização ou arrecadação de tributos, ou seja, são criadas com o objetivo de facilitar o cumprimento da obrigação tributária principal, bem como de possibilitar a comprovação deste cumprimento (fiscalização).

Importante salientar que no Direito Civil, a regra é de que o "acessório segue o principal", mas o mesmo raciocínio é inaplicável às obrigações acessórias tributárias, nesse sentido o mesmo autor exemplifica[5]:

> Aqui não valem as lições dos civilistas, no sentido de que a existência da coisa acessória pressupõe a da coisa principal. Em direito tributário, existem vários exemplos de obrigações acessórias que independem da existência de obrigação principal. um excelente exemplo de tal situação é o art. 14, II, do CTN, que coloca como um dos requisitos para gozo de imunidade por parte das entidades de assistência social sem fins lucrativos que estas mantenham escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. É uma obrigação acessória (escriturar livros) para quem, em circunstâncias normais, não possui obrigações principais, ao menos no que se refere aos impostos sobre patrimônio, renda e serviços (CF, art. 150, VI, *c*).

Logo, percebe-se que, da mesma forma que nas obrigações principais, o cumprimento das obrigações acessórias resta dificultado pela crise, vez que estas, muitas das vezes, exigem o deslocamento do contribuinte para juntas e cartórios, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fim de solicitar documentos ou praticar certos atos administrativos, colocando-se em situação de risco.

Nesse contexto, algumas obrigações acessórias tiveram o prazo prorrogado para o seu cumprimento, destaque-se o Imposto de Renda (IR), que a data final para entrega da declaração se encerraria na data do dia 30 de abril, prorrogada para 30 de junho.

2.3 Prorrogação da validade das certidões negativas e positivas com efeito de negativa

A Certidão Negativa de Débitos (CND) é um documento que atesta a ausência de débitos tanto de pessoas quanto de empresas. Isto é, estas certidões comprovam que uma pessoa física ou jurídica não possui pendências financeiras, previdenciárias ou tributárias em seu nome.

Por sua vez, a Certidão Positiva com efeito de Certidão Negativa de Débitos (CPEND) é emitida quando existe um débito com efeitos suspensos, seja por decisão judicial, recurso administrativo, ou por qualquer outra hipótese disciplinada em Lei.

Estas certidões são muito importantes, vez que são exigidas das pessoas jurídicas em diversas operações e negociações, como obter financiamentos e participar de licitações.

Nesse sentido, foi publicada em 23 de março de 2020, a Resolução Conjunta RFB/PGFN 555[6], prorrogando por 90 (noventa) dias o prazo de validade destes documentos. Ressalte-se que a medida afeta apenas certidões já emitidas e que sejam relativas a créditos tributários federais.

2.4 Desoneração tributária do IPI, II e IOF

2.4.1 Imposto Sobre Produtos Industrializados - IPI

O Imposto sobre produtos industrializados (IPI) é tributo de função predominantemente fiscal (arrecadatória), contudo, também é utilizado como instrumento extrafiscal, visto que suas alíquotas são seletivas em razão da essencialidade do produto, isto é, trata-se de ferramenta utilizada pelo poder público para baratear ou encarecer produtos, de acordo com sua relevância social. Nessa perspectiva, explica Mazza[7]:

> [...] suas alíquotas obrigatoriamente devem ser variáveis, em função da relevância social do item tributado. Assim, quanto maior relevância social do produto, maior a alíquota.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em vista disso, como forma de facilitar a aquisição de produtos considerados essenciais ao combate à pandemia, tais como medicamentos, máscaras, respiradores, álcool em gel e outros. O governo zerou a alíquota do IPI por meio do decreto nº 10.285, de 20 de março de 2020.

2.4.2 Impostos de Importação - II

Diferentemente do IPI, o Imposto de Importação (II) tem função predominantemente extrafiscal, já que se trata de um imposto destinado a regulação da balança comercial e proteção da indústria nacional, muito mais do que utilizado para simples captação de recursos aos cofres públicos, vejamos nas palavras de Alexandre[8]:

> O imposto sobre a importação de produtos estrangeiros, previsto no art. 153, I, da CF, é tributo de função marcantemente extrafiscal, uma vez que seu principal objetivo não é carrear recursos para os cofres públicos federais, mas sim servir como mecanismo de controle sobre as importações, podendo ser utilizado, por exemplo, como instrumento de proteção de determinado setor da indústria nacional que esteja sofrendo dificuldades em face da concorrência de produtos similares estrangeiros.

Logo, em razão de sua função essencialmente extrafiscal, este imposto não está preso às amarras da Legalidade estrita quanto à alteração de alíquotas, desde que obedecidos os limites legais, eventuais variações podem gerar efeitos imediatos.

Dessa forma, este imposto também teve sua alíquota zerada pelo governo federal no que tange a aquisição de produtos destinados ao auxílio no combate da pandemia. A medida abrange medicamentos, equipamentos hospitalares e outros[9].

2.4.3 Imposto Sobre Operações Financeiras - IOF

O IOF está previsto no artigo 153, inciso V, da Constituição Federal, trata-se de um imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, possui, ainda, finalidade extrafiscal, ou seja, possibilita ao ente instituidor intervir no mercado financeiro de acordo com a necessidade apresentada.

Ressalte-se que a Constituição Federal atribui à União competência para instituir o referido imposto e, considerando esta atribuição, bem como o atual cenário econômico desencadeado pela pandemia, o Governo Federal, por meio do Decreto lei n° 10.305/2020, zerou a alíquota do IOF como uma medida de

enfrentamento às consequências da COVID-19, tendo por objetivo baratear as linhas emergenciais de crédito já anunciadas pelo governo.

3 MEDIDAS EM DISCUSSÃO

No primeiro capítulo foram abordadas as medidas tributárias que já foram empregadas pelo poder público como forma de enfrentamento à crise sanitária causada pelo Coronavírus. Registre-se que a maioria daquelas medidas possuem natureza extrafiscal, isto é, a preservação dos empregos e da atividade econômica.

Por sua vez, este capítulo tratará de medidas com objetivo fiscal (arrecadatório), tais como a instituição de tributos como IGF e o Empréstimo Compulsório, que possuem processo legislativo mais rígido para a sua aprovação.

3.1 Imposto sobre grandes fortunas (IGF)

A discussão sobre a tributação de grandes fortunas ganhou mais força no atual cenário de crise, onde as desigualdades sociais se tornaram ainda mais evidentes, momento oportuno para a criação de um imposto que vise, em tese, alcançar uma maior "justiça fiscal".

Vale lembrar que o IGF já se encontra positivado pela Carta Constitucional, notadamente, no art. 153, inciso VII e embora haja previsão expressa para a criação do referido tributo até o presente momento o imposto não foi instituído, isso porque, a Carta Magna não cria tributos, ela apenas atribui competência para que os entes políticos o definam.

Diante do cenário econômico desencadeado pela pandemia do novo coronavírus, parece-nos bem conveniente a criação desse tributo, eis que, atualmente, há em trâmite no Congresso Nacional cerca de 4 projetos de leis: PLS 315/2015, PLP 183/2019, PLP 38/2020 e PLP 50/2020, ambos visando a sua regulamentação.

Sem adentrar profundamente às características de cada projeto de lei em trâmite, pode-se ressaltar algumas semelhanças entre os projetos levados ao Congresso Nacional, dentre os quais, tem-se a incidência de alíquota prevista entre 0,5% a 1,0% sobre o patrimônio líquido que poderá ser definido em média pela riqueza mínima entre 12 mil vezes o teto de isenções do imposto de renda ou entre o valor a soma das riquezas fixadas em R$ 50.000.000,00.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ressalte-se ainda que alguns projetos possuem características peculiares, como a título de exemplo, o PLS 315/2015 de autoria do senador Paulo Paim (PT-RS) que prevê algumas isenções que podem ser descontadas no referido imposto.

Embora haja discussões calorosas acerca da instituição do IGF, segundo pesquisas realizadas pelas entidades de Auditores Fiscais pela Democracia (AFD), a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip), a Federação Nacional do Fisco Estadual e Distrital (Fenafisco) e o Instituto Justiça Fiscal (IFJ) a tributação sobre grandes fortunas pode arrecadar apenas R$ 272 bilhões, ou seja, valor ínfimo comparado à natureza do tributo.

No que tange a forma, saliente-se que questões relativas ao fato gerador, bases de cálculos e contribuintes devem ser discutidas por meio de lei complementar, conforme o disposto pelo art. 146, III, alínea a, da CF, *in verbis*:[10]

> Art. 146. Cabe à lei complementar:
>
> III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
>
> a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

Imperioso salientar que é no âmbito político que aparecem as primeiras entraves acerca da não instituição e, uma delas relaciona-se ao fato do IGF estar muito bem representado no parlamento, havendo em síntese uma determinada inibição de qualquer iniciativa por parte dos parlamentares para a criação desse imposto.

Outro argumento utilizado para não instituição desse tributo, refere-se ao plano de validade, como sabido a criação do IGF não possui aplicabilidade imediata, ela deve obedecer parâmetros legais para a sua vigência, dentre os quais tem-se a aplicação do princípio da anterioridade, ou seja, se eventualmente o IGF fosse instituído em agosto de 2020 só passaria a ter validade no ano de 2021, isto porque, deverá respeitar o prazo de 90 dias após a publicação (anterioridade nonagesimal), bem como a virada do exercício fiscal, que passaria a ocorrer em 1º de janeiro do ano seguinte.

E considerando o caráter emergencial da crise de COVID-19, no qual depende instantaneamente de recursos financeiros, o IGF não seria uma saída urgente para a obtenção de efeitos para mitigar os problemas econômicos, visto que sua aplicabilidade incide a longo prazo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além desse fator, para alguns doutrinadores, após a criação do referido tributo os detentores das grandes fortunas tenderiam a deixar o país, sendo a eles assegurado, ainda, tempo suficiente para ir embora, o que poderia gerar certo desequilíbrio econômico no país.

Outra questão levantada, toca à estrutura fiscal, segundo o qual o Estado depreenderia de muitos recursos financeiros para assegurar a fiscalização do referido tributo, tendo por finalidade evitar a prática de fraudes e sonegações pelos eventuais contribuintes.

Como mencionado é perceptível que a questão da instituição ou não do IGF vai muito além de todas as entraves narradas, paira sobre o mínimo de justiça fiscal que se espera do Estado Democrático de Direito, afinal o próprio texto constitucional cuidou para assegurar tal premissa quando da redação do art. 145, §1°, da Constituição Federal ao considerar:[11]

> Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (Constituição Federal, 1988)

Essa clássica definição do princípio da capacidade contributiva corresponde a máxima de que os ricos devem pagar mais impostos do que os pobres, vejamos o posicionamento de Alexandre Mazza, sob o qual cita "trata-se de um comando dirigido ao legislador determinando que os impostos deverão ser cobrados de modo a subtrair progressivamente mais riqueza dos contribuinte segundo o potencial econômico de cada um."(MAZZA, 2017, p. 202).

Dessa forma, conclui-se que por traz do imbróglio entre a instituição ou não do IGF haverão ainda muitas discussões de cunho social e político e, em que pese a crise desencadeada pela COVID-19, a instituição desse tributo parece caminhar a passos largos.

Embora esses autores tenham a concepção de que o IGF não possua aplicabilidade imediata à atual situação de calamidade no país, importante lembrar que a pandemia do novo coronavírus tem se estendido em vários aspectos tanto econômicos e sociais, o que torna impossível projetar o que virá, assim ainda que o IGF, atualmente, não tenha o condão de resolver todos os problemas financeiros do Brasil, poderia ser para nós um suspiro de alívio, principalmente no pós-covid.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.2 Empréstimo compulsório

Uma das alternativas previstas na Constituição para atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública é a instituição de empréstimo compulsório, por meio de Lei Complementar, consoante o art. 148, inciso I da Constituição. Nessa hipótese, a destinação social dos recursos provenientes do tributo deve ser vinculada à despesa que justificou sua implementação, devendo a Lei Complementar fixar o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate.

> Art. 148. A **União**, mediante lei complementar, poderá instituir **Empréstimos Compulsórios**:
>
> I – **para atender a despesas extraordinárias**, **decorrentes de calamidade pública**, de guerra externa ou sua iminência;
>
> II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".
>
> **Parágrafo único.** A **aplicação dos recursos** provenientes de empréstimo compulsório será **vinculada à despesa que fundamentou** sua instituição.

Pois bem, diante do cenário atual, há tanto o requisito de "despesas extraordinárias" como o "estado de calamidade pública", que justificam a instituição do referido imposto, nos termos do citado artigo.

Além disso, quando comparado ao IGF, verifica-se, pelo menos no plano prático, que o empréstimo compulsório possui maior viabilidade na sua aplicação, vez que não precisa respeitar os princípios da anterioridade anual e nonagesimal, o que significa que ele poderá ser exigido no dia seguinte ao da sua instituição, satisfazendo a necessidade de urgência de arrecadação.

Ademais, um empréstimo compulsório não estaria preso aos limites semânticos da expressão "grandes fortunas" constante do art. 153, VII, da CF/88, pois como não há fatos geradores previamente estabelecidos para ele no texto constitucional, o imposto poderia alcançar, a priori, também "médias e pequenas fortunas", desde que respeitadas as demais disposições constitucionais.

Ainda, como terceiro argumento que coloca o empréstimo compulsório como medida mais favorável ao IGF, é o disposto no parágrafo único do artigo 148 da CF/88, que visa impedir o desvio dos recursos arrecadados com a exação, ou seja,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

por serem vinculados a despesa que o fundamentou, só poderão ser usados no enfrentamento da pandemia.

Por sua vez, cumpre frisar que, analogamente ao IGF, a instituição de empréstimo compulsório só poderá ser realizada por meio de Lei Complementar. Não poderia por expressa vedação constitucional, a edição de Medidas Provisórias e Leis Delegadas que versem sobre matérias reservadas à Lei Complementar (art. 62 e 68 da CF/88).

Atualmente, está em discussão no Congresso Nacional o PLP 34/2020[12], de autoria do Deputado Wellington Roberto, que institui empréstimo compulsório para atender às despesas causada pela crise do Coronavírus.

A proposta visa tributar pessoas jurídicas domiciliadas no país com patrimônio líquido igual ou superior a R$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) na data de publicação da Lei Complementar, conforme o último demonstrativo contábil. o Empréstimo seria de até 10% do lucro líquido apurado nos doze meses anteriores à publicação da Lei.

Entretanto, um empréstimo compulsório nos moldes apresentados não nos parece ser o mais adequado, pelo fato de apresentar alguns vícios que o tornam inconstitucionais, como por exemplo, alcançar fatos geradores ocorridos antes da vigência da Lei que vier a instituí-lo, violando assim o princípio da irretroatividade disposto no artigo 150, III, "a" da Constituição.

De todo modo, a instituição de um empréstimo compulsório, pela menos na sua forma, apresenta se como uma solução mais tangível e de maiores resultados face aos danos econômicos causados pela pandemia, mas desde que respeitados os ditames constitucionais para a exação.

4 CONCLUSÃO

Como se demonstrou ao longo do presente estudo, as medidas adotadas até agora pelo governo brasileiro, embora apresentem-se juridicamente legais no que tange a sua forma, ainda são tímidas face à dimensão dos problemas econômicos e sociais causados pela pandemia.

Ainda existem providências que apesar de poucas expressivas, poderiam ser eficazes. É urgente e necessário que o Poder Público empregue todos os instrumentos tributários de que dispõe para a preservação dos empregos e manutenção da atividade econômica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quanto às medidas que envolvam a criação de novas incidências tributárias, restou demonstrado que a tributação de grandes fortunas, em que pese ser o caminho adequado para a chamada "justiça fiscal", não atende a necessidade de urgência que vivenciamos, vez que o imposto não poderia ser cobrado de imediato, devendo respeitar prazo definido em Lei para a sua vigência.

Ademais, também vimos que há outras incertezas acerca da instituição do IGF, tais como a possibilidade de os sujeitos passivos da exação, ou seja, os grandes milionários, evadirem-se do país com as suas riquezas, o que diminuiria o PIB nacional, tornando-o país mais pobre.

Por sua vez, o Empréstimo Compulsório apresenta-se como o tributo mais adequado para o momento e seu objetivo é justamente ser instituído em cenários como o atual. Entretanto, até o momento não houve proposta para a instituição deste imposto que se adeque perfeitamente aos parâmetros constitucionais dispostos para a referida exação.

De todo modo, não há modelo ou roteiro definidos para enfrentar os efeitos econômicos e sociais da crise que vivemos. A certeza é que as decisões políticas tomadas agora determinarão o futuro do país pelos próximos anos, e que, de fato, o direito tributário tem um papel de extrema relevância a desempenhar.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário.** 11º ed., revista atualizada e amplificada. - Salvador - Ed. Juspodivm, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02 de agosto de 2020.

BRASIL. **Lei Complementar n° 123 de 14 de dezembro de 2006**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm> Acesso em 02 de agosto de 2020. Acesso em 02 de agosto de 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei (complementar) do Senado n° 139 de 2017**. Disponível em < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121420> Acesso em 02 de agosto de 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei (complementar) do Senado n° 183 de 2019**. Disponível em < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137929> Acesso em 02 de agosto de 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei (complementar) do Senado n° 38 de 2020**. Disponível em < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141181> Acesso em 02 de agosto de 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei (complementar) do Senado n° 50 de 2020**. Disponível em < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141223> Acesso em 02 de agosto de 2020.

BRASIL. **Medida Provisória n° 927 de 22 de março de 2020**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm> Acesso em 02 de agosto de 2020.

Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.in.gov.br/web/guest/inicio. Acesso em 31 de julho de 2020.

Diário Oficial da União. Decreto n° 10.395, de 01 de abril de 2020. Disponível em: **Diário Oficial da União**. Disponível em: < https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-139-de-3-de-abril-de-2020-251138204> Acesso em 02 de agosto de 2020.

Diário Oficial da União. Portaria n° 139 de 01 de abril de 2020. Disponível em: < https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-139-de-3-de-abril-de-2020-251138204> Acesso em 02 de agosto de 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. 5º ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

Medidas na Área Tributária para Enfrentar a Crise Criada Pelo Coronavírus. Site Jurídico Escritório Tozzini Freire Advogados - Notícias, Artigos e Boletins. São Paulo, abril. 2020. Disponível em < https://tozzinifreire.com.br/boletins/covid-19tributario-medidas-na-area-tributaria. > Acesso em 02 de agosto de 2020.

Perfil da Administração Pública –Receita Federal. O que é o Simples Nacional? Brasília. Disponível em<http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Documentos/Pagina.aspx?id=3 > Acesso em 02 de agosto de 2020.

OECD. **Tax and fiscal policy in response to the Coronavirus crisis: Strengthening confidence and resilience**. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience-60f640a8/>. Acesso em 31/07/2020.

Site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2241701>. Acesso em: 03/08/2020.

Site do Governo Federal. Ministério da Economia. Disponível em: < https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/abril/mais-141-produtos-para-combate-a-pandemia-tem-imposto-de-importacao-zerado>. Acesso em: 02/08/2020.

Sistema Normas Gestão de Informação. Acompanhamento diário da Legislação atualizada da RFB. < Disponível: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta.action?facetsExistentes=&orgaosSelecionados=PGFN&tiposAtosSelecionados=57%3B+81&lblTiposAtosSelecionados=Port.%3B+PC&ordemColuna=&ordemDirecao=&tipoConsulta=formulario&tipoAtoFacet=&siglaOrgaoFacet=&anoAtoFacet=&termoBusca=portaria+Conjunta+555&numero_ato=&tipoData=2&dt_inicio=23%2F03%2F2020&dt_fim=&ano_ato=&x=0&y=0 >. Acesso em: 02/08/2020.

NOTAS:

[1] Acadêmica em Direito pelo Centro Universitário UNA. Email: senacouto295@gmail.com

[2] RICARDO, Alexandre. Direito Tributário. Bahia: Juspodivm, 2017.

[3] RICARDO, Alexandre. Direito Tributário. Bahia: Juspodivm, 2017.

[4] ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário.** 11º ed., revista atualizada e amplificada. - Salvador - Ed. Juspodivm, 2017. P. 330.

[5] ALEXANDRE, Ricardo. 2017. P. 330.

[6] **Sistema Normas Gestão de Informação.** Acompanhamento diário da Legislação atualizada da RFB. Disponível:http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/consulta.action?facetsExistentes=&orgaosSelecionados=PGFN&tiposAtosSelecionados=57%3B+81&lblTiposAtosSelecionados=Port.%3B+PC&ordemColuna=&ordemDirecao=&tipoConsulta=formulario&tipoAtoFacet=&siglaOrgaoFacet=&anoAtoFacet=&termoBusca=portaria+Conjunta+555&numero_ato=&tipoData=2&dt_inicio=23%2F03%2F2020&dt_fim=&ano_ato=&x=0&y=0. Acesso em: 02/08/2020.

[7] MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. 5º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, P. 636.

[8] ALEXANDRE, Ricardo. 2017. p. 640.

[9] **Site do Governo Federal**. Ministério da Economia. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/abril/mais-141-produtos-para-combate-a-pandemia-tem-imposto-de-importacao-zerado. Acesso em: 02/08/2020.

[10] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 04 de agosto de 2020.

[11] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 04 de agosto de 2020.

[12]Site da Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2241701. Acesso em: 03/08/2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO À MORTE DIGNA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

MARIANA SÁ LEITÃO DE MEIRA LINS:
Pós-graduada em direito público, Procuradora da Fazenda Nacional.

RESUMO: O direito à morte digna é um dos temas mais controversos no âmbito jurídico. Com o avanço da ciência, novas descobertas da medicina permitiram que a vida humana seja prolongada mesmo em casos de doenças que levem o ser humano a um estado vegetal permanente. Nessas situações, entretanto, a vida humana é transmudada e perde todas as características que lhe são inerentes, tais como o prazer, a plenitude e a dignidade. Com isso, muito se questiona se o prolongamento inútil da vida, mediante tratamentos médicos extraordinários e fúteis, que não tem o condão de curar a enfermidade do paciente, mas apenas adiar a sua morte, estão de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Defende-se que o princípio da autonomia do indivíduo deve prevalecer e permitir que o homem decida o momento em que viver não vale mais a pena, quando a antecipação da morte será o procedimento mais condizente com a sua condição humana. A morte digna perante o cenário jurídico nacional será o tema abordado no presente estudo que, sem pretender exaurir o assunto, analisará os argumentos favoráveis e contrários à eutanásia, bem como o cenário internacional, para em seguida apresentar a conclusão que se entende mais acertada.

Palavras-chave: Morte digna. Eutanásia. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The right to a dignified death is one of the most controversial legal issues. With the advancement of science, new discoveries in medicine have allowed human life to be prolonged even in cases of diseases that lead humans to a permanent plant state. In these situations, however, human life is transmuted and loses all the characteristics that are inherent to it, such as pleasure, fullness and dignity. This raises the question of whether the useless prolongation of life, by means of extraordinary and futile medical treatments, which does not have the capacity to cure the patient's illness, but rather to postpone his death, are in accordance with the principle of the dignity of the human person. It is argued that the principle of the autonomy of the individual must prevail and allow man to decide the moment in which life is not worth more, when the anticipation of death will be the procedure most appropriate to his human condition. A dignified death in the face of the national legal scenario will be the theme addressed in this study, which will, without wishing to exhaust the subject, analyze the arguments favorable to and against euthanasia, as well as the international scenario, and then present the conclusion that is considered most correct.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Keywords: Worthy death. Euthanasia. Dignity of human person.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceitos. 2.1. Eutanásia. 2.2. Distanásia. 2.3. Ortotanásia e cuidados paliativos. 2.4. Suicídio assistido. 3. Argumentos favoráveis. 4. Argumentos contrários. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O avanço da ciência e da tecnologia proporcionaram à medicina a possibilidade de prolongar a vida humana. Com o descobrimento de medicamentos e tratamentos inéditos, diversas doenças que acometeram a humanidade passaram a ser controladas e, em muitos casos, evitadas. É o caso, por exemplo, da difteria, que, antes da era das vacinas, foi uma das doenças mais temidas pela humanidade. Em outras situações, contudo, a cura ainda não foi descoberta, tal como ocorre com o câncer.

Nessas hipóteses, em a cura para a enfermidade ainda não foi descoberta, a medicina tem atuado no sentido de atenuar os efeitos da doença e, consequentemente, prolongar a vida do paciente. Ocorre, entretanto, que em algumas situações os tratamentos não têm o condão de trazer a cura, mas apenas prolongar a existência do paciente, muitas vezes ao custo de desconfortos e dores a que o ser humano não deveria ser submetido.

Dessa forma, é necessário que haja uma análise crítica sobre tratamentos médicos desproporcionais que geram um prolongamento inútil da vida, quando não há a possibilidade de cura do paciente em estado terminal ou vegetativo persistente. Há de se questionar: até que ponto são válidos os esforços para a manutenção de uma subvida?

É diante desse cenário que surge o debate acerca da morte digna. Questiona-se sobre a possibilidade de o indivíduo dispor da própria vida, decidindo pelo momento em que abrirá mão do direito de viver e escolherá a morte ao invés de um prolongamento sofrido de uma vida que não é mais digna de ser vivida.

Para alcançar a morte digna, os principais processos utilizados na atualidade são a eutanásia e o suicídio assistido, que têm como finalidade provocar a antecipação do término da vida. Tais praticas, entretanto, são criminalizadas em diversos países, tal como no Brasil e em Portugal, mas permitidas em outros, a exemplo da Holanda e da Bélgica.

Assim, o presente estudo terá como objetivo analisar as correntes favoráveis e contrárias ao direito à morte digna, esmiuçando-se os argumentos mais recorrentes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

nessa seara. Para tanto, incialmente serão apresentados os conceitos relacionados ao tema da morte digna, tais como: eutanásia, distanásia, ortotanásia, cuidados paliativos e suicídio assisto. Na sequência, adentraremos na análise dos argumentos favoráveis à eutanásia, para depois verificar os argumentos contrários e, por fim, apresentar a conclusão que entendemos cabível.

É necessário destacar, contudo, que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar o tema, que é dos mais complexos na atualidade do direito, mas tão somente avaliar os principais argumentos que se apresentam no cenário nacional, bem como apresentar como o tema tem sido tratado no âmbito externo, para que assim o debate possa ser fomentado.

2 CONCEITOS

Antes de adentrar no exame dos argumentos contrários e favoráveis à prática da eutanásia, é importante esclarecer alguns conceitos relacionados à "intervenção" na morte. Com efeito, algumas práticas conhecidas nesse meio são: eutanásia, distanásia, ortotanásia, cuidados paliativos e suicídio assistido.

2.1 Eutanásia

O termo eutanásia foi proposto por Francis Bacon em 1623, e deriva do grego *eu* (bom) *thanatos* (morte), significando, assim, uma boa morte. Consoante dispõe Claus Roxin[1], a eutanásia pode ser conceituada nos seguintes termos:

> Por eutanasia se entiende la ayuda prestada a una persona gravemente enferma, por su deseo o por lo menos en atención a su voluntad presunta, para posibilitarle una muerte humanamente digna en correspondencia con sus propias convicciones.

É importante ter em mente que a eutanásia consiste em um morte provocada, na qual um terceiro presta auxílio para antecipar a morte de um paciente que a solicita.

A eutanásia pode ser diferenciada entre as formas ativa e passiva. Na eutanásia ativa o médico intervém para que a morte do paciente seja antecipada por meio da administração de medicamentos, enquanto que na passiva os tratamentos que mantêm o paciente vivo são interrompidos. Nesse sentido, esclarece Luiz Regis Prado[2]:

> Na eutanásia ativa há uma ação realizada por terceiro no sentido de retirar a vida do enfermo, nesse caso são utilizados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> medicamentos controlados, overdoses e injeções letais. Na eutanásia passiva ocorre a interrupção dos tratamentos até então empregados no paciente.

No presente estudo consideraremos a eutanásia na forma ativa, já que a eutanásia passiva se confunde com o procedimento da ortotanásia.

Outra classificação que se encontra na doutrina diz respeito à eutanásia estrita e ampla. A eutanásia de forma estrita se caracteriza quando o auxílio é prestado no momento em que o paciente já está em processo de morte, de modo que com ou sem a ajuda de um terceiro a morte do paciente ocorrerá. A eutanásia de forma ampla, por outro lado, se caracteriza pela ajuda prestada para pôr fim à vida de uma pessoa que não está em processo de morte, porém a vida se mostra insuportável diante da existência de uma enfermidade. Nesse último caso, sem a realização da eutanásia o paciente ainda poderia viver por um determinado período.

Atualmente, no cenário jurídico nacional, a eutanásia não é permitida. A prática da eutanásia não encontra tipificação penal própria, mas é aplicável, no caso, a penalidade prevista para o crime de homicídio (art. 121 do Código Penal).

Caso o paciente submetido à eutanásia esteja acometido de grave sofrimento, há espaço para que seja aplicada a atenuante prevista no § 1º do mencionado art. 121, de acordo com o qual "Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.".

Conforme será exposto ao longo do presente trabalho, a prática da eutanásia é tema dos mais controversos, existindo diversos argumentos contra e a favor. Do mesmo modo, em alguns países a prática da eutanásia é legítima e se encontra regulamentada, enquanto que em outros a prática continua sendo vedada. O fato é que o assunto está em voga e há um grande interesse da sociedade sobre o tema.

2.2 Distanásia

De forma oposta à eutanásia, na distanásia se busca o prolongamento máximo da vida. Nesse modelo, emprega-se todos os meios disponíveis na medicina para impedir a morte do paciente, não importando os "custos" do procedimento para o paciente, que pode ser acometido por fortes dores e sofrimentos. Aqui não é determinante se os procedimentos podem proporcionar benefícios ao paciente, ou se são aptos a promover a cura da enfermidade. Na prática da distanásia o fator

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fundamental é impedir a morte e prolongar a vida, mesmo que seja uma vida sem qualidade.

Conforme asseverado por Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel[3], a distanásia está associada aos conceitos de "obstinação terapêutica" e "tratamento fútil", que consistem em procedimentos de prolongamento do processo de morrer. Nesse sentido:

> A obstinação terapêutica e o tratamento fútil estão associados à distanásia. Alguns autores tratam-nos, inclusive, como sinônimos. A primeira consiste no comportamento médico de combater a morte de todas as formas, como se fosse possível curá-la, em *"uma luta desenfreada e (ir)racional"*, sem que se tenha em conta os padecimentos e os custos humanos gerados. O segundo refere-se ao emprego de técnicas e métodos extraordinários e desproporcionais de tratamento, incapazes de ensejar a melhora ou a cura, mas hábeis a prolongar a vida, ainda que agravando sofrimentos, de forma tal que os benefícios previsíveis são muito inferiores aos danos causados.

Em suma, enquanto na eutanásia se busca preservar a "qualidade" da vida e da morte, na distanásia a "quantidade" de vida é o fator preponderante.

2.3 Ortotanásia e cuidados paliativos

A ortotanásia se distingue dos dois conceitos anteriores na medida em que não busca antecipar ou prolongar o evento morte. Trata-se da situação em que a morte do paciente ocorre no seu tempo, de forma natural. Aqui não há a submissão do paciente a tratamentos médicos que têm por fim prorrogar o processo de terminação da vida.

Para melhor elucidar o conceito, cumpre a transcrição do seguinte excerto da obra "Da eutanásia ao prolongamento artificial – aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do fim de vida" de autoria da Defensora Pública Federal Maria Elisa Villas-Bôas[4]:

> A ortotanásia tem seu nome proveniente dos radicais gregos: *orthos* (reto, correto) e *thanatos* (morte). Indica, então, a morte a seu tempo, a morte no tempo correto, nem antes nem depois da hora. Na ortotanásia, o médico não interfere no momento do desfecho letal, nem para antecipá-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> lo nem para adiá-lo. Diz-se que não há encurtamento do período vital, uma vez que este já se encontra em inevitável esgotamento. Tampouco se recorrem a medidas que, sem terem o condão de reverter o quadro terminal, apenas resultariam em prolongar o processo de sofrer e morrer para o paciente e sua família. Mantêm-se os cuidados básicos.

Associado à ortotanásia, os cuidados paliativos são empregados a fim de aliviar a dor e o sofrimento do paciente, buscando garantir-lhe qualidade de vida sem que haja a intenção de alterar o curso do evento morte. Trata-se, assim, de utilizar os recursos disponíveis na ciência e na tecnologia para garantir ao paciente o máximo de qualidade de vida nos seus últimos dias.

É possível, entretanto, que de forma reflexa os cuidados paliativos antecipem a morte de paciente, em virtude dos efeitos de algumas substâncias utilizadas para aliviar a dor e o sofrimento do enfermo. Nesse caso, entretanto, não há que se confundir a interferência no evento morte com o conceito da eutanásia, pois, conforme já explanado, na prática da eutanásia o terceiro que participa do procedimento age de forma deliberada e intencional para provocar a morte do paciente.

Cumpre esclarecer que, no Brasil, a ortotanásia é uma prática aceita, vez que o Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, no parágrafo único do art. 41, dispõe:

> Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

No mesmo sentido, no Estado de São Paulo o assunto está regulamentado na Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999, popularmente conhecida como Lei Covas, que, no artigo 2º, inciso XXIII, prevê como um direito do usuário dos serviços de saúde no Estado de São Paulo: "recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida".

2.4 Suicídio assistido

O suicídio assistido, por sua vez, ocorre quando a retirada da vida ocorre com o auxílio ou a assistência de terceiros, mas o ato que ocasiona a morte provém

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

daquele que põe fim à própria vida. Nesse caso, o terceiro ajuda por meio de prestação de informações ou disponibilização dos meios necessários para que o suicídio ocorra.

Ao lado da eutanásia, o suicídio assistido é o tipo de procedimento que tem a finalidade de antecipar a morte do paciente por meio de uma conduta ativa.

Há que se diferenciar, contudo, o suicídio assistido do suicídio induzido, pois naquele o desejo de morrer e de praticar o suicídio parte do próprio paciente, enquanto que no suicídio induzido o paciente é coagido a retirar a própria vida.

O Código Penal tipifica o suicídio assistido no artigo 122, ao dispor como crime punível com reclusão o ato de "induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça".

3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

A busca pela morte digna está intrinsecamente relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana. Consoante exposto, por meio de procedimentos como a eutanásia e o suicídio assistido, pacientes em estado terminal ou em estado vegetativo permanente buscam pôr fim a uma vida que não se considera mais diga, vez que repleta de sofrimentos e angústias cuja cura ainda não se encontra no poder do homem.

Diante desse cenário, considera-se que a submissão do ser humano a subsequentes procedimentos médicos que têm como única finalidade o adiamento da morte, sem chances de cura ou até mesmo de alívio dos sintomas penosos, vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois, nesses casos, o homem não estaria no gozo de uma vida plena, mas sim de uma subvida.

Nesse contexto, tem-se que a Constituição Federal de 1988 alça o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o qual deve servir como prisma para a interpretação de todas as normas infraconstitucionais. Ao tratar da função do princípio da dignidade da pessoa humana perante a Carta Magna e o ordenamento jurídico brasileiro, o professor Ingo Wolfgang Sarlet[5] assevera:

> Nesse passo, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que esse serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normais constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna – acaba por servir de referencial inarredável no âmbito da indispensável hierarquização axiológica inerente ao processo hermenêutico-sistemático, não esquecendo – e aqui adotamos a preciosa lição de Juarez Freitas – que toda a interpretação ou é sistemática ou não é interpretação.

No âmbito da jurisprudência dos tribunais pátrios, é recorrente a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento normativo para a garantia de direitos fundamentais dos cidadãos, conforme se constata de decisão proferida no Supremo Tribunal Federal, quando se discutiu o direito à união homoafetiva no julgamento do Recurso Extraordinário nº 477554[6]:

> (...)
>
> DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivação desse princípio no plano do direito comparado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> (...)
>
> (RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287 RTJ VOL-00220-01 PP-00572)

Questiona-se, portanto: assim como tem direito a uma vida digna, não teria o ser humano o direito a uma morte digna? Ademais, o prolongamento de uma vida inútil, repleta de sofrimentos, não iria de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana?

Na medida em que a vida deixa de ser digna e prazerosa, em virtude de enfermidades cuja cura ainda não é do conhecimento do homem, parecer ir de encontro ao princípio da dignidade "obrigar" o paciente a se submeter a tratamentos que não aliviam a sua agonia, tolhendo-lhe a sua autonomia em decidir pôr fim à própria vida.

Aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana, verifica-se que a Carta Magna, no *caput* do art. 5º, garante a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país a liberdade, da qual não se pode afastar a liberdade de ação e a autonomia da vontade.

Assim, sendo o homem livre para agir, desde que não interfira na órbita jurídica de terceiros, parecer estar dentro de suas competências (autonomia) decidir o momento em que o prolongamento da vida não é mais suportável. É nesse sentido a lição de Maria Helena Diniz[7]:

> O princípio da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo, com isso, a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento.

Por outro lado, deve-se destacar que o inciso III, do mencionado art. 5º, da CF/88, assegura que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Logo, não seria o prolongamento artificial da vida, em algumas situações, verdadeiro tratamento degradante, equiparável à tortura?

A medicina não pode submeter o ser humano a experiências médicas com o fim de descobrir novos métodos e medicamentos, levando o paciente a uma situação

de “cobaia”, em que os estudos médicos prevalecem diante da dignidade da pessoa humana.

São esses, portanto, os principais pontos que sustentam a legitimidade da prática da eutanásia: a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, aliados à vedação de tortura prevista no art. 5º, III, da CF/88.

Conforme já destacado, encontram-se no cenário internacional diversos países que já legitimaram a prática da eutanásia ou do suicídio assistido.

A Holanda foi o primeiro país a legalizar a prática da eutanásia, tendo sido seguida pela Bélgica. A Bélgica, inclusive, dispõe de uma legislação mais flexível do que a Holanda, na medida em que permite a prática na eutanásia para pessoas em qualquer idade, inclusive menores de 18 anos. Ainda no âmbito dos países europeus, recentemente, em 26/06/2018, o Parlamento espanhol também legalizou a prática da eutanásia[8].

Na Suíça e na Alemanha, por outro lado, não há permissão legal para a prática da eutanásia, mas se permite o suicídio assistido.

Na América do Sul, a Colômbia conta com decisões judiciais que, desde 1997, permitem a prática do chamado suicídio piedoso. De forma semelhante, no Uruguai, o Código Penal, no artigo 37, permite que os juízes isentem de pena aquele que comete o suicídio piedoso.

4 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Os partidários da corrente contrária à realização da eutanásia também buscam fundamentos constitucionais para a defesa da tese. Sustentam que o *caput* do art. 5º, da CF/88, estabeleceu que a vida é um direito inviolável, de forma que cabe ao Estado não apenas assegurar a vida, como também tutelar o referido direito. Nesse sentido, esclarecem Barroso e Martel[9]:

> O principal argumento contrário a qualquer hipótese de morte com intervenção decorre da compreensão do direto à vida como um direito fundamental absoluto. No Brasil, essa valorização máxima da vida biológica e do modelo biomédico intensivista e interventor tem sua origem em algumas doutrinas morais mais abrangentes, muitas de cunho religioso, que penetram na interpretação jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, embora seja um direito de todos, não seria dado ao indivíduo dispor da própria vida, já que a Constituição preceitua que esse é um direito inviolável e absoluto. A proteção constitucional, no caso, seria tamanha que impediria o próprio vivente de dispor da sua vida.

Diante desse contexto, o Código Penal brasileiro tipificou de forma expressa o auxílio ao suicídio, ao prescrever, no artigo 122:

> **Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio**
>
> Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:
>
> Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.
>
> Parágrafo único - A pena é duplicada:
>
> **Aumento de pena**
>
> I - se o crime é praticado por motivo egoístico;
>
> II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

De forma mais grave, a legislação tipifica a prática da eutanásia no crime de homicídio, considerando-se que a conduta do médico que, atendendo ao desejo do paciente, antecipa a morte desse, pratica o crime descrito no *caput* do art. 122 do Código Penal, que pune com reclusão de seis a vinte anos aquele que mata outrem. O que pode incidir, no caso, é a atenuante disciplinada no § 1º do predito dispositivo que dispõe ser a pena passível de redução de um sexto a um terço nos casos em que "o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima".

Além dos fundamentos de ordem constitucional, são apresentados argumentos de ordem prática. Defende-se que, com a legalização da eutanásia, a vida pode vir a ser banalizada e abrir espaço para atrocidades semelhantes àquelas que marcaram o período da Alemanha nazista, em que os doentes e deficientes foram executados sem qualquer autonomia de vontade, por meio de eutanásia não voluntária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Uma vez que a eutanásia passa a ser permitida, abre-se a possibilidade de que homicídios sejam praticados sob o fundamento médico, quando, na realidade, os pressupostos caracterizadores da morte digna não estão preenchidos.

De outro lado, diante do estado de agonia em que o paciente se encontra, seria questionável a sua sanidade mental para decidir sobre o término da vida, o que colocaria em cheque a imparcialidade da sua autonomia de vontade. Assim, questiona-se: um paciente submetido a fortes dores e sofrimentos teria o discernimento necessário para decidir o momento adequado para morrer?

Alega-se que, nesses casos, a família do paciente poderia exercer grande influência na tomada da decisão e, por motivos egoísticos (livrar-se do fardo), direcionar a deliberação do enfermo pela prática da eutanásia. Nesse sentido, o portal de notícias "DW – Made for minds"[10] noticiou que um asilo na Alemanha se converteu em abrigo para idosos que fogem da Holanda com medo de serem vítimas de eutanásia a pedido da família. De acordo com a notícia, em 41% dos casos de eutanásia praticados na Holanda o desejo de antecipar a morte do paciente partiu da família. A saber:

> O novo asilo na cidade alemã de Bocholt, perto da fronteira com a Holanda, foi ao encontro do desejo de muitos holandeses temerosos de que a própria família autorize a antecipação de sua morte. Eles se sentem seguros na Alemanha, onde a eutanásia tornou-se tabu depois que os nazistas a praticaram em larga escala, na Segunda Guerra Mundial, contra deficientes físicos e mentais e outras pessoas que consideravam indignas de viver.
>
> (...)
>
> Estudo justifica temores – Uma análise feita pela Universidade de Göttingen de sete mil casos de eutanásia praticados na Holanda justifica o medo de idosos de terem a sua vida abreviada a pedido de familiares. Em 41% destes casos, o desejo de antecipar a morte do paciente foi da sua família. 14% das vítimas eram totalmente conscientes e capacitados até para responder por eventuais crimes na Justiça.

Outro argumento apresentado por aqueles contrários ao abreviamento da vida está no fato de que a prática da eutanásia pode vir a reduzir os investimentos na área da saúde, pois "não valeria a pena" o dispêndio de tempo e recursos na pesquisa e descoberta de novos tratamentos paliativos, se o paciente acometido por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

uma doença terminal pode ter a vida retirada por meio da eutanásia. Igualmente, poderia haver uma maior pressão social, principalmente dos planos de saúde, pela prática da eutanásia ao invés do tratamento de pacientes em estado terminal, já que os custos desses tratamentos são de elevada monta.

Imagine-se a situação vivida atualmente no Brasil, em que os hospitais públicos não dispõe de leitos suficientes para a toda a população. Dado o momento em que doentes terminais, cuja recuperação já não é uma possibilidade, estão "ocupando" espaço que poderia ser destinado a doentes que têm um quadro de saúde mais favorável à recuperação, não haveria uma pressão sobre os médicos para antecipar a morte daqueles doentes terminais e liberar espaço nos hospitais públicos?

Nesse sentido, mesmo sendo a eutanásia criminalmente condenável no Brasil, há notícias que relatam a prática nos hospitais públicos brasileiros, conforme se constata de matéria veiculada pelo jornal Folha de São Paulo em 20/02/2005[11]:

> 20/02/2005 - 09h03
>
> **Médicos revelam que eutanásia é prática habitual em UTIs do país**
>
> CLÁUDIA COLLUCCI
>
> FABIANE LEITE
>
> da Folha de S.Paulo
>
> ANTÔNIO GOIS
>
> da Folha de S.Paulo, no Rio
>
> Apesar de ilegal, a eutanásia --apressar, sem dor ou sofrimento, a morte de um doente incurável-- é ato freqüente e, muitas vezes, pouco discutido nas UTIs de hospitais brasileiros. **Dezesseis médicos ouvidos pela Folha confirmam que hoje o procedimento é comum e vêem a eutanásia como abreviação do sofrimento do doente e da sua família.**
>
> Entre eles, **há quem admita razões mais práticas, como a necessidade de vaga na UTI para alguém com chances de**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sobrevivência, ou a pressão, na medicina privada, para diminuir custos.

Além disso, não se pode deixar de lado o argumento de que, diante da evolução da medicina, uma doença que hoje não tem a cura conhecida, pode ser solucionada logo após a prática da eutanásia, de forma que o paciente cuja vida foi retirada poderia receber o devido tratamento e voltar a gozar de uma vida sadia. Sendo a eutanásia um processo irreversível, a sua prática não seria prudente.

No que concerne à ética dos médicos na prática da eutanásia, argumenta-se que tal conduta vai de encontro ao juramento de Hipócrates, de acordo com o qual o profissional da medicina faz o juramento de que "A ninguém darei por comprazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva.".

Por derradeiro, o Código de Ética do Conselho Federal de Medicina, no artigo 41, estabelece de forma expressa que é vedado ao médico: "Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal."

Ressalta-se que, recentemente, em maio de 2018, o Parlamento Português rejeitou quatro projetos de leis que buscavam legalizar a prática da eutanásia, tendo o resultado sido fortemente comemorado pelos representantes da igreja católica.

5 CONCLUSÃO

A razão da controvérsia que envolve o tema da eutanásia está no valor que a vida representa. Trata-se, de fato, de um direito primeiro que merece tratamento especial. Sem a vida, não há que se falar em dignidade ou autonomia do indivíduo. Assim, primeiro se deve garantir o direito à vida, para depois buscar a dignidade que lhe inerente.

Há que se considerar, entretanto, que, nas situações em que a vida deixa de ser revestida das características que lhe são inerentes, o princípio da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade parecem servir de fundamento para autorizar que o indivíduo decida o rumo que pretende dar para a sua existência, podendo optar por uma morte digna.

Nessas situações, em que se está diante de uma doença grave, que coloca o homem em um estado terminal ou vegetativo permanente, em que a medicina desconhece a cura e não apresenta perspectivas de reversão do quadro clínico, a submissão do ser humano a procedimentos de distanásia, em que a única finalidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

está na extensão de uma vida sofrida e inútil, vai de encontro à vedação da prática de tortura e tratamentos degradantes.

Uma vez que preserva o curso natural da vida e envolve menos controvérsias, a ortotanásia, aliada aos cuidados paliativos, parece se adequar mais ao conceito de uma morte digna. Isto porque nesse caso o fim da vida não será antecipado ou adiado, ocorrerá de forma natural sem que o paciente seja submetido a procedimentos que lhe ocasionam mais desconfortos do que benefícios. As intervenções médicas, nessa hipótese, serão apenas aquelas necessárias para aliviar os sintomas de sofrimentos a que o paciente esteja passando.

Nesse sentido, verifica-se que a ortotanásia é o procedimento que encontra mais aceitação nas sociedades modernas, tal como ocorre no próprio Brasil, em que o Código de Ética do Conselho Federal de Medicina legitimou a prática de forma expressa.

Por outro lado, a eutanásia e o suicídio assistido devem ser encarados com cautela. De fato, o ordenamento constitucional brasileiro, que tem como princípios basilares a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, pode servir de fundamento à legalização das referidas condutas. Há de se considerar, contudo, os efeitos práticos que a referida legalização pode ensejar.

Conforme exposto, a redução dos investimentos nos cuidados paliativos, bem como a pressão da sociedade e dos planos de saúde pelos procedimentos mais econômicos, são realidades que não podem ser descartadas. Ademais, ao abrir espaço para que a morte seja provocada de forma legítima, abre-se a brecha para que a lei seja "burlada" e homicídios sejam praticados sob o manto da eutanásia.

Assim, há de se concluir que, para que a eutanásia e o suicídio assistido seja legalizados, é necessário que a cultura do país (onde se inclui a legislação e a fiscalização pelo Estado) esteja madura o suficiente para encarar a antecipação da morte como um procedimento médico natural.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. PANOPTICA (em reformulação), v. 5, n. 2, p. 69-104, 2010. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida. Acesso em 01 jul 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 477554 AgR. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgado em 16/08/2011. Disponível

em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000178392&base=baseAcordaos. Acesso em 30 jun 2018.

COLLUCCI, Cláudia; LEITE, Fabiane; GOIS, Antônio. Médicos revelam que eutanásia é prática habitual em UTIs do país. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 fev. 2005. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u105876.shtml. Acesso em 02 jul 2018

DINIZ. Maria Helena. O estado atual do biodireito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

IDOSOS fogem da Holanda com medo da Eutanásia. DW Made for minds. 15 dez. 2003. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/idosos-fogem-da-holanda-com-medo-da-eutan%C3%A1sia/a-1050812. Acesso em 02 jul 2018

PARLAMENTO espanhol aprova eutanásia com o voto contra do PP. Observador. 26 jun 2018. Disponível em: https://observador.pt/2018/06/26/parlamento-espanhol-aprova-eutanasia-com-o-voto-contra-do-pp/. Acesso em 04 jul 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial– arts. 121 a 249*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus et al. Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia. Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Editorial Comares, p. 1-38, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do fim da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NOTAS:

[1] ROXIN, Claus et al. Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia. Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Editorial Comares, p. 1-38, 2001.

[2]PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial– arts. 121 a 249*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 69

[3] BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. PANOPTICA (em reformulação), v.

5, n. 2, p. 69-104, 2010. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida

[4] VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do fim da vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 73

[5] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 80

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 477554 AgR. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgado em 16/08/2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000178392&base=baseAcordaos

[7] DINIZ. Maria Helena. O estado atual do biodireito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 16

[8] PARLAMENTO espanhol aprova eutanásia com o voto contra do PP. Observador. 26 jun 2018. Disponível em: https://observador.pt/2018/06/26/parlamento-espanhol-aprova-eutanasia-com-o-voto-contra-do-pp/.

[9] Ibid.

[10] IDOSOS fogem da Holanda com medo da Eutanásia. DW Made for minds. 15 dez. 2003. Disponível em: https://www.dw.com/pt-br/idosos-fogem-da-holanda-com-medo-da-eutan%C3%A1sia/a-1050812

[11] COLLUCCI, Cláudia; LEITE, Fabiane; GOIS, Antônio. Médicos revelam que eutanásia é prática habitual em UTIs do país. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 fev. 2005. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u105876.shtml

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

TAXAS INCONSTITUCIONAIS

MIRELA REIS CALDAS: Bacharel em Direito pela faculdade Imaculada Conceição do Recife - FICR. Pós-graduanda em Direito Tributário Municipal pelo IAJUF

1. Introdução

O Código Tributário Nacional – CTN, artigo 3°, conceitua o tributo como sendo "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

Assim, qualquer prestação pecuniária obrigatória que não seja multa, resultante de lei, cobrada com observância do princípio da legalidade, pode ser configurada como tributo, sendo a mais importante receita do Estado.

As taxas correspondem a uma das espécies de tributo classificado como receitas correntes na classificação das receitas públicas, sendo decorrentes do poder impositivo do ente público (HARADA, 2017).

Segundo a Constituição Federal – CF, art. 145, II e o Código Tributário Nacional, art. 77, todos os entes poderão instituir taxas em razão do exercício do poder de polícia ou pela efetiva ou potencial utilização de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua utilização.

Desse modo, concluímos pela existência de duas diferentes modalidades: taxa de polícia e taxa de serviços públicos.

Nessa linha, as taxas são tributos retributivos ou contraprestacionais (ALEXANDRE, 2020), assim, vinculadas a uma atividade estatal, não podem ser cobradas sem o poder de polícia ou serviço específico e divisível prestado ou posto à disposição do contribuinte.

O ente competente para instituir e cobrar a taxa é aquele que presta o serviço ou que exerce legitimamente o poder de polícia, não podendo cobrar sem tais pré-requisitos, isto é, as duas opções de atividades (FÉLIX; HENRIQUE, 2018).

Posto isso, a necessidade de arrecadar pode provocar em tributos cobrados sem a devida atenção legal. Recentes julgados a respeito de taxas inconstitucionais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mudaram rumos jurídicos e podem impactar em taxas consideradas atualmente como constitucionais.

Antes de analisar as ditas taxas inconstitucionais, faz-se relevante primeiramente diferenciar seus tipos.

2 Desenvolvimento

2.1 Da taxa de polícia

Na taxa de polícia, o fato gerador é o exercício regular do poder de polícia (atividade administrativa), fundamentado no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (ALEXANDRE, 2020).

O poder de polícia precisa ser regular, desempenhado em consonância com a lei, sem abuso ou desvio de poder. Além disso, não há necessidade de fiscalização *in loco* para concluir a efetividade do exercício. (FÉLIX; HENRIQUE, 2018).

O Supremo Tribunal Federal – STF já se manifestou nesse sentido, vejamos:

> *[...] 3. Suposta violação ao artigo 145, inciso II, da Constituição, ao fundamento de não existir comprovação do efetivo exercício do poder de polícia. [...] 5. A regularidade do exercício do poder de polícia é imprescindível para a cobrança da taxa de localização e fiscalização. 6. À luz da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal,* ***a existência do órgão administrativo não é condição para o reconhecimento da constitucionalidade da cobrança da taxa de localização e fiscalização, mas constitui um dos elementos admitidos para se inferir o efetivo exercício do poder de polícia, exigido constitucionalmente****. Precedentes. [...] 9.* ***É constitucional taxa de renovação de funcionamento e localização municipal, desde que efetivo o exercício do poder de polícia, demonstrado pela existência de órgão e estrutura competentes para o respectivo exercício****, tal como verificado na espécie quanto ao Município de Porto Velho/RO. [...] (RE 588322, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-04 PP-00885 RTJ VOL-00224-01 PP-00614 RIP v. 12, n. 63, 2010, p. 243-255 RT v. 99, n. 902, 2010, p. 149-157)*
>
> *(Grifos nossos)*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, o STF passou a enxergar constitucionalidade, nesta modalidade de taxa, quando apenas existir o exercício presumido do poder de polícia (NOVAIS, 2018).

2.2 Da taxa de serviços públicos

Na taxa cobrada em virtude da utilização de serviços públicos, o CTN diferencia serviço específico e divisível e utilização efetiva e potencial:

> *Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se:*
>
> *I – utilizados pelo contribuinte:*
>
> *a) **efetivamente**, quando por ele usufruídos a qualquer título;*
>
> *b) **potencialmente**, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa*
>
> *em efetivo funcionamento;*
>
> *II – **específicos**, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade*
>
> *públicas;*
>
> *III – **divisíveis**, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuário.*
>
> *(Grifos nossos)*

Podemos afirmar por "especificidade" a capacidade de identificar quais serviços públicos são prestados; por "divisibilidade", as pessoas que individualmente estariam usufruindo deles (NOVAIS, 2018). São requisitos cumulativos.

Quanto à utilização efetiva ou potencial, temos que a (i) utilização efetiva ocorre quando o serviço de fato é utilizado pelo contribuinte e a (ii) potencial, quando, mesmo não utilizado o serviço, considera-se potencialmente utilizado pelo contribuinte ou disponível para potencial uso.

Ainda, destacam-se as duas classificações de serviços públicos: *uti universi* (universais, coletivos, gerais) ou *uti singuli* (singulares, individuais).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nos serviços públicos *uti* singuli (singulares), os usuários são identificados ou identificáveis e os serviços são prestados apenas a parcela determinada da sociedade. Corresponde ao art. 79, II e III, do CTN. Portanto, os serviços *uti singuli* são passíveis de cobrança de taxa.

Já nos serviços *uti universi* (universais), não há identificação dos usuários que tampouco são passíveis de identificação, a exemplo da segurança pública (NOVAIS, 2018). São serviços gerais ou genéricos, devendo ser custeados pelo próprio Poder Público por meio das fontes gerais de receita. Assim, tal forma de serviço impede a cobrança da taxa.

A princípio, ressalta-se que não são poucos os serviços que preenchem os requisitos motivadores da taxa de serviços, como os de luz, gás, esgotamento sanitário, entre outros. No entanto, tais ações estatais são comumente remuneradas por meio de tarifas, sujeitas a regime contratual, isto é, Direito Privado, receita originária (ALEXANDRE, 2020).

A jurisprudência não é uníssona sobre o tema, ora associando tais manifestações ao campo das taxas, ora ao campo das tarifas (SABBAG, 2018).

Não obstante, algumas taxas que não atendiam aos critérios legais estabelecidos eram cobradas, sendo posteriormente consideradas inconstitucionais. Vejamos.

2.3. Da taxa de iluminação pública e COSIP

Conhecida como "TIP", muitos municípios instituíam e cobravam para o custeio do serviço de iluminação pública local.

Não obstante, considerando tal serviço público como indivisível, pois são prestados para todos e não apenas para os munícipes daquela região, inespecífico e não mensurável (BORBA, 2015), o Supremo decretou sua inconstitucionalidade (RE 231.764 e RE 233.332).

Inicialmente tivemos a edição da Súmula 670, elevada a força vinculante: súmula vinculante 41 – O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

É nessa linha que ensina Eduardo Sabbag (2018), o serviço de iluminação pública não é prestado a um número específico de contribuintes, mas a qualquer pessoa sobre a qual incidam os raios de luz, oriundos dos postes de iluminação públicos em áreas públicas.

Posto isso, buscando identificar uma figura tributária adequada ao ressarcimento da atuação estatal do serviço de iluminação pública, foi aprovada em 2002 a Emenda Constitucional n° 39, que criou o art. 149-A e seu parágrafo único, CF, autorizando a cobrança, pelos Municípios e Distrito Federal, de contribuição para o custeio deste serviço público:

> *Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.*
>
> *Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.*

Temos, então, a Contribuição para Custeio do serviço de Iluminação Pública – CIP ou COSIP. Trata-se de tributo de espécie "contribuições", como uma contribuição *sui generis*, com diferença para as demais elencadas no art. 149, caput, da CF: contribuições sociais, corporativas ou interventivas.

A título de curiosidade, muitos municípios instituíram suas COSIPs em uma espécie de "reciclagem normativa", aproveitando o teor das leis instituidoras das já inconstitucionais "taxas de iluminação pública", (SABBAG, 2018).

Posto isso, o Projeto de Lei complementar municipal 3/2020[1] em discussão no Município de Criciúma – Santa Catarina, de autoria do vereador Zairo José Casagrande, acrescenta um parágrafo no artigo 421 da Lei Complementar nº 287/2018, que instituiu o Código Tributário do Município de Criciúma.

Pretende-se que os residentes em condomínios deixem de arcar com o custo financeiro da COSIP. Segundo o projeto, o condômino contribui para a "iluminação pública na conta de energia elétrica referente à sua unidade residencial e paga a mesma taxa na conta de energia do condomínio; resultando, neste sentido, recolhimento duplo de uma contribuição que deveria ser única, caracterizando-se por verdadeira injustiça tributária".

Em 24/08/2020, os vereadores aprovaram o projeto que encerra cobrança dupla da COSIP em condomínios, sendo aprovado com unanimidade na segunda discussão e votação no dia 25/08, já encaminhado ao Poder Executivo Municipal no dia seguinte.

2.4. Da taxa de incêndio

Em 2017, o STF declarou inconstitucional a cobrança de taxa de combate a incêndios por municípios[2]. Foi negado provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 643.247, interposto pelo Município de São Paulo contra a decisão do TJSP, sendo reconhecido como repercussão geral n° 16.

Nessa situação, o Tribunal entendeu que a prevenção e o combate a incêndios enquadram na função da segurança pública, que está cargo dos Estados.

Assim, a cobrança seguiu pelos Estados, baseando-se na Constituição Federal, art. 144, que atribui aos Estados, por meio dos Corpos de Bombeiros Militares, a execução de atividades de defesa civil, incluindo a prevenção e o combate a incêndios.

Por ser serviço essencial, há entendimento no sentido de que a arrecadação deveria se dar por meio de impostos, não cabendo a criação de taxa para esse fim, porém por "serviço essencial", temos a taxa de coleta de lixo, isto é, taxa.

Nessa linha, algumas discussões passaram a se concentrar na base de cálculo da taxa e na possibilidade de cobrança pela mera disponibilização do serviço, sem necessidade de comprovação do uso individualizado (ALEXANDRE, 2020).

Em decisão no dia 17/08/2020, o STF julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4411. A Corte declarou inconstitucional a cobrança da taxa de incêndio em Minas Gerais, pedido formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Destaca-se a possibilidade de declaração do direito a compensação e restituição dos tributos recolhidos nos últimos cincos anos, contados a partir do ajuizamento do processo.

Entendemos que o serviço de prevenção e combate a incêndios não pode ser custeado por taxa pela seguinte questão: o serviço é indivisível, daí a mesma razão para a segurança pública não ser custeada por taxa.

Trata-se, assim, de uma manobra utilizada pelo Estado de Minas Gerais objetivando disfarçar de taxa a cobrança de tributo. Na prática, diversas "pseudotaxas", que não passavam de impostos disfarçados, eram cobrados por entes que às vezes sequer tinham competência para instituí-los (MACHADO SEGUNDO, 2018).

Tal manobra é resultada da sede arrecadatória da Administração, que visa aumentar a base arrecadatória e, por diversas vezes, vê a figura do pagador de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tributos como inimigo a ser combatido e usa a execução fiscal como meio de punição.

Em sentido similar, esperamos que venha a ser superada a súmula 549 do STF, editada em 1969, que considera constitucional a taxa de bombeiro do Estado de Pernambuco.

3. Conclusão

A instituição das taxas deve ser valorada considerando que a despesa pública decorrente dos fatos geradores da taxa não deve ser suportada por toda a coletividade, apenas pelo grupo de indivíduos que provoca ou que com ela se beneficia.

Apesar da base de arrecadação do Município ser a menor, a Administração Pública não deve instituir qualquer tributo para angariar recursos, existem princípios e regras instituídos pela própria Administração.

Se o objetivo é arrecadar mais e, por arrecadar mais, entende-se arrecadar melhor, faz-se necessário estudo sobre a gestão tributária e também sobre a recuperabilidade do crédito tributário, trata-se da ecologia tributária.

Em termos de Administração Tributária, não se deve atentar apenas para o valor arrecadado, deve ser observado também o quanto se gasta para arrecadar, é o custo de oportunidade. Ao instituir um tributo sem o devido cuidado, corre-se o risco de pagar para arrecadar, nos casos em análise, pagar para devolver; é quase um empréstimo feito ao pagador de tributos.

A compensação ou restituição de tributos causa frustração do crédito e sobrecarga de processos judiciais tributários, que já passam anos tramitando, sem a tangível possibilidade de resolução da lide.

Há sérios desastres/prejuízos para os cofres públicos ao devolver recursos dos últimos cinco anos, além dos honorários advocatícios, principalmente em âmbito municipal.

Não nos posicionamos contra a restituição, é direito, visto que foi julgado inconstitucional. O pagador de tributos deve pagar cada centavo devido à Administração, mas deve ser um tributo legal, isto é, constitucional.

Referências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 14 ed. re., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

BORBA, Claudio. **Direito tributário.** 27° ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

FÉLIX, Gláucia Vieira; HENRIQUE; Márcio Alexandre Ioti. **Direito tributário** - direito constitucional tributário. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2018.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 26° ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Manual de direito tributário. 10° ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

NOVAIS, Rafael. **Direito tributário facilitado**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

SABBAG, Eduardo. **Código tributário nacional comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

NOTAS:

[1] Para a integralidade do projeto, acessar: https://sc-criciuma-camara.ad.sistemalegislativo.com.br/api/processo-geral-pdf/288cc0ff022877bd3df94bc9360b9c5d. Acesso em 26/08/2020.

[2] Para a integralidade da notícia, acessar: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344324&tip=UN. Acesso em 26/08/2020.

www.conteudojuridico.com.br

O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DOS ENTES FEDERATIVOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

DENISE MARIA DAS NEVES E LIMA: formada pela PUC-SP, Procuradora do Município de Osasco e Diretora do Departamento de Assessoria Técnica-Legislativa.

Resumo: Este artigo trata da necessidade de obediência ao Princípio da Autonomia dos Entes Federativos pelas normas editadas durante o período da pandemia do Coronavírus (COVID-19).

Palavras chave: Pandemia. Normas jurídicas. Princípio da Autonomia dos Entes Federativos. Necessidade de observância.

Sumário. Introdução. 1.Nova legislação criada durante a pandemia. 2.Lei Complementar Federal 173. 3. Princípio da Autonomia dos Entes Federativos. 4.Decreto 64.994, de 28 de maio de 2020. Conclusão.

É sabido que vivemos um tempo de exceção. E como todo tempo de mudança abrupta, força as áreas do saber humano a se adaptarem ao novo, relativizando muitos de seus conceitos.

A medicina, por exemplo, viu-se obrigada a quebrar protocolos para a criação de uma vacina, pulando etapas e tornando-as menos burocráticas. Passou também a permitir tratamentos experimentais em pacientes acometidos pela COVID-19 diante da inexistência de um medicamento eficaz ao combate da doença. Não foi diferente com o direito.

Na tentativa de normatizar a situação da pandemia do Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), em que nos encontramos desde os primeiros meses deste ano, conferindo agilidade e inovação, muitas normas jurídicas foram editadas.

Impossível seria listar toda a legislação criada no ordenamento brasileiro na tentativa de disciplinar as mais diversas relações no período. São centenas de leis, decretos, resoluções e até mesmo Emenda Constitucional, editadas por todos os entes federativos.

Ainda que necessárias e urgentes, tais normas devem obedecer aos preceitos constitucionais, e neste sentido, importante conferirmos atenção àquelas que, no afã de regular uma situação de exceção, superaram princípios norteadores de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, merecem atenção a Lei Complementar Federal 173, de 27 de maio de 2020 e o Decreto do Estado de São Paulo de número 64.994, de 28 de maio de 2020.

A Lei Complementar Federal 173, de 27 de maio de 2020, estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), e altera a Lei Complementar Federal 101, de 04 de maio de 2020.

O dispositivo que merece comentário é o artigo 8º desta Lei Complementar, que proibiu despesas, de forma expressa, dos entes federativos, até 31 de dezembro de 2021.

Ainda que o momento seja de cautela com gastos públicos, tendo em vista a necessidade de despesas não previstas no combate à pandemia, principalmente na área de saúde, bem como da diminuição da arrecadação tributária em razão da restrição das atividades econômicas como um todo, a expressa vedação legal à prática de atos de gestão pelas diversas administrações dos entes fere, sem dúvida, a autonomia federativa.

A crítica que se faz a tais imposições não trata de defender o gasto público de forma imoderada. De forma alguma. Mas de deixar que os entes federativos exerçam, de forma responsável e correta, suas competências administrativas, legislativas e tributárias, e dessa forma adequem suas despesas, inclusive com pessoal, à sua nova realidade arrecadatória.

Tais vedações poderiam sim acontecer, mas desde que advindas de legislação emanada pelos próprios entes federativos, com base em sua realidade orçamentária fática e em exercício das competências que lhe são afetas.

Necessário relembrar, neste momento, que os artigos 1º e 18 da Constituição Federal dispõe sobre o pacto federativo:

> *Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
>
> *I - a soberania;*
>
> *II - a cidadania;*
>
> *III - a dignidade da pessoa humana;*
>
> *IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. e

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Ainda, de forma a ressaltar a grandeza do princípio da autonomia dos entes federativos, o artigo 60, § 4º da Constituição Federal o classificou como cláusula pétrea:

Art. 60 (...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

(...)

Dessa forma, observa-se a garantia constitucional e imutável, no ordenamento jurídico existente, da autonomia dos entes federativos, tomados, cada um, como um universo único e autônomo de poderes e atribuições.

Assim, disciplina o Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal em sua obra doutrinária:

*De forma Sumária, a caracterização do estado federal envolve a presença de três elementos : a) a repartição de competências, por via da qual cada entidade integrante da Federação recebe competências políticas exercitáveis por direito próprio, frequentemente classificadas em político-administrativas, legislativas e tributárias; b) autonomia de cada ente, descrita classicamente como o poder de autodeterminação exercido dentro de um círculo pré-traçado pela Constituição, que assegura a cada ente estatal poder de auto-organização, autogoverno e autoadministração; e c) a participação na formação da vontade do ente global, do poder nacional, o que tradicionalmente se dá pela composição paritária do senado federal, onde todos os Estados têm igual representação.**[1]***

Importante ressaltar que a constitucionalidade de tal dispositivo já se encontra questionada junto ao Supremo Tribunal Federal. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6447 e 6450 suscitaram a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 7 º e 8º da Lei Complementar 173.

Além da inconstitucionalidade apontada, as ADIs citadas alegam também ofensa à iniciativa legal, ao princípio da separação dos Poderes, ao princípio da eficiência, à revisão geral anual dos servidores públicos e à garantia da irredutibilidade de vencimentos.

De forma mais local, mas na mesma esteira das normas criadas com o intuito de disciplinar as relações na pandemia, está o Plano São Paulo.

Instituído por meio de Decreto do Governo do Estado de São Paulo - Decreto 64.994, de 28 de maio de 2020 - o Plano São Paulo criou faixas a serem enquadrados os municípios paulistas nas quais as atividades econômicas poderão ser retomadas, levando-se em consideração o melhoramento dos números da doença nos municípios. A intenção é a criação de uma quarentena heterogênea, na qual serão observados os índices epidemiológicos de microrregiões do estado.

São 5 as faixas criadas, a mais crítica é a vermelha, na qual as atividades econômicas permitidas são somente as essenciais, e sucessivamente laranja, amarela, verde e azul, conforme a melhora na capacidade hospitalar e a diminuição da propagação da doença, que permitirão a retomada gradual das atividades econômicas.

Ao que parece, diante da existência de 645[2] municípios no Estado de São Paulo e, assim, do argumento de impossibilidade de análise meticulosa de dados de cada um deles pelo Governo do Estado, optou-se pela análise regionalizada de dados, considerando-se não o município individualmente, mas a região em que se encontra.

Para tanto, foram utilizadas as dezessete regiões das Direções Regionais de Saúde, criadas pelo Decreto estadual 51.433, de 28 de dezembro de 2006, subdividida a região da Grande São Paulo em cinco, disciplinadas pela Lei Complementar Estadual 1.139, de 16 de junho de 2011.

O único Município analisado pelo Plano São Paulo de forma individualizada é a capital, que ficou excluída do critério de regionalização. Nesse ínterim, hoje o plano São Paulo contabiliza vinte e duas regiões.[3]

Observa-se, aí, a decisão do Governo do Estado de São Paulo pela análise de dados de municípios fisicamente próximos de forma única, como se um só fossem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, a partir da instituição do Plano São Paulo, os municípios paulistas viram-se atrelados a um sistema regional de contabilização de dados relativos a dois critérios: (i) de capacidade hospitalar e (ii) de propagação da doença para que possam progredir nas fases de flexibilização até alcançarem a fase 5 - azul, na qual poderão funcionar todas as atividades econômicas.

O tratamento igualitário dos municípios paulistas obedecendo critérios de localização geográfica, a princípio pode parecer uma boa forma de agrupar os números fornecidos pelas secretarias de saúde respectivas. No entanto, não se pode deixar de observar que cada um dos municípios agrupados possui realidade distinta e deve ter preservada sua autonomia.

Nesse sentido, e retomando o que foi apresentado quanto à autonomia dos entes federativos, a análise de dados dos municípios paulistas de forma agrupada como faz o Estado de São Paulo afronta, de forma nítida, o Princípio Federativo.

Para exemplificar quão injusto, além de inconstitucional, claro, pode ser para um Município ter sua autonomia desrespeitada, pode-se imaginar um grupo de quatro Municípios agrupados e tendo seus números individuais analisados como único. Dois destes Municípios gastaram boa parte de seus orçamentos na aquisição de serviços, insumos e bens para contenção da pandemia. Contrataram mão de obra médica qualificada, adquiriram respiradores e montaram hospitais com boa quantidade de leitos de UTI. Estes suportaram durante todo o período da pandemia - que se diga, ainda perdura - os enfermos de suas cidades que procuraram os sistemas locais de saúde. Os outros dois pouco fizeram. Não investiram na saúde municipal, não aumentaram os leitos de UTI, nem adquiriram respiradores e quando o número de doentes aumentou tiveram que recorrer a transferência para outros municípios. Ora, não precisa de muito esforço para concluir pela injustiça desta situação e da ofensa ao princípio da autonomia federativa. De nada vale que um Município com uma gestão zelosa se esforce em gastar grande parte de seu orçamento no combate ao vírus se o Município vizinho nada fez e seus dados serão somados.

Para a progressão entre as faixas do Plano São Paulo, como já foi dito, leva-se em conta: a capacidade hospitalar e a propagação da doença não tomadas pelos Municípios individualmente, mas em conjunto com outros municípios da região a que pertence (com exceção da capital, como já explanado).

A regionalização, como disciplinou o Plano São Paulo já foi questionada nos tribunais. O Município de Marília, em sede de Mandado de Segurança (MS 2127817-18.2020.8.26.0000), questionou sua classificação na fase laranja do Plano São Paulo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e pleiteou seu reenquadramento na fase verde, comparando-se com o Município de São Paulo, já que seus índices próprios eram significativamente melhores no mesmo período de apuração. A liminar parcialmente concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo abrandou as medidas de isolamento no Município de Marília. Contudo, os efeitos desta decisão foram suspensos pela decisão liminar na medida cautelar em pedido de suspensão de segurança, ajuizado pelo Ministério Público local, na qual, o Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, refutou a decisão do Tribunal de Justiça sob o seguinte argumento:

> *Não se ignora que a inédita gravidade dessa situação impôs drásticas alterações na rotina de todos, atingindo a normalidade do funcionamento de diversas atividades econômicas e do próprio Estado, em suas diversas áreas de atuação. Todavia, exatamente em função da gravidade da situação, exige-se a tomada de medidas coordenadas, não se podendo privilegiar apenas uma ou outra política local em detrimento de todo o planejamento regional, estabelecido por autoridades administrativas competentes. Inegável, destarte, que a decisão atacada representa grave risco de violação à ordem público-administrativa, no âmbito do Estado de São Paulo, bem como à saúde pública, dada a real possibilidade que venha a desestruturar as medidas por ele adotadas como forma de fazer frente a essa epidemia, em seu território.* ***[4]***

Assim, o tratamento dos municípios paulistas de forma agrupada, como faz o Plano São Paulo, já foi referendado pela nossa máxima corte, ainda que para tanto a decisão supracitada reconheça serem atingidos princípios basilares do direito:

> *Entretanto, em juízo preliminar ainda não exauriente, entendo, neste primeiro momento, que a ausência de isonomia, nos termos assentados pela decisão impugnada, não é capaz, por si só, de justificar a concessão de privilégio à política local do Município de Marília em detrimento do planejamento regional, editado por autoridade competente e a partir de dados técnicos e científicos.*

Neste sentido, nítido é o desrespeito ao princípio da autonomia dos entes federativos. Não se refere à possibilidade de coordenação de esforços contra a pandemia de forma regionalizada como é, inclusive, de obrigação do Estado, mas da tomada de dados dos municípios de forma conjunta, sem observância de suas individualidades.

Diante de todo o exposto, e, em que pese a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, observa-se que a Lei Complementar Federal 173, de 27 de maio de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2020 e o Decreto do Estado de São Paulo de número 64.994, de 28 de maio de 2020 claramente afrontaram os princípios constitucionais.

Desse modo, certo que estamos vivendo em um período ímpar, no qual as normas jurídicas devem ser inéditas e buscar disciplinar, da melhor forma, as relações jurídicas neste lapso temporal. Contudo, sob a égide do nosso Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais não podem ser violados com o argumento da necessidade de atuação rápida. Estes devem, a qualquer tempo e sob qualquer circunstância, serem respeitados.

NOTAS:

[1] BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 173.

[2] Fonte: https://www.al.sp.gov.br/documentacao/municipios-paulistas/

[3] https://www.saopaulo.sp.gov.br/planosp/

[4] Liminar deferida em medida cautelar na SUSPENSÃO DE SEGURANÇA 5.403 SÃO PAULO, publicada em 26 de junho de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

PREVIDÊNCIA SOCIAL RURAL: O SUSTENTÁCULO DA ECONOMIA DAS PEQUENAS CIDADES DO INTERIOR DO AMAZONAS

IEDO PORTO FILHO: graduando em direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Manaus-AM. aluno do curso de pós-graduação em direito tributário pela Faculdade Dom Alberto.

RESUMO: A aposentadoria rural é uma dos mais importantes componentes das receitas das pequenas cidades do interior do Amazonas, por que estas cidades vivem exclusivamente dos impostos do comércio local movimentador em sua grande maioria pela renda dos aposentados funcionando como uma estratégia de desenvolvimento econômico entre as comunidades rurais, apesar da incerteza sobre seu alcance a partir do momento em que reformas do sistema previdenciário são constante anunciadas. Neste sentido, este artigo tem por objetivo analisar o impacto nas contas públicas de pequenas cidades do interior do Amazonas que uma reforma da Previdência Social causará, além de especificamente identificar a importância da aposentadoria rural na economia das pequenas cidades do interior do Amazonas; verificar as prerrogativas da aposentadoria rural; e, avaliar a importância que a aposentadoria rural tem para o desenvolvimento de pequenas cidades do interior do Amazonas. Sua metodologia considerou os aspectos da revisão da literatura que trata do tema. Os resultados apontam para necessidade do aumento hipotético da concessão da aposentadoria rural como estratégia de desenvolvimento de pequenas cidades do interior do Amazonas.

Palavras Chave: Aposentadoria rural. Economia de pequenas cidades do interior do Amazonas. Reforma Previdenciária.

ABSTRACT: Rural retirement is one of the most important components of the income of the small cities of the interior of Amazon, because these cities live exclusively from the taxes of local commerce, the great majority of which is due to the income of the retired people functioning as a strategy of economic development among the rural communities, despite the uncertainty over its reach from the moment that reforms of the pension system are constantly announced. In this sense, this article aims to analyze the impact on the public accounts of small cities in the interior of Amazon that a Social Security reform will cause, in addition to specifically identifying the importance of rural retirement in the economy of the small cities of the interior of Amazon; verify the prerogatives of rural retirement; and to evaluate the importance that rural retirement has for the development of small cities in the interior of Amazon. His methodology considered aspects of the literature review that deals with the theme. The results point to the hypothetical increase of the rural

retirement concession as a strategy for the development of small cities in the interior of Amazon.

Keywords: Rural retirement. Economy of small cities in the interior of Amazon. Related searches.

SUMÁRIO: RESUMO; ABSTRACT; 1 INTRODUÇÃO; 2 APOSENTADORIA RURAL; 3 A ECONOMIA DE PEQUENAS CIDADES DO AMAZONAS; 3.1 O setor público como produtor de bens e serviços no interior do Estado do Amazonas; 4 APOSENTADORIA RURAL E OUTROS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E SUA REPERCUSSÃO NO INTERIOR DO ESTADO DO AMAZONAS; 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Umas das maiores preocupações da governança pública no Brasil se encontram em duas (2) vertentes: a primeira de cunho econômico; como desenvolver o interior do Brasil? A segunda de caráter orçamentário: como reduzir o *déficit* previdenciário?

Com relação ao desenvolvimento de pequenas cidades brasileiras as estratégias aplicadas tem sido muitas, mais nenhuma tem dado certo, já que são cidades, muitas delas localizadas no Nordeste e Norte do Brasil, cuja economia são muito dependentes do poder público e sem grandes atrativos para investimentos privados; já na questão de *déficit* previdenciário, a política neoliberal aplicada no Brasil nos últimos trinta (3) anos tem levado a uma constante ameaça ao sistema de seguridade social, como um todo, de reformas que nem sempre atendem aos interesses da população em geral (CARDOSO JR e BERCOVICI, 2017).

No Brasil temos inúmeros exemplos de planejamentos baseados em experiências estrangeiras, como a criação da Comissão do Vale do São Francisco – CVSF, da Companhia Hidrelétrica do São Francisco – CHESF, e a criação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - SUDENE para o desenvolvimento do Nordeste (CARDOSO e MULLER, 2007).

Para apoiar o desenvolvimento industrial brasileiro descentralizado não podemos deixa de citar, como marco dos estudos sobre o tema, a elaboração do relatório da lavra do economista Celso Furtado, intitulado: Uma política de desenvolvimento econômico para o Nordeste, do Grupo de Trabalho para o Desenvolvimento do Nordeste – GTDN, constituído pela política governamental de Juscelino Kubitschek (1958-1961) (HIRATUKA e SARTI, 2015).

Celso Furtado criou um verdadeiro tratado, em seu relatório, que buscava rememorar que a desigualdade da Região Nordeste em face da Região Sudeste; possuía explicações elementares. Em seu relatório apontou como primeiro entrave para aquele determinismo nordestino, a situação de que a economia agrícola baseava-se em trabalho de condições análogas à da escravidão (CORREA, 2013).

Com segundo enfoque, relatou que o Nordeste, ao abrir o mercado de consumo de animais de carga e proteína animal, criava sua própria periferia econômica na Região interiorana. Ademais, a organização dos latifúndios baseava-se no controle de terras por parte dos empresários, o que acarretava uma concentração de trabalhadores sem terra para plantar e sem salário. Essas características perduram por várias gerações, impedindo o processo de modernização das técnicas agrícolas, e por via da consequência, de todo o sistema econômico do Nordeste. Para completar o quadro desolador da economia nordestina doa anos de 1950, temos os fatores climáticos e o fenômeno das secas que atingiam as lavouras, o próprio alimento do povo que se via obrigado a passar fome (FURTADO, 1992).

Na região Norte, a estratégia para o desenvolvimento foi à absorção do projeto do Deputado Federal Francisco Pereira da Silva de 1957 qua criava uma área de livre comércio na no centro da Amazônia Ocidental (TEIXEIRA E HESPNAHOL, 2006).

Com a chegada dos militares ao poder a partir de 1964, esse projeto foi considerado de extrema valia, sendo incorporado a ele estabelecimento de um centro industrial pujante e um distrito agropecuário de monta. Para o Centro Oeste brasileiro a estratégia foi outra. Essa estratégia teve como pano de fundo a ocupação das terras através da aproximação com grupos indígenas, no início da década de 1950, com a expedição dos irmãos Vilas Boas (BENTES, 2002).

Mas a ocupação não se deu propriamente nesta época e sim logo após a Proclamação da República, dada a fuga de população da região Sul com o objetivo de fugir de conflitos que eram intensos, em busca de paz e tranquilidade (TEIXEIRA E HESPNAHOL, 2006).

Essas populações, embora diminutas, se fixaram no Centro Oeste Brasileiro em busca de paz e tranquilidade. Mas a partir da década de 1950, isso se intensificou com o patrocínio do Estado Brasileiro de expedições que adentraram o meio oeste e se iniciou uma política de distribuição de terras para que se intensificassem as atividades do setor primário brasileiro (TEIXEIRA E HESPNAHOL, 2006).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Já no Sul/Sudeste brasileiro o Estado brasileiro patrocinou uma política de incremento da indústria que concentrou todas as atividades do setor secundário nestas regiões, culminando com o projeto de industrialização do governo de Juscelino Kubistchek da indústria automobilística brasileira e sua concentração no Sul/Sudeste do Brasil (TEIXEIRA E HESPNAHOL, 2006).

No caso do sul-sudeste-centro oeste brasileiro isso deu certo; mas no norte-nordeste não. A economia das cidades do interior do Norte e Nordeste brasileiro, com raras exceções, é ainda dominada pelos investimentos públicos e aqui os recursos previdenciários são absolutamente decisivos, pois com uma economia dependente unicamente do comércio, os recursos pagos aos aposentados são a mola mestra da economia destes munícipios (OLIVEIRA e AQUINO, 2017).

Assim este artigo tem por objetivo analisar o impacto nas contas públicas de pequenas cidades do interior do Brasil que uma reforma da Previdência Social causará, além de especificamente identificar a importância da aposentadoria rural na economia das pequenas cidades do interior do Brasil; verificar as prerrogativas da aposentadoria rural; e, avaliar a importância que a aposentadoria rural tem para o desenvolvimento de pequenas cidades do interior do Brasil.

Sua metodologia considerou os aspectos da revisão da literatura que trata do tema. Os resultados apontam para necessidade do aumento hipotético da concessão da aposentadoria rural como estratégia de desenvolvimento de pequenas cidades do interior do Brasil.

2 APOSENTADORIA RURAL

O sistema previdenciário nasceu com o sindicalismo e a luta por melhores condições de vida e de trabalho, além da luta pela proteção social quando impedidos de trabalhar em função de doenças ou idade. Surgiu na Alemanha e na Inglaterra no século XVIII e foi uma conquista que arrefeceu a revolta de trabalhadores contra a incrível exploração da mão de obra pelo sistema capitalista nascente. No Brasil sua origem é muito controversa e complexa. Para muitos autores, como por exemplo, Azevedo e Ferreira (2018) o sistema previdenciário brasileiro nasce com o Código Comercial (Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850), que regulamentou o devido pagamento de remuneração a trabalhadores incapacitados acometidos por acidentes imprevistos e inculpados.

Azevedo e Ferreira (2018) também falam que embora o Código Comercial de 1850 já tenha garantido o auxílio-doença (embora o nome não fosse esse) aos trabalhadores incapacitados por acidente, somente em 1919 com a edição dos Decretos nsº 3.724 e 13.498, foi finalmente estabelecido às bases dos benefícios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

p**revidenciários. O** Decreto n.º 3.724 de 1919, é considerado, no aspecto do direito previdenciário, o primeiro texto legal que deu provimento aos acidentes de trabalho no Brasil.

Mas, Oliveria e Aquino (2017) dizem que os primeiros passos do sistema previdenciário brasileiro denotam ao início do século XVIII, embora de forma muito tímida com um sistema protetivo a militares. Mas o Brasil era uma Colônia de Portugal, então não se pode considerar como brasileiro esse sistema. Ainda sob o domínio Português, há registros de que 1808 foram criados planos de benefícios aos oficiais do Exército e da Marinha, bem como para os seus dependentes. Mas, os referidos autores fazem referência de que o marco referencial de um sistema de proteção nasce com o Código Comercial de 1850.

Mas todos os autores concordam com o fato de que como sistema previdenciário no Brasil se inicia com a promulgação da Lei Elói Chaves que instituiu as primeiras Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs) no Brasil, embora fosse uma Lei que não atingia o conjunto da população, mas era destinada a grupos de trabalhadores específicos, mas que ampliou sua dimensão de alcance a partir de 1933 com a criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs) (CAMARGO, 2010).

Esses institutos de aposentadoria embora mais amplos do que as caixas de aposentadorias ainda eram de cobertura bem específica e de dimensão urbana (bancos, transportes e indústrias), o que denotou a formação de grupos corporativos de proteção ampla formalizando uma burocracia técnica. A partir das décadas de 1940 e 1950, deu-se início a tentativa de inclusão do trabalhador rural como beneficiário da Previdência Social, mas que não logrou êxito de imediato (CAMARGO, 2010).

Como sempre, foi Getúlio Vargas que criou a Lei Orgânica dos Serviços Sociais por intermédio da edição do Decreto-Lei n 1º 7.526, de maio de 1945, criando o Instituto de Serviços Sociais do Brasil (ISSB), que busca a unificação de todos os o sistemas e instituições previdenciárias do Brasil, na tentativa de centralizar sua gestão, controle e operacionalização em um órgão só, mas que foi tornado sem efeito logo após o General Eurico Gaspar Dutra assumir Presidência da República em 1946. È importante ressaltar que desde o advento da Constituição de 1934 que ficou assegurado que todo trabalhador brasileiro teria um sistema de proteção social garantido, mas que só se efetivou, para o trabalhador rural a partir da Constituição de 1998, embora todos os texto constitucionais pós 1934, tenham dado essa garantia (OLIVEIRA e AQUINO, 2017).

Foi no governo militar, exatamente em 1971, criou um imposto com o objetivo de financiar os benefícios previdenciários ao trabalhador rural, por intermédio de

uma Lei que estabeleceu a cobrança de 2% sobre a comercialização do produtor rural. Esse imposto foi denominado de FUNRURAL que se extinguiu a partir da promulgação da Constituição Federal de 1998, que criou Regime Geral de Previdência Social que normatizou a previdência social no Brasil com regras diferentes para o campo e para a cidade (AZEVEDO E FERREIRA, 2018).

Em 1991 foi edita a Lei nº 8.212 que teve como objetivo regulamentar a contribuição do meio rural que estabeleceu que o agricultor familiar, deveria recolher a alíquota de 2,1% sobre tudo que vendesse o que lhe daria direito a uma aposentadoria com um salário mínimo. Já ao empregador rural não foi definida nenhuma contribuição especial o que denotou a interpretação de que sua contribuição previdenciária seria da mesma monta do empresário urbano, de 20% sobre a folha de pagamento do funcionário (VIANNA, 2008).

Em 1992 foi editada a Lei nº 8.540 que teve como objetivo regulamentar a contribuição do produtor rural (empresário rural) sendo substituída a contribuição de 20% sobre a folha de pagamento por uma contribuição de 2,1% sobre a produção; já o empregador rural pessoa jurídica, 2,6%. Mas para que possam gozar do benefício da aposentadoria, tantos os empresários rurais como os empregadores rurais teriam que fazer um recolhimento individual sobre o que eles faturam (VIANNA, 2008).

Assim, o sistema previdenciário brasileiro tem origem na década de 1920, mas até 1988 com a promulgação da Constituição de República Federativa do Brasil o seu alcance de atendimento era bem restrito. A partir de 1988 com a aplicação do conceito de seguridade social (Saúde, Previdência e Assistência Social) e a edição de leis de custeio desta seguridade a partir do governo de Fernando Collor de Mello começou-se a ampliar a base dos benefícios para os trabalhadores, principalmente os rurais que possuíam enorme dificuldade de provar, principalmente o tempo de serviço (OLIVEIRA e AQUINO, 2017).

Essa universalização da Previdência Rural brasileira que se iniciou pós Constituição Federal de 1988 se deu pela ampliação do arcabouço normativo da seguridade social, que já havia sofrido modificações profundas no ano de 1967 no período do governo Militar como estratégia política de apoio a um regime ditatorial, quando se incluiu as mulheres como beneficiárias do sistema. A partir de 1988 ocorreram mais mudanças significativas dentre elas a ampliação d participação de mulheres para o campo rural; redução do parâmetro da faixa etária público rural para que se pudesse inferir o requerimento das aposentadorias e, o necessário atrelamento dos benefícios ao piso de um salário mínimo nacional (OLIVEIRA e AQUINO, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Isso provocou o imediato aumento de toda a população atendida pelos benefícios previdenciários saindo de um 4,08 milhões em 1991 para 8,37 milhões de pessoas em 2010, dobrando em nove (9) anos o número de beneficiários do sistema previdenciário, causando certamente problemas orçamentários. Essa elevação do número de benefícios provocou consequências positivas nas economias das pequenas cidades brasileiras, ainda muito dependente de transferências governamentais. Além do aumento da dinâmica econômica das cidades do interior do Brasil, também teve a repercussão social imediata, pois famílias com dificuldades financeiras passaram a contar com recursos de pequenas monta para a sua subsistência, mas com a garantia de se receber mensalmente (AZEVEDO E FERREIRA, 2018).

Assim, as aposentadorias rurais tiveram um impacto muito positivo no aspecto socioeconômico brasileiro, principalmente no Norte e Nordeste já que teve papel decisivo nas melhorias das condições de vida de uma parcela da população historicamente marginalizada das conquistas sociais do pais, e que não foram alcançadas pelas políticas de desenvolvimento de governos anteriores a 1988, o que certamente ganhou enorme representatividade na estabilidade econômica da famílias, reduzindo o êxodo rural brasileiro que se aprofundou a partir da década de 1930 mais se estabilizou a partir da década de 2000 (OLIVEIRA e AQUINO, 2017).

3 A ECONOMIA DE PEQUENAS CIDADES DO AMAZONAS

Até meados do século XIX, o Estado do Amazonas, era um imenso continente cuja relação era muito difícil em função do escasso transporte de mantimentos que estava centrada na utilização de embarcações que singravam os rios da região como um todo. Graças a eles era possível a comunicação com os centros mais avançados à época. Mas com o advento do ciclo da borracha, isso tudo mudou. De completo isolamento, o interior do Amazonas, passou a ter uma relação mais próxima com a capital Manaus, principalmente em questões comerciais (BRITO 2016).

A Revolução Industrial deflagrada na Europa criou muitas necessidades de consumir, entre os quais o uso da borracha nas indústrias de automóvel, navios, usinas, locomotivas, etc. Para isso era necessário urgentemente o emprego da borracha vegetal, cujo único grande produtor no mundo era o Amazonas, no extremo norte do Brasil (CARDOSO E MÜLLER, 2008).

Segundo Andrade (1988), já de 1856 a 1858 o Amazonas exportava cinquenta e duas mil e oitocentas toneladas para o exterior, cujos países ávidos de maior lucro, instalaram suas agências em Manaus, fornecendo todo o material necessário a uma cidade civilizada desde o paralelepípedo aos materiais de construção, instalaram de usinas elétricas, empresas de bondes e iluminação, matadouro, serviço de agua, etc.

Para que toda a borracha produzida nos seringais dos altos rios fosse transportada para a cidade de Manaus e a cidade de Belém, no Estado do Pará, foi necessária a mobilização de muitos navios que o denominou, segundo Andrade (1988, p. 49) de "gaiolas", "vaticanos", "charinhas", que marcaram época nesse período áureo. Esse belo navio foi mandado construir na Dinamarca, Holanda, Inglaterra e Estados Unidos.

Foi através das chegadas destes navios que o comércio das cidades do interior do Estado do Amazonas ganhou um maior incremento, já que até esse momento, era muito incipiente, sem muito contato com centros maiores e extremamente restritos aos produtos de primeira necessidade. Esses navios singraram vitoriosamente os grandes rios produtores de goma elástica, levando mercadorias de sobrevivência e trazendo no fundo dos seus porões para a capital amazonense e Belém, produtos regionais, entre eles a borracha, cuja safra alcançou nesse período, maior produção em todo o mundo (ANDRADE, 1998).

Foi também a fase de proliferação dos famosos e históricos regatões[1], que atraídos pelo alto preço da goma elástica e dominados por uma ambição desmedida, enfrentaram os mais terríveis perigos naturais e os próprios seringalistas seus maiores inimigos, e vítimas, subindo os rios a reboque dos gaiolas até os mais longínquos seringais onde iniciavam a remo o se comércio perigoso. Diz Andrade (1998) com muita propriedade sobre os regatões:

> Os regatões considerados ilegais, principalmente pelos senhores das grandes faixas de terra onde havia os famosos seringais, prestaram sem saber, um grande serviço ao Brasil, principalmente levando noticias que jamais seriam fornecidas pelos patrões seringalistas. Na sua maior parte estrangeiros sírios libaneses, penetravam sorrateiramente em todos os portos onde sabiam encontrar borracha. E às escondidas, com a cumplicidade dos próprios seringueiros, realizavam o negócio num verdadeiro escambo, cujo prejudicado era sempre o patrão que não recebia a borracha devida.

Esta prática, antes ilegal, se enraizou no interior do Estado do Amazonas, principalmente após 1912, já no século XX, quando a borracha do Amazonas, perdeu valor de mercado, em função da concorrência dos seringais da Ásia, principalmente os localizados na Malásia cuja logística de operação era muito superior a do Estado do Amazonas (CASTRO, *et. al.*, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De comerciantes ilegais de borracha, passaram a ser de grande valia para o comércio do interior do Estado, já que viraram os grandes fornecedores de mercadorias para o interior e transportadores dos produtos produzidos nestas localidades para as principais cidades como Manaus e Belém. Foram legalizados pelas contingências econômicas, o que guardada as devidas proporções existe até os dias de hoje (CASTRO, *et. al.*, 2009).

O mais importante é ressaltar que, eram comerciantes e transportadores e suas práticas comerciais foram tomando conta das localidades e suas relações com o pode público foram ampliadas, pois, o interior dependia de mais do comércio com a capital e, esse só era possível por meio dos regatões. Se não negociavam diretamente com as prefeituras, eram os fornecedores do comércio local (MARTINS, 2004).

Assim os regatões viraram a fonte de fornecimento de mercadorias para o interior do Estado do Amazonas, centrado principalmente em uma relação comercial profundamente vantajosa, já que traziam muitos produtos regionais que vendiam na capital, em troca do que levam para o interior do Estado do Amazonas (CASTRO, *et. al.*, 2009).

No âmbito interno nas localidades do interior do Amazonas, o comércio adquiriu a cartilha das práticas de armazém, ou seja, a pessoa sem recursos disponíveis no momento compravam fiado, pedia para anotar em uma caderneta e só pagava com dispunha de recursos. Essa prática nasceu com o advento das vilas no Brasil e, foram trazidas pelos portugueses que monopolizam o comércio na Colônia (ANDRADE, 1998).

Com o advento do Ciclo da Borracha, essa prática se intensificou, principalmente em função, das enormes necessidades dos seringueiros em comprar nos armazéns dos seringalistas que exploravam de forma monopolista o comércio nos seringais e nas localidades próximas o que acabou se estendendo para as cidades do interior e até para as áreas periféricas de Manaus (CASTRO, *et. al.*, 2009).

No interior do Estado do Amazonas imperou a dinastia do coronelismo, mesmo que não tenha adquirido a mesma conotação do que correu principalmente no Nordeste, mas, sem dúvida que a presença da oligarquia seringalista programou esse tipo de mazela social (ANDRADE, 1998).

Todo o poder destas oligarquias vinha do fato de a população ser dependente de seus favores e, essa dependência causava a centralização do poder político. Sua atuação na política se fazia diretamente através das eleições. Eles tinham força no que ficou conhecido como seu curral eleitoral. Nas épocas de eleição, o "chefe" se

encarregava de transportar os trabalhadores do interior para os pequenos centros urbanos, onde ocorreriam as votações. Dava alimento, alojamento, roupas, sapatos e até pagava dava pequenas gratificações. Em compensação, os trabalhadores votavam em que eles mandavam (ANDRADE, 1998).

Também intensificaram suas relações com os regatões, dantes nocivos à economia local, agora, elementos primordiais para o funcionamento da economia das cidades e das localidades. É importante ressaltar, que como detentores do poder político e econômico, os oligarcas do interior amazonense, no âmbito da gestão pública local, mantinham as mesmas práticas particulares no poder público, ou seja, compravam encomendavam dos regatões aquilo que precisavam. Moura (2005, p. 16) em um importante trabalho sobre a política no interior do Amazonas na apresenta um relato importante de um de seus entrevistados que disse que seu avô foi prefeito de uma cidade na região, na década de 1940 e, que não resguardava nenhuma regra na gestão pública, se preocupando basicamente ema tender os interesses político de seus correligionários e seus:

> O vovô achava que mandava na cidade e não se preocupava muito com regras no trato da coisa pública. Precisavam-se comprar algumas coisa, ele mandava comprar na mercearia da esquina, pagando na hora, ou mantendo um caderneta da prefeitura lá. Se não tinha na cidade, pedia dos regatões. Não tinha nota fiscal e nenhum tipo de controle. Em minha opinião isso não era improbidade administrativa, mas era a forma que ele administrava a cidade, do jeito dele, o que não era diferente até bem pouco tempo em muitas cidades aqui da região.

Como se pode observar, a regra no trato da coisa pública, no interior do Amazonas, sempre teve uma relação muito próxima com as formas particulares de gerir financeiramente suas casas, o que se tornava em prática administrativa pública. Não se pode esquecer, também, que o poder público deve fomentar a economia do local onde está instalado, e essas práticas, resguardadas a devida legalidade, nada detém de imoral (ANDRADE, 1998).

Essa prática ela foi durante muito tempo a prática mais comum no interior do Amazonas e, até os dias de hoje, muitos prefeitos trabalham dessa forma, mandando "pegar ali na mercearia", ou seja, resolvendo o problema, sem muita preocupações com os aspectos da legitimidade de suas ações na gestão da coisa pública (MOURA 2005).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.1 O setor público como produtor de bens e serviços no interior do Estado do Amazonas

Visto globalmente, congrega o Setor Público fatores trabalho, capital e recursos naturais em proporções diversas às que caracterizam a esfera privada. Com efeito, dadas certas peculiaridades com o peso relativo de suas incumbências clássicas, a reduzida participação em atividades agropecuárias, etc., tende o Setor Público a empregar elevado contingente de mão de obra no interior do Amazonas na maioria das vezes sem um grau de qualificação adequado, mas com profundos enlaces políticos (GUEDES e CÂNDIDO, 2006).

O volume de emprego com que contribui o Setor Público para a ocupação da mão de obra disponível no interior do Amazonas, constitui uma das variáveis sob controle da prefeitura, cuja manipulação acarreta profundas repercussões tanto no funcionamento corrente do sistema, quanto sobre sua evolução em longo prazo. Com efeito, pelo ângulo nominal, a absorção de mão de obra se relaciona estreitamente com o volume de renda gerado pelas atividades públicas e, assim, condiciona a procura final da comunidade. Para Silva (2009, p. 33) "em termos reais, a variação do emprego de mão de obra deve acusar alterações no fluxo de bens e serviços de consumo, bem como da criação de capacidade produtiva a cargo das atividades legadas às prefeituras". A par da mobilização de fatores produtivos, deve a prefeitura abastecer-se dos insumos requeridos pelas atividades produtivas sob seu controle. A articulação dos fatores e insumos, absorvidos pelo Setor Público, efetua-se no seio das unidades produtoras, muitas das quais operam como autênticas empresas, análogas às que se situam na área privada.

Assim, através de suas secretarias, pera as prefeituras com características de organizadora da produção, que tem sob seu comando uma fração da mão de obra e do capital existente no sistema e que os mobiliza motivado pela satisfação de necessidades coletivas e demais fins politicamente decididos (GUEDES e CÂNDIDO, 2006).

Assim, visto sob o prisma jurídico-administrativo, constitui-se o Setor Público de uma rede de entidades distribuídas pelos diversos níveis político-administrativos, mesmo em cidades pequenas que procuram seguir o que lhes foi praticamente imposto pela legislação, o que acaba por trazer uma poção de problemas de ordem operacional na gestão, causando muitas vezes solução de continuidade, principalmente quando da troca do puder local (DI PIETRO, 2012).

Segundo Silva (2009, p. 34):

> O significado econômico das atividades a cargo de uma prefeitura é demasiado importante já que é a partir de sua atuação que as atividades econômicas são fomentadas. Uma prefeitura inerte torna a economia municipal inerte, uma prefeitura centrada em desenvolver sua cidade torna a cidade mais ativa.

O autor se refere muito claramente ao papel que as prefeituras devem dispor para fomentar a economia local que as atividades públicas proporcionam um fluxo de rendimento gerado por suas atividades e convertidas em demanda em demanda final pelos seus receptores (SILVA, 2009).

Constitui, também, variável determinante do nível de atividade impresso pelo mercado aos empreendimentos que Poe ela se orientam. Suas alterações têm, pois, além do efeito direto sobre a renda desfrutada pela comunidade, conseqüências indiretas que se irradiam por todo o sistema. Também, com efeitos imediatos e remotos, podem ser indicadas as encomendas de material feitas pela prefeitura para alimentar as funções de produção sob o seu comando. Trata-se de conexões entre os setores público e privado no seio mesmo do aparelho produtivo dos sistema e diagnosticadas com precisão pela matriz de trocas intermediárias. Finalmente cabe assinalar, dentre as atividades do setor público que mais implicações têm sobre o comportamento das entidades privadas as obras públicas, que operam com autênticas catalisadoras de investimentos privados (SILVA, 2009).

Num esforço de simplificação, o setor público, principalmente no interior do Estado do Amazonas atinge o funcionamento e evolução da economia, primeiramente através do suprimento de bens e serviços sob sua responsabilidade, em seguida, por via do impacto derivado de suas decisões sobre o nível a que operam as atividades econômicas em curso e através das oportunidades criadas para o lançamento de novos empreendimentos (GUEDES e CÂNDIDO, 2009).

Todos estes vínculos solidarizam as trajetórias do sistema e de seu Setor Público, constituindo elos-chaves no campo da política econômica de cada cidade, que precisa fomentar sua economia, o que não se trata do denominado corporativismo regional, mas de incentivo a economia local como um todo (DI PIETRO, 2012).

4 APOSENTADORIA RURAL E OUTROS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E SUA REPERCUSSÃO NO INTERIOR DO ESTADO DO AMAZONAS

Desde o advento da Constituição Federal de 1988 que muitos trabalhadores do interior do Estado do Amazonas forma beneficiados com as regras da seguridade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

social. Os denominados Soldados da Borracha, muitos ainda vivos e residentes no Amazonas e no Estado do Acre são um bom exemplo disto. Esses cidadãos brasileiros, na sua grande maioria vindo do Nordeste brasileiro, vieram para a Amazônia atraídos, durante o período da 2ª Guerra Mundial, por promessas do governo brasileiro de melhoria de vida para extraírem borracha, participando assim do esforço de Guerra, já que a demanda por borracha estava profundamente reprimida em função do domínio de japoneses de centros produtores, por exemplo, como a Malásia (DEMO, 2007).

Enfrentaram todas as agruras do interior da Amazônia, em condições na maioria das vezes análogas a escravidão e muito parecidas com as condicionalidades e especificidades impostas aos primeiros migrantes nordestinos que se transfiram para a Amazônia, especialmente no Amazonas, no final do século XIX. Homens, mulheres e crianças submetidos a todos os percalços dessa vida que não mereceram nenhum tipo de proteção social do Estado embora tenham cumprido com sua parte no acordo social celebrado. Mas graças ao esforço de parlamentares constituintes do Amazônia e do relator da constituinte de 1988, o deputado federal pelo Amazonas, Bernardo Cabral, essa injustiça social foi corrigida, quando o art. 54, *caput,* do ADCT/1988, estabeleceu uma pensão especial no valor de dois (2) salários mínimos aos seringueiros recrutados a partir de 1943. O benefício é vitalício. Não se trata de uma aposentadoria, mas tão somente de um benefício de natureza assistencial e não previdenciária, sendo devido aos carentes, independente de recolhimento de contribuição previdenciária (DEMO, 2007).

Outro trabalhador beneficiado com o sistema de seguridade social foram os pescadores que sofreram solução de continuidade em seu labor diário com a aplicação da Lei do Seguro Defeso - Lei nº 10.779, 25 de novembro de 2003 (Lei que assegura o necessário tempo para que espécie de peixes possam se reproduzir em segurança). É importante ressaltar que a Pesca no Estado do Amazonas, remonta desde os tempos pré-históricos, já que os habitantes originais do Estado – índios – já tinham na pesca uma das suas formas de sobrevivência. Só que nas últimas décadas, os estoques pesqueiros têm diminuído bastante, causados por inúmeros problemas ambientais e afetando diretamente os pescadores. Preocupado com essa prerrogativa, os órgãos ambientais pressionaram o governo para editar uma Lei de segurança a reprodução. Só que isso ira de encontro à formação de renda do pescador, o que obrigou o governo a atender, as duas (2) vertentes: o meio ambiente com a Lei do Defeso e os pescadores, garantindo-lhes uma renda durante o período denominado de Seguro Defeso. É um seguro especial da previdência social que perdura anualmente enquanto durar o tempo de defeso. Muitos pescadores do Amazonas o recebem (MENDONÇA e PEREIRA, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O terceiro tipo de benefício previdenciário pago, não somente no Amazonas, mas especialmente aqui e no Estado do Acre, é o benefício especial para os acometidos por hanseníase e foi concedido a partir do governo Lula com base em um processo de inclusão social. Muito tem se discutido nos últimos anos sobre o processo de inclusão social. Buscam-se argumentos nos mais diversos teóricos a respeito do tema e encontra-se enormes justificativas em vários programas brasileiros cujo á essência é a inclusão social. Mas o que é mais importante é se perguntar: quem merece tal atenção? Se esta pessoa se sente incluída socialmente, após a sua entrada em alguns destes programas? (MARICATO, 2015).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao abordar o discurso sobre a integração e inclusão, pretendeu apresentar uma nova visão sobre determinados contingentes populacionais que não possuíam um sistema protetivo especial no ordenamento jurídico brasileiro. Para alguns estudiosos do assunto, como Santos (2008, p. 33) não havia a menor necessidade de tratar "desiguais de forma desigual", já que um dos princípios fundamentais contidos na CF/1988 é o princípio da igualdade, conforme preceitua o art. V do capítulo I dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais: "Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, se garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e à propriedade [...]".

Para o autor não haveria a necessidade de criar mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro para proteger desiguais. Basta cumprir o art., V da CF/1988. Mas, para Santos (2008) a situação é justamente o contrário, já que a igualdade é uma utopia e foi necessário estabelecer preceitos constitucionais de proteção a partir do conceito de integração/inclusão. Segue o autor supracitado:

> A palavra integração tem sido bastante usada, e com diferentes interpretações, nos vários segmentos da sociedade que lidam de uma maneira ou de outra, com indivíduos desiguais. No entanto, é com referencia à educação e a saúde deste contingente populacional que esse termo surge como mais freqüência, envolto em várias considerações (SANTOS, 2008, p. 33).

Segundo o autor foi necessário inferir realmente estes preceitos já que a sociedade brasileira precisava entender qual o conceito de conceito de integração/inclusão que a CF/1988 quis proteger. Não o conceito quase generalizado de que integração/inclusão significa não segregação. Dessa forma, embora integração/inclusão e segregação sejam expressões de uso comum, nem sempre os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

profissionais que trabalham com questões relativas aos desiguais (idosos, crianças e adolescentes, negros, mulheres vitimizadas, deficientes, etc.) utilizam-nas com o mesmo significado. Para Santos (2008, p. 34) o termo integração inclusão significa:

> Formar, coordenar ou combinar num todo unificado e, vem do latim integrante, ou seja, o ato de incluir em um processo de integração que começa desde que a pessoa nasce quando começa a expressar sua maneira de sentir, pensar e agir através da sua relação com a família e com o meio que a circunda.

Essa é a lógica da inclusão que a constituição estatuiu de 1988, ou seja, ela está envolta numa série de significados que variam desde a inserção plena dos que não gozam situações de igualdade, dentre eles os idosos, no sentido de sua inclusão/integração social, ou seja, a participação destas pessoas em grupos iguais quer na saúde, quer na educação, ou seja, em todos os segmentos sociais. Mas o questionamento inicial continua a prevalecer, apesar dos enunciados anteriores? As pessoas em situação de vulnerabilidade social acham que estão incluídas na sociedade a partir dos diversos programas que detém em seu bojo a inclusão social de inclusão social? Esse é o cerne da questão. E foi nessa lógica que o governo Lula, determinou que a previdência social brasileira resolvesse a questão de pessoas excluídas há vida inteira, impedidas de trabalhar por conta da doença e do preconceito social (MARICATO, 2015).

Por fim, os trabalhadores rurais do Amazonas, pessoas que trabalham muito durante suas vidas, mas que por problemas de ordem formal, não possuíam documentos que compravam essa atividade laboral. Aposentaram-se a partir da Constituição de 1988 e hoje se constituem em um grande contingente no interior do Amazonas, sendo uma das principais fontes de receitas municipais (MOURA 2005).

Assim o sistema de seguridade social no interior do Amazonas, principalmente nas aposentadorias rurais, seguro defeso, e benefício especial para soldados da borracha e hansenianos, por seu caráter universalista, tem desempenhado um fundamental papel no que diz respeito ao combate à desigualdade socioeconômica e como sistema protetor de classes cuja vulnerabilidade social é muito grande, funcionado como elemento subjacente do processo de inclusão social fundamentado na Constituição de 1988 (MOURA 2005).

Essa renda proporcionada pelo sistema de seguridade social no interior do Estado do Amazonas tem produzido relevantes efeitos equalizadores, principalmente devido ao modelo dos seus planos de benefícios. Nas pequenas cidades do Estado do Amazonas, segue a mesma lógica do Nordeste e lá um estudo de Carvalho (2014),

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

existe uma diferença entre os benefícios mantidos e a arrecadação *per capita* do INSS, ou seja, a arrecadação previdenciária no interior do Estado do Amazonas, não cobre as despesas com o pagamento de benefícios. Mas essa é uma visão puramente financeira, que considera somente as contribuições (receita) e os pagamentos (despesas), e a seguridade social não engloba somente isso. Esquecem-se esses financistas que os benefícios previdenciários pagos no interior do Amazonas (foco deste estudo) dinamizam a economia das pequenas e médias cidades do Estado do Amazonas, inibe o êxodo rural, fixando o ser humano em seu *habitat* natural, além de ser um poderoso mecanismo de proteção social nos períodos de entressafra agrícolas.

Segundo dados do INSS (2017), os recursos pagos pelo INSS, no interior do Amazonas, foram superiores em até 2,8 vezes as transferências do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), Em algumas cidades do alto Solimões e do Purus essa diferença chega a ser de até cinco (5) vezes, o que denota a conclusão de que a economia dessas cidades é inteiramente dependente desses recursos. Neste sentido, as aposentadorias rurais e os benefícios assistenciais pagos se convertem em um importante componente da renda das famílias em todas as cidades do interior do Amazonas, com efeito direto no combate a desigualdade social. Que um reforma da previdência social no Brasil é importante não resta a menor dúvida por vários aspectos, sendo o principal a expectativa de vida da população que vem melhorando bastante nos últimos cinquenta (50) anos, mas é preciso se considerar as condicionalidades e especificidades de cada região brasileira, já que a expectativa de vida no Norte e no Nordeste brasileiro são bem diferentes do Sul e do Sudeste (GIAMBIAGI, *et. al.*, 2004).

Antes de pensar em qualquer reforma da previdência deve intensificar ações de combate à sonegação e até a fraude previdenciária. Uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, instaurada no Senado Federal em 2017, presidida pelo Senador Paulo Paim do Rio Grande do Sul e relatada pelo senador Hélio José do Distrito Federal, identificou que a sonegação de cinco (5) empresas brasileiras cobre o atual *déficit*, também identificou que a arrecadação do Seguridade Social é suficiente para pagamento dos atuais benefícios previdenciários e ainda sobra dinheiro. Também identificaram que a Desvinculação de Receitas da União (DRU), uma Lei criada no governo Fernando Henrique Cardoso, tirou 30% das receitas da seguridade social, além dos desvios e fraudes naturais do sistema. O correto e primeiro estacar essa sangria e depois partir para uma reforma coesa, consistente para não mexer em direitos adquiridos (FRANÇA, 2017).

Uma das vertentes fundamentais da reforma previdenciária proposta pelo governo Temer ataca fundamentalmente a aposentadoria rural, também de outros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

benefícios previdenciários como a pensão por morte e o Benefício de Prestação Continuada – BPC, pagos a deficientes físicos e mentais e a idosos sem condições de subsistência, mais essas não são foco deste artigo. Embora o governo Temer negue perimptoriamente mudanças na aposentadoria rural.

O Projeto de reforma da previdência mexe na forma e no tempo de contribuição que vão acabar prejudicando bastante o trabalhador rural especialmente do Amazonas, cujas tradições culturais empregatícias são outras. Hoje basta comprovar a atividade laboral no campo de no mínimo quinze (15) anos, para o trabalhador rural possa requerer sua aposentadoria especial, com idade mínima de cinquenta e cinco (55) anos para o gênero feminino e de sessenta (60) anos para o gênero masculino com uma alíquota sobre a produção. O projeto de reforma de o governo Temer determina a contribuição mensal e individual, na mesma lógica do trabalhador urbano, o que na prática inviabiliza o acesso ao benefício para os trabalhadores da agricultura familiar, que não tem como contribuir mensalmente, uma profunda discriminação contra uma classe de trabalhadores rurais bem peculiar (FRANÇA, 2017).

Mas, a pior consequência que vai sofrer são as pequenas cidades brasileiras, notadamente do Estado do Amazonas, cuja receita é muito dependente dos recursos previdenciários. E um problema que um reforma tributária resolveria, já que a concentração de recursos tributários na União é muito intensa, mais falta vontade política para fazer a tal reformam restando atacar que é indefeso. Não foi a toa que uma gama enorme de prefeitos de pequenas cidades brasileiras se revoltaram com o projeto de reforma da previdência.

6 CONCLUSÃO

Embora se tenha alguns sistemas de proteção social desde o Brasil-Colônia, especificamente a Previdência Social no Brasil passou muito tempo para ampliar os seus benefícios para o trabalhador rural. Isso só ocorreu a partir da Constituição de 1988 e com a edição de leis de custeio do sistema que ocorreram a partir de 1990, cujo vetor era as condicionalidades e especificidades dos trabalhadores rurais, dentre elas a inclusão da mulher, a redução da idade mínima, além da vinculação do benefício ao salário mínimo nacional.

Além do mais, especialmente no Amazonas, a categoria dos pescadores foi comtemplada o benefício assistencial do seguro defeso, além da inclusão de acometidos de hanseníase nos benefícios assistenciais. Essa dinâmica do seguro social provocou imensa mudança na arrecadação das cidades interioranas do Amazonas, antes restritas aos repasses obrigatórios da União e do Estado, além de exprimir um elevado papel na composição da renda no interior do Amazonas, seja

pela ampliação e alcance das novas regras desde 1988, seja pela ampliação dos valores transferidos na forma de pagamentos.

Mexer nisso, é como mexer em uma casa de maribondos, pois causará certamente o caos social para as cidades do interior do Amazonas, que nunca gozaram dos benefícios do Polo Industrial de Manaus. Essa renda provinda da previdência é o sustentáculo da economia de pequenas cidades do interior do Amazonas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. de. **O comércio nos rios do Amazonas**. Manaus: Governo do Estado do Amazonas, 1988.

BENTES, R.. **Plano de desenvolvimento da Amazônia**: a Zona Franca de Manaus. Manaus: Valer, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

BRITO, A. J. I. **Insubordinação sertões**: o império português entre as guerras e fronteias do norte do Norte da América do Sul _ Estado do Grão Pará, 1750-1820. Tese apresentada a Faculdade de Filosofia e Letras e Ciências Humanas e Letras da Universidade de São Paulo para obtenção do título de doutor em História. São Paulo, USP, 2010. Versão digitalizada.

CAMARGO, I. N. de. **Previdência Social no Brasil: Origem, desenvolvimento e análise introdutória do fator 95/85**. Trabalho de conclusão de curso apresentado como parte das atividades para obtenção do título de Bacharel no curso de Gestão de Políticas Públicas da Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo. Orientação: Prof. Dr. Luís Eduardo Afonso e Profa. Dra. Flávia Mori Sarti. São Paulo, 2010. Versão digitalizada.

CARDOSO JR. J. C. BERCOVICI, G. (Orgs), **República, Democracia e Desenvolvimento contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo**. Brasília: IPEA, 2013. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2301/1/Livro_Republica_democracia_e_desenvolvimento-contribui%C3%A7%C3%B5es_ao_Estado_brasileiro.pdf#page=19 Acesso em 16 de set de 2020.

CARDOSO, F. H. MULLER, G. **Amazônia**: expansão do capitalismo. 5ª ed. São Paulo Brasiliense, 2007.

CARDOSO, F. H., MÜLLER, G. **Amazônia***:* expansão do capitalismo [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.168 p. ISBN: 978-85-99662-73-1. Available from SciELO Books <http://books.scielo.org>. Acesso em 16 de sete de 2020.

CARVALHO, C. P. O. **O novo padrão de crescimento no Nordeste semiárido**. Revista Econômica do Nordeste. Fortaleza, v.45, n. 3, p. 160-184, jul./set. 2014.

CORRÊA, C. P. **As teorias do desenvolvimento de Celso Furtado e Fernando Henrique Cardoso frente ao ideário cepalino**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRS, 2013. Versão digitalizada.

DATAPREV. **Valor dos benefícios emitidos pela Previdência Social no Amazonas**. 2017. Disponível em: <http: www.dataprev.gov.br>. Acesso em 16 de set de 2020.

DEMO, R. L. L. **O regime jurídico do trabalhador rural no âmbito da seguridade social: o segurado especial e o "soldado da borracha"**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 19, n. 6, jun. 2007.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANÇA, L. D'. **Previdência Social no Brasil**: A reforma do sistema previdenciário brasileiro é necessária? Projeto de pesquisa apresentado ao Curso de graduação em Ciências Econômicas, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel. Orientador: Prof. Jaílson Coelho, Dr. Palhoça, 2017, Disponível em https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/5571/LUCCAS_DONOFRIO_FRANCA-TCC-Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 16 de set de 2020.

FURTADO, C. **Brasil**: a construção interrompida. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

GIAMBIAGI, F. MENDONÇA, J. L. de O. BELTRÃO, K. I. ARDEO, V. L. **Diagnóstico da previdência social no Brasil**: o que foi feito e o que falta reformar? pesquisa e planejamento econômico | ppe | v.34 | n.3 | dez 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GUEDES, I. A. CÂNDIDO, G. A. **Modernização Administrativa no Setor Público**: utilização de tecnologias de gestão e de informação para o gerenciamento do conhecimento. Revista Gestão.Org – Volume 6 – Número 2 – p. 158-173, 2006.

HIRATUKA, C. SARTI, F. **Transformações na estrutura produtiva global, desindustrialização e desenvolvimento industrial no Brasil**: uma contribuição ao debate. Texto para Discussão. IE/Unicamp, Campinas, n. 255, jun. 2015.

MARICATO, G. **Atingidos pela hanseníase, reparados pelo Estado**: as múltiplas histórias performadas da lei 11.520/2007. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para obtenção do título de Mestre em Antropologia Social. Orientadora: Claudia Fonseca. Porto Alegre, 2015. Disponível em https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/134116/000985493.pdf?sequence=1 Acesso em 16 de set de 2020.

MARTINS, E. **Regatão**: herói atípico da Amazônia. Artigo. 2004. Disponível em http://pagina20.uol.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=16449&Itemid=29 Acesso em 16 de set de 2020.

MENDONÇA, J. T. PEREIRA, A. L. C. **Avaliação do seguro-defeso concedido aos pescadores do Estado da Paraíba**. Artigo, 2016. Disponível em http://www.sinteseeventos.com.br/ciso/anaisxvciso/resumos/GT22-02.pdf Acesso em 16 de set de 2020.

MOURA, M. da C. **Coronéis da borracha**: política no interior do Amazonas. Manaus: Valer, 2005.

OLIVEIRA, R. P de. AQUINO, J. R. **A previdência rural e sua importância para as famílias pobres no Nordeste**: resultados de um estudo de caso no Rio Grande do Norte. Rev. Econ. NE, Fortaleza, v. 48, n. 1, p. 115-130, jan./mar., 2017.

SANTOS, P. H. S. **Processos de inclusão pós-Constituição de 1988**. São Paulo: Summus, 2008.

SILVA, T. T. da. **Neoliberalismo no Brasil**: visões críticas. Petrópolis: Vozes, 2009.

TEIXEIRA, J. C. HESPANHOL, A. N. **A região Centro Oeste no contexto das mudanças agrícolas ocorridas no período pós 1960**. Revista Eletrônica da Associação dos Geógrafos Brasileiros. Seção Três Lagoas. Três Lagoas – MS. V. 1 nº 03. Maio de 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

VIANNA, S. M. **A Seguridade Social, o Sistema Único de Saúde e a partilha dos recursos**. Texto baseado em exposição feita na Mesa Redonda sobre Financiamento da Saúde no Brasil, realizada em 21-6-91 na Faculdade de Saúde Pública da USP (Ciclo de mesas-redondas: "A crise da saúde: estrangulamento, perspectiva e saída". 2008.

NOTAS:

[1] No século XIV ele já batia à porta dos consumidores medievais da Europa oferecendo alimentos a retalho. Comprava no campo mais barato para vender em miúdo e caro na cidade. Era um comerciante ambulante, um mascate. Durante a colonização do Brasil ele apareceu nas emergentes metrópoles brasileiras com a mesma atividade medieval. Era início do século XIX, e a atividade foi dominada por jovens judeus marroquinos que migravam para o país. Na segunda metade desse século, atraídos pela economia da borracha os jovens mascates árabes migraram em massa para a Amazônia, onde passaram a ser chamados de regatões (MARTINS, Elson. **Regatão**: herói atípico da Amazônia. Artigo. 2004. Disponível em http://pagina20.uol.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=16449&Itemid=29 Acesso em 03/02/2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DAVID ALISSON ALMEIDA OLIVEIRA

MAKSZALEM PEREIRA DE CARVALHO

Resumo: A Administração Pública de um país é fundamental para o bom andamento da nação, assim, necessário é que tal administração se submeta a princípios que a guiem da melhor forma possível. Pensando assim, foi proposto na Constituição Federal de 1988, princípios básicos para reger a administração nacional, sendo estes, a Legalidade, a Impessoalidade, a Moralidade, a Publicidade e a Eficiência.

Palavras-chave: Administração Pública; Princípios; Conceitos.

Abstract: The public administration of a country is fundamental to the smooth running of the nation, so it is necessary that such administration be subject to principles that guide it in the best possible way. Thinking like this, it was proposed in the Federal Constitution of 1988, basic principles to govern the national administration, being these, Legality, Impersonality, Morality, Advertising and Efficiency.

Keywords: Public Administration; Principles; Concepts.

INTRODUÇÃO

A presente obra tem por escopo apresentar quais são os princípios básicos norteadores da Administração Pública nacional, ao modo que serão abordados os princípios constitucionais expostos no art. 37 da CF/88. A metodologia aplicada na pesquisa será a de natureza exploratória/explicativa, a fim de melhor elucidar dúvidas a respeito do tema.

Sabe-se que a Administração Pública de uma nação é fundamental para o bom andamento de todo o mecanismo nacional, tudo que se encontra no território de determinado país é, de certo modo, regido pela administração deste, e caso esta não seja eficaz, é provável que tal nação venha a apresentar diversos problemas e crises.

No caso do Brasil, a doutrina escolhida pelo constituinte na Constituição de 1988 é clara ao expor que deve a Administração nortear praticamente tudo o que ocorre em território nacional, obviamente não invadindo privacidades pessoais ou influenciando nas comerciais.

Assim, será exposto como cada princípio guia as ações da Administração Pública e seus agentes, ao modo que será exposto os cinco princípios apresentados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

na Carta Magna, sendo; a Legalidade, a Impessoalidade, a Moralidade, a Publicidade e a Eficiência.

1.ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Entende-se por Administração Pública o conglomerado de atividades, agentes, órgãos e pessoas jurídicas que fazem parte do Estado e atendem a coletividade. Para Junquilho (2010, p. 16), "definir o conceito de Administração Pública não é fácil, dada a sua amplitude e complexidade". Tal fato é exposto pelo doutrinador tendo em vista a amplitude do campo de atuação da Administração Pública, a qual não se limita a apenas um ponto.

Em sentido amplo, a Administração Pública pode ser compreendida como o governo, que tem a responsabilidade de tomar decisões ligadas ao País, a estrutura administrativa e a Administração em si, que tem a função de executar as decisões do governo.

Já no que concerne ao sentido estrito, é compreendido apenas as funções administrativas, as quais se referem à execução dos programas de governo, a prestação dos serviços e quaisquer outras atividades ligadas a administração pública direta ou indireta.

Segundo entende Meirelles (2001, p. 59), a administração pública ainda pode ser tratada e diferenciada em subjetivo/orgânico/formal e objetivo/material/funcional, conforme aponta:

> Um, normalmente chamado de subjetivo, orgânico ou formal, no qual essa expressão compreenderia as pessoas jurídicas, seus órgãos e agentes que executam a atividade administrativa; outro, conhecido como objetivo, material, operacional ou funcional, compreendendo a atividade empreendida por esses agentes.

Sobre tal fato, aponta Cretella (1966, p. 24), "adotando-se o critério subjetivo ou orgânico, administração é o complexo de órgãos aos quais se confiam funções administrativas, é a soma das ações e manifestações da vontade do Estado, submetidas à direção do chefe do Estado".

Por fim, aponta Paludo (2012, p. 21/22):

> O sentido subjetivo/formal/orgânico: corresponde ao conjunto de pessoas jurídicas e órgãos públicos criado para realizar a função administrativa do Estado, cujas atividades são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> desempenhadas pelos seus agentes – portanto, nesse sentido, temos as pessoas jurídicas de Direito Público Interno, as pessoas jurídicas da Administração indireta, os órgãos da Administração direta e os agentes públicos. O conjunto orgânico corresponde à Administração Pública direta e indireta dos três poderes.

Já a respeito do sentido objetivo da administração pública, Cretella (1966, p. 24), entende que, "a administração como a atividade concreta do Estado dirigida à consecução das necessidades coletivas de modo direto e imediato". Assim, é feita referência à então função administrativa, ou seja, às atividades que são realizadas pela administração para atender a população, bem como as atividades fins que atendam às necessidades da própria administração pública.

Ainda sobre o sentido objetivo da administração, Paludo (2012, p. 23), aponta que:

> [...] à função administrativa propriamente dita e às atividades necessárias à prestação dos serviços públicos em geral. Nesse conceito, inclui-se tanto a função administrativa desempenhada pelo Governo (decisões de governo), quanto as desempenhadas pelos órgãos e demais entes públicos (decisões administrativas e ações de execução). Insere-se nesse contexto tanto a prestação dos serviços públicos, como a intervenção no domínio econômico e o exercício do Poder de Polícia, e, ainda, o fomento e incentivo às atividades em geral de interesse ou de utilidade pública.

É necessário lembrar ainda que a administração é considerada como ciência social, de suma importância, a qual é responsável pela direção e controle nas organizações, a qual depende de seus colaboradores (agentes públicos) para ter seu papel exercido da melhor forma possível em prol da sociedade.

> A administração constitui a maneira de utilizar os diversos recursos organizacionais- humanos, materiais, financeiros, de informação tecnologia – para alcançar objetivos e atingir elevado desempenho. Administração é o processo de planejar, organizar, dirigir e controlar o uso dos recursos organizacionais para alcançar determinados objetivo de maneira eficiente e eficaz (CHIAVENATO, 1999, p.06)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dito isso, não é incorreto dizer que a Administração Pública tem a finalidade de agir pelo bem comum, ou em prol da coletividade, conforme aponta Meirelles (2010, p. 65/66):

> Todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; prática, tão-somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e seus agentes.

Assim, percebe-se a quão necessária é a Administração Pública para um Estado, principalmente para o Estado Democrático de Direito, o qual é o modelo adotado pelo Brasil. Caso não houvesse organização administrativa no País, muito provavelmente não haveria premissa de futuro, e tão pouco ordem e progresso nacional.

2.PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme aponta Cretella Junior (2003, p. 03), princípio é "todo ponto de referência de uma série de preposições, corolárias da primeira proposição, premissa primeira do sistema", ou seja, principio pode ser definido como os valores que trazem consigo determinadas diretrizes. Entende-se que um princípio é dotado de aplicabilidade e eficiência, e serve como bússola, auxiliando quem interprete a lei como um todo.

Apontado isso, serão expostos os princípios básicos que regem a Administração Pública, os quais encontram-se elencados na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, que versa o seguinte:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, **impessoalidade**, **moralidade**, **publicidade** e **eficiência** e, também ao seguinte: [...] (*Grifo Nosso*).

Importante frisar que tais princípios devem ser seguidos por toda a Administração Pública, tanto a direta, quanto a indireta, de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do DF, e dos Municípios. Assim também, devem obedecer a tais princípios, particulares que estejam em exercício de função pública, como é o caso das Organizações Sociais que recebem verbas públicas.

> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não

> apenas a um específico andamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2000, p.748).

Diante disso, necessário se faz expor como cada princípio funciona dentro da administração pública.

2.1 Princípio da Legalidade

Princípio regente de basicamente todos os ramos do direito, o princípio da legalidade estabelece que toda e qualquer atividade ligada a Administração Pública deve ser regida por lei, assim sendo, nenhum ato poderá ocorrer sem que antes tenha-se promulgado a lei que o faz valer. Assim, pode-se dizer que a Administração Pública só poderá agir conforme dita a lei, e jamais contra a lei, ou além da lei.

Conforme ensina Di Pietro (2011, p. 64), "Este Princípio, juntamente com o controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais".

Sabe-se que a lei reflete o pensamento e vontade do povo, a quem a Administração deve satisfazer, atendendo a vontade deste da melhor forma possível. Por esta razão, o princípio da legalidade é considerado como basilar do direito, onde devem os agentes públicos segui-lo de maneira incondicional, sob pena de nulidade de seus atos já praticados.

Importante frisar que, existem distinções a respeito do princípio da legalidade no que se remete ao ramo privado, vez que, os indivíduos ligados a este ramo, tem poder de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, já os agentes públicos só podem fazer o que a lei autoriza, assim, jamais poderá o administrador atuar naquilo que a lei não proíba, tão somente poderá fazer o que ela já dita a ele.

Neste sentido, entende o brilhante doutrinador Hely Lopes Meirelles (2003, p. 86), "Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza".

Assim, entende-se que o princípio da legalidade, no ramo privado é caracterizado pela "autonomia de vontade", onde sua previsão não se encontra no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

art. 37 da CF/88, e sim no art. 5º, inciso II, do mesmo diploma legal, que versa, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Já na visão pública, o princípio da legalidade exposto no art. 37 da CF/88 pode ser caracterizado pela "restrição de vontade", onde o agente público só pode agir "se" e "quando" a lei autoriza-lo para tal ato, ou seja, sua atuação fica restrita a vontade legislativa, e não a sua vontade pessoal.

Desta feita, aponta Gasparini (2011, p. 7/8), "qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda o âmbito demarcado pela lei, é injurídica e se expõe a anulação". Em mesma consonância versa Alexandrino e Paulo (2011, p. 190), "os atos eventualmente praticados em desobediência a tais parâmetros são atos inválidos e podem ter sua invalidade decretada pela própria Administração que os haja editado (autotutela jurídica) ou Poder Judiciário".

Diante toda essa necessidade de obediência à legislação, pode-se dizer que a administração pública é subordinada direta do Poder Legislativo, vez que esta cria as leis que entidade administrativa deve seguir.

Contudo, apesar de todo o exposto, a Constituição de 1988 versa que haverá exceções a respeito da aplicação do princípio da legalidade, caso ocorram as situações elencadas nos artigos 62, 136, e 137 a 139, que tratam respectivamente de medidas provisórias em casos de urgência, Estado de Defesa e Estado de Sítio.

Importante frisar que esse fato só ocorre devido a uma situação extraordinária, com natureza emergencial, assim como aponta Mello (2000, p. 76):

> Isso sucede em hipóteses nas quais a Constituição faculta ao Presidente da República que adote procedências incomuns e proceda na conformidade delas para enfrentar contingências anômalas, excepcionais, exigentes de atuação sumamente expedita, ou eventos gravíssimos que requerem a atuação particularmente enérgica.

Assim, pode-se concluir que todas as garantias que advém do princípio da legalidade nada mais são que garantias de proteção do patrimônio público, onde há coibição de atitudes que lesem ou causem danos a este, onde tal princípio só poderá ser ignorado quando houverem situações de grande emergência.

2.2 Princípio da Impessoalidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Este princípio expõe que os atos administrativos praticados pelos agentes públicos devem visar o interesse público, e não a interesses pessoais do próprio administrador ou de terceiros, impedindo assim que haja benefícios ou prejuízos a determinada pessoa em especial.

Acerca disso, Meirelles (1996, p. 82), entende que:

> O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art.37, caput) nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual se impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma do direito indica expressa ou virtualmente como objeto do ato, de forma impessoal.

A atuação do agente público deve ser impessoal, tendo como foco o atendimento do anseio da população. Assim, deve o administrador deixar de lado qualquer anseio pessoal, e atuar apenas em prol dos interesses ligados a coletividade, manifestando assim a vontade Estatal.

Conforme expõe (Paulo e Alexandrino, 2009, p. 200), esse princípio deve ter o objetivo de impedir a promoção pessoal, assim, "a impessoalidade da atuação administrativa impede, portanto, que o ato administrativo seja praticado visando a interesses do agente ou de terceiros, devendo ater-se à vontade da lei, comando geral e abstrato em essência".

Já para Silva (2003, p. 647):

> Os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal

Insta salientar ainda, que conforme expõe os artigos 18 a 21 a Lei 9.784/99, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, não poderá atuar como agente público aquele que:

> Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:
>
> I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;
>
> III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.
>
> Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.
>
> Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.
>
> Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.
>
> Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.

Tais artigos mais uma vez reforçam o fato de não haver pessoalidade na Administração Pública, sendo considerados iguais todos aqueles que fazem parte ou irão fazer parte dessa esfera, sem haver benefícios ou malefícios para determinada pessoa.

2.3 Princípio da Moralidade

Apesar de moral e ética não se confundirem, na Administração Pública o princípio da moralidade é sim regido por questões éticas. Um bom administrador deve ser probo e ético em suas decisões e condutas dentro da máquina pública, evitando abusos e desvios de conduta e recursos públicos. A respeito desse princípio, Di Pietro (2011, p. 77) aponta que, "nem todos os autores aceitam a existência deste princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade".

Para que esse princípio seja aplicado de maneira correta necessário é que o agente público cumpra com preceitos ligados a legalidade de seus atos, respeitando principalmente os conceitos ligados a ética da justiça e razoabilidade. Assim, entende Meirelles (1995, p. 82), "não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica,

entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração".

Ainda sobre o assunto, Di Pietro (1999, p. 111), entende que:

> Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isso ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.

Assim, segundo estes entendimentos, é percebido que os atos tomados pelo administrador público devem ser cerceados pelos princípios da lealdade e boa-fé, haja vista que uma vez havendo boa-fé, há vontade de se trabalhar em linha tênue de dignidade.

Nesse sentido, é correto dizer que tal princípio é ligado diretamente a ideia de probidade, sendo subordinada a esta, sendo que, caso o administrador público venha a cometer atos de imoralidade administrativa, este poderá incorrer em improbidade e não somente em ato imoral.

A violação da ética na Administração Pública é por si só a violação do direito, assim como explica Di Pietro (2011, p. 79), "o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública".

Assim, é notório que tanto os agentes públicos, bem como quem se relaciona com a Administração Pública devem ser cerceados de moralidade, ética, boa-fé e lealdade aos atos administrativos, e caso tal fato não seja cumprido, poderão ocorrer sanções administrativas contra quem os descumpriu.

2.4 Princípio da Publicidade

Este princípio, como o próprio nome já diz, é ligado a transparência dos atos realizados pelo administrador, ou seja, cada atividade que é realizada pela Administração Pública deve ser exposta para a sociedade, a fim de não haverem fraudes contra o erário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A publicidade se faz pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e, consequentemente, início da produção de seus efeitos pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias (MORAES, 2008, p. 323).

Desta forma, observa-se que a não publicação dos atos públicos pode gerar arbitrariedades, o que pode ocasionar em uma possível anulação do ato. Já a publicação garante que os atos administrativos tenham eficácia, havendo assim, maior controle por parte do Estado.

Medauar (2002, p. 155) explica que a publicidade é ligada diretamente com a democracia administrativa, haja vista que, "o tema da transparência ou visibilidade, também tratado como publicidade da autuação administrativa, encontra-se associado à reivindicação geral de democracia administrativa".

Assim sendo, tal princípio tem por foco dar conhecimento ou ciência do ato ou atividade que fora praticado pelo agente administrativo e pela Administração Pública, facilitando assim o ato de conferência, fiscalização e controle de execução das atividades realizadas.

2.5 Princípio da Eficiência

Este foi o último princípio da Administração Pública a ser adicionado na Constituição Federal de 1988, sendo que tal fato ocorreu através da publicação da Emenda Constitucional nº 19/98. Este princípio se remete a eficiência do administrador e da máquina pública no atendimento à sociedade, assim, deve o agente público demonstrar agilidade no momento de realização do ato público.

Meirelles (2003, p. 102) entende que o Princípio da Eficiência é uma obrigação da Administração Pública e do agente público, e assim deve ser cumprido com zelo por estes:

> O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.
>
> (...)
>
> Esse dever de eficiência bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao 'dever de boa administração' da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-lei 200/67, quando submete toda atividade do executivo ao controle de resultado (art.13 e 25,V), fortalece o sistema de mérito (art.25, VII), sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art.26,III) e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso.

Neste mesmo sentido, França (2000, p. 128) explica que, "o princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda ação administrava deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativo".

Assim, pode-se dizer que a eficiência de um agente público é medida através de seus resultados obtidos no atendimento a sociedade, e caso não venham a ser satisfatórios os resultados, poderão ocorrer sanções administrativas contra o agente que não for ágil em suas funções.

3. CONCLUSÃO

Através desta pesquisa foi possível observar o quão importante são os princípios para a Administração Pública, tendo em vista que todos estes em conjunto, guiam o agente público para uma melhor prestação de seus serviços para com a sociedade.

O princípio é fundamental para qualquer situação, e no caso da Administração Pública não foi diferente. Uma nação que não tenha seus princípios firmados, principalmente neste quesito, tende a não se desenvolver interna e externamente, fazendo com que sua sociedade sucumba a miséria.

Assim, necessário é que tais princípios sejam seguidos da melhor maneira possível, e cada necessário for, sejam criados novos princípios para guiar a Administração Pública e seus agentes no caminho correto para o desenvolvimento nacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17. ed. São Paulo: Método, 2009.

ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2011.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 03 set. 2020.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração nos novos tempos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**: de acordo com a constituição vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. vl. 1

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas. 2011.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Renovar, nº 220, abr./jul. 2000.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNQUILHO, G. S. **Teorias da administração pública**. Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB. 182p. Florianópolis, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

PALUDO, Augustinho. **Administração Pública para Auditor Fiscal da Receita Federal e Auditor Fiscal do Trabalho**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: RT, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JURISDICIONAL PREVENTIVO NO STF

MARIANA SÁ LEITÃO DE MEIRA LINS:
Pós-graduada em direito público, Procuradora da Fazenda Nacional.

RESUMO: O controle de constitucionalidade é o mecanismo por meio qual se assegura a supremacia da Constituição na escala hierárquica normativa. O referido controle pode ser exercido por diversos órgãos e em diferentes momentos. O Poder Judiciário tem como tarefa própria o controle de constitucionalidade repressivo, quando a norma já está pronta e devidamente promulgada. Ocorre, entretanto, que em hipóteses excepcionais o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade de forma preventiva, analisando projetos de lei e de emendas constitucionais que ainda estão em trâmite no Congresso Nacional. A jurisprudência parece mostrar uma possível expansão desse controle preventivo, que teria como parâmetro toda a Constituição, e não apenas as cláusulas pétreas, conforme ocorre atualmente. Essa atuação preventiva do Poder Judiciário pode conflitar com a separação dos poderes. Assim, o objetivo do presente trabalho está na análise das consequências do controle de constitucionalidade jurisdicional preventivo, tendo como lastro as normas da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência do STF e a doutrina da separação dos poderes.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade Preventivo; Poder Judiciário; Separação de Poderes.

ABSTRACT: The control of constitutionality is the mechanism by which assures the supremacy of the constitution in the hierarchical scale normative. Such control can be exercised by different organs and at different times. The Judiciary, on its turn, has its own task of controlling repressive constitutionality, when the norm is already ready and duly promulgated. It happens, however, that in exceptional cases the Federal Supreme Court exercises the constitutionality control in a preventive way, analyzing draft laws and constitutional amendments that are still in progress in the national congress. Jurisprudence seems to show a possible expansion of this preventive control, which would have as a parameter the whole constitution, not just the stony clauses, as it currently occurs. This preventive action of the Judiciary intends the separation of powers. Thus, the objective of this paper is to analyze the consequences of the control of preventive judicial constitutionality, based on the norms of the Federal Constitution of 1988, the jurisprudence of the STF and the doctrine of separation of powers.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Keywords: Preventive Constitutionality Control; Judicial Branch; Separation of Powers.

Sumário: 1. Introdução. 2. O controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988. 3. O controle de constitucionalidade jurisdicional preventivo no STF. 3.1. A jurisprudência dominante no STF – controle restrito. 3.2. A jurisprudência minoritária – controle amplo. 4. A teoria da separação dos poderes e a atuação do STF. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade é o mecanismo hábil a garantir a supremacia das normas constitucionais. Por meio deste os órgãos competentes realizam o cotejo das normas infraconstitucionais com a Constituição paradigma e, caso haja uma incompatibilidade, decidem pela retirada da norma inconstitucional do mundo jurídico.

Interessante mencionar que as emendas à Constituição também podem ser objeto de controle de constitucionalidade, não sendo este restrito à análise das leis ordinárias e complementares, haja vista a existência de limites ao constituinte reformador, que deve respeitar o núcleo duro da Constituição, não sendo possível, na reforma constitucional, a supressão ou o enfraquecimento de direitos reconhecidos como cláusulas pétreas.

O controle de constitucionalidade pode ser exercido de diversas formas: pode ser revestido de caráter político ou jurídico; o órgão competente para exercê-lo pode ser único ou variado; a questão constitucional pode ser tratada como causa principal da demanda ou como questão incidental; pode ser prévio, durante a tramitação do processo legislativo, ou repressivo, após a promulgação da norma.

Conforme restará demonstrado ao longo do presente trabalho, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu um sistema misto de controle de constitucionalidade, prevendo a possibilidade de atuação política e jurídica. A título de exemplo, durante o processo legislativo, tanto as Casas Legislativas quanto o chefe do Poder Executivo têm a oportunidade de apreciar a constitucionalidade das normas que estão sendo formadas. Por outro lado, uma vez promulgada a lei, a competência para o exercício do controle passa a ser função própria do Poder Judiciário.

Como se verá, a regra é o exercício preventivo do controle político e o exercício repressivo do controle jurisdicional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A referida distribuição de "competências", prevista na Constituição Federal, está intimamente relacionada com a tripartição de poderes. Uma vez que é função própria do parlamento o debate institucional acerca dos projetos de leis e das demandas sociais, bem como a análise da constitucionalidade dos projetos em trâmite, não haveria espaço para o Poder Judiciário intervir e impedir o exercício dessa função constitucional. Da mesma forma, uma vez que a CF/88 atribui ao chefe do Poder Executivo a competência para analisar a constitucionalidade dos projetos de lei no momento em que decide pela sanção ou pelo veto, não haveria oportunidade para a atuação preventiva do Poder Judiciário.

Assim, o controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade poderia ser visualizado como uma afronta ao dogma da separação dos poderes, uma vez que, ao assim agir, os magistrados estariam exercendo funções próprias dos parlamentares e do chefe do Executivo.

A realidade, no entanto, mostra que, no âmbito nacional, o Supremo Tribunal Federal tem admitido e exercido o controle preventivo. É bem verdade que por decisão majoritária esse controle tem sido realizado de forma restrita: apenas por meio do mandado de segurança impetrado por parlamentar, que tem por finalidade assegurar o devido processo legislativo para impedir o trâmite de propostas que atentem contra as cláusulas pétreas.

Não se desconhece, entretanto, a existência de corrente dentro do próprio Tribunal que defende a possibilidade de um controle preventivo mais amplo, sendo possível a análise de aspectos formais dos projetos de lei sem se ater à excepcional hipótese de violação às cláusulas pétreas, conforme já defendido por membros da Corte de forma monocrática em algumas oportunidades.

Desse modo, o objeto deste trabalho está na análise do atual cenário jurisprudencial acerca da possibilidade do exercício do controle preventivo de constitucionalidade pelo STF, tomando-se como parâmetro as normas da Constituição Federal de 1988 e a teoria da tripartição dos poderes, para que assim possam ser analisas as consequências resultantes dessa atividade.

Visando a uma abordagem mais prática do tema do controle de constitucionalidade, serão apresentadas as características básicas necessárias para a compreensão do assunto, adentrando-se, logo em seguida, na análise principal desse estudo: o controle de constitucionalidade jurisdicional preventivo.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inicialmente, cumpre esclarecer que o controle de constitucionalidade é o mecanismo por meio do qual um órgão competente realiza o exame de normas infraconstitucionais tendo como parâmetro a Constituição vigente em um país. Isto é, por meio do referido controle, a norma infraconstitucional pode ser considerada contrária à Constituição e, consequentemente, extirpada do mundo jurídico.

O controle de constitucionalidade é um mecanismo próprio dos países que adotam constituições rígidas, as quais demandam um processo de alteração mais dificultoso e solene do que o aplicado às alterações das normas infraconstitucionais. Trata-se de corolário do princípio da supremacia da Constituição, de acordo com o qual a Constituição está no vértice da pirâmide normativa e todas as demais normas deve com ela guardar consonância.

Nesse sentido, leciona Pedro Lenza[1]:

> A ideia de controle, então, emana da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema.

Nessa esteira, cria-se o mecanismo em que o órgão competente pode declarar a inconstitucionalidade da norma editada em descompasso com a constituição. Trata-se da manutenção da ordem constitucional. Conforme pontua o Ministro Gilmar Mendes, caso não houvesse esse "controle", não haveria conteúdo obrigatório nas normas constitucionais, não havendo que se falar em hierarquia normativa. É o que se infere do seguinte excerto:

> É inegável, todavia, que a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica.
>
> Nessa linha de entendimento, assenta Kelsen que uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória. E não se afigura suficiente uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou o ato inconstitucional, porquanto tal providência não o retira do ordenamento jurídico. Faz-se mister a existência de órgão incumbido de zelar pela anulação dos atos incompatíveis com a Constituição.[2]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É necessário esclarecer, ainda, que o vício de inconstitucionalidade pode ser de ordem formal ou material. Será formal quando contrário ao procedimento legislativo previsto na Constituição, onde se inclui o vício de competência e o vício de tramitação. Por outro lado, será material quando a vício de inconstitucionalidade estiver no conteúdo do ato normativo. O Ministro Luís Roberto Barroso[3] sintetiza a matéria da seguinte forma:

> A Constituição disciplina o modo de produção das leis e demais espécies normativas primárias, definindo competências e procedimentos a serem observados em sua criação. De parte isso, em sua dimensão substantiva, determina condutas a serem seguidas, enuncia valores a serem preservados e fins a serem buscados. Ocorrerá inconstitucionalidade formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico. A inconstitucionalidade será material quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio.

Diante desse contexto, tem-se que o controle de constitucionalidade pode se dar sob vários enfoques, seja com relação ao órgão que o exerce, ao modo como é exercido ou ao momento em que é exercido.

No que toca ao órgão competente para aferir a constitucionalidade dos atos normativos, a doutrina reconhece o controle político, o controle jurisdicional e o controle misto. Ainda com relação ao órgão, e no âmbito do controle jurisdicional, esse pode ser difuso ou concentrado. Por sua vez, no que se refere ao modo como é exercido, o controle pode ser realizado de forma incidental ou principal. Por fim, quanto ao momento em que ocorre, o controle pode ser preventivo ou repressivo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou o controle de constitucionalidade misto (político e jurisdicional), difuso e concentrado, preventivo e/ou repressivo, a depender do caso.

No âmbito do controle político, a aferição da conformidade constitucional dos atos normativos está a cargo das Casas Legislativas, em especial das Comissões de Constituição e Justiça (art. 32, IV, "a", do Regimento Interno da Câmara dos Deputados – Resolução nº 19, de 1989; art. 101, I, do Regimento Interno do Senado Federal – Resolução nº 93, de 1970) e do Chefe do Poder Executivo, por meio da análise prévia ao exercício do poder de veto previsto no art. 66 da CF/88.

O controle político é, assim, em regra, exercido de forma preventiva, já que realizado antes da promulgação do ato normativo, constituindo uma etapa do processo de formação do próprio ato.

O controle jurisdicional, por sua vez, foi previsto em sua forma difusa e concentrada. O controle é difuso quando pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras ordinárias de competência de cada órgão, e concentrado quando a competência recai sobre órgãos específicos.

No Brasil, a Constituição de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição (art. 102), sendo do referido órgão a competência exclusiva do exercício do controle concentrado de constitucionalidade. O controle difuso, por sua vez, pode ser exercido por todos os tribunais e juízes que compõem o sistema judicial brasileiro, incluindo-se aqui o STF.

Além das referidas classificações, importa destacar que o controle jurisdicional pode ser exercido pela via incidental (concreto) ou pela via principal (abstrata). No controle incidental a questão constitucional é analisada como questão prejudicial ao pedido principal, enquanto na via principal a (in)constitucionalidade do ato normativo é o objeto autônomo e exclusivo da causa, não se tratando, assim, de meio para obter o objeto desejado.

Embora o sistema jurídico brasileiro tenha estabelecido, como regra, o controle jurisdicional em momento posterior à edição do ato normativo (controle repressivo), há uma hipótese em que se admite o controle jurisdicional preventivo. Conforme assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cabe à referida corte analisar a constitucionalidade de um ato normativo, durante o trâmite da sua formação, de forma incidental no bojo de Mandado de Segurança, quando a proposta legislativa atentar contra cláusulas pétreas.

Conforme restará demonstrado ao longo do presente trabalho, a questão do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade deve ser tratada com cautela. Isso porque a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como regra o controle jurisdicional repressivo, sendo o controle prévio uma função própria dos órgãos políticos.

A razão de ser da referida regra repousa na doutrina da tripartição dos poderes, que, conforme difundido por Montesquieu, consiste na divisão das funções estatais entre três diferentes Poderes, independentes e autônomos entre si: Executivo, Legislativo e Judiciário. Nessa medida, a CF/88 estampa as funções que são próprias a cada um desses poderes, assegurando, no art. 60, §4º, na condição de cláusula pétrea, a separação dos poderes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, cumpre estudar os impactos do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade na separação dos poderes, tendo como pano de fundo as normas estampadas na CF/88, a teoria da tripartição dos poderes e a jurisprudência do STF.

3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JURISDICIONAL PREVENTIVO NO STF

Desde a década de 1980, sob a égide da Constituição de 1967, o Supremo Tribunal Federal iniciou o debate acerca da possibilidade do exercício do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade. Conforme já apontado neste trabalho, o tema é sensível na medida em que envolve o limite de atuação de cada um dos Poderes da República.

Nessa esteira, formou-se na Corte uma jurisprudência que permite o controle preventivo de forma bastante excepcional, apenas de forma incidental, no âmbito de Mandado de Segurança interposto por parlamentar na defesa do direito a um processo legislativo hígido, com o fim de "barrar" o trâmite de um projeto que atenta contra as cláusulas pétreas. Essa é a jurisprudência dominante até os dias atuais.

Cumpre ressaltar, entretanto, a existência de corrente dissonante que apregoa a ampliação desse controle preventivo, facultado ao STF o exame amplo de constitucionalidade das propostas legislativas sem se ater aos casos específicos de afronta às cláusulas pétreas, que a jurisprudência dominante limita.

É necessário, assim, esmiuçar os fundamentos que embasam ambas as correntes, para então sopesar as consequências advindas das diferentes formas do controle de constitucionalidade jurisdicional preventivo.

3.1 A jurisprudência dominante no STF – controle restrito

A atual jurisprudência do STF, que admite o controle preventivo de constitucionalidade nos casos em que parlamentares impetram mandados de seguranças buscando impedir o trâmite de projetos legislativos contrários às cláusulas pétreas estampadas no art. 60, §4º, da CF, encontra precedentes em julgamentos realizados entre os anos de 1980 e 1985, ainda sob a vigência da Constituição de 1967.

É o que se verifica do acórdão proferido no bojo do Mandado de Segurança nº 20257/DF[4], julgado em 08/10/1980, cuja transcrição da ementa é salutar:

> Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que a impetração alega ser tendente a abolição da republica. - **Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando a sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie). Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer - em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas - que sequer se chegue a deliberação, proibindo-a taxativamente**. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a constituição. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança indeferido.

(MS 20257, Relator(a): Min. DÉCIO MIRANDA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/1980, DJ 27-02-1981 PP-01304 EMENT VOL-01201-02 PP-00312 RTJ VOL-00099-03 PP-01031)

(grifou-se)

No caso, embora o *writ* tenha sido denegado, restou assentada a possibilidade de controle preventivo com o fim de obstar o trâmite de projetos legislativos quando a própria Constituição vedar o processamento da lei. Conforme se percebe da leitura da ementa, o pressuposto para a controle preventivo estava na expressa vedação constitucional de deliberação sobre o projeto de lei. Não bastava, assim, a configuração de uma inconstitucionalidade formal/material; era necessário que, especificamente, no caso concreto, o trâmite legislativo sobre a matéria fosse vedado.

A título de exemplo, tomando-se como parâmetro a Constituição de 1967, pode-se citar a regra do art. 50, §1º, que estabelecia "Não será objeto de deliberação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.". A mesma regra foi estampada no art. 47, §1º, da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Como se percebe, as regras vedavam de forma expressa a mera deliberação acerca do tema.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o rol de cláusulas pétreas foi ampliado, de forma que, atualmente, o constituinte veda a deliberação tendente a abolir as seguintes matérias:

> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
>
> (...)
>
> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
>
> I - a forma federativa de Estado;
>
> II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
>
> III - a separação dos Poderes;
>
> IV - os direitos e garantias individuais.

Esse é, então, o parâmetro utilizado atualmente para o exercício do controle preventivo de constitucionalidade. Defende-se, da mesma forma, que, se a Constituição é clara ao proibir a deliberação da proposta, é um direito líquido e certo do parlamentar pleitear a interrupção de um processo legislativo que vai de encontro a essa regra.

Na atualidade, a decisão paradigma sobre o tema foi proferida no julgamento do Mandado de Segurança nº 32033[5], cujo relator para o Acórdão foi o saudoso Ministro Teori Zavascki, que instaurou a divergência em relação ao voto do Relator originário, Ministro Gilmar Mendes, quando reafirmou a limitação ao controle preventivo, que deve ser restrito às violações às cláusulas pétreas, sob pena de afronta à tripartição dos poderes. Nesse sentido, constou da Ementa:

> CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. **Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas**

em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é "a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo" (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). **Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não**. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido. (MS 32033, Relator(a): Min. GILMAR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00330) (grifou-se)

Como se percebe, o controle preventivo de constitucionalidade do STF deve se limitar aos casos de vícios de inconstitucionalidade formais, apontados de forma incidental, no âmbito do Mandado de Segurança interposto por parlamentar. Nesse caso, a inconstitucionalidade formal já estaria devidamente concretizada com a admissão do trâmite do projeto de lei. Se a Constituição, no art. 60, §4º, estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda que tende a abolir as cláusulas pétreas, a partir do momento que um projeto de emenda é proposto com esse conteúdo, resta configurada a inconstitucionalidade.

Assim, apenas nesse caso, poderia o parlamentar se valer do mandado de segurança. Cumpre observar, contudo, que o pedido principal do parlamentar deve ser a participação em um processo legislativo constitucional. A medida judicial não tem por objeto único e direto a declaração de inconstitucionalidade da proposta, mas sim impedir o trâmite desta, para que o parlamentar não participe de um procedimento inconstitucional.

Tal situação se diferencia sobremaneira da análise do mérito do projeto de emenda/lei, tendo como paradigma todas as normas constitucionais, quando restaria caracterizado um verdadeiro controle abstrato de constitucionalidade. O mérito do projeto, conforme essa jurisprudência, deve ter a sua constitucionalidade avaliada pelos membros do Poder Legislativo e pelo chefe do Poder Executivo, em claro exercício de múnus constitucional.

É interessante destacar, ainda, que o fundamento que limita a atuação do Poder Judiciário no exame amplo da constitucionalidade dos projetos de emenda/lei é, não só a ausência de legitimidade dos membros do Poder Legislativo para a propositura das ações de controle abstrato de inconstitucionalidade, como também o reconhecimento de que, ao desempenhar o controle preventivo amplo, o Poder Judiciário estaria "invadindo" área de atuação dos demais Poderes da República.

Essa violação à separação dos poderes será melhor examinada em tópico próprio do presente trabalho. Por ora, importa fixar a jurisprudência dominante no âmbito do STF: o controle preventivo é possível no caso de violação às cláusulas pétreas, sendo praticado através de mandado de segurança interposto por parlamentar.

3.2 A jurisprudência minoritária no STF – controle amplo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Embora a maioria dos ministros da Suprema Corte defenda o controle prévio restrito, não se pode deixar de dar relevância às vozes dissidentes, que defendem a ampliação da área de atuação do STF no exame de constitucionalidade dos projetos de lei e de emendas.

Nesse sentido, é esclarecedor o voto do Ministro Celso de Mello, proferido no julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.353-DF[6], que teve por objeto impugnar ato do Presidente do Congresso Nacional, que teria inobservado regras constitucionais na apreciação dos vetos presidenciais nºs 47 a 57, de 2013, e nºs 1 a 27, de 2014. No caso, embora a ordem tenha sido denegada, constou do voto do Ministro relator a seguinte fundamentação:

> A possibilidade extraordinária dessa intervenção jurisdicional, ainda que no próprio momento de produção das normas pelo Congresso Nacional, tem por finalidade assegurar aos parlamentares (e a estes, apenas) o direito público subjetivo – que lhes é inerente (RTJ 139/783) – de verem elaborados, pelo Legislativo, atos estatais compatíveis com o texto constitucional, garantindo-se, desse modo, àqueles que participam do processo legislativo (mas sempre no âmbito da Casa legislativa a que pertence o congressista impetrante) a certeza de observância da efetiva supremacia da Constituição, excluídos, necessariamente, no que se refere à extensão do controle judicial, os aspectos discricionários concernentes às questões políticas e aos atos "interna corporis" (RTJ 102/27 – RTJ 112/598 – RTJ 112/1023, v.g.).
>
> (...)
>
> De outro lado, e embora excepcional, **o controle jurisdicional do processo de formação das espécies normativas não configura, quando instaurado, ofensa ao postulado básico da separação de poderes**.
>
> Isso significa reconhecer que **a prática do "judicial review", sempre que se alegue suposta ofensa ao texto da Constituição, não pode ser considerada um gesto de indevida interferência jurisdicional na esfera orgânica do Poder Legislativ**o.
>
> (...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Não custa destacar, por relevante, que tal entendimento – plenamente legitimado pelos princípios que informam o Estado Democrático de Direito e que regem, em nosso sistema institucional, as relações entre os Poderes da República – nada mais representa senão um expressivo reflexo da prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (RTJ 142/88-89 – RTJ 167/792-793 – RTJ 175/253 – RTJ 176/178, v.g.).

Como se percebe da leitura do voto, o parâmetro para o controle preventivo deixa de ser as cláusulas pétreas e passa a abranger toda a Constituição. Assim, não é mais necessário que a Carta Magna disponha de forma expressa que o trâmite do projeto é vedado. Basta que reste configurado um vício formal de constitucionalidade, tendo como parâmetro todas as normas constitucionais.

A referida linha de jurisprudência consta da decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux, no julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34530-DF,[7] que, ao realizar controle preventivo de constitucionalidade, deferiu a liminar pleiteada para sustar a tramitação do projeto legislativo oriundo de iniciativa popular, nacionalmente conhecido como "as 10 medidas contra a corrupção", sob o fundamento de que esse seria formalmente inconstitucional por afronta aos artigos 14, III, e 61, §2º, ambos da CF/88.

Observa-se que na mencionada decisão, embora tenha se mantido o limite do controle de constitucionalidade formal, o dispositivo tido por violado não foi uma cláusula pétrea, mas sim outros artigos constitucionais sobre os quais não há o impedimento taxativo de trâmite de projetos de lei.

Assim, não se pode negar que essa decisão representa um alargamento da jurisprudência do STF. Conforme anteriormente transcrito, o fundamento inicial para o controle preventivo estava na previsão expressa da Constituição no sentido de que não poderá haver deliberação sobre projetos que ameacem as cláusulas pétreas. Esse controle se justifica, portanto, no fato de a própria Constituição vedar a deliberação sobre o tema.

Nesses outros casos, em que não há uma violação direta às cláusulas pétreas, não há impedimento constitucional direto para o trâmite do projeto legislativo. Nessa situação resta ainda mais claro o ativismo judicial do Poder Judiciário, que passa a interferir na atividade parlamentar, trazendo com isso diversas consequências.

É interessante observar que em todos os julgados transcritos no presente trabalho o tema da separação dos poderes foi abordado. E em todos se defendeu

que o controle preventivo de constitucionalidade por parte do STF não caracterizaria uma violação ao postulado. Cumpre, assim, verificar em que consiste o princípio da separação dos poderes.

4 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A ATUAÇÃO DO STF

Foi Montesquieu quem difundiu a teoria da tripartição dos poderes. Embora não seja correto atribuir a este a criação da teoria, não se pode negar que foi Montesquieu quem melhor sistematizou a doutrina já existente, difundindo a ideia e a importância da separação das funções estatais entre três poderes distintos e independentes, como condição para uma sociedade justa.

De acordo com Montesquieu, todo o homem que detém o poder tende a dele abusar, de forma que é necessário que o poder seja limitado pelo próprio poder. Assim, tem-se a ideia de três poderes independentes que, no desempenho de suas funções, limitam-se entre si. Nesse sentido, é esclarecedora a lição de Paulo Bonavides[8]:

> Depois de referir a liberdade política aos governos moderados, afirma Montesquieu que uma experiência eterna atesta que todo homem que detém o poder tende a abusar do mesmo.
>
> Vai o abuso até onde lhe deparem os limites. E para que não se possa abusar desse poder, faz-se mister organizar a sociedade política de tal forma que o poder seja um freio ao poder, limitando o poder pelo próprio poder.

O Estado possui as funções administrativa, legislativa e jurisdicional, as quais são repartidas entre os três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Ao Poder Executivo compete o desempenho da função administrativa, que consiste na execução das leis, mediante atos infralegais, sem inovar na ordem jurídica de forma primária. Ao Legislativo cabe a função legislativa, por meio da criação de normas gerais, em regra abstratas, que inovam na ordem jurídica tendo como fundamento direto a Constituição. Também cabe ao Legislativo o exercício do poder constituinte reformador, que por meio de maioria qualificada tem a competência de reformar a Constituição. Ao Judiciário, por fim, cabe a função jurisdicional, que consiste na resolução de controvérsias por meio de decisão com força de coisa julgada.

Cumpre esclarecer, contudo, que essas são as funções típicas desempenhadas por cada um dos Poderes, sendo possível que estes desempenhem funções que não lhe são próprias, de forma atípica. A título de exemplo, o Poder Executivo desempenha função legislativa quando edita medida provisória. O

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Judiciário, por sua vez, desempenha função administrativa quando realiza uma licitação para a aquisição de bens móveis.

Pois bem, considerando, então, a tripartição de poderes, por meio do qual cada um dos poderes estatais tem função própria, pode-se analisar as funções que foram atribuídas a cada um dos Poderes no que toca ao exercício do controle de constitucionalidade pela Constituição Federal de 1988.

Conforme já demonstrado no presente estudo, é função própria das Casas Legislativa o processo legislativo, cabendo aos membros do parlamento e às comissões de Constituição e justiça a vigilância quanto à constitucionalidade dos projetos de lei em trâmite. A análise da constitucionalidade dos projetos de lei é, portanto, função própria do Poder Legislativo.

O Chefe do Poder Executivo, por sua vez, foi dotado da competência de exercer o controle de constitucionalidade preventivo no momento em que a Casa Legislativa, na qual a votação for concluída, envia o projeto para a sanção presidencial. Nessa oportunidade, pode o Presidente da República vetar o projeto por considerar esse inconstitucional. Nesses termos, dispõe o art. 66, §1º, da CF/88:

> Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.
>
> § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

Caso o Presidente decida por vetar o projeto de lei, a Constituição abre a possibilidade de o Congresso Nacional rejeitar o veto, desde que haja decisão da maioria absoluta dos Deputados e dos Senadores nesse sentido (art. 66, §4º, da CF/88) .

Verifica-se, assim, o claro desempenho das funções constitucionais dos Poderes Legislativo e Executivo no desempenho do papel democrático que lhe cabe. É o diálogo institucional para a criação das normas, que está sendo exercido pelos representantes da sociedade eleitos para esse fim.

Ao Poder Judiciário, por outro lado, a Constituição Federal não atribuiu competência para participar desse processo legislativo. Conforme se verifica do art.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

102, que disciplina a competência do Supremo Tribunal Federal, cabe à referida Corte o exercício do controle de constitucionalidade abstrato de "lei ou ato normativo federal ou estadual" (art. 102, I, a) e o controle difuso, mediante o recurso extraordinário (art. 102, III).

A competência de que o STF tem se valido para o exercício do controle preventivo está no art. 102, I, "d", da CF/88, que prevê a possibilidade de que seja processado e julgado pela Corte o mandado de segurança contra ato das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. O mandado de segurança, conforme regulamentado no art. 5º, LXIX, da CF/88, é cabível para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou pelo abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Com isso, sob o fundamento de que o parlamentar tem o direito líquido e certo a um processo legislativo de acordo com a Constituição, é que se tem admitido o uso do Mandado de Segurança para o exercício do controle preventivo de constitucionalidade.

Trata-se, portanto, de uma criação jurisprudencial, haja vista a ausência de previsão expressa dessa possibilidade na Constituição Federal.

Na garantia desse processo legislativo constitucional, o Supremo Tribunal Federal termina por exercer o controle de constitucionalidade em um momento em que o controle é mais político do que jurídico. Tanto o é que a Constituição previu de forma expressa apenas o controle político para a fase do trâmite legislativo, a ser desempenhando pelo Legislativo e pelo Executivo.

Não se pode fechar os olhos para a possibilidade de a Suprema Corte, no exercício do controle preventivo de constitucionalidade, vir a intervir no processo legislativo, assumindo uma postura ativista e política. Pode-se citar como exemplo a possibilidade de parlamentar que pertence à base minoritária no congresso impetrar mandado de segurança apontando a inconstitucionalidade formal de um projeto de lei com o mero fim de barrar o trâmite de uma proposta que lhe é desfavorável. Nesse caso, antevendo uma derrota na votação legislativa, o parlamentar recorreria ao Poder Judiciário para barrar o trâmite legislativo e assim impedir a votação legislativa.

Conforme já ressaltado, o processo legislativo é próprio do parlamento, é função dos parlamentares e das comissões parlamentares realizar um exaustivo debate em torno do projeto de lei para aperfeiçoa-lo às demandas sociais, tendo sempre por base as normais constitucionais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ao se franquear ao Judiciário essa participação preventiva, pode estar havendo uma perda de prestígio dos parlamentares, que estariam sendo considerados "incapazes" de aperfeiçoar e aprovar projetos de lei de acordo com a Constituição Federal.

No mesmo sentido, considerar a necessidade de participação preventiva do Poder Judiciário seria desacreditar a capacidade do Presidente da República de declarar a inconstitucionalidade dos projetos de lei postos ao seu exame no momento que antecede o veto ou a sanção.

Portanto, tendo em vista o cenário constitucional, que estabelece de forma clara a área de atuação de cada um dos Poderes no controle de constitucionalidade dos projetos de lei e das respectivas leis, depois de promulgadas, parece ser necessária parcimônia do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle preventivo de constitucionalidade, sob pena de adentrar no exercício de competência que não lhe é própria, esvaziando, assim, a competência constitucional do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

5 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, em consonância com a teoria da separação dos poderes, atribuiu a cada um dos Poderes da República uma função própria no controle de constitucionalidade. Como visto, durante o trâmite legislativo a regra é que o controle de constitucionalidade seja exercido por órgãos políticos, sendo desempenhado pelo Legislativo e pelo Executivo, uma vez que estes têm papel fundamental no debate democrático que cerca a criação das leis. Isso porque os membros do Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo são eleitos por meio do voto popular para, em nome do povo, representa-los nas tomadas de decisões que guiam a sociedade.

O Poder Judiciário, por sua vez, tem por finalidade precípua o exame de controvérsias que são postas sob o seu exame, com a criação de decisões com força de coisa julgada. Não cabe aos membros do Judiciário, portanto, a participação no processo legislativo, de forma que a Constituição Federal atribuiu ao referido Poder o exercício do controle repressivo de constitucionalidade, quando a norma já está devidamente elaborada e promulgada.

Embora a Constituição Federal vede no art. 60, §4º, o trâmite dos projetos de emendas constitucionais que tendam a abolir os temas resguardados como cláusulas pétreas, não foi prevista de forma expressa a possibilidade de recurso ao Poder Judiciário nesse caso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O que se tem é que os membros do Supremo Tribunal Federal, em interpretação constitucional, passaram a permitir a impetração de Mandado de Segurança por parlamentares, a fim de assegurar a participação destes em um processo legislativo constitucional. Inicialmente, apenas nos casos em que o projeto de fato atentasse contra cláusulas pétreas. Atualmente, entretanto, nos casos em que haja apenas uma inconstitucionalidade formal.

Observa-se, conforme exposto, que essa atividade preventiva do Poder Judiciário pode cruzar a fronteira estabelecida pela Constituição Federal no que toca à separação dos poderes, uma vez que a decisão judicial estaria impedindo o Parlamento de debater sobre a proposta posta ao seu exame. Também a atividade do Chefe do Poder Executivo estaria sendo prejudicada, já que o STF estaria desempenhando a análise de constitucionalidade que necessariamente seria realizada quando da decisão de sanção ou veto do projeto de lei.

Nesse cenário, é possível que o Poder Judiciário seja utilizado como meio para impedir o trâmite de projetos legislativos que sejam desfavoráveis a parcela minoritária de parlamentares que não conseguiriam votos necessário para barrar a aprovação de uma determinada matéria. O que configura clara violação ao princípio democrático.

Desse modo, considerando esses fatores, é imprescindível a cautela do Poder Judiciário nesse exame de constitucionalidade preventivo, sob pena de se esvaziar funções próprias dos outros Poderes, enfraquecendo o debate representativo que é próprio a um Estado Democrático de Direito.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 26/09/2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 26/09/2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 20257. Relator: Décio Miranda, Relator p/ Acórdão: Moreira Alves. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046. Acesso em 27/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 33.353 MC-DF. Relator: Celso de Mello. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2833353%2ENUME%2E+OU+33353%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ybqegm7f. Acesso em 30/09/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34.530 MC-DF. Relator: Luiz Fux. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2834530%2ENUME%2E+OU+34530%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y93lo9dx. Acesso em 30/09/2017.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOTAS:

[1] LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239.

[2] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1077.

[3] BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 48

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 20257. Relator: Décio Miranda, Relator p/ Acórdão: Moreira Alves. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 32033. Relator: Gilmar Mendes, Relator p/ Acórdão: Teori Zavascki. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5290006

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 33.353 MC-DF. Relator: Celso de Mello. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2833353%2ENUME%2E+OU+33353%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ybqegm7f

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34.530 MC-DF. Relator: Luiz Fux. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%2834530%2ENUME%2E+OU+34530%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y93lo9dx

[8] BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 175.

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO AMBIENTAL CONTEMPORÂNEO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

JOÃO CARLOS PARCIANELLO: Faculdade Gamaliel. Mestre em Desenvolvimento. Bacharel em Direito. Pós-graduado em Docência do Ensino Superior.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo explorar, brevemente, disposições interdisciplinares relativas à responsabilidade objetiva no Direito Ambiental da atualidade. Nota-se que esta temática está ligada a prescrições do Direito do Consumidor e ao desenvolvimento das organizações. Ademais, a responsabilidade objetiva no Direito Ambiental é considerada fundamental para amenizar ou reparar danos, independente de culpa do agente.

Palavras-chave: Responsabilidade objetiva. Direito Ambiental. Direito do Consumidor. Desenvolvimento das organizações.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Disposições gerais sobre o Direito Ambiental. 2 Responsabilidade objetiva e organizações. Considerações finais.

Introdução

Neste artigo, de cunho bibliográfico e qualitativo, será explorado o tema da responsabilidade objetiva no Direito Ambiental de maneira sucinta, mas ao mesmo tempo complexa. Neste caso, para além do direito positivo, muito mais adiante de normas de tecnicismo elevado, como a Resolução 237/1997 do CONAMA, que regula à miúde o licenciamento ambiental. Aqui, entender a ética ambiental a partir da alteridade se faz mister (LEFF, 2003). Em matéria ambiental, conforme se verifica nos escritos de Enrique Leff, a norma faz realmente sentido se for pensado o outro, a outridade, além do eu. Ou, dito de outra forma, há grande preocupação com a coletividade.

Além disso, a ciência atual possui não apenas questões científicas propriamente ditas a serem resolvidas, mas também desafios éticos a serem encarados – muito em relação à seara ambiental. Esta discussão, que já foi levantada no passado, pode ser bem visualizada neste trecho da entrevista concedida por Morin (2000, Não paginado), à TV Cultura, em visita ao Brasil:

> Eu acho que as possibilidades ambivalentes do conhecimento e do conhecimento científico são possibilidades que hoje em dia explodem cada vez mais. Vimos que a ciência física permite a utilização de energia nuclear, mas também a fabricação de

> bombas atômicas. E hoje entramos em um domínio em que podemos controlar e manipular os genes. E acho que é um problema extremamente ambivalente. (...)

O Direito Ambiental, por sua interdisciplinaridade – e até mesmo transdisciplinaridade, constitui um ramo das ciências jurídicas que, além da esfera jurisdicional, pode ser compreendido pela teoria da complexidade de Edgar Morin. Apresenta uma consolidada religação de saberes, que extrapola a esfera ambiental, pois comporta assuntos como o licenciamento ambiental, que diz respeito também ao Direito Administrativo e, em última análise, à ação do Estado. Com base nos princípios do Direito Ambiental, expostos em seguida, é possível examinar o amplo espectro deste campo, que vai além do disposto nas normas positivadas.

O texto tem como hipótese o imbricamento do Direito Ambiental com o Direito do Consumidor, quanto ao tema da responsabilidade objetiva.

1 Disposições gerais sobre o Direito Ambiental

Quanto ao atual Direito Ambiental, Silva, J. A. (2013) lembra que as Constituições Brasileiras anteriores a 1988 não tratavam especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural. A Constituição Federal de 1988, ao contrário, configura-se eminentemente ambientalista, inclusive com um capítulo específico sobre o meio ambiente, disposto no título "Da Ordem Social" (Capítulo VI do Título VIII). A primazia de incluir características ambientalistas na Constituição cabe à Bulgária (1971), seguida de Cuba (1976), Portugal (1976) e a extinta União Soviética (1977), atualmente revogada.

Os princípios norteiam o direito, tanto na interpretação de normas como nos demais escritos. Existem várias tipologias dos princípios do Direito Ambiental, mas aqui, na sequência, segue a classificação segundo Machado (2013):

a) Princípio do direito ao meio ambiente equilibrado: afiança a conservação das propriedades e funções naturais do ambiente, constitui um desafio científico, social e político, imprescindível para o bem estar do ser humano;

b) Princípio do direito à sadia qualidade de vida: configura "um passo a mais" do direito à vida, meio ambiente sadio é um direito individual de gestão coletiva, ademais a saúde dos seres humanos não engloba apenas não ter doenças no presente, pois se leva em conta a qualidade da água, solo, ar, flora, fauna e, até mesmo, a paisagem;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

c) Princípio da sustentabilidade: análise das ações humanas pelo critério cronológico, defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações;

d) Princípio do acesso equitativo aos recursos naturais: uso da água, solo e outros bens de maneira razoável e quando necessário para preservar além do homem, a natureza como um todo;

e) Princípio do poluidor-pagador/ usuário-pagador: tem por principal escopo não custear o poder público e nem terceiros;

f) Princípio da prevenção: traz a importância de agir antecipadamente contra riscos conhecidos, de forma a evitar o risco na origem e, nesta senda, o Princípio nº 8 da Declaração do Rio de Janeiro expõe a relação entre ações dos Estados e modos de consumo não viáveis;

g) Princípio da precaução: precaução contra riscos não totalmente conhecidos ou desconhecidos, como exemplo clássico que se verifica citado, a questão dos transgênicos;

h) Princípio da reparação: assevera indenização às vítimas de poluição e danos ambientais, na esfera ambiental, a responsabilidade objetiva – independente de culpa, conforme o Princípio 13 da Declaração do Rio de Janeiro, os Estados devem criar legislação nacional em relação às responsabilidades;

i) Princípio da informação: direito de acesso às informações que disponham autoridades públicas, na forma escrita, visual, eletrônica ou outras, com o intuito de dar chance à tomada de posição, pronunciar-se, age contra o segredo político e para formar consciência ambiental;

j) Princípio da participação: neste a ideia central é a opinião dos indivíduos poder ser levada em consideração nas decisões a nível ambiental, como exemplo as audiências públicas realizadas em licenciamentos ambientais, a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965) também é um mecanismo de tutela do meio ambiente, mas de forma jurisdicional; e

l) Princípio da participação: instituições nacionais trabalham no sentido de planificar, gerir e controlar a utilização dos recursos naturais, a gestão do meio ambiente não é apenas atribuição da sociedade civil.

A busca da proteção ao meio ambiente comporta a preservação da natureza e a respectiva manutenção do equilíbrio ecológico, de modo que esta tutela se dá também em função da qualidade de vida como direito fundamental da pessoa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

humana. Silva, J. A. (2013) reconhece a Declaração do Meio Ambiente, firmada em Estocolmo, no mês de junho de 1972, como um prolongamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pelas Nações Unidas em 1948. Neste sentido, em suas primeiras linhas, a Declaração do Meio Ambiente (1972, p. 1) proclama:

> 1. O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma.

Neste extrato da referida declaração se verifica que, já no início da década de 1970, se reconhece internacionalmente e, de maneira positivada, que o meio ambiente é amplamente complexo, ao passo de os seres humanos se confundirem com ele. E mais, o meio ambiente serve também de suporte ao desenvolvimento intelectual, moral e social dos indivíduos, de modo que todas estas esferas do aperfeiçoamento humano se dão no mesmo *locus*, ou melhor, no ambiente como um todo integrado.

2 Responsabilidade objetiva e organizações

Os recursos naturais renováveis são aqueles que podem ser regenerados ou reutilizados a uma escala que possam sustentar a sua taxa de consumo, ao contrário do petróleo, por exemplo (DULLEY, 2004). De acordo com Venturi (2006, p. 13):

> Recurso natural pode ser definido como qualquer elemento ou aspecto da natureza que esteja em demanda, seja passível de uso ou esteja sendo usado pelo Homem, direta ou indiretamente, como forma de satisfação de suas necessidades físicas e culturais em determinado tempo e espaço.

Com o surgimento da sociedade de massa, os bens de natureza difusa passaram a ser objeto de maior preocupação pelo aplicador do direito, pelos cientistas e legisladores, pois havia um abismo entre o público e o privado até

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

meados do século passado (MAZZILLI, 2004). Segundo Rodrigues (2016, Não paginado), quanto ao termo sociedade de massa:

> Sendo um termo frequentemente utilizado no meio acadêmico, falamos em sociedade de massa quando nos referimos a uma forma de organização social especifica e bastante recente. Trata-se de sociedades em que a grande maioria da população encontra-se inserido em um processo de produção e consumo com larga escala de bens consumo e serviços, além de estar em conformidade com determinado modelo de comportamento generalizado.

Em contraposição ao Estado e aos cidadãos, iniciou-se no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, uma nova categoria de bens: os bens de uso comum do povo e essenciais à sadia qualidade de vida.

Os bens ambientais são compostos pelos recursos ambientais. São recursos Ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superfíciais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora. (Art. 3º, inciso V, da Lei 6.938/81).

De acordo com o Art. 81, § único, inciso I, da Lei 8078/90: *"Interesses ou direitos difusos, assim entendidos para efeitos desse código, os transindividuais, de natureza indisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".*

Como nos explicam Balestrin e Verschore (2016), nas últimas décadas surgiu um novo padrão competitivo global em função das transformações econômicas, o que levou a readequações nas empresas. No final do século XIX, principalmente na América do Norte, ocorreram transformações socioeconômicas com o advento da eletricidade e a introdução do motor a explosão. Dessarte surgiram as grandes indústrias do século XX. E com a construção das ferrovias durante a expansão territorial norte-americana houve a ascensão de modernas formas administrativas. As ferrovias, além de potencializar os transportes, também foram responsáveis pelo desenvolvimento do sistema de comunicação por telégrafo, pois os administradores precisavam acompanhar o fluxo de bens.

Desta forma, as organizações de grande porte tomaram o lugar da pequena empresa na maioria dos setores, onde a ampliação da escala e a coordenação administrativa possibilitaram reduções de custos, maior produtividade e elevação dos lucros, na segunda metade do século XIX e as duas primeiras décadas do século XX. Em prosseguimento, desenvolveu-se um grande processo de integração de

empresas mediante fusões e aquisições. As características desse processo eram a centralização do controle decisório para coordenar as múltiplas atividades, a especialização das principais funções e a divisão da estrutura por departamentos. A partir dos anos 1990, principalmente, há o declínio de regiões fortemente industrializadas e o a rápida ascensão de outras com o perfil inovador. Onde uma nova forma de capitalismo emergiu tendo como alicerce a expansão global dos mercados, a extrema velocidade dos avanços tecnológicos e a maior facilidade das trocas internacionais (BALESTRIN e VERSCHOORE, 2016).

Atualmente, as inovações passaram a ocorrer de forma rápida e contínua. O sistema atual caracteriza-se pela instabilidade e risco, tornando temporárias as vantagens organizacionais obtidas. Entre as várias iniciativas de gestão tomadas nas organizações, buscou-se dissolver a burocracia interna, redimensionar o tamanho das unidades e diminuir o número de empregados ligados diretamente à empresa. A produção enxuta tornou-se padrão e o mundo empresarial entrou em uma nova era. Vê-se a crise do modelo corporativo tradicional baseado somente na integração vertical e no gerenciamento funcional hierárquico. Por fim, nota-se que predomina a partir do final do século XX a busca constante por inovações e as relações com outras empresas passaram a ser vistas não apenas como transações de mercado, mas também como forma de aprendizado (BALESTRIN e VERSCHOORE, 2016).

Outrossim, ao longo da história, classificou-se o interesse em público ou privado, conforme a tradição romana clássica. Contudo, contesta-se o que é interesse público hoje, pois existem interesses de classes, grupos, categorias e, até mesmo, de moradores de um lugar. A origem dos interesses transindividuais, que ultrapassam a esfera de apenas um indivíduo, remontam às ações de classe do Direito Norte-Americano – *class actions*. Nestas, autor pedia que englobasse todos os envolvidos no litígio. (MAZZILLI, 2004). No Direito pátrio, grande marco é a Lei 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública e a Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.

Segundo Mazzilli (2004, p. 48):

> Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas, porém, o fato de reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas, mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica seja substituído por um processo coletivo, que não apenas deve ser apto a evitar decisões contraditórias como ainda deve ser apto a evitar uma solução mais eficiente da lide, porque o processo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> coletivo exercido de uma só vez, em proveito de todo o grupo lesado.

Os interesses transindividuais e sua tutela coletiva ocupam uma posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado - também chamados de interesses coletivos em sentido *lato*. São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse publico. Aqui se encontra o interesse jurídico ambiental, como se verifica no Art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, onde se dispõe o bem ambiental como bem de uso comum do povo.

E ainda, até meados do século XX se entendiam os bens apenas como públicos e privados. Tal compreensão, prevista no Código Civil de 1916, foi repetida no Código Civil de 2002, o qual dispõe sobre os bens públicos:

> Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.
>
> Art. 99. São bens públicos:
>
> I- Os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
>
> II- Os de uso especial, tais como edifícios destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal estadual, territorial ou municipal, inclusive as suas autarquias;
>
> III- Os dominicais, que constituem patrimônio das pessoas jurídicas de direito publico, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma de suas entidades.

Após a metade do século XX, potencializa-se nos indivíduos o processo de tomada de conhecimento dos problemas ambientais. Na entrevista ao jornal "Folha de São Paulo", Morin (2008, Não paginado), compara a contemporaneidade com os movimentos estudantis de maio de 1968 na França, descrevendo o "mal-estar" – muito em torno da seara ambiental – que se aprofundou nas últimas décadas, a nível mundial:

> Não só permanece, como agravou-se. Onde há vida urbana e desenvolvimento, há estresse e ritmos de trabalho desumanos. A poluição causa males terríveis, e nossa civilização é incapaz de impedir a criação de ilhas de miséria. Mas o que piorou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> mesmo foi o fato de termos perdido a fé no progresso. O mundo ocidental dava como certa a idéia de que o amanhã seria radioso. Mas, nos anos 90, percebeu-se que a ciência trazia também coisas como armas de destruição em massa e que a economia estava desregulada, enterrando de vez a promessa de que as crises haviam deixado de existir. O sentimento de precariedade é agravado pelo fato de os pais não saberem se seus filhos terão um emprego. Tampouco há esperança vinda da esfera política. Os políticos hoje se contentam em pegar carona no crescimento econômico. Não bastasse a ilusão de que esse crescimento da economia resolveria os problemas, eis que agora impera a estagnação. O mal-estar está mais profundo, inclusive nas classes que têm acesso ao consumo.

Hodiernamente, com a Constituição Federal de 1988, em contraposição ao Estado e aos cidadãos, ao público e ao privado, iniciou-se no Brasil, uma nova categoria de bens: os bens de uso comum do povo e essenciais sadia qualidade de vida (FIORILLO, 2014). Ocorreu que, com o surgimento da "sociedade de massa", os bens de natureza difusa passaram a ser objeto de maior preocupação pelo aplicador do direito, pelos cientistas e legisladores, pois havia um abismo entre o público e o privado (segunda metade do século XX). Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, fundamentou-se a natureza jurídica de um novo bem: o bem difuso. De acordo com o Art. 81, § Único, inciso I, da lei 8078/90*: "Interesses ou direitos difusos, assim entendidos para efeitos desse código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".*

O bem ambiental difuso é explicado por Fiorillo (2014), como um bem que tem como característica constitucional mais relevante ser essencial à sadia qualidade de vida, sendo ontologicamente de uso comum do povo, podendo ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites impostos constitucionalmente, bem essencial a qualidade de vida. Afirma ainda, que uma vida saudável reclama a satisfação dos fundamentos democráticos da Constituição Federal, em particular, o da dignidade da pessoa humana.

Já segundo José Afonso da Silva (2013), a Constituição Federal de 1988 cuidou, em muitos dos seus dispositivos dos recursos, como a água, as cavidades naturais subterrâneas, as florestas, a flora, a fauna, as ilhas, o mar territorial, as praias, os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva. Ainda de acordo com a Constituição Federal:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder publico e a coletividade o dever de defende-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Conforme Fiorillo (2014), para dispor de uma vida com dignidade há a necessidade de satisfação de valores mínimos, os quais estão dispostos no art 6º da Constituição Federal, como educação, saúde, trabalho e moradia, que constituem o piso vital mínimo.

Quanto à relação de consumo, no outro pólo das organizações estão os consumidores, onde a legislação prevê a responsabilidade dos fornecedores por danos nos produtos e serviços. O Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu art. 6º, inciso I, que constituem direitos básicos do consumidor: *"I – A proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos"*. Dessa forma, os principais direitos tutelados juridicamente são resguardados pelo Código de Defesa do Consumidor, ao tratar da relação de consumo, pois a Constituição Federal de 1988 também protege estes direitos, como garantias fundamentais no *caput* do Art. 5º (vida e segurança) ou como direito social no *caput* do Art. 6º (saúde).

Na responsabilidade objetiva, em contrapartida ao modelo clássico de culpa em sentido subjetivo previsto no art. 186 da Lei 10.406/2002 – Código Civil de 2002, o agente, no caso o fornecedor, pratica o ato sem querer determinado resultado, onde a responsabilidade civil é devida pelo simples fato de prejuízo, que viola o equilíbrio social, em decorrência de negligência ou imprudência.

Neste instituto há a *"obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem"*, como dispõe o art. 927 do Código Civil e difundido na seção II, do capítulo IV, da Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de um dever genérico de não prejudicar.

A responsabilidade objetiva está baseada no pensamento de que os agentes econômicos, na busca pelo lucro, são criadores de riscos. Mas, na medida em que, na maioria das vezes, obtém grandes proveitos, o ideal de justiça social é que suportem os riscos que criaram. Estes riscos são cada vez mais frequentes no atual sistema social e econômico. Com a mecanização e a massificação da produção de bens e serviços, há o incremento dos acidentes de consumo. Assim, a responsabilidade objetiva assegura a obrigação dos fornecedores repararem os

danos, independente de culpa, em caso de riscos aos direitos dos consumidores ou previsão legal. Estes riscos de acidentes de consumo são ampliados pela globalização, que intensificou a mecanização da produção e a massificação do consumo.

Neste diapasão, a responsabilidade objetiva no Direito Ambiental é considerada fundamental para amenizar ou reparar danos ambientais, independente de culpa do agente, independente de outras esferas de responsabilidade, nos seguintes termos do §3º, do Art. 225, da Constituição Federal*: "As condutas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas independentemente da obrigação de reparar o dano causado"*.

Considerações finais:

Assim como no Direito do Consumidor, a responsabilidade objetiva no Direito Ambiental é considerada fundamental para amenizar ou reparar danos, independente de culpa do agente.

O presente artigo não teve por escopo esgotar os assuntos discutidos. Pelo contrário, explorar brevemente algumas conexões do Direito Ambiental e deixar a mensagem para o leitor que a interdisciplinaridade deste ramo do direito permite que se façam conexões com os mais diversos temas, inclusive com as organizações. Então, o Direito Ambiental, além de poder ser explicado com enfoque nas grandes convenções ambientais e estudos científicos de cunho ambiental, também pode ser explorado com fulcro no desenvolvimento das organizações. Ademais, o Direito do Consumidor se configura como imprescindível subsídio para a compreensão da responsabilidade objetiva no Direito Ambiental.

Nesse sentido, ficam os seguintes tópicos para mais estudos e reflexões: questões éticas do Direito Ambiental, outras questões históricas relacionadas com o Direito Ambiental, relações entre Direito Ambiental e Direito do Consumidor e a importância de estudar a Ação Popular e a Ação Civil Pública.

REFERÊNCIAS

BALESTRIN, Alsones. VERSCHOORE, Jorge. **Redes de cooperação empresarial:** estratégias de gestão na nova economia. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2016. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=8EbiDAAAQBAJ&pg=PT4&lpg=PT4&dq=BALESTRIN,+Alsones.+VERSCHOORE,+Jorge.+Redes+de+coopera%C3%A7%C3%A3o+empresarial:+estrat%C3%A9gias+de+gest%C3%A3o+na+nova+economia.+2.+

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ed.+Porto+Alegre:+Bookman,+2016.&source=bl&ots=mLFPSY-Mli&sig=WBbnt7ViFnfWi8BYj93i4UBQYP4&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwi6u8TP4MvYAhWCqZAKHcWEDjUQ6AEIOzAD#v=onepage&q=BALESTRIN%2C%20Alsones.%20VERSCHOORE%2C%20Jorge.%20Redes%20de%20coopera%C3%A7%C3%A3o%20empresarial%3A%20estrat%C3%A9gias%20de%20gest%C3%A3o%20na%20nova%20economia.%202.%20ed.%20Porto%20Alegre%3A%20Bookman%2C%202016.&f=false>. Acesso em: 23 Ago 2020.

Declaração do Meio Ambiente**. Ministério do Meio Ambiente.**Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc. Acesso em: 23 Ago 2020.

DULLEY, Richard Domingues. Noção de natureza, ambiente, meio ambiente, recursos ambientais e recursos naturais. **Agricultura em São Paulo,** São Paulo, v. 51, n. 2, p. 15-26, 2004. Disponível em:<http://www.ifcursos.com.br/sistema/admin/arquivos/06-51-38-artig0nocoesdenaturezaeambiente.pdf>. Acesso em: 23 Ago 2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEFF, Enrique. **A complexidade ambiental**. (coord). Tradução de Eliete Wolff. São Paulo: Cortez, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos e Jurídicos em Juízo.** São Paulo: Saraiva, 2004.

MORIM, Edgar. Entrevista da 2ª. **Folha de São Paulo,** 28 Abr 2008. Entrevista concedida a SamyAdghirni. <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2804200813.htm>. Acesso em: 23 Ago 2020.

MORIM, Edgar. **Imaginários da educação:** por uma reforma da universidade e do pensamento. Tradução de Juremir Machado da Silva. **Revista Famecos.** Porto Alegre, n. 6, jun. 1997, semestral. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/2959/2242>. Acesso em: 23 Ago 2020.

MORIM, Edgar. Programa Roda Viva. **TV Cultura,** 18 Dez 2000. Entrevista concedida a Heródo Barbeiro et al. Disponível em:

<http://www.rodaviva.fapesp.br/materia/49/entrevistados/edgar_morin_2000.htm>. Acesso em: 23 Ago 2020.

RODRIGUES, Lucas de Oliveira. Sociedade de massa. **Brasil Escola.** Disponível em: <http://brasilescola.uol.com.br/sociologia/sociedade-massa.htm>. Acesso em: 23 Ago 2020.

SILVA, Paulo Afonso da.**Direito Ambiental Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

VENTURI, Luis Antonio Bittar. Recurso Natural: a construção de um conceito. **GEOUSP: Espaço e Tempo,** n. 20, p. 09-17, 2006. Disponível em: <http://www.geografia.fflch.usp.br/publicacoes/Geousp/Geousp20/Artigo_Luis.pdf>. Acesso em: 23 Ago 2020.

www.conteudojuridico.com.br

STATUS JURÍDICO DOS ANIMAIS SEGUNDO ALTERAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

JOSÉ DE PAULO DE MORAIS E GOMES:
Discente do curso de Direito na Instituição de Ensino Centro Universitário Católica do Tocantins.

ANTÔNIO CESAR MELLO[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo em questão tem o intuito avaliar as modificações no status juridico dos animais não humanos no cenário das normas brasileiras. Para tanto, será pontuada inicialmente a evolução histórica da proteção aos bichos . Na segunda parte do trabalho far-se-a uma análise dos projetos de lei que tratam do assunto e finalmente uma breve analise de como será caso o Projeto de Lei 27 de 2018 seja aprovado. Sendo assim, o método de pesquisa abordado nesta pesquisa será o dedutivo. Sobre a natureza da pesquisa, considera-se básica, buscando gerar novos conhecimentos para o avanço da lei brasileira levando em consideração sua evolução conforme a evolução da sociedade. O artigo terá abordagem qualitativa e descritiva em seu objetivo, afim de descrever as características do ordenamento jurídico brasileira e a evolução da sociedade do país com relação ao tratamento dos animais. Adotou-se o método de pesquisa bibliográfica, doutrinadores, legislação brasileira, busca de publicações sobre o assunto estudado, jurisprudências dos Tribunais Pátrios, assim como artigos que pesquisadores do assunto publicaram na internet.

Palavras-chave: Animais. Mudança no status jurídico. Projeto de Lei 27/2018.

ABSTRACT: The present article in question is intended to assess changes in the legal status of non-human animals in the context of Brazilian standards. To this end, the historical evolution of animal protection will be scored initially. In the second part of the work, there will be an analysis of the bills that deal with the subject and finally a brief analysis of what it will be like if Bill 27 of 2018 is approved. Therefore, the research method covered in this research will be deductive. Regarding the nature of the research, it is considered basic, seeking to generate new knowledge for the advancement of Brazilian law taking into account its evolution as society evolves. The article will have a qualitative and descriptive approach in its objective, in order to describe the characteristics of the Brazilian legal system and the evolution of the country's society in relation to the treatment of animals. The method of bibliographic research, indoctrinators, Brazilian legislation, search for publications on the studied

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

subject, jurisprudence of the Brazilian Courts, as well as articles that researchers of the subject published on the internet were adopted.

Keywords: Animals. Change in legal status. Bill 27/2018.

Sumário: 1. Introdução - 2. Evolução histórica dos direitos dos animais no Brasil. 3. Ordenamento jurídico em outros países. 4. Decisões e projetos de lei que versam sobre mudança do status jurídico dos animais no brasil. 5. As consequencias da possível aprovação da pl 27/18. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O tamanho da relevância adquirida pelos animais com o decorrer da história é imensurável. Como consequecia da aproximação homem e animal surgiu a domesticação e o afeto.

O inicio do adestramento foi na pré-história, sendo comprovada devido a gravuras rupestres. Primeiramente os bichos serviam aos humanos somente como transporte de carga e para ser subsistencia humana.

Ao passo da evolução social, a relação entre os dois seres também foi ganhando contornos maiores de afetividade, porém sempre tratando os bichos irracionais num grau de inferioridade.

A partir do desenvolvimento social, surgiram as leis no Brasil, porém notou-se que nelas os animais eram tratados como meros objetos, o que se encaixava na cultura da época, porém com a civilização atual não, pois atualmente os bichos tem uma proporção infinatamente superior a de um objeto.

Vendo que países como Alemanha e Portugal já modificaram suas leis, o Brasil, através de várias iniciativas também se voltou a tentar reformar esse pensamento de coisificação para com os bichos. Foram vários projetos em casas legislativas para tentar dar a dignidade correta aos animais e hoje o mais proxima de ser aprovado é o projeto de lei numero 27/18.

Dado o contexto, o artigo possui como objetivo um aparato acerca da mudança do status dos bichos que o humano tanto se apegou, obviamente tendo como base a legislação antiga e atual no território brasileiro.

2.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DOS ANIMAIS NO BRASIL

Para entender a importância do problema e do assunto deste trabalho, primeiro tem-se que retroceder a séculos anteriores ver história da proteção dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

animais de uma maneira geral, notando que nem sempre foi dada tamanha importância aos seres não-humanos.

O início da legislação civil no Brasil foi em 1916 no Código Civil em que o mesmo trazia em seus artigos que os animais eram somente bens com mobilidade. O CC/16 possuía, ainda, outros dispositivos tratando os seres não humanos como coisas e passiveis de apropriação, eram os artigos 592/593. (BRASIL, 1916).

Sobre o assunto versa Luís Paulo Sirvinskas:

> A ocupação se dava com a propriedade da coisa abandonada ou sem dono anterior, incluindo os animais bravios encontrados na natureza, os mansos e domesticados que perderam o hábito de retornar ao lugar onde anteriormente viviam, os enxames de abelha não reclamados imediatamente pelo proprietário anterior, os animais arrojados às praias pelo mar. A caça podia ocorrer nas propriedades públicas ou particulares. Nestas últimas, haveria a necessidade da autorização do seu proprietário. Assim, pertencia ao caçador o animal por ele apreendido. Se o animal ferido adentrasse propriedade particular, a perseguição poderia concretizar-se com a autorização do proprietário. Caso este não permitisse a entrada em sua propriedade murada ou cercada, deveria entregar ou expelir o animal. E se o caçador adentrasse a propriedade alheia sem a autorização perderia a caça sem prejuízo dos danos causados. A pesca podia também ocorrer nas propriedades públicas ou privadas. Esses dispositivos foram revogados pela lei de proteção à fauna (Lei n. 5.197/67). SIRVINSKAS (2019, p. 641).

Tais artigos demonstravam como o bem móvel, semoventes, seriam adquiridos, podendo ser através da ocupação, conforme artigos 592 e 593, se configurando com a propriedade de coisa abandonada ou sem dono anterior.

Nota-se no referido período inexistia lei que versava e guardava os bichos, somente em 1924 que houve um pontapé, com o Decreto 16.590, instituído para proibir e punir os tratamentos cruéis, abusivos e excessivos contra os seres não-humanos, coibindo corridas taurinas e os combates de aves em geral, ou seja, bastante específica. (BRASIL, 1924).

Foi somente com o advindo do Decreto 24.645 no ano de 1934, que se teve a primeira legislação tratando especificamente da custódia dos animais não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

humanos, sendo atualmente considerado o marco do pontapé inicial da recognição da valia dos seres não humanos no território nacional, por meio dele ficou fixado em lei, de acordo com seu artigo 1° que, em sua totalidade, os animais que habitam no Brasil passaram a serem protegidos pelo Estado (BRASIL, 1934) e também, conforme artigo 2°, houve possibilidade de prender e multar os cidadãos que realizarem maus-tratos aos animais, sendo ele proprietário ou não, o animal será assistido pelo representante do Ministério Público (MP) . (BRASIL, 1934).

Com o advindo dos anos e amadurecendo a cada dia a ideia de importância da vida animal no cotidiano humano, as leis também foram renovadas, sendo criadas, como, por exemplo, a Lei de número 5.197/67, Lei número 7.173 de 1983, a lei para regulamentar a inspeção de alimentos que tinham origem advinda do animal, entre outras leis e decretos ambientalistas.

Dentre tais leis tem-se que evidenciar a de proteção a fauna, que após sua aprovação, impôs a vida dos animais ditos silvestres ao Estado, proporcionando medidas de proteção maiores aos mesmos, uma vez que, tornou-se inafiançável os crimes cometidos contra animais silvestres, conforme versa o artigo 34° da referida lei:

> Art. 34. Os crimes previstos nesta lei são inafiançáveis e serão apurados mediante processo sumário, aplicando-se no que couber, as normas do Título II, Capítulo V, do Código de Processo Penal. (BRASIL, LEI N° 5.197, DE 3 DE JANEIRO DE 1967).

O caso acima somente se enquadra a seres não domesticados, isto é, animal de espécie que é do país, migradas, sendo sua locomoção por água ou terra, que vivem sem a interferência do homem e tem sua característica modificada com a presença do mesmo.

A sanção para crimes contra animais domados está no decreto de lei número 3688/41 que, em seu artigo 64 prevê a prisão de forma simples, com no mínimo 10 dias chegando ao máximo de 1 mês, ou, a depender do caso, multado será o infrator que atuar com crueza e submeter os bichos a condições de trabalho esgotantes (BRASIL, 1941).

> Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
>
> Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.
>
> § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (BRASIL, LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998).

Seguindo o progresso dos direitos dos seres, se presente, em 1988, até a lei máxima no Brasil, Constituição Federal, que teve em seus artigos versos sobre a custódia do meio ambiente, por mais que servisse mais visando a economia. Ao entrar no rol da lei maior do país, os animais se tornaram ainda mais refugiados da ameaça que os humanos podem lhes causar.

Em seu artigo 225, tendo destaque ao inciso VII, a Constituição Federal diz:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

Com a guarida constitucional, no ano de mil novecentos e noventa e oito entrou em vigor a Lei de número 9.605, tendo punição em âmbito criminal a pessoa que maltratasse animais, pena com detenção de três meses, podendo chegar a no máximo 1 ano e aplicação de multa. Ainda sofreria um aumento no caso da morte do animal. (BRASIL, 1998).

Há previsão legal na constituição federal, artigo 24, que Estados e Municípios tem o poder de legislar sobre todos os animais (BRASIL, 1988), na condição de não haver divergências com normas que tem efeito e poderes coincidentes, visto que corroborou para a criação de várias normas para sanarem essa violência animal.

Em síntese, após o surgimento deste artigo 24, verificou-se um aumento na apreciação dos animais, em virtude de que muitas decisões foram tomadas a partir daí, como uma tentativa de enquadrar as leis em vigor e futuras a realidade que vivida atualmente. (ASSIS, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Não obstante, é perceptível a resistência da velha visão que o ser humano continua se achando o centro, levando em conta que se acha exclusivamente apto para acatar e interpretar as tais normativas. (ASSIS, 2016).

Enfatizai o autor Fiorillo (2006, p. 16) citado por (ASSIS, 2016) o ambientalísmo apresenta em seu cerne o olhar do antropocentrismo, o homem se acha o único ser com racionalidade no mundo.

No Código de Direito civil do ano de 2002 está clara ainda a objetivação animal. Tal denominação é perceptível ao vermos o artigo 82, que corresponde ao capítulo sobre os bens móveis, o artigo 936 dedica-se a demonstrar de quem será a responsabilidade de um possível dano causado por um animal irracional e no art. 1.263 sobre a compra de uma coisa que não possui dono, ou seja, uma coisa. (BRASIL, 2002).

O ser humano ainda precisa entender que a legislação da proteção ao bicho quando há sofrimento e não há punição descente quando há morte e seu uso para trabalhos pesados e exaltantes e somente essa proteção é muito rasa. (RODRIGUES, 2009).

Percebe-se ao passo que se evolui o mundo, os legisladores que se debruçam na atual concepção dada aos animais, vem omitindo para eles mesmos o real valor dos serem irracionais, e com isso, legislando contrários a eles. Um ponto bastante relevante é que os animais têm representação feita por um membro do Ministério Público, segundo a CF/88, sendo o MP responsável por trabalhar contra quem praticar algum ato infracionário com os seres não racionais (BRASIL, 1988).

Ao refletir sobre o fato acima nota-se que há sim a obrigação de haver discussões maiores sobre o atual status dos animais no ordenamento jurídico do Brasil. Para a pequena parte de doutrinadores o homem continua no centro das atenções e não deve dividir este espaço de igual para igual com seres não humanos, todavia a imensa maioria dos pensadores do Direito tem reconhecimento, preocupação e importância com a vida.

Neste sentido versa Edna Dias:

> O animal como sujeito de direitos já é concebido por grande parte de doutrinadores jurídicos de todo o mundo. Um dos argumentos mais comuns para a defesa desta concepção é o de que, assim como as pessoas jurídicas ou morais possuem direitos de personalidade reconhecidos desde o momento em que registram seus atos constitutivos em órgão competente, e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> podem comparecer em Juízo para pleitear esses direitos, também os animais se tornam sujeitos de direitos subjetivos por força das leis que os protegem. Daí poder-se concluir com clareza que os animais são sujeitos de direitos, embora esses tenham que ser pleiteados por representatividade, da mesma forma que ocorre com os seres relativamente incapazes ou os incapazes, que, entretanto, são reconhecidos como pessoas. (DIAS, 2006, p.120, apud, LEITE,2013).

3.ORDENAMENTOS JURÍDICOS EM OUTROS LUGARES DO MUNDO

Distintamente do Brasil, vários países já alteraram seus ordenamentos para afastar, finalmente a definição de objetos dos animais e tornar-los aceitos de uma forma mais condizente com a sociedade em que vivemos atualmente, levando em conta sua mudança constante.

O primeiro continente a ter em sua jurisdição uma alteração foi o Europeu, mais especificadamente no país Autriaco. No findar da década de oitenta foi aprovada no parlamento austriaco uma lei de ambito federal que versava sobre a situação dos bichos no Código Civil, o país que antes, no artigo 285 do Código Civil, possuía uma noção muito ampla de coisa, compunha tanto animadas como inanimados, acrescentou o artigo 285ª em que expressamente animais não são coisas e tem a proteção de leis especiais, decidindo que leis que tratarem sobre objetos não irão se aplicar a animais salvo havendo disposição em contrário. (PEREIRA, 2005)

Também podemos encontrar mudança na legislação da França. Houve uma modificação na lei 2015-177 que adicionou o artigo 515-14 e com isso deixando de coisiderar os seres não humanos como algo consumivel, exemplo, não comprar mais cachorros. Finalmente os animais foram considererados, legalmente, seres que possuem emoções.

Portugal foi o país onde ocorreu a alteração mais recente, 2017, os animais passaram a serem reconhecidos como seres que possuem expressão de emoções. Agora, para a lei portuguesa, ter um bicho não é ter um objeto, pelo contrário, tem que prezar totalmete pelo bem estar do mesmo e velar pela vida do animal que resolver recolher em sua casa, caso contrario será indiciado por maltratar animais e, em casos extremos, ser detido. (SOUZA;SOUZA, 2018).

Uma situação interessante ocorreu na Suíça, onde os animais deixaram de ser objetos e podem receber heranças em testamento, sendo nomeado uma pessoa para tutoriar ao mesmo e em caso de divórcio, a divisão dos bens em herança serão da forma em que o animal seja o maior benefeciado, um exemplo foi Amélia Pina,

falecida aos 70 anos, deixou em testamento o valor de 30 mil euros, cuidados médicos, alimentação e também cuidados estéticos às suas três cadelas: "Biguie", "Maggie" e "Pretinha" até suas vidas cessarem. (AMARAL, 2018).

Estes são somente alguns exemplos de países que adotaram a descoisificação dos animais e assim como esses, em outros também estão tramitando projetos para retirar do animal essa colocação, dando a eles uma definição mais condizente com a sua importância na vida social.

No Brasil temos algumas decisões, projetos de lei que tramitaram e outros ainda em curso para alteração do status jurídico animal, esperamos que este avanço chegue.

4.DECISÕES E PROJETOS DE LEI QUE VERSAM SOBRE MUDANÇA DO STATUS JURÍDICO DOS ANIMAIS NO BRASIL

Observando tal empasse e brechas para interpretações, nota-se o crescimento do número e projetos de lei querendo dar aos bichos o sua devida representividade no Brasil.

Um caso bastante interessante ocorreu em 2010 quando houve o requerimento da liberdade a um animal por meio de Habeas Corpus (HC). Um chimpanzé chamado Jimmy estava numa cela com perímetros incondizentes com suas medidas corporais, impedindo seu direito de locomoção, tratando como um abuso ou até mesmo uma conduta criminosa a dos que prenderam o macaco, pois de acordo com o MP, é um ser sociável por natureza e não conseguiria viver em cativeiro ou isolado. (ASSIS, 2016).

Em sua petição, requereram liminarmente e definitivamente, o translado do primata ao Santuário dos Grandes Primatas para ele estar em um ambiente próprio para que sua vida siga normalmente. (ASSIS,2016).

Houve o indeferimento do pedido feito pelo MP, em sua decisão o juiz alegou ser o remédio constitucional pleiteado era exclusivo a humanos e os animais, como prega o ordenamento civil, são objetos, ou seja, não se encaixam na expressão "alguém", como versa lei que autoriza o Habeas Corpus. (ASSIS, 2016).

> [...] Ao contrário do que imaginam os impetrantes, a inequívoca expressão constitucional (sublinhada) não propicia dúvidas de interpretação, tampouco rende ensejo a uma exegese na pretendida extensividade, às raias de um irresponsável e promiscuo manuseio. Na verdade, a despeito de arrojados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> estudos jurídicos, todos no mínimo enfocados de lege ferenda lege ferenda lege ferenda, é inquestionável, que, segundo o Direito Positivo vigente, a penas as pessoas, físicas ou jurídicas, são concebidas como sujeitos de direitos na Ordem Civil (Código Civil, art. 1º). Conquanto merecedores de larga proteção legal, os animais são simples objeto de direitos, caracterizados como autênticos bens móveis, já que "suscetíveis de movimento próprio "suscetíveis de movimento próprios" ("suscetíveis de movimento próprios" (Código Civil, ios" (art. 82). (Habeas Corpus n. 000263770.2010.8.19.0000, apud, ASSIS, 2016).

Em um segundo caso, houve o veretiro acerca de um recurso especial no estado de Minas Gerais que versava sobre o abatimento, em câmara de gás, de bichos que chegavam nos centros de zoonozes. Houve a negativa do referido recurso, mas que chamou mais atenção e expos a divergência de ideias em relação aos bichos, foi voto do Ministro Humberto, pois ele expressamente apoia a idéia crescente de que não deveriam ser tratados com objetificação:

> "A condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor. A rejeição a tais atos, aflora, na verdade, dos sentimentos de justiça, de compaixão, de piedade, que orientam o ser humano a repelir toda e qualquer forma de mal radical, evitável e sem justificativa razoável. A consciência de que os animais devem ser protegidos e respeitados, em função de suas características naturais que os dotam de atributos muito semelhantes aos presentes na espécie humana, é completamente oposta à ideia defendida pelo recorrente, de que animais abandonados podem ser considerados coisas, motivo pelo qual, a administração pública poderia darlhes destinação que convier, nos termos do art. 1.263 do CPC" (MARTINS, 2009, apud AZEVEDO,2015, p.10).

Por menor que seja o esforço para mudar, o Brasil está andando na direção da desconsideração do animal com iniciativas legislativas.

O Projeto de Lei (PL) 3776/2012, iniciativa de Eliseu Padilha – PMDB. O PL do deputado tem a iniciativa de criar um Estatuto para os animais não humanos para combater o mautrato, dando a eles uma garantia maior ao direito a vida, em virtude

de que se entende serem individuos que podem demonstrar emoções. Este projeto, no artigo de número dois, é muito esclarecido ao dizer que os seres não-humanos são denominados "seres sencientes", justificativa para serem tratados como emocionais, assim como nós. Dessarte, ao analisar o projeto observa-se que seu criador tentou introduzir alguns pontos, sendo eles: direito de ter um tratamento com dignidade, direito a um abrigo, precauções veterinárias, etc. (BRASIL, 2012).

Todavia, na análise de Lourenço (2016), tal PL dispõe de alguns problemas. De inicio, não houve uma melhor explanação sobre como seriam enquadrados nas leis. Em sua segunda observação, ainda que considere os seres não-humanos como sencientes e especificar vários direitos fundamentais, não os tira a chance de serem escravizados. Noutro momento nota-se que a lida com animais é bastante unica mas o projeto peca quando usa a palavra "posse" no lugar de ser "tutor" ao tratar da relação humana e animal, ou seja, não continua clara a superioridade humana. Deste modo, o PL nº 3.676/2012 estaria bem incoerente com sua ideia principal, porque simultaneamente que prega proteção, acaba dando brecha também para a sua exploração.

Um segundo PL foi feito pelo mesmo deputado que elaborou o anterior, projeto 7.99/2014. A proposta era mais arrojada, a de alterar o ordenamento civil do país com intuito de anexar no artigo segundo um status jurídico novo aos animais:

> Art.2-A. Os animais gozam de personalidade jurídica sui generis que os tornam sujeitos de direitos fundamentais em reconhecimento a sua condição de seres sencientes. Parágrafo único: São considerados direitos fundamentais a alimentação, a integridade física, a liberdade, dentre outros necessários a sobrevivência digna do animal. (BRASIL, 2014).

Outra vez nota-se uma confusão: os seres irracionais seriam sujeitos ou a natureza que consideraria eles como seres dotado de emoções?. O pensamento do deputado na verdade o surgimento do status que seja um intermédio entre individuo dotado de direitos e sujeito objeto, ou seja, sui generis, não personalidade sui generis. Lourenço (2016).

Além desse, outro PL, o numero 6.799 de dois mil e treze, na autoria do parlamentar Ricardo Izar. Ricardo pretendia fazer uma mudança no tratamento dos bichos, considerando-os, caso aprovado, com sujeitos de direito sem personalidade, um pouco timida mas retiraria a objetificação animal. (BRASIL, 2013).

Desta forma, PL contém uma intenção de modificar o CC/02 artigo 82 adicionando o parágrafo único simplismente para sacramentar que o que está no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

caput do artigo não se aplicará aos bichos, desconsiderando o status de semoventes. De acordo com Lourenço (2016), a finalidada é modificar o posicionamento dos animais, entretanto uma nova disposição na lei não daria resultado caso não seja também exposto quais seriam os novos direitos com aprovação do PL.

Por fim, surge o PL n.º 27/18 da camara dos deputados, cujo autor foi Ricardo do partido progressista de São Paulo, que propõe a alteração da qualidade de objetificação dos bichos para possuirem direitos, excluindo dos mesmos a classificação como coisas.(BRASIL,2018).

A alteração faz com que os bichos adquiram a natureza jurídica sui generis, porém como sujeitos que não tem personalidade. Os animais poderão ser tratados como merecem os seres que detém emoções e são capazes de sentir dor, alegria, tristeza e outras emoções.(BRASIL, 2018).

O deputado Randolfe, do partido REDE do estado do Amapá, relator desse projeto no senado, deu enfase ao fato de que não haverá alteração nos costumes humanos referentes aos animais e nem na relação entre ambos, como hábito do ser humano se alimentar da proteína animal, mas será um marco para elevar a relevância da discusão e mudar juridicamente o que versa a legislação acerca dos bichos. O PL seguirá para a Câmara e será julgado com pedido de urgência.

5.AS CONSEQUENCIAS DA POSSÍVEL APROVAÇÃO DA PL 27/18

Ante o exposto neste trabalho, nota-se a evolução periódica do status jurídicos do bichos no mundo. No decorrer dos anos leis foram surgindo para o alívo dos animais e plantas brasileiras, sendo consolidada sua proteção até na carta magma e atualmente observa-se o surgimento de vários incentivadores da modificação do modo tratar o animal, logo inúmeros projetos de lei foram lançados pelo legislativo nacional.

Dentre esses projetos há o recentemente aprovado pelo Senado PL de numero vinte e sete do ano de dois mil e dezoito, citado no capítulo anterior. Quais serão as mudanças caso seja efetivado?.

Seguidamente ao transito e com a possível efetivação do n° PL 27/18, poderiam ser geradas consequências tanto penalmente falando como no cível, uma vez que naquele as penas poderiam se tornar um pouco mais rígidas quanto aos que maltratam animais e os matam, considerando que ter-se-á uma alteração tratamental com relação aos bichos.

De acordo com (D'URSO,2019), advogada criminalista, a evolução é nitida pois possibilita o tratamento mais eficaz e digno aos animais, juntamente com seu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

respeito, já que os crimes contra os bichos estão cada dia mais frequentes e cruéis sem ou com pouca supervisão, e também trará a proteção, levando a uma consientização maior no sentido que o animais é sim um ser dotado de sentimentos e atualmente visto com mais carinho que antes. Depois que esse projeto for aprovado, haverá um tratamento especial aos animais o que possibilitará o surgimento de novos entendimentos e jurisprudências acerca da situação.

No lado civil dessa história as mudanças também se dariam a modificação do p.u do artigo oiteita e dois do CC/02, regulamentando acerca dos animais de casa e selvagens, dando outras providências. Os bichos não serão penhorados, em dívidas de aluguel ou prestações imobiliárias. Poderia também regulamentar o sistema de quem ficará com o animal em caso de separção matrimonial.

A efetivação do PL e alteração do ordenamento civil, reconhecendo os seres não-humanos como seres com habilidade emocional seria um começo para uma mudança no país. Porém, mesmo com aprovação, deve-se tomar cuidado com relação a possível aplicação desta lei, podem existir algumas conscientizações: ser que tem direito poderá estar em um cardápio? Qual deverá ser a proteção animal ao abate-los? O animal doméstico será comparado a um boi, por exemplo? Pois os dois tem sentimentos; viraremos vegetarianos? Como trataremos os animais? Quem irá regular e cadenciar isso?. (IBDF, 2019).

Em resumo, é incerto se o Projeto irá ser realmente resolver o problema. Sem dúvida será um pontapé e há de se salientar que será necessária uma hermenêutica pelos doutrinadores para haver uma materialização dos direitos animais.

Diante disto, nota-se que no Brasil, conforme também em muitos países, tem-se procurado retirar dos animais a característica de coisas e atribuir-lhes um status jurídico digno com o tamanho da sua importância atualmente. Não obstante, a mudança desta natureza jurídica irá requerer várias reflexões, considerando os projetos já explanados, tais propostas não poderão conter contradições. Vale destacar que estão somente tentando mudar a nomenclatura de objeto para animais, mas não estão tentando a nossa carta magna que é a norma superior a todas no país e que considera seres não humanos como natureza. (LOURENÇO. 2016).

Uma alternativa explanada por Lourenço (2016) é o reconhecimento da dignidade dos bichos, sendo a razão fundamento para ai sim ter-se direitos fundamentais. Desta forma, com uma dignidade dos bichos haveria mais possibilades para termos finalmente a mudança de status dos animais em nossa lei.

6.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme observado no estudo, os direitos dos animais foram conquistados aos poucos, principalmente criminalmente, contudo encontrou-se empacado em uma nomenclatura que não condiz mais aos animais não humanos, que foi a sua objetificação.

Em países europeus a mudança ocorreu primeiro. Devido o ativismo mais presente os animais já são não mais são vistos como objetos, havendo possibilidade inclusive, de testamento para animais.

O Brasil acordou finalmente para esse tema tão importante, pois a cada ano que passo o valor afetivo de um bicho está sendo até igualado ao de um filho. Desde os anos dois mil observa-se um início da mudança no status dos animais com várias iniciativas legislativas que infelizmente não obtiveram sucesso, cominando hoje no PL n° 27/2018, promovendo os animais a categoria de sentir emoção, ou seja, uma mudança ainda sutil. Este projeto ainda está em aguardo de votação.

Em suma, chegou-se a conclusão essa alteração irá requerer reflexões, essas propostas não poderão conter um resquício de brechas para interpretações contraditórias. O que há de relevante somente estarem propondo alteração no ordenamento civil mas não estão tentando modificar a Constituição Federal que é a norma superior a todas no Brasil e que trata os seres não humanos como atributos naturais, um conflito que causará empasses num futuro julgamento.

7.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Catarina. **Licença para herdar: a capacidade sucessória dos animais domésticos**, 2018. Disponível em: < https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/1/2018_01_0405_0427.pdf >. Acesso em 05 de Agosto de 2020.

ASSIS, Bárbara Dellani De. **Posição Dos Animais No Ordenamento Jurídico Brasileiro: Uma Análise De Sua Alternância**. 2016. 64f. Trabalho de Conclusão de Curso - Universidade Federal de Rondônia, Rondônia, 2017.

AZEVEDO, Maitê Camargo. **O direito dos animais no atual ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de considerá-los como sujeito de direitos**. 2015. 22f. Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

BRASIL, Decreto-lei nº 3.689 de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em Acesso em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 19 de agosto de 2019.

BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 16 agosto 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1998.

BRASIL. Decreto nº 16.590, de 10 de setembro de 1924. **Proibir e punir os tratamentos cruéis, abusivos e excessivos contra os seres não-humanos**. Disponível em< https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16590-10-setembro-1924-509350-norma-pe.html> : Acesso em: 12 de setembro de 2019.

BRASIL. DECRETO Nº 24.645, DE 10 DE JULHO DE 1934. **Estabelece medidas de proteção aos animais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 221, DE 28 DE FEVEREIRO DE 1967. **Dispõe sôbre a proteção e estímulos à pesca e dá outras providências**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0221.htm> Acesso em: 11 de setembro de 2019.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm> Acesso em: 09 de setembro de 2019.

BRASIL. LEI N° 5.197, DE 3 DE JANEIRO DE 1967. **Proteção a fauna brasileira**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm> Acesso em: 08 de setembro de 2019.

BRASIL. LEI N° 6.638, DE 8 DE MAIO DE 1979. **Estabelece normas para a prática didático-científica da vivissecção de animais e determina outras providências**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6638.htm> Acesso em: 15 de setembro de 2019.

BRASIL. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. **Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>: Acesso em: 10 de setembro de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. LEI Nº 7.173, DE 14 DE DEZEMBRO DE 1983. **Dispõe sobre o estabelecimento e funcionamento de jardins zoológicos e dá outras providencias**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7173.htm> Acesso em: 11 de novembro de 2019.

BRASIL. LEI Nº 7.643, DE 18 DE DEZEMBRO DE 1987. **Proíbe a pesca de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras, e dá outras providências**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7643.htm> . Acesso em: 11 de setembro de 2019.

BRASIL. LEI Nº 7.889, DE 23 DE NOVEMBRO DE 1989. **Dispõe sobre inspeção sanitária e industrial dos produtos de origem animal, e dá outras providências**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7889.htm> Acesso em: 01 de novembro de 2019.

BRASIL. TJ-RS - RC: 71001506591 RS, Relator: Nara Leonor Castro Garcia, DJ: 10/12/2007. **JusBrasil**. Disponível em Acesso em: < https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8044696/recurso-crime-rc-71001506591-rs > . Acesso em 09 de novembro 2019.

BRASIL. **Código Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em: abril de 2020.

COMISSÃO do Senado aprova PLC que prevê regime jurídico especial para animais. **Istituto Brasileiro de Direito de Família - IBDF**. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/noticias/7008/Comiss%C3%A3o+do+Senado+aprova+PLC+que+prev%C3%AA+regime+jur%C3%ADdico+especial+para+animais>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.

LEITE, Ana Carla Patriota. **SUJEITOS OU COISA: OS ANIMAIS SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL**, setembro de 2013. Disponível em: < https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11923>. Acesso em 13 de setembro de 2020

LOURENÇO, Daniel Braga. **As Propostas de Alteração do Estatuto Jurídico dos Animais em Tramitação no Congresso Nacional Brasileiro**, março de 2016. Disponível em: < http://www.derechoanimal.info/images/pdf/CONGRESO-NACIONALBRASILERO.pdf>. Acesso em 29 de julho de 2020.

MIGALHAS. **Animal não é "coisa", estabelece PL aprovado pelo Senado**. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI308293,41046-

Animal+nao+e+coisa+estabelece+PL+aprovado+pelo+Senado>. Acesso em: 09 de setembro de 2019.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O Bem-Estar Animal no Direito Civil e na Investigação Científica,** em 2005. Disponível em: < http://hdl.handle.net/10316/2562 >. Acesso em 25 julho de 2020.

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O Direito & Os Animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. Curitiba: Juruá, 2009.

SENADO, Federal. **Senado aprova projeto que cria natureza jurídica para os animais**, outubro de 2019. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/07/senado-aprova-projeto-que-inclui-direitos-dos-animais-na-legislacao-nacional/# >. Acesso em 10 de outubro de 2020.

SIRVISKAS, Luis Paulo. **Manual de direito ambiental**. 14. Ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

SOUZA, F.S; SOUZA, R.S. **A tutela jurídica dos animais no Direito Civil Contemporâneo**, em 2018. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/tutela-juridica-animais-direito-civil-contemporaneo-parte >. Acesso em 15 de julho de 2020.

NOTA:

[1] Graduado em Direito pela Universidade Ritter dos Reis (Canoas-RS). Especialista em Direito e Estado pela Universidade do Vale do Rio Doce (Governador Valadares-MG). Mestre, em Ciências do Ambiente pela Universidade Federal do Tocantins-UFT, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Belo Horizonte). Professor da Universidade Estadual do Tocantins e da Centro Universitário Católica do Tocantins.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PROBLEMÁTICA DOS DANOS MORAL E SOCIAL E OS NOVOS ÂMBITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA: Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado

Resumo: o presente trabalho tem como objetivo analisar a problemática do dano moral e social e os novos âmbitos da responsabilidade civil, passando-se pela reparação por ofensas a direitos da personalidade; ofensas a direitos das coisas; ofensas a situações familiares geradoras de alimentos; ofensas a certas situações fáticas; violações de deveres impostos pelo princípio da boa-fé; além da tutela externa do crédito. Este artigo terá como fundamentação teórica os trabalhos de Antônio Junqueira de Azevedo, Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino, Maria Celina Bodim Moraes, Fernando Noronha, Clayton Reis, Rosalice Fidalgo Pinheiro e Frederico Eduardo Zenedin Glitz. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas, principalmente em artigos científicos e livros, além de ser realizada a pesquisa documental de precedentes e jurisprudências. O artigo inicia tratando sobre os novos âmbitos da responsabilidade civil, e, em seguida, discorre sobre a problemática do dano moral e a nova modalidade de responsabilidade civil: a responsabilização por dano social.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Dano moral. Dano social.

Abstract: this work aims to analyze the problem of moral and social damage and the new areas of civil liability, going through the reparation for offenses against personality rights; offenses against the rights of things; offenses against family situations that generate food; offenses to certain factual situations; violations of duties imposed by the principle of good faith; in addition to the external supervision of credit. This article will have as theoretical basis the works of Antônio Junqueira de Azevedo, Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino, Maria Celina Bodim Moraes, Fernando Noronha, Clayton Reis, Rosalice Fidalgo Pinheiro and Frederico Eduardo Zenedin Glitz. The work was carried out through bibliographic research, mainly in scientific articles and books, in addition to documentary research on precedents and jurisprudence. The article begins by addressing the new areas of civil liability, and then discusses the issue of moral damage and the new modality of civil liability: liability for social damage.

Keywords: Civil responsability. Moral damage. Social damage.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sumário: Introdução – 1. Ofensas a direitos da personalidade – 2. Ofensas a direitos das coisas – 3. Ofensas a situações familiares geradoras de alimentos – 4. Ofensas a certas situações fáticas – 5. Violações de deveres impostos pelo princípio da boa-fé – 6. Tutela externa do crédito – 7. A problemática do dano moral – 8. O dano social – Conclusão

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é um dever secundário, ou "*sucessivo*", de reparar um dano decorrente da não observância de um dever principal, ou seja, é uma "*transgressão de uma norma jurídica pré-existente*"(FIGUEIREDO e FIGUEIREDO, 2015, p. 291 - 292). Este dever principal seria o dever de não lesar/não causar dano a outra pessoa; ocorrendo esta lesão/dano, haveria o dever de repará-lo de acordo com o artigo 927 do Código Civil de 2002 (dever de recomposição integral). Ainda é de se notar que existe amparo e previsão constitucional para a responsabilidade civil, é o que se pode entender do artigo 5º, incisos V e X da CF/88:

> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Para Noronha (2002, p. 39 - 40), os danos podem ser causados contra uma pessoa ou seu patrimônio (dano patrimonial ou extrapatrimonial), ou ainda contra interesses transindividuais (coletivo). Para o doutrinador, a conduta do agente causador do dano pode ser tanto ilícita quanto lícita, o que caracterizaria o dever de repará-lo seria se o dano deriva de um ato/fato antijurídico, ou seja, em desconformidade com o ordenamento jurídico. Esses danos podem ser classificados como decorrentes de obrigações negociais (violação a contratos e negócios jurídicos) – responsabilidade civil negocial - e decorrentes de violações a outros direitos (individuais ou coletivos, absolutos ou relativos) – responsabilidade civil geral. Seria, portanto, a responsabilidade civil negocial uma forma especial da responsabilidade civil geral, sendo esta última uma responsabilidade civil comum.

Os atos danosos a outrem podem gerar responsabilidade subjetiva ou objetiva, a depender da situação. A norma geral, disposta no artigo 927 c/c art. 186 do Código Civil, diz que a responsabilidade subjetiva deverá ser apurada mediante a demonstração de dolo ou de culpa; existindo um desses elementos, juntamente com o dano, há o dever de indenizar. O parágrafo único do artigo 927 estipula a exceção: pela teoria do risco, aqueles que exercem atividade que implicam risco a direito de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

outrem têm o dever de reparar o dano quando ele se efetivar, independentemente de culpa; além deste caso, haverá responsabilidade objetiva nos casos estipulados em lei.

Para Figueiredo e Figueiredo (2015, p. 329 – 342), são extrapatrimoniais os danos não apreciáveis, nem reduzíveis a uma questão ou equação monetária ("*direitos tutelados desprovidos de valor econômico imediato*"), e que tem como consequência dor, humilhação e sofrimento. Já os danos patrimoniais são aqueles que afetam bens reduzíveis a dinheiro, bens monetizáveis.

Embora a doutrina bem conceitue e defina o que é a responsabilidade civil, sua extensão e os seus elementos, os Tribunais pátrios, através de seus precedentes, ainda se debatem sobre os limites da aplicação da responsabilidade civil. Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo analisar a problemática do dano moral e social e os novos âmbitos da responsabilidade civil, passando-se pela reparação por ofensas a direitos da personalidade; ofensas a direitos das coisas; ofensas a situações familiares geradoras de alimentos; ofensas a certas situações fáticas; violações de deveres impostos pelo princípio da boa-fé; além da tutela externa do crédito. Este artigo terá como fundamentação teórica os trabalhos de Antônio Junqueira de Azevedo, Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino, Maria Celina Bodim Moraes, Fernando Noronha, Clayton Reis, Rosalice Fidalgo Pinheiro e Frederico Eduardo Zenedin Glitz. O trabalho foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas, principalmente em artigos científicos e livros, além de ser realizada a pesquisa documental de precedentes e jurisprudências. O artigo inicia tratando sobre os novos âmbitos da responsabilidade civil, e, em seguida, discorre sobre a problemática do dano moral e a nova modalidade de responsabilidade civil: a responsabilização por dano social.

1. OFENSAS A DIREITOS DA PERSONALIDADE

Direitos da personalidade são aqueles que tutelam tudo que estiver relacionado pessoalmente e intimamente a cada pessoa, seja fisicamente, seja psiquicamente, como a integridade física, o nome, a imagem, a honra etc. Segundo o precedente do STJ Resp 201100391454 (RESP 201100391454. MIN RELATOR: LUIS FELIPE SALOMÃO. QUARTA TURMA STJ. DATA DA DECISÃO: 17/03/2015. DATA DA PUBLICAÇÃO: 16/04/2015), a dignidade humana é a base para formação dos direitos da personalidade, sendo o dano moral uma ofensa aos valores da pessoa (personalidade, prestígio social etc), sendo os sentimentos de aflição e humilhação posterior ao dano. Para o referido precedente, pessoas com deficiência mental também são passíveis de sofrerem estes danos, eis que também são portadoras de valores como a dignidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2. OFENSAS A DIREITOS DAS COISAS

Bens e objetos materiais também são tutelados contra danos. Há a obrigatoriedade de indenizar não somente quando o dano é praticado mediante ação/omissão, imprudência ou negligência (artigo 186, CC), mas também quando existe abusividade na ação, quando se ultrapassa os limites impostos pelo direito ou pela boa-fé (art. 187, CC). O dano ainda deverá ser reparado integralmente (art. 944, CC), podendo o juiz diminuir a indenização a depender do nível de culpa do causador do dano (art. 944, § único, CC).

3. OFENSAS A SITUAÇÕES FAMILIARES GERADORAS DE ALIMENTOS

De acordo com o artigo 948, II, do Código Civil, cabe o dever de pagamento de alimentos à família da vítima por quem quer que tenha matado (homicídio) o provedor da família. Diante das novas configurações familiares, este direito cabe também aos conviventes e entidades familiares monoparentais.

Importante destacar que, quando já houver decisão no juízo criminal acerca da materialidade e autoria, não se poderá mais questionar sobre esses dois pontos na esfera cível (art. 935, CC). Além disso, por haver independência das instâncias cíveis e criminais entre si, em não havendo a condenação criminal (desde que não seja pelo reconhecimento da ausência de materialidade ou de autoria), ainda sim é cabível a reparação cível (AGRESP 201102348470. MIN RELATOR: JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. TERCEIRA TURMA STJ. DATA DA DECISÃO: 10/02/2015. DATA DA PUBLICAÇÃO: 13/02/2015):

> *O art. 1.525 do Código Civil consagra o princípio da independência da responsabilidade civil em relação à penal. Assim, a falta de denúncia por homicídio culposo não afasta o dever de reparação civil se constatado prejuízo que demande reparação de ordem patrimonial e/ou moral.*

4. OFENSAS A CERTAS SITUAÇÕES FÁTICAS

Segundo Noronha (2002, p. 39 - 40), para além das situações acima descritas, há outras não devidamente reguladas pelo direito, mas suficientemente relevantes para justificar a indenização pelo dano; são elas: a obrigação de prestar alimentos derivada de uma relação de concubinato ou união estável entre pessoas do mesmo sexo; e danos causados a um bem de um mero possuidor.

O primeiro ponto destacado pelo doutrinador Noronha (2002, p. 39 – 40) se refere à concubina. Antes do reconhecimento das relações de concubinato, mesmo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sem impedimento para casar, era inconcebível legitimar qualquer relação entre concubinas e seus amantes, pois era uma relação imoral e pecaminosa. Após esse período, passou-se a reconhecer o direito da concubina, mesmo sendo situação de fato, por ser legítima. Tem-se como marco do reconhecimento a súmula 35 do STF, editada em 1963[1], sendo, a partir de então, garantidos alimentos nas hipóteses da referida súmula.

Atualmente, a questão ainda é pertinente quando diz respeito à união estável entre pessoas do mesmo sexo e relacionamentos extraconjugais. São situações fáticas que, mesmo que não reguladas, ensejam obrigação de indenização alimentar quando houver uma ofensa à parte da relação prestadora de alimentos que a impossibilite de continuar os prestando.

O segundo caso, por não estar expresso na legislação, interpreta-se de forma implícita, pois, apesar de se falar em indenização, não a relaciona à ideia de responsabilidade civil. É o que se lê do artigo 1.212 do Código Civil, que tutela uma situação de fato ao dizer que o possuidor pode intentar uma ação de indenização contra terceiro que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era.

5. VIOLAÇÕES DE DEVERES IMPOSTOS PELO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Um quinto ponto a ser observado é o dever imposto pela "boa-fé" como regra de conduta na formulação de contratos (boa-fé objetiva), como bem preceitua o artigo 422 do Código Civil: "*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*". Trata-se de situações que envolvem deveres gerais impostos pela boa-fé de não defraudar a confiança estabelecida entre duas pessoas. Esta modalidade de boa-fé pode se apresentar na fase pré-contratual, interessando ao tema da responsabilidade civil, como dever de esclarecimento, de conselho e de advertência. Quando estes deveres e os deveres de proteção e cuidado aparecerem em uma relação negocial ou contratual, e sua não observância resultar em dano, haverá a responsabilidade negocial. Há ainda a boa-fé que se apresenta em uma fase supracontratual (que ultrapassa os deveres impostos pelo contrato), e também na fase pós-contratual, quando os deveres ainda persistem após o término do contrato.

A doutrina faz ainda um segundo tipo de divisão em relação a esta modalidade de boa-fé. Em um primeiro grupo, coloca-se a boa-fé pré-contratual e a indução culposa a contratar (relações criadas tendo como base um contrato) – violação à liberdade contratual; e no segundo grupo, tem-se a violação da obrigação de fornecer informações que deem chance de evitar danos e atos ilícitos típicos – violação a relações fiduciárias independentes de contratos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na responsabilidade pré-contratual, quando uma das partes cria a convicção na outra de que o negócio celebrado será válido, mas não sendo e vindo a causar danos, cabe à parte que agiu com deslealdade a reparação dos danos. Já a indução a contratar por informações falsas pode se dar de forma culposa ou dolosa. Se dolosa, permite a anulação do negócio por ser um vício; e, quando causar dano ou ferir direito alheio, permite a responsabilidade civil do causador do dano. Se culposa, é possível exigir a anulação do negócio e a reparação dos danos causados. Se a informação for prestada por terceiro, cabe a ele o dever de indenizar diante da responsabilidade civil; se a outra parte tiver conhecimento da situação de indução pelo terceiro, ou tiver o dever de saber, também cabe a reparação dos danos por ela. Noronha (2002) coloca alguns requisitos a serem observados para que se dê a responsabilização de terceiros, são eles: que as informações prestadas sejam essenciais (que sem elas, não haveria decisão para firmar o contrato); comportamento negligente, imperito ou imprudente de quem prestou as informações; e dever jurídico de prestar informações verdadeiras (não cabendo aqui informações prestadas de maneira informal e sem nenhuma obrigação jurídica).

Em relação à violação de deveres fiduciários independentes de relações negociais, tem-se a violação de um dever geral de agir de boa-fé: situação independente de negócios jurídicos, quando se age violando os deveres de informação, lealdade e cuidado e se causa dano a outra pessoa, independentemente se a violação for culposa ou dolosa, e mesmo que não haja violação de direitos reais ou de personalidade. Temos como exemplo dessa violação o abandono de noivo/noiva no momento do casamento, sem que se tenha dado a devida informação sobre o desejo de desistir da ação. Há ainda a questão acerca da frustração da chance de evitar um dano por não se prestar as devidas informações. A violação ocorre quando uma das partes é detentora de informações que ajudarão a outra parte a fazer escolhas referentes a riscos, cuja existência poderia evitar, mesmo que evitado parcialmente. Cabe destacar que caso a informação seja inútil, não podendo evitar ou diminuir o risco de dano, a sua não prestação não acarreta responsabilidade; ao contrário se ela pudesse apontar outra possibilidade de ação que acarretasse outros danos, nesse caso poderia se falar em frustração de uma chance em sentido impróprio. Aquele que poderia fornecer informações que diminuíssem os danos também será responsabilizado por perda de chance.

6. TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO

Como sexto ponto, pode-se destacar a tutela externa do crédito, ou ainda, contra atos de terceiros que possam vir a impedir o adimplemento das obrigações contraídas, que pode se dar de quatro formas: inutilizando, destruindo ou deteriorando bens e instrumentos necessários ao adimplemento; causando a morte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ou danos físicos à parte a impossibilitando de adimplir; quando se instiga ou induz o devedor a não cumprir a obrigação; e quando o terceiro celebra um contrato com o devedor que o impossibilite de cumprir a obrigação anterior. Nos casos em que houver dolo do terceiro para de fato impedir o devedor de cumprir a obrigação, e causar dano às partes, haverá a obrigação de indenizar, pois nenhum dano dolosamente causado será excluído da responsabilidade civil; cabendo esta obrigação somente em casos especiais quando não se puder comprovar que houve o dolo.

Para Pinheiro e Glitz (2020), basta para responsabilizar o terceiro que ele e o devedor tenham ciência de que o segundo contrato impossibilita o cumprimento do primeiro. Além disso, a obrigação do terceiro seria extracontratual, sendo contratual somente a relação do devedor com o credor, pois não existe vínculo contratual entre o terceiro e o credor (vítima), existindo somente entre o devedor e credor. Ainda, para os doutrinadores, para o caso de indução, restaria configurado um ato abusivo de direito, como delineado pelo artigo 187 do Código Civil.

> Segundo António Menezes Cordeiro, a doutrina do terceiro cúmplice revela que a celebração de um contrato incompatível com primeiro não integra, por si só, uma violação do dever geral de respeitar bens alheios. Trata-se de constatar a e existência de deveres específicos de não frustrar créditos alheios, cuja intensidade é capaz de quebrar o âmbito da autonomia privada. Por outras palavras, estão em causa os deveres de conduta derivados da boa-fé objetiva, impondo uma "vinculação extracontratual" do terceiro ao crédito alheio. (PINHEIRO e GLITZ, 2020)

No entanto, no último caso proposto, por ser uma ofensa reflexa a uma obrigação contratual derivada da violação de um dever de oponibilidade de crédito, o terceiro cúmplice responderá nos moldes contratuais solidariamente ao contratante devedor. Segundo Pinheiro e Glitz (2020), "*a unidade no ato de violação do direito de crédito impõe a unidade da obrigação de reparação*".

7. A PROBLEMÁTICA DO DANO MORAL

A decisão de se responsabilizar alguém por um dano transcende o âmbito lógico-causalístico, sendo, mais do que isso, uma consequência de uma decisão política. A criação e legitimação dos bens jurídicos variam de acordo com a sociedade no qual estão inseridos. Mas, independentemente do tempo ou da sociedade em que se vive,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> em qualquer atividade realizada pelo homem surge a necessidade de responsabilizá-lo pelos atos por ele praticados, o que propicia o surgimento da sua responsabilidade, seja no exercício de uma simples atividade de consciência (responsabilidade moral), seja atuando frente ao Estado a que pertence (responsabilidade política). (BRANDÃO, 2020)

A expressão e expansão da qualidade reparadora da responsabilidade civil surgem com os princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, firmados pela Constituição de 1988, eis que introduzem a ideia de que deve ser tutelada a integridade biopsíquica dos indivíduos, não devendo os lesados responderem sozinhos pelos danos sofridos.

> A solidariedade, dentre outras eficácias, impõe que o lesado não sofra, sozinho, os prejuízos que a modernização lhe causa, uma vez que a todos, ou a quase todos, deve trazer benefícios. Daí dizer que "a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas." (AMORIM, 2020)

Superada pela doutrina a questão acerca da reparabilidade dos danos morais, já que positivada pela Constituição em seu artigo 5º, incisos V e X, surge a questão em relação aos critérios para fixação dos valores indenizatórios. Uma das controvérsias diz respeito ao duplo caráter da indenização, de um lado o caráter compensatório, de outro o caráter punitivo[2] (que surge da mudança de foco de compensação pelo dano sofrido, à proteção da vítima do dano), ambos responsáveis pela fixação do valor a ser pago. Para o doutrinador Reis (2003, p. 215), assumir o caráter punitivo da responsabilidade civil é confundir os juízos e esferas de atuação entre o direito penal e direito civil, eis que somente cabe àquele o caráter punitivo.

> a função essencial da norma civil, diversamente da norma penal, é basicamente a de indenizar o dano na esfera do direito privado. Não obstante a interação entre os dois institutos, eles, no entanto, se situam em planos diversos que são autônomos. Assim, a princípio, ocorre inevitável incoerência entre os dois segmentos do direito, quando se atribui função punitiva ao processo de indenização de danos no plano da responsabilidade civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A norma penal possui uma função preventiva e repressiva. Todavia, essa situação não ocorre na esfera do direito civil, em que o pagamento de uma determinada importância implica a reparação de um prejuízo causado à vítima de forma voluntária e ilícita. (REIS, 2003, p. 215)

Apesar deste entendimento, e de outros doutrinadores seguirem a mesma linha, o STJ já decidiu que o caráter punitivo da medida indenizatória há de ser levado em conta para fixação dos valores:

> Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta e a gravidade do ato ilícito e do dano causado. 2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de ceifar as vidas das vítimas, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação.
>
> (RESP 201103000333. RESP - RECURSO ESPECIAL – 1300187. MIN RELATOR: RAUL ARAUJO. QUARTA TURMA STJ. DATA DA DECISÃO: 17/05/2012. DAT DA PUBLICAÇÃO: 28/05/2012)
>
> Desse modo, é plenamente cabível a cumulação dos danos moral e estético nos termos em que fixados na r. sentença, ou seja, conjuntamente o quantum indenizatório deve somar o total de trezentos mil reais (R$ 300.000,00). Esse valor mostra-se razoável e proporcional ao grave dano causado ao recém-nascido, e contempla também o caráter punitivo e pedagógico da condenação.
>
> (RESP 200602733358. RESP - RECURSO ESPECIAL – 910794. MIN RELATOR: DENISE ARRUDA. PRIMEIRA TURMA STJ. DATA DA DECISÃO: 21/10/2008. DATA DA PUBLICAÇÃO: 04/12/2008)

Também se entende que o caráter punitivo do dano moral comporta em si uma atividade e uma função pedagógica preventiva de desestímulo social para que a conduta não volte a ser praticada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões. A indenização funcionará também como uma espécie de pena privada em benefício da vítima. (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 103)

Irrompe na doutrina então a querela em relação à avaliação e liquidação do dano, e à parcela indenizatória punitiva inserida no *quantum debeatur*. Feriria o princípio da vedação ao enriquecimento ilícito e criaria uma desproporção entre dano e reparação? Seria justo a vítima receber para além do valor compensatório? Não se encontra nem na doutrina, nem na jurisprudência, critérios fixos para quantificação dos danos morais, utilizando-se os julgadores dos mais diversos princípios para tal, a exemplo da proporcionalidade (julgado colacionado anteriormente), a razoabilidade e também alguns elementos objetivos como condições do ofensor e do ofendido, tipo de ofensa, repercussões no mundo exterior e interior, circunstâncias fáticas etc, ficando a seu total arbítrio a fixação dos valores indenizatórios[3].

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE CONSUMO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. OCORRÊNCIA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO COM BASE NO CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. 1. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado equitativamente, considerando as circunstâncias de cada caso. 2. Cabível apenas a intervenção desta Corte quando exagerado ou ínfimo o valor da indenização, fugindo de qualquer parâmetro razoável, o que não ocorre neste feito. 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> (AGARESP 201100710833. AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – 17921. MIN RELATOR PAULO DE TARSO SANSEVERINO. TERCEIRA TURMA STJ. Data da Decisão: 06/12/2012. Data da Publicação: 11/12/2012)
>
> No que se refere à verba indenizatória, não obstante o grau de subjetivismo que envolve o tema da fixação da indenização, uma vez que não existem critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, reiteradamente tem-se pronunciado esta Corte no sentido de que a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> indevido. 3.- Tratando-se de dano moral, cada caso, consideradas as circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, a forma e o tipo de ofensa, bem como suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima, cada caso, repita-se, reveste-se de características que lhe são próprias, o que faz um distinto de outro. Assim, ainda que, objetivamente, os casos sejam bastante assemelhados, no aspecto subjetivo são sempre diferentes.
>
> (AGARESP 201102024626. AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – 38057. MIN RELATOR: SIDNEI BENETI. TERCEIRA TURMA STJ. DATA DA DECISÃO: 15/05/2012. DATA DA PUBLICAÇÃO: 28/05/2012)

A ausência de critérios fixos leva a uma total insegurança jurídica, em que casos análogos terminam por ter indenizações díspares. A não demonstração e a ausência de fundamentação de como se chega aos valores pelos julgadores, além da utilização de critérios genéricos, não fornece uma base de dados para que outros magistrados a utilizem como comparativo.

Outro ponto a ser questionado é quanto à variabilidade na definição e do conceito de dano moral. Doutrinadores e Julgadores têm vinculado a existência do dano moral a sentimentos desagradáveis de dor humilhação, entendimento que não merece prosperar. É certo que os sentimentos desagradáveis são uma consequência do dano, e não o dano em si (se assim o fosse, qualquer dissabor natural à convivência em sociedade, como o rompimento de um relacionamento, seria indenizável), mas não necessariamente existirão em todos os casos, muito menos serão aferíveis em todas as situações. Quanto a isso, a V Jornada de Direito Civil coloca em seu Enunciado nº 445: "*O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento*". Importante destacar também que não pode ser considerado dano moral qualquer aborrecimento advindo de um mero prejuízo material, caso contrário toda responsabilidade civil gerada por algum dano material iria implicar em uma responsabilização por dano moral: "*Art. 186: O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material*" (Enunciado 159, III Jornada de Direito Civil). A questão sobre danos morais que geram desconfortos psíquicos e sentimentais levanta novamente a indagação sobre o *quantum debeatur,* como quantificar esses danos e sensações extrafísicas de desconforto.

> A indenização do dano extrapatrimonial não traduz o preço para a dor (*pretium doloris*). Esta é irreparável. O que se busca

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> é uma compensação pelo fato gerador daquela Tal indenização não tem o condão de ocasionar uma restituição integral. Isto é impossível em danos imateriais. A função da indenização em apreço é satisfatória para a vítima, ao lado de uma indireta punição do lesante. (FIGUEIREDO e FIGUEIREDO, 2015, p. 348)

Dentro deste contexto, visando a dar o maior grau de segurança possível a esses casos e diminuindo as disparidades em decisões judiciais, o STJ já vem firmando posicionamento acerca de determinadas questões, tratando-as como dano presumido (*in re ipsa*). Tem-se como exemplo o direito de imagem em publicações não autorizadas com finalidade econômica ou comercial. O STJ, em sua súmula 403 entendeu que "*independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais*", seguindo o mesmo entendimento caso se trate de pessoa "pública", ou até mesmo cuja imagem tenha sido capturada em local público. Também há precedentes no sentido de que não é necessário estar vinculada a uma finalidade econômica para se comprovar o dano. De igual maneira, gera direito a indenização as imagens não autorizadas em propagandas políticas.

> DIREITO CIVIL. DIREITOS DA PERSONALIDADE. UTILIZAÇÃO DE IMAGEM DE PESSOA PÚBLICA SEM AUTORIZAÇÃO. FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE ECONÔMICA. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL.
>
> Ainda que se trate de pessoa pública, o uso não autorizado da sua imagem, com fins exclusivamente econômicos e publicitários, gera danos morais. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais independe de prova do prejuízo (Súm. n. 403/STJ). Assim, a obrigação de indenizar, tratando-se de direito à imagem, decorre do próprio uso indevido desse direito, não havendo, ademais, que se cogitar de prova da existência de prejuízo. Cuida-se, portanto, de dano *in re ipsa*, sendo irrelevante que se trate de pessoa notória. Precedentes citados: EREsp 230.268-SP, DJ 4/8/2003, e AgRg no Ag 1.345.989-SP, DJe 23/3/2012. REsp 1.102.756-SP, Rel. Min. Nancy Andrigui, julgado em 20/11/2012.
>
> DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS PELO USO NÃO AUTORIZADO DA IMAGEM EM EVENTO SEM FINALIDADE LUCRATIVA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O uso não autorizado da imagem de atleta em cartaz de propaganda de evento esportivo, ainda que sem finalidade lucrativa ou comercial, enseja reparação por danos morais, independentemente da comprovação de prejuízo. A obrigação da reparação pelo uso não autorizado de imagem decorre da própria utilização indevida do direito personalíssimo. Assim, a análise da existência de finalidade comercial ou econômica no uso é irrelevante. O dano, por sua vez, conforme a jurisprudência do STJ, apresenta-se in re ipsa, sendo desnecessária, portanto, a demonstração de prejuízo para a sua aferição. REsp 299.832-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21/2/2013.

DIREITO CIVIL. DANO MORAL DECORRENTE DA UTILIZAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE IMAGEM EM CAMPANHA PUBLICITÁRIA. Configura dano moral a divulgação não autorizada de foto de pessoa física em campanha publicitária promovida por sociedade empresária com o fim de, mediante incentivo à manutenção da limpeza urbana, incrementar a sua imagem empresarial perante a população, ainda que a fotografia tenha sido capturada em local público e sem nenhuma conotação ofensiva ou vexaminosa. Efetivamente, é cabível compensação por dano moral decorrente da simples utilização de imagem de pessoa física, em campanha publicitária, sem autorização do fotografado. Essa é a interpretação que se extrai dos precedentes que definiram a edição da Súmula 403 do STJ, segundo a qual "Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais". Precedentes citados: EREsp 230.268- SP, Segunda Seção, DJ de 4/8/2003; AgRg no REsp 1.252.599-RS, Terceira Turma, DJe de 5/5/2014; e AgRg no AREsp 148.421-SP, Quarta Turma, DJe de 25/10/2013. REsp 1.307.366-RJ, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 3/6/2014.

DIREITO CIVIL. DANO MORAL DECORRENTE DE DIVULGAÇÃO DE IMAGEM EM PROPAGANDA POLÍTICA. Configura dano moral indenizável a divulgação não autorizada da imagem de alguém em material impresso de propaganda político-eleitoral, independentemente da comprovação de prejuízo. O STJ há muito assentou que, em se tratando de direito à imagem, a

> obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de se cogitar da prova da existência concreta de prejuízo, uma vez que o dano se apresenta in re ipsa. Ademais, destaca-se ser irrelevante o fato de a publicação da fotografia não denotar a existência de finalidade comercial ou econômica, mas meramente eleitoral. REsp 1.217.422-MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 23/9/2014.

Desse modo, atualmente, o dano moral não é mais visto como um resultado de um dano material, sendo dele dissociado, bem como não é mais tido como um mero dissabor cotidiano, fruto da convivência em sociedade (como o rompimento de um casamento). O dano moral também não pode ser visto como a existência de sentimentos desagradáveis, pois que isso é uma consequência do dano, e não o dano em si. Outrossim, doutrina e jurisprudência já aceitam que a responsabilização civil por danos morais comporta em si três aspectos/funções: o reparatório (o mais comum), o punitivo (usado como uma sanção em face do agente da conduta ilícita), e o pedagógico-preventivo (que serve de desestímulo social para que a conduta não volte a ser praticada).

8. O DANO SOCIAL

Os danos sociais são aqueles que causam um mal estar à sociedade e à coletividade, ou, quando perpetrados, violam a qualidade de vida destas e diminuem a tranquilidade social. Esta nova modalidade de dano não se enquadra como dano estético, moral ou material, eis que os atos que os geram não são contra uma pessoa determinada ou determinável, ao contrário, é revestido de supraindividualidade, sendo a vítima indeterminada ou indeterminável, afetando direitos difusos. Constitui-se uma nova categoria de dano reparável, possuindo caráter punitivo (ou ainda didático ou dissuasório).

Para Brasilino (2020), o reconhecimento do dano social representa a função social do instituto da responsabilidade civil. A responsabilidade por dano social retira sua legitimidade do Estado Social e Democrático de Direito, que cada vez mais amplia sua ação para a defesa da dignidade humana e para a defesa do princípio da solidariedade, sendo progressivamente admitida a função pedagógica e compensadora à medida que se reconhecem novos direitos. A existência dos danos sociais já foi reconhecido, inclusive, pelo STJ na V Jornada de Direito Civil: "*Enunciado 455: A expressão "dano" no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas*."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Não se confunde o dano social com o dano coletivo, este afeta os direitos coletivos e individuais homogêneos, que são determinados ou determináveis, enquanto que o objeto dos direitos difusos (atingidos pelo dano social) são indetermináveis e indivisíveis. Por causa disso, diz Brasilino (2020) que, como as pessoas atingidas são determinadas ou determináveis no dano coletivo, exerce-se uma tripla função nesta situação: reparadora, desestimuladora e educativa. A responsabilização por dano social, por sua vez, teria uma dupla função: desestimuladora e educativa, pois, já que não há vítimas determinadas ou determináveis, a função reparadora estaria comprometida, indo o seu respectivo montante indenizatório para alguma entidade do setor público que trabalhe e exerça atividades na área afetada. A mesma opinião tem Tartuce (2013, p. 58) em sua obra "*Manual de Direito do Consumidor*".

Azevedo (2004) tem uma opinião diferente. Para o autor, a indenização por dano social deve ser entregue à vítima, pois, além de parte no processo, foi ela quem manifestou interesse na tarefa de assegurar a responsabilização do agressor. Ainda, para ele, não haveria nenhum prejuízo para órgãos de defesa da sociedade, como o Ministério Público, pois a vítima também age em defesa da sociedade (AZEVEDO, 2004).

A jurisprudência sobre este ponto ainda é inexpressiva a ponto de, em diversos trabalhos e artigos acadêmicos, só se encontrarem dois precedentes. O primeiro diz respeito a uma decisão proferida pelo TRT – 2ª Região que condenou um sindicato paulista ao pagamento de 450 cestas básicas a entidades beneficentes por terem promovido uma "greve abusiva" (processo 2007-2288). O segundo precedente vem do Rio Grande do Sul e diz respeito a um caso de fraude ocorrida em uma loteria, em que fica constatado que nenhum consumidor do serviço poderia ganhá-la. O Tribunal de Justiça, então, determinou que a indenização fosse revertida para o Fundo de Proteção aos Consumidores:

> "(...) 1. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito.
>
> 2. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade.

> 3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. "O Direito deve ser mais esperto do que o torto", frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé.
>
> 4. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada deovercompensantion. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. (...)"
>
> (TJRS – Recurso Cível 71001281054 – Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais – Rel. Des. Ricardo Torres Hermann – j. 12.07.2007).

Diante do exposto, vê-se que, apesar dos poucos precedentes, a jurisprudência vem optando pela primeira corrente apontada neste trabalho, de que a indenização reparatória deve ir para entidade ou instituição com finalidade social.

CONCLUSÃO

Conforme foi exposto no presente trabalho, a Doutrina e a Jurisprudência não possuem divergências quanto à extensão e os elementos da responsabilidade civil, existindo tão somente polarização quanto os limites da aplicação da responsabilidade civil.

Com os anos, a responsabilidade civil deixou de estar estritamente relacionada a um dano direto e um dano contratual, para se consubstanciar em ouros âmbitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da vida, como as ofensas aos direitos da personalidade, o dever de pagar pensão alimentícia pela morte proposital ou acidental de um membro da família que garantia a sobrevivência, tutela externa ao crédito etc. Por fim, chegou-se a um momento histórico em que a moral passa a ser tutelada pelo direito, garantindo à vítima de sua violação uma reparação monetária/patrimonial (apesar de ainda não existir consenso sobre o modo de aplicação ou qual valoração dar a esta reparação); e, de igual maneira, o dano social passa a ser valorado moralmente de forma negativa, possibilitando a aplicação da obrigação de reparar esta lesão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Ricardo Henrique Pereira. *BREVE INTRODUÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL-CONSTITUCIONAL*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5705>. Acesso em: 28/04/2020.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Por uma nova categoria de dano social na responsabilidade civil: o dano social*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro Padma, nº 19, Julho/Setembro, 2004.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. *Definindo a responsabilidade civil no cenário atual.* Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8874>. Acesso em: 28/04/2020.

BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues. *O DANO SOCIAL E FUNÇÃO SOCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL.* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1cde2efe98ea537f>. Acessado em: 15/05/2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005

FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. *Direito Civil:* Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. Editora JusPodivm: Salvador, 4ª Edição, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das Obrigações:* Parte especial – responsabilidade civil. Volume 6, Tomo II, Editora Saraiva, 8ª Edição, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodim. *Danos à Pessoa Humana*: A problemática do dano moral. Rio de Janeiro – Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. *Âmbito da responsabilidade civil.* In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro. Padma, nº 12, out./dez. 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *A TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: POSSIBILIDADES DO CASO "ZECA PAGODINHO".* Disponível em: <http://www.fredericoglitz.adv.br/upload/tiny_mce/CAPITULOS_DE_LIVROS/GLITZ__PINHEIRO_-_A_tutela_externa_do_credito_e_a_funcao_social_do_contrato_-_possibilidades_do_caso_Zeca_Pagodinho.pdf>. Acesso em: 20/04/2020.

REIS, Clayton. *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Método, 2013.

NOTAS:

[1] "Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio".

[2] Enunciado 379, CJF, IV Jornada de Direito Civil: "O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil".

[3] Enunciado 446, V Jornada de Direito Civil: "Art. 927. A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS COMO FUNDAMENTOS PARA UM DECRETO PENAL DO EQUILÍBRIO

PAULO JORDAN ROCHA DA SILVA: Graduação em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Pós-Graduação pela Universidade Estácio de Sá. Advogado.

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a relação existente entre o Direito Penal Mínimo e a aplicação dos princípios penais constitucionais, seja na elaboração ou na aplicação de normas de natureza penal. Serão enumerados os principais princípios penais, seus fundamentos constitucionais e os argumentos apresentados pela doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Direito Penal do Equilíbrio. Princípios penais. Fundamentos constitucionais.

ABSTRACT: This article aims to analyze the relationship between Minimum Criminal Law and the application of constitutional criminal principles, whether in the elaboration or application of criminal norms. The main criminal principles, their constitutional grounds and the arguments presented by the doctrine and jurisprudence will be listed.

Keywords: Balance Criminal Law. Criminal principles. Constitutional foundations.

Sumário: 1. Introdução; 2. Das normas jurídicas enquanto regras e princípios; 3. Os princípios penais constitucionais; 3.1 O princípio da dignidade da pessoa humana; 3.2 O princípio da intervenção mínima; 3.3 O princípio da adequação social; 3.4 O princípio da lesividade; 3.5 O princípio da fragmentariedade; 3.5.1 O conceito de bem jurídico; 3.6 O princípio da insignificância; 3.7 O princípio da individualização da pena; 3.8 O princípio da proporcionalidade; 3.9 O princípio da intranscendência da pena; 3.10 O princípio da limitação das penas; 3.11 O princípio da culpabilidade; 3.12 O princípio da legalidade; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Na concepção que se pode chamar de "equilibrada", situa-se o Direito Penal Mínimo, cujo discurso é mais coerente com a realidade social, por defender a proteção de bens jurídicos necessários ao convívio social. Com essa finalidade, deve ser adotada uma série de princípios que servirão de parâmetro tanto para o legislador, quando da criação ou revogação de tipos penais, quanto para o aplicador da lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2. DAS NORMAS JURÍDICAS ENQUANTO REGRAS E PRINCÍPIOS

Tendo em vista a necessidade de uma discussão inicial, importa ressaltar que as normas jurídicas se subdividem em regras e princípios. As diferenças entre elas serão, a seguir, explicitadas, conforme as lições dos autores Robert Alexy, Ronald Dworkin e Humberto Ávila, citados por Fábio Roque [2012?].

Para Alexy (2008), os princípios são normas jurídicas que se destinam a estabelecer mandamentos de otimização, ao passo que as regras podem ser cumpridas ou não, sendo esse o melhor critério de distinção entre ambos.

Dworkin (1978), por sua vez, entende que a distinção reside no fato de que as regras são aplicadas sob o método do "tudo ou nada", enquanto os princípios valem-se do critério "mais ou menos". A regra, portanto, será aplicada em sua totalidade ou não será aplicada, ao passo que os princípios poderão ser aplicados simultaneamente, podendo um princípio fundamentar-se em outro.

Para Ávila (2006), além das regras e princípios, existe uma terceira categoria normativa, os postulados, que se distinguem dos anteriores por se encontrarem no campo das metanormas (normas sobre normas), estabelecendo a estrutura de aplicação das regras e princípios.

Na atualidade, há certo consenso acerca do caráter normativo dos princípios, não subsistindo a ideia de que seriam meros vetores valorativos, idôneos a orientar o legislador na elaboração das normas (ARAÚJO, [2012?]).

3. OS PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

Os princípios enumerados por Greco (2009) são os seguintes: dignidade da pessoa humana, intervenção mínima, lesividade, adequação social, insignificância, individualização da pena, proporcionalidade, responsabilidade pessoal, limitação das penas, culpabilidade e legalidade.

3.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dentre os princípios mencionados, considera-se a dignidade da pessoa humana como basilar, orientador de todos os demais que o informam, devendo ocupar a atenção do Estado no sentido de coibir comportamentos que sejam intoleráveis, lesivos, socialmente danosos e que atinjam bens jurídicos relevantes e necessários ao convívio social (GRECO, 2009).

3.2 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Princípio da Intervenção Mínima, por sua vez, tem por escopo orientar o legislador quando da criação ou revogação de tipos penais. Para tal, devem ser protegidos os bens jurídicos mais importantes existentes na sociedade, além de reforçar o caráter subsidiário do Direito Penal. Assim, inicialmente, deverá o legislador valorar o bem jurídico que poderá ser objeto de tutela pela norma penal incriminadora. Sendo o bem jurídico relevante, deverá ser tutelado pela norma, desde que outros ramos do Direito não sejam capazes de garantir de forma eficiente a sua proteção. De igual modo, quando da revogação da norma penal incriminadora, não poderá um bem jurídico considerado relevante no passado ser objeto de tutela penal quando não mais gozar deste prestígio (GRECO, 2009).

Dialogando com outros autores, defende Nilo Batista (2007) que, em razão do princípio da intervenção mínima, não deve o Estado recorrer ao Direito Penal e às sanções por ele impostas quando for possível garantir uma proteção suficiente por intermédio de outros instrumentos jurídicos não penais, haja vista ser a pena o meio mais radical de intervenção na esfera de liberdade do indivíduo. A aplicação da sanção penal deve ser, portanto, a *ultima ratio*, isto é, o Direito Penal somente deverá intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais relevantes, devendo ser as perturbações leves objeto de outros ramos do Direito. Tal princípio não está inscrito no texto constitucional de forma expressa (o que permitiria um controle judicial das iniciativas legislativas penais), tampouco no Código Penal, integrando a esfera da política criminal. Não obstante, por se correlacionar a outros princípios positivados no ordenamento jurídico, deverá ser devidamente observado pelo legislador e pelo intérprete da lei.

3.3 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

Além da intervenção mínima, o princípio da adequação social deverá ser observado pelo legislador, de modo que, se a conduta que atinge o bem jurídico é socialmente aceita, o referido bem jurídico não poderá ser objeto de tutela penal, assim como a conduta não poderá ser objeto de sanção de natureza penal. Tal princípio deverá, ainda, ser observado na interpretação de tipos penais já existentes, de forma a adequá-los à realidade social (GRECO, 2009).

O princípio da adequação social foi defendido por Hans Welzel, alicerçando-se na ideia de que mesmo condutas que se enquadrarem na descrição do tipo penal não serão consideradas típicas, desde que consideradas socialmente adequadas, ou seja, desde que não impliquem afronta ao sentimento social de justiça e que não sejam reprovadas pela sociedade (ARAÚJO, [2013?]).

3.4 O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O princípio da lesividade, por sua vez, deve ser levado em consideração na criação dos tipos penais, de modo que o comportamento será criminalizado se, no caso concreto, a conduta do agente ultrapassar a sua esfera individual e atingir bens de terceiros (GRECO, 2009).

À luz do princípio da lesividade, não estará legitimada a intervenção penal quando a conduta for meramente interna ou individual, ainda que seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente (BATISTA, 2007).

De forma resumida, diz-se que são quatro as funções do princípio da lesividade: a) proibir a incriminação de uma atitude interna, a exemplo de ideias, convicções, desejos, aspirações e sentimentos, não podendo recair a sanção penal sobre o projeto mental do cometimento de um crime (cogitação); b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, a exemplo do que ocorrem com o denominado crime impossível, previsto no art. 17 do Código Penal, e com a autolesão; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, o que impede a existência do denominado "direito penal do autor"; d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico, entendendo-se por "desviadas" as condutas desaprovadas pela coletividade (BATISTA, 2007).

3.5 O PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

Uma vez criada a infração penal, ela passará a integrar o pequeno rol de condutas que merecem a reprovação pelo Direito Penal, o que demonstra a existência de mais um princípio, qual seja, o da fragmentariedade, em razão de o referido ramo do direito não se ocupar do todo, mas, sim, de uma parte dos bens jurídicos, considerados de maior relevância para a sociedade (GRECO, 2009).

Trata-se o princípio da fragmentariedade, portanto, de um desdobramento natural do princípio da intervenção mínima, permitindo concluir-se que nem todo ilícito jurídico será um ilícito penal, mas, todo ilícito penal será ilícito para os demais ramos do ordenamento jurídico (ARAÚJO, [2012?]).

O princípio da fragmentariedade comporta duas ideias fundamentais: a de que nem todo bem jurídico merece a proteção penal e a de que nem toda conduta lesiva a um bem jurídico merecerá a atenção do Direito Penal. Assim, o Direito Penal somente se ocupará das violações mais graves aos bens jurídicos mais relevantes, tratando-se, por conseguinte, de um fragmento dos bens jurídicos (ARAÚJO, [2012?]).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Vale ressaltar que o recrudescimento das sanções penais, no plano abstrato, pelo legislador, não retira do Direito Penal o seu caráter fragmentário. Foi nesse sentido a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no HC 83.027/PE, Rel. Ministro Paulo Gallotti, sexta turma, julgado em 16/09/2008, DJe 01/12/2008, dizendo que:

> Embora atualmente, em razão do alto índice de criminalidade e da consequente intranquilidade social, o Direito Penal brasileiro venha apresentando características mais intervencionistas, persiste o seu caráter fragmentário e subsidiário, dependendo a sua atuação da existência de ofensa a bem jurídico relevante, não defendido de forma eficaz por outros ramos do direito, de maneira que se mostre necessária a imposição de sanção penal (ARAÚJO, [2012?], p. 8).

3.5.1 O conceito de bem jurídico

Tendo por escopo a compreensão dos princípios já mencionados, importa salientar a relevância do conceito de bem jurídico. O espaço teórico para o desenvolvimento desse conceito surgiu quando, na primeira metade do século XIX, contestou-se a concepção clássica do crime como ofensa a um direito subjetivo em face de uma concepção de crime como ofensa a bens (Birbaum). Desde então, inúmeras foram as teorias elaboradas para a compreensão do bem jurídico. Para uns, o bem jurídico é criado pelo direito, por meio da seleção exercida pelo legislador (Binding); para outros, o bem jurídico é um "interesse da vida", que o legislador toma a partir de uma realidade social que o impõe (von Lizt). Recentemente, busca-se positivar os bens jurídicos, deduzindo-os do texto constitucional (Angioni). Dessa diversidade de categorias, surgem as inúmeras classificações dos bens jurídicos (físicos e morais, individuais e coletivos etc.) (BATISTA, 2007).

Nesse sentido, esclarece Canton Filho (2012, p. 4):

> É necessário ressaltar, todavia, que o maior valor a ser tutelado na forma de bem jurídico será designado dentre diversos valores postos de forma conflituosa num dado momento histórico, por meio de uma opção ou de um embate de caráter *ideológico*. Porquanto não lidamos com sociedades de compleição harmônica – mas sim com estruturas que postulam um constante conflito entre grupos sociais diversos no que diz respeito à supremacia de seus valores e interesses – compreender o embasamento sociocultural do bem jurídico não se esgota em visualizá-lo na época histórica em que foi

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

produzido, mas, também, em aferir os específicos protagonistas históricos que levam a cabo sua positivação.

3.6 O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Enquanto princípio instrumental, que objetiva uma interpretação garantista, tem-se, ainda, o princípio da insignificância, que será analisado em sede de tipicidade conglobante, mais especificamente na análise da tipicidade material, quando se verifica, no caso concreto, se o bem tutelado pela norma é importante o suficiente a ponto de a sanção penal recair sobre aquele que viola a norma penal que o protege (GRECO, 2009).

Analisando o princípio da insignificância, lembra Márcio André Lopes Cavalcante (2014) que foi Claus Roxin o primeiro autor a tratar do referido princípio, em 1964. Também é denominado de "princípio da bagatela" ou "infração bagatelar própria", tratando-se de uma criação doutrinária e jurisprudencial, não havendo previsão legal no nosso ordenamento jurídico. Importa salientar que o referido princípio é considerado como uma causa supralegal de exclusão da tipicidade material, voltado à descriminalização de condutas formalmente típicas. Para que seja efetivamente aplicado, quatro requisitos ou vetores deverão ser atendidos cumulativamente: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

3.7 O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da pena, previsto no inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal, por sua vez, pressupõe a necessidade de se aferir a importância de cada bem jurídico tutelado, no caso concreto, em comparação com os demais, de modo a se individualizar a aplicação da sanção penal, o que pode ocorrer em três fases distintas: a cominação, no plano abstrato, realizada pelo legislador; a aplicação, no plano concreto, realizada pelo julgador; e por último, a execução da pena, em sede de execução penal (GRECO, 2009).

3.8 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Do princípio da individualização da pena, decorre o princípio da proporcionalidade, cuja origem remonta ao período iluminista. A proporção é uma exigência do minimalismo, devendo a proporcionalidade ser observada tanto no plano abstrato (quando da cominação) quanto no plano concreto, quando da fixação da pena pelo Juiz (GRECO, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Defendendo o mesmo posicionamento, aduzem Gomes, Bianchini e Daher (2015) que o princípio da proporcionalidade alberga em seu interior o princípio da individualização da pena (CRFB, art. 5º, XLVI), nos seus três níveis, desde o plano abstrato, no momento da cominação legal; passando-se pelo plano concreto, no momento de aplicação da pena pelo julgador; e, por fim, na execução penal, momento em que se realiza a sanção prevista na sentença condenatória.

3.9 O PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA

No inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal, observa-se, ainda, a adoção do princípio da responsabilidade pessoal ou da intranscendência da pena, segundo o qual nenhuma pena poderá passar da pessoa do condenado (GRECO, 2009).

Com fundamento nesse princípio, não há, no Direito Penal, responsabilidade coletiva, societária ou familiar, isto é, não há responsabilidade penal por fato de outrem. Inviável, por conseguinte, responsabilizar-se todo um grupo de pessoas se somente um deles foi responsável pelo fato. Cada um responde pelos seus atos, na medida de sua culpabilidade, conforme preceitua o art. 29 do Código Penal. Exige-se, portanto, que o agente seja, efetivamente, autor, coautor ou partícipe da prática de uma infração penal para que haja responsabilização penal (GOMES, BIANCHINI, DAHER, 2015).

3.10 O PRINCÍPIO DA LIMITAÇÃO DAS PENAS

No inciso XLVII do art. 5º, por sua vez, tem-se a consagração do princípio da limitação das penas, segundo o qual não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis (GRECO, 2009).

O princípio da limitação das penas, também denominado de princípio da humanidade, decorre do ideal iluminista, condicionando a intervenção penal à observância do postulado da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da CRFB/88, que obsta a imposição de sanções consideradas desumanas. Foi com base nesse princípio, em conjunto com o da individualização da pena, dentre outros, que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a vedação à progressão de regime para condenados por crimes hediondos ou equiparados (ARAÚJO, [2012?]).

3.11 O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Notabiliza-se, ainda, numa ótica minimalista, o princípio da culpabilidade, segundo o qual não haverá a intervenção do Direito Penal quando a conduta praticada pelo agente não for passível de reprovação social, pelo fato de, no caso concreto, não poder agir de outro modo (GRECO, 2009).

Dissertando sobre a aplicação do princípio da culpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, observa Fábio Guedes (2010) que, uma vez promulgada a Constituição Federal de 1998, a doutrina dividiu-se quanto ao fundamento e localização do princípio da culpabilidade. Inegavelmente, sua gênese está no princípio da dignidade da pessoa humana, que é a fonte de todos os direitos e o fundamento de todos os demais princípios garantísticos do cidadão. Secundariamente, a culpabilidade emerge do princípio da legalidade, ao estabelecer que o limite da intervenção estatal se dá em respeito aos postulados do Estado Democrático de Direito. Por último, deriva o princípio da culpabilidade da expressa menção no art. 5º, inciso XLVII, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Acerca da importância do princípio da culpabilidade, importa mencionar o pensamento de Claus Roxin (2006, p. 133), segundo o qual:

> Nenhuma categoria do direito penal é tão controvertida quanto a culpabilidade; e nenhuma é tão indispensável. Ela é controvertida, por uma série de mal-entendidos; indispensável, por constituir o critério central de toda imputação. Esta imputação de um acontecimento exterior a um homem determinado — e, no futuro, talvez também a pessoas jurídicas — é o objeto único da dogmática jurídico penal. E por isso que não pode existir direito penal sem princípio da culpabilidade; é possível conferir a este outra denominação, mas não se pode eliminá-lo.

3.12 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Por último, faz-se mister destacar o princípio da legalidade, pelo qual deverá o intérprete da norma avaliar a sua compatibilidade formal e material com o disposto no preceito legal. Assim, não apenas o procedimento típico de criação da norma deve ser observado, como, de igual modo, não poderá o seu conteúdo contrariar os princípios expressos ou implícitos contidos na Carta Magna (GRECO, 2009).

Acerca do referido princípio, conceitua Francisco de Assis Toledo (1994, p. 21):

> O Princípio da Legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos *por lei* o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais. Daí sua inclusão na Constituição, entre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> os direitos e garantias fundamentais, no art. 5.°, XXXIX e XL, *in verbis*: "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem previa cominação legal"; "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

O princípio da legalidade possui duas funções: função constitutiva (constitui a pena legal) e função de garantia (exclui as penas ilegais). Quanto a esta última, pode o princípio da legalidade ser desdobrado em quatro novas funções: a) impõe a lei certa, vedando a incerteza e indeterminação nas incriminações; b) impõe a existência de lei anterior, vedando a retroatividade da lei penal, salvo em benefício do réu; c) impõe que a lei seja estrita, vedando a utilização da analogia na incriminação de condutas e cominação de sanções; d) impõe que a lei seja escrita, vedando a incriminação de condutas e a cominação de sanções pelos costumes (ARAÚJO, [2012?]).

4. CONCLUSÃO

Para que se reconheça um Direito Penal do Equilíbrio, necessária será a observância dos princípios fundamentais, tanto na criação da lei quanto na sua efetiva aplicação. Alguns princípios de observância obrigatória, tais como a intervenção mínima, a lesividade, a adequação social, a individualização da pena e a proporcionalidade deverão ser considerados pelo legislador no momento de elaboração da norma, com a consequente criação de um tipo penal. Outros, como a culpabilidade e a insignificância, terão maior relevância no caso concreto, quando o fato delitivo for submetido à apreciação pelo Poder Judiciário.

Por fim, em razão do exposto, tem-se no Direito Penal Mínimo o equilíbrio, isto é, a única via de acesso para que o Estado possa fazer valer, de forma legítima, o seu *ius puniendi*.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque. *Princípios constitucionais penais e os direitos fundamentais*. Disponível em: < http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/5-Fábio_Roque_Prinicipios_Constitucionais_Penais_e_os_Direitos_Fundamentais.pdf?1372869867. Acesso em: <20 de maio de 2018>.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CANTON FILHO, Fábio. *Bem jurídico penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro*. [S.L.]: Editora Dizer o Direito, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. *Princípios Constitucionais Penais*: à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais. [S.L.]: Atualidades do Direito, 2015.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio*: uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *A Culpabilidade no Direito Penal Contemporâneo*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS: A RECENTE DECISÃO DO STF

PAULO SERGIO RODRIGUES DA SILVA: Graduado em Ciências Contáveis pelo Centro Universitário de Votuporanga, Pós Graduado em MBA em Finanças, Auditoria, Controladoria e Planejamento Tributário pelo Centro Universitário de Jales, e Bacharelando em Direito na Universidade Brasil.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. (a) M.ª. Roberta Favalessa Donini. Prof. Ademir Gasques Sanches.

RESUMO: O presente trabalho tem como foco a demonstração acerca da decisão do STF, precisamente na data de 15 de março de 2017, cujo julgamento em repercussão geral, delimitou que o ICMS não compõe a base de cálculo do PIS e da COFINS, sendo o primeiro revertido como abono salarial, e ao financiamento do seguro-desemprego, já o segundo tem como escopo financiar a seguridade social, relativos à saúde, previdência e assistência social. Analisou-se o inconformismo da União, a qual não concordou com a citada decisão, impetrando Embargos Declaratórios com o objetivo que fosse esclarecido qual seria o devido abatimento do ICMS: a) a recolher (ou pago), ou b) sobre as vendas (o destacado na nota fiscal). O propósito deste trabalho é demostrar ao contribuinte a importância do tema tributário tão famigerado em nosso país. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, artigos científicos e reportagens sobre o tema. Com este estudo, espera-se que os leitores possam ter uma visão crítica em relação ao tema e a aplicabilidade prática da incidência dos tributos e a possibilidade de restituição em decorrência da pacificação da decisão do STF.

Palavra-chave: Tributo; Decisão do STF; ICMS; PIS; COFINS.

ABSTRACT: The present work focuses on the demonstration about the decision of the STF, precisely on the date of March 15, 2017, whose judgment in general repercussion, delimited that the ICMS does not compose the calculation basis of PIS

and COFINS, the first being reversed as a salary bonus, and to the financing of unemployment insurance, the second has the scope of financing social security, related to health, social security and social assistance. The Union's non-conformity was analyzed, which did not agree with the aforementioned decision, filing Declaratory Embargoes with the objective of clarifying what would be the appropriate reduction of the ICMS: a) to be paid (or paid), or b) on sales (highlighted in the invoice). The purpose of this work is to demonstrate to the taxpayer the importance of the tax theme so famous in our country. The methodology used was bibliographic research, scientific articles and reports on the topic. With this study, it is expected that readers will be able to have a critical view on the theme and the practical applicability of the incidence of taxes and the possibility of restitution due to the pacification of the STF decision.

Keyword: Tribute, STF Decision; ICMS; PIS; COFINS.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Legislação tributária no Brasil; 2.1. Conceito de tributo; 2.2. Espécies de tributos; 2.3. Conceito de ICMS; 2.3.1. Sujeito ativo e passivo do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços; 2.3.2. Base de cálculo do ICMS; 2.3.3. Aplicação do ICMS; 3. Conceito de PIS e COFINS; 4. A controvérsia da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS; 5. Regimes vigentes do PIS e COFINS; 5.1. A decisão do STF sobre o RE 574.706/PR; 5.2. A modulação dos efeitos da decisão; 5.3. Breve exemplo do quanto poderia ser restituído; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1.INTRODUÇÃO

Desde os primórdios civilizatórios, temos a cobrança de impostos das mais variadas formas, pois ao Estado coube formalizar o gerenciamento de cobranças tributárias, devolvendo a população itens condizentes a uma melhor convivência social, promovendo equacionamento populacional e entregando aos seus habitantes, saúde de qualidade, educação apta a formar cidadãos capacitados ao mundo globalizado no qual vivenciamos hoje, segurança que fortifique e respalde, para a sociedade poder viver harmonicamente e tantos outros fatores preponderantes ao convívio social.

Em uma acalorada tese firmada pelo Tribunal Pleno do dia 15 de março de 2017 que julgou o RE nº 574.706 PR, fora decidido acerca da exclusão do ICMS sobre a base de cálculo do PIS e COFINS, declamando ser inconstitucional a inclusão do referido imposto sobre a base de cálculo dos outros dois impostos aclamados, dando azo ao surgimento do Tema 69: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

A União não satisfeita com determinada decisão interpôs Embargos de Declaração, firmando que o Tribunal Pleno, quedou-se inerte, sobre qual ICMS deve ser excluído da base de cálculo, o a recolher (ou pago), ou o sobre vendas (destacado na nota fiscal), além de pedir acerca da modulação dos efeitos sobre a decisão, julgamento que estava em pauta para ser votado no dia 1 de Abril de 2020, mas fora tirado da pauta pelo Ministro Dias Tofolli, por conta de um dos momentos mais conturbados de nossa história: o coronavírus.

Ademais, insatisfeita da decisão a Receita Federal intentou administrativamente, em outubro de 2018, com base na Coordenação Geral de Tributação (Cosit), implementando assim a Solução de Consulta Interna nº 13 (Cosit nº 13/2018), dirimindo aos seus funcionários como deve ser o procedimento dado aos processos transitados em julgado, decidindo que o ICMS a ser excluído da base de cálculo é o a recolher (o pago) e não o destacado na nota fiscal, restringindo assim o direito do contribuinte e dando interpretação diversa daquela concernida de forma célere pelo STF, fazendo com que sobrevenha diversos processos ao arcabouço judiciário, intentados pelos contribuintes desvalidos e menosprezados, corroborando com o abarrotamento da justiça.

Insta aclarar que não cabe a Receita Federal a interpretação do acórdão aclamado pelo Órgão máximo do Judiciário Brasileiro, pois caso haja porventura qualquer digressão, deverá ser sanado no julgamento dos Embargos de Declaração ora pleiteado pela União, a RFB em agindo assim está entrando em uma área de competência exclusiva dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que com arrimo na lei, base teórica delineada pelos mais conceituados estudantes do ramo jurígeno e por princípios intrinsicamente relacionados ao convívio social decidira de uma vez por todas, de forma sensata, retilínea e certa este imbróglio.

Posto isto será realizado uma análise criteriosa acerca dos referidos institutos elencados acima, demostrando assim de forma ampla e pormenorizada a quem merece o devido direito, ao Fisco com suas agruras, ou o mais necessitado o contribuinte que resvala, frente à imensa carga tributária nacional, estadual e municipal atualmente cobrada de forma massiva e constante.

2. LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA NO BRASIL

2.1 Conceito de Tributo

Insta demostrar inicialmente qual o significado deste instituto que nos acompanha conforme a evolução do hominídeo, delineando um norte a ser seguido pelo Estado para conduzir as diversas instituições presentes em nossos dias atuais, com isto tem o ilustre teórico Alexandre (2000 *apud* AMARO, 2016, p. 36) definindo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tributo como "a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público".

Noutro ponto, importante frisar a colocação que nos traz a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Brasil 1966), que institui o Código Tributário Nacional, verificando mais precisamente em seu Art. 3º da seguinte forma:

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

Pode-se dizer que o Estado precisa auferir contabilmente recursos para poder prestar o máximo de auxílio para a sociedade, e com isto utiliza-se dos tributos nas suas diversas espécies existentes, que será demostrados no tópico seguinte.

2.2 Espécies de Tributos

Há em nosso ordenamento jurídico a teoria pentapartida, ou seja, a maioria dos teóricos do direito afirmam haver 5 espécies de tributos atualmente utilizadas no ordenamento pátrio, quais sejam, impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais, senão vejamos.

Primeiramente temos os Impostos, estabelecidos no artigo 16 do CTN dirimindo o seguinte "Imposto é tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa á vida do contribuinte", inclusive temos a colocação do acalentado teórico Sabbag (2014, p. 65), explicitando ser o imposto "tributo não ligado à atividade estatal, ou seja, refere-se à atividade do particular, estando limitado ao âmbito privado do contribuinte".

Na próxima espécie tributária estão as Taxas conforme disciplinado no artigo 145, inciso II da carta magna elencando o seguinte "taxas, cobradas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição", ou seja, nos ensinamentos de Sabbag (2014), é um tributo vinculado à ação do Estado, com isto se sujeita a atividade pública, não a atividade privada do particular.

Outro importante tributo a ser mostrado é a Contribuição de Melhoria, verificando-se no artigo 145, inciso III, desta maneira "contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas", resumindo proprietários de imóveis nas adjacências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de obras públicas, paguem por melhorias experimentadas, uma indenização ao ente estatal como forma de não haver enriquecimento ilícito.

Noutro ponto convém explicitar acerca dos Empréstimos Compulsórios, tributo esta enclausurado no artigo 148 da CRFB/1988, explicitando de forma clara que:

> A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:
>
> I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes da calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;
>
> II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, 'b'.
>
> Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será à despesa que fundamentou sua instituição.

Sendo assim é uníssono o caráter atribuído ao empréstimo compulsório como sendo um tributo amoldando-se ao delineado no art. 3º do CTN.

E por último temos as Contribuições Especiais que, nos ensinamentos de Sabbag (2014, p. 80), mostra ser "gravames cuja destinação se revela no financiamento de gastos específicos, no contexto de intervenção do Estado nos campos social e econômico, no cumprimento de ditames da política do governo".

Após um breve relato sobre a conceituação de tributo e suas espécies, adentraremos no remoto estudo, de onde advieram os primeiros relatos sobre as cobranças deste instituto tão famigerado nos dias atuais.

2.3 Conceito de ICMS

Delineando acerca dos impostos, insta acrescentar o significado do ICMS em nosso ordenamento pátrio, que conforme explana o artigo 155, II, da CRFB/88 aduz ser "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior".

2.3.1 Sujeito Ativo e Passivo do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Este famigerado imposto é de competência dos Estados e do Distrito Federal, conforme explana o caput do art. 155 da CF. Neste diapasão importante colocar os ensinamentos do ilustre teórico Sabbag (2014, p. 228), que com maestria elenca sobre o ICMS demonstrando assim:

> É imposto plurifásico, por incidir sobre o valor agregado (obedecendo-se ao princípio constitucional da não cumulatividade); um imposto real, por ter como base de cálculo o bem, não revelando as condições da pessoa; e imposto proporcional, por não comportar alíquotas progressivas.
>
> Possui também caráter eminentemente fiscal, conquanto sua faceta seletiva possa lhe revestir de uma certa dose de extrafiscalidade.

Conforme a Lei Complementar n.º 87/1996, os sujeitos passivos do ICMS serão:

a) as pessoas que pratiquem operações relativas à circulação de mercadorias;

b) os prestadores de serviços de transporte interestadual e intermunicipal;

c) os impostos de bens de qualquer natureza;

d) os prestadores e serviços de comunicação.

Inclusive temos a dicção do art. 121, parágrafo único, II, do CTN afirmando sobre a possibilidade de o responsável tributário figurar como sujeito passivo, quando a lei determinar mesmo que não tenha realizado o fato gerador.

Acrescenta-se a isto a exatidão em relação ao texto constitucional, no art. 150, § 7.º, onde há permissividade a respeito da substituição tributária (ST) progressiva (para frente), em outras palavras, nesta toada um terceiro será escolhido para o recolhimento do tributo antes da ocorrência do fato gerador.

Noutro ponto a ser frisado é corriqueiro a substituição tributária (ST) regressiva, (ou para trás), neste caso em apreço o fato gerador ocorre antes do adimplemento do tributo, postergando assim o recolhimento do tributo fenômeno este conhecido como “diferimento”.

2.3.2 Base de Cálculo do ICMS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A base cálculo refere-se ao montante realizado da operação, incluindo inclusive o frete e demais despesas acessórias, cobradas do consumidor, sobre determinada base de cálculo será aplicado a alíquota do ICMS respectiva.

Conquanto a base de cálculo possa ser o valor da operação, em se-tratando de operações relacionadas ao livre círculo mercadológico, determinado preço de serviços prestados, no caso se transportes, tanto interurbanos como interestaduais, de comunicações e por derradeiro o valor da mercadoria ou bem importado, onde conste no documento de importação, convertido em moeda nacional pela mesma taxa de câmbio utilizada para cálculo do imposto de importação, e acrescido do IPI, do IOF, do próprio II (imposto de importação) e das despesas aduaneiras, Sabbag (2014).

Oportuno esclarecer esta questão, através de um singelo exemplo, neste caso tem uma determinada mercadoria ao custo de R$ 10.000,00, sendo que no preço de determinado produto será auferido a incidência do valor do frete no importe de R$ 100,00, com isto teríamos uma base de cálculo de R$ 10.100,00, vamos colocar o Estado de São Paulo como exemplo, onde, a alíquota de ICMS incidente internamente hoje está em 18%, o que ocasionaria o pagamento do imposto no valor de R$ 1.818,00.

Agora noutro exemplo a ser delineado, caso fosse destinada esta mercadoria da cidade de Jales/SP ao município de Belo Horizonte/MG, deveríamos estabelecer as seguintes alíquotas, quais sejam a interna do Estado de São de 18%, que neste caso não será utilizada, a alíquota interestadual de 12% (artigo 155 § 2º, VII “a” da CRFB), bem como a alíquota interna do Estado de Minas Gerais que atualmente está em 17%, consubstanciando, no estado de origem do produto SP, aplicar-se-á alíquota na porcentagem de 12 % sobre o valor de R$ 10.000,00, tendo como resultado o pagamento de R$ 1.200,00, ademais o estado de destino MG, deve ser feita a diferença entre a alíquota interna do estado de destino e alíquota interestadual conforme disciplina o art. 155, §2 º, VIII, CRFB, ficando o seguinte resultado 17% menos 12%, ou seja, R$ 10.000,00 vezes 5% resultando no imposto de R$ 500,00 a ser efetivamente pago por Minas Gerais.

2.3.3 Aplicação do ICMS

Ao analisarmos este imposto tão famigerado, insta demostrar como o poder Estatal utiliza-se do que fora devidamente pago pelos contribuintes ao fisco, sendo utilizado de forma ampla pelos estados e municípios em políticas públicas sociais para educação, saúde e segurança, inclusive como incentivo ao desenvolvimento de setores na produção de alimentos e a indústria automobilística além de geração de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

energia renovável no caso específico do Estado de São Paulo, (Do portal do Governo, 2016).

Além disso, estabelece a Constituição Federal precisamente em seu artigo 158, IV, o envio de 25% por cento aos Municípios do produto de arrecadação do ICMS como forma de bonificar os responsáveis pela maior parte do consumo de produtos e serviços.

3. CONCEITO DE PIS E COFINS

Primeiro convém adentrar no aspecto relacionado ao PIS/PASEP, o primeiro sendo uma contribuição destinada á promoção da integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas e o segundo destinado á formação do patrimônio do servidor público, respectivamente, Sabbag (2017, p. 738-739).

Com o advento da Constituição de 1988 precisamente em seu artigo 239, § 3º ficou plenamente estabelecido que os recursos advindos do PIS/PASEP, serviriam ao financiamento do programa do seguro-desemprego e ao abono salarial, sendo que consiste no pagamento anual aos empregados que recebem até dois salários mínimos de remuneração mensal, desde que seus empregados contribuam para o PIS/PASEP.

Oportuno salientar a respeito do COFINS que veio como um norte para financiamento da Seguridade Social, que conforme o art. 194 da Carta Magna compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, sendo que a seguridade social deverá ser financiada por toda sociedade direta e indiretamente, mediante orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das contribuições sociais do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, ao incidir sobre a receita ou faturamento, previsão do artigo 195, I, "b" da CRFB/1988.

4. A CONTROVÉRSIA DA EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS/COFINS

Sobre este aspecto intrigante, estabeleceu uma discussão que se arrasta por, em média 20 anos, sem a qual se obteve uma solução, desde os meados do ano de 1998, a celeuma está amalgamada nas diretrizes do direito, para se buscar uma possível solução a resguardar o devido direito aos contribuintes.

Com isto houve um intenso debate que fora inicialmente julgado precisamente em 2005, primeiramente resolvendo o real significado da receita bruta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a ser auferida na conotação do imposto, ou seja, fora acolhido pelo E. Tribunal a inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º da Lei 9.718/98, que previa de uma forma desconexa, alargando o significado de faturamento conforme se verifica nos autos do RE nº 357.950-9 RS, tendo o Exmº Sr. Ministro Marco Aurélio de Mello, proferido seu voto da seguinte forma:

> [...], Daí a inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º da Lei 9.718/98. Nessa parte, provejo o recurso extraordinário e com isso acolho o pedido formulado na inicial, referente á base de cálculo da contribuição, ou seja, para que se entenda, como receita bruta, ou faturamento, o que decorra quer da venda de mercadorias, quer da venda de mercadorias e serviços, quer da venda de serviços, não se considerando receita bruta de natureza diversa.

No mesmo sentido nos elenca o professor Melo (2000, p. 147), aduzindo:

> Indico algumas verbas que podem ser consideradas receitas: rendimentos brutos de aplicações financeiras, lucros e dividendos, juros e descontos, aluguéis, variações monetárias, prêmio de resgate de títulos. Também encartam-se nesta situação o ICMS e o IPI, porque não constituem ingressos patrimoniais pela circunstância de simplesmente transitarem pelo caixa do contribuinte, como meros agentes repassadores dos mencionados tributos.

Após este apontamento, houve acalorados debates, chegando no ano de 2014, a digressão era a respeito de excluir o ICMS da base de cálculo da Cofins, pois até então o processo estava parado desde 2006, havia até o momento a Lei Complementar 70/91 que autorizava a inclusão do referido Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços sobre a base de cálculo da Contribuição do Financiamento da Seguridade Social, posto isso buscou-se a constitucionalidade de determinado instituto, que fora derrubada, conforme asseverou Mello no RE 240.785, (2014), "a Cofins só pode incidir sobre o faturamento que, conforme visto, é o somatório dos valores das operações negociais realizadas. A contrário sensu, qualquer valor diverso deste não pode ser inserido na base de cálculo da Cofins".

Com isto começou a ser delineado um novo modelo de aplicação do ICMS, podendo os contribuintes satisfazer suas obrigações sem ter seus direitos questionados junto ao fisco.

5. REGIMES VIGENTES DO PIS E COFINS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Atualmente em nosso ordenamento existem dois regimes distintos que vigoram em nosso país, conforme preceitua Schuler (2019) quais sejam:

> Regime cumulativo – regido pela Lei 9.718/1998 e alterações posteriores. Neste regime não há desconto de créditos, calculando-se, regra geral, o valor das contribuições devidas diretamente sobre a base de cálculo.
>
> Regime não cumulativo – COFINS – regido pela Lei 10.833/2003 e PIS – regido pela Lei 10.637/2002, com alterações subsequentes.

Insta salientar que no primeiro modelo de regime, o da cumulatividade a incidência é de alíquota de 3,65%, sendo que estão sujeitos a este modelo, as pessoas jurídicas de direito privado, e as que são equiparadas pela legislação do imposto de renda, que apuram o IRPJ com base no Lucro Presumido, além das receitas elencadas no art. 10, da Lei 10.833/2003, aplicando-se aquelas empresas que estão sujeitas ao regime da não cumulatividade.

Neste viés no tópico posterior estão abarcadas as pessoas jurídicas de direito privado, e também as equiparadas pela legislação do imposto de renda, que realizam a apuração do IPRJ com base no Lucro Real, com incidência de alíquota de 1,65% para o PIS/PASEP e de 7,6% da COFINS, totalizando 9,25%.

Importante consignar que existem ainda o PIS e COFINS devidos por substituição, ou seja, os fabricantes de determinados produtos, como cigarros e automóveis estão sujeitos a recolher essas contribuições, substituindo assim os comerciantes varejistas e atacadistas desobrigando estes do dever de recolher o tributo, insta salientar outras espécies, quais sejam, os com alíquotas diferenciadas, (combustíveis, bebidas e outros produtos) e regimes monofásicos (como produtos farmacêuticos de higiene e correlatos).

5.1 A Decisão DO STF Sobre o RE 574.706/PR

Após o julgamento monocrático do RE 270.785/MG, olvidou-se, junto ao STF, através do RE 574.706/PR, a repercussão geral deste instituto tão acalentado que vinha sendo pormenorizado à risca por diversos tribunais em todo território nacional, e após um intenso debate fora decidido de forma a acalentar o contribuinte, colocando uma solução plausível, finalizando o assunto.

Com isto abriu-se precedente para os diversos tribunais seguirem a decisão acatada pelo STF, pois existem ao menos 12 mil processos que aguardavam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sobrestados a cristalina decisão, como é possível ser verificado na ementa do julgado abaixo transcrito:

> [...], O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Com isto fora conclamado o Tema 69 da repercussão geral, estabelecendo provimento ao Recurso Extraordinário surgindo a seguinte tese, "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS".

Insatisfeita com determinada situação, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional impetrou Embargos de Declaração, tentando com isto obstaculizar, intentando, qual seria o ICMS a ser excluído: o devidamente pago pela empresa e não o destacado na nota fiscal.

Transposto este recurso, tendo sido utilizado somente para abarrotar o judiciário, pois estava assentada a decisão pelos Ministros do STF, podendo ser previamente analisado no voto da Ministra Relatora Carmen Lucia dirimindo a respeito do ICMS a ser destacado:

> [...], Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na 'fatura' é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte, logo ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições.
>
> Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.

Ou seja, restando infrutífera a posição colacionada pela Fazenda Nacional, nos embargos declaratórios na busca de obscurantismo, omissão ou até mesmo contradição, sem embasamento algum, destituindo assim a decisão sedimentada pela corte suprema brasileira.

5.2 A Modulação dos Efeitos da Decisão

Ademais a Fazenda Nacional, pediu os efeitos da modulação da referida decisão, alegando que com esta decisão acarretaria ao fisco um prejuízo em entorno de R$ 250 bilhões de reais, buscando postergar ainda mais a decisão e enfatizando conseguintemente a modulação de efeitos, o fisco quer safar-se da obrigação que por ora vinha desdenhado do contribuinte, alegando que teria prejuízos enormes, o que não corrobora com a verdade, pois a decisão está devidamente enclausurada, com isto o fisco pede a produção de efeitos a partir do dia 1º de janeiro de 2018, ou seja "pro futuro", alegando o rombo que ocasionaria caso a decisão fosse contrária.

Importante consignar que o instituto da modulação de efeitos, proveio da atual dicção da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, disciplinado em seu artigo 927, § 3º, aduzindo caso haja alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou de jurisprudência oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode ocorrer à modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica (Brasil, 2015).

Mas como pode ser verificado, não há no caso, nenhuma alteração de jurisprudência dominante no caso em concreto e, sim a manutenção da mesma, de forma que deve ser rechaçada a tese buscada pela União, como pode ser analisado em decisão proferida pelo Ministro Edson Fachin, elencando da seguinte maneira, "se trata de faculdade processual conferida ao STF, em caso de alteração da jurisprudência dominante, condicionada à presença de interesse social e em prol da segurança jurídica", disciplinando assim de forma célere e profícua a respeito do tema, ora em análise.

Se não bastasse esta questão, as ações ajuizadas por diversos contribuintes pais afora, merecem ter garantidas o direito de restituição do valor do ICMS pago a maior, além do fato de serem analisados sob o crivo da decisão, acerca do prazo prescricional quinquenal, contando-se do pagamento indevido, que o contribuinte teria para ajuizamento de sua pretensão de repetição de indébito, ou a compensação dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, caso este aplicado ao ICMS, alicerçado em decisão do STF no RE 566.621/RS, que colaciona ser aplicável referido prazo, a partir de 120 dias da implementação da Lei Complementar 118/2005, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005, processos intentados anteriormente ao início da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

vigência da lei, o prazo seguiria o antigo rito estabelecido anteriormente, qual seja 10 anos contados do fato gerador, com isto seria interessante os contribuintes entrarem neste momento com as ações buscando reaver o montante pago indevidamente nos últimos cinco anos, inclusive respaldada em liminares dadas por diversos tribunais, conforme elencado, da seguinte forma pelo TRF-4ª Região, em mandado de segurança em agravo de instrumento, o seguinte:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO AO PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO ICMS. NÃO INCLUSÃO. VALOR DESTACADO. LIMINAR. O Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), apreciando o tema 69 da repercussão geral, estabeleceu a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins, o que autoriza a concessão da liminar para afastar da tributação os valores de ICMS que tiverem sido destacados nas notas fiscais do contribuinte. (TRF-4 – AG: 5000889-16.2020.4.04.0000, Rel. Rômulo Pizzolatti, Segunda Turma, Data de Julgamento: 17/03/2020.

Neste interregno temos também a decisão do TRF-2ª Região, em julgamento de embargos de declaração, decidindo diametralmente de forma ao favorecimento do contribuinte, da seguinte forma:

> [...], O ICMS não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Ao finalizar o julgamento do RE 574.706, com repercussão geral reconhecida, os Ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social (Tema 69, decisão publicada em 02/10/2017 no DJe-STF). 2. A existência de precedentes firmado pelo Plenário do STF autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre o mesmo tema, independente da publicação ou do trânsito em julgado do paradigma (...) (TRF-2, ApCiv: 0000330-53.2008.4.02.5002, Rel. Theophilo Antonio Miguel Filho, Data de Julgamento: 13/05/2019, 3ª Turma Especializada).

Em sendo assim, caso o STF acate a decisão, seria desaconselhável a propositura da ação, pois ao contribuinte restaria exigir valores a partir do

julgamento dos referidos embargos, tornando a situação inadequada e sorrateira, destituída de preceitos constitucionais, prejudicando assim o empresariado como um todo, resta aguardar o julgamento dos aclaratórios, e que seja um decisum, apto a resguardar o direito aos necessitados, para encerrar de vez este imbróglio, sendo um dos julgados mais acalorados dos últimos tempos.

5.3 Breve Exemplo do Quanto Poderia Ser Restituído

Como foi demostrado acerca do regime em que são calculados os tributos sobre a receita bruta, sendo um porcentual muito significativo, auferindo no regime não cumulativo, por exemplo, 9,25% já no regime cumulativo a porcentagem é 3,65%, sendo que o ICMS em todos os estados da federação pode ser auferido porcentagem de até 25%, conforme o produto a ser tributado.

Neste exemplo a ser delineado, será utilizado os seguintes parâmetros como base de cálculo os referentes valores: ICMS a 18%-PIS/COFINS no regime cumulativo, ou seja, 3,65%, em sendo assim ao considerarmos uma empresa com faturamento de R$ 2.000.000,00, teremos um valor de ressarcimento, por mês, em torno de R$ 13.140,00.

Com arrimo na legislação tributária vigente atualmente, há a possibilidade de recuperar tributos de até 05 (cinco) anos, ou 60 meses, neste caso hipotético poderia ser restituído ao empresário o montante de ao menos R$ 788.400,00, fora as correções, valor este que poderia ser utilizado para os diversos fins, dentro da empresa, fazendo investimentos, realocando diretrizes orçamentarias para o bem proveito empresarial.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sendo assim, está claro a decisão elencada pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja, a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e COFINS, inclusive delimitando acerca de ser excluído o referido imposto destacado na nota fiscal, vindo a manifestar de forma irremediável, destituindo a busca de reverter a manifestação por parte da União que, de forma sórdida quer alterar o que está petrificado em decisão judicial.

A respeito da modulação de efeitos, o STF deve julgar de forma célere os embargos declaratórios respaldando o contribuinte, dando moralidade administrativa e segurança jurídica, conquanto quando o empresário adentrar ao judiciário seja acobertado pelo manto da justiça e reconhecido que poderá buscar o retorno de valores pagos indevidamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com isto, seria desalentador qualquer alteração em outro sentido por parte do Tribunal Pleno, prejudicando o contribuinte de forma geral, que já sofre com as agruras da pandemia que assola e desestabiliza o empreendedor.

E convém aproveitar para esposar, que em recentes decisões judiciais, Tribunais país afora, estão decidindo favoravelmente aos conglomerados empresarias, para que sejam restituídos o que em tese recolheram além do que devia ao fisco.

Portanto seja plenamente estabelecido no julgamento dos embargos, o reconhecimento de que o fisco erroneamente auferia lucros exorbitantes, deixando o empresário ao relento, desta forma deve prevalecer o bom senso, e seja notória e retilínea a decisão por parte do órgão máximo do judiciário.

7. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, R. Direito tributário esquematizado. **10ª. ed. São Paulo: Método, 2016.**

BRASIL. Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005. **Altera e acrescenta dispositivos ao Código Tributário Nacional. Brasília: Senado Federal, 2005. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp118.htm >. Acesso em: 10 mar.. 2020.**

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_3/ ato2015-2018/lei/13105.htm>. Acesso em: 22 mar. 2020.**

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Institui o Código Tributário Nacional. Brasília: Senado Federal, 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm >. Acessado em: 03 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 240.785 MG 2014. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Data de Julgamento: 08 out. 2014, Diário da Justiça, Brasília, DF, 16 dez. 2014. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630123>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 357.950-9 RS 2005. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Data de Julgamento: 18 mai. 2005. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re357950.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.621 RS 2011. Relatora: Min. Ellen Gracie. Data de Julgamento: 11 out. 2011. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565341&numeroProcesso=566621&classeProcesso=RE&numeroTema=4# >. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 574.706 PR 2017. Relatora: Min. Carmen Lúcia Antunes Rocha. Data de Julgamento: 02 out. 2017. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(574706.NUME.%20E%20RE.SCLA.)&base=baseAcordaos>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.849 MG 2016. Relator: Min. Edson Fachin. DJ: 16/10/2016. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=26422884>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). Apelação cível nº 00003300-53.2008.4.02.5002. Relator: Desembargador Federal Theophilo Antonio Miguel Filho. Data de Julgamento: 13 mai. 2019, Terceira Turma Especializada. 2019. Disponível em: < http://bit.ly/2Owtkig>. Acesso em: 01 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Agravo de instrumento nº 5000889-16.2020.4.04.0000. Relator: Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. Data de Julgamento 17 mar. 2020, Segunda Turma Especializada. 2020. Disponível em: < http://bit.ly/2yj5v7O>. Acesso em: 01 mai. 2020.

MELO, J. E. S. **Contribuição Sociais no sistema tributário.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Secretaria da Fazenda. **ICMS: saiba o que é feito a partir dos recursos arrecadados.** Do portal do Governo, São Paulo, 2016. Disponível em: http://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/icms-saiba-o-que-e-feito-a-partir-dos-recursos-arrecadados/.Acesso em: 11 ago. 2020.

SANTOS, R. F. **Tributos:** origem e evolução. Disponível em:< https://rfersantos.jusbrasil.com.br/artigos/222353175/tributos-origem-e-evolucao>. Acessado em: 20 mar. 2020.

SCHULER, J. L. **Recuperação de PIS/COFINS sobre ICMS.** Disponível em: < http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11283/Recuperação-de-PIS-COFINS-sobre-ICMS>. Acesso em: 10 abr.2020.

Sabbag, E. M. **Direito tributário essencial.** 14ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

Sabbag, E. M. **Manual de direito tributário.** 9ª ed. atual. São Paulo, Saraiva, 2017.

SOUZA, T**. História dos Impostos**. Disponível em: < https:// https://www.dootax.com.br/historia-dos-impostos/ >. Acessado em: 10 abr. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A COMPETÊNCIA JUDICIAL PARA APRECIAR OS CASOS DE GREVE PROMOVIDA POR EMPREGADOS PÚBLICOS CELETISTAS

MARIANA SÁ LEITÃO DE MEIRA LINS:
Pós-graduada em direito público, Procuradora da Fazenda Nacional.

RESUMO: A Constituição Federal de 1998, no artigo 114, inciso II, define como sendo da Justiça do Trabalho a competência para apreciar os casos que envolvam o exercício do direito de greve. É sabido que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a constitucionalidade da norma estampada no art. 114, I, da CF/88, no julgamento da ADI nº 3.395, afastou a competência da Justiça Laboral para apreciar as ações propostas entre servidores públicos estatutários e o Poder Público, mas manteve a competência da Justiça trabalhista para os casos que envolvam empregados públicos celetistas. Em se tratando da greve, entretanto, o STF, no julgamento do RE 846854, definiu tese de repercussão geral no sentido de que a competência é da Justiça comum, mesmo nos casos dos empregados públicos celetistas. A referida tese é contrária àquela fixada quando da interpretação do inciso I do art. 114 da CF/88. Ao que parece, deu-se ao julgamento tese mais ampla do que se deveria, de forma que caso a interpretação não seja feita de forma restrita haverá afronta à norma do art. 114, II, da CF/88 e à própria jurisprudência do STF, de acordo com a qual as causas instauradas entre os empregados públicos e a Administração devem ser julgadas pela Justiça do Trabalho. É esse, portanto, o objeto do presente trabalho: um estudo acerca da interpretação que deve ser dada à tese fixada no julgamento do RE 846854.

Palavras-chave: Empregado publico celetista; Greve; Competência; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1998, in article 114, item II, defines as being of the Labor Justice the competence to assess the cases that involve the exercise of the right to strike. It is well known that the Federal Supreme Court, when assessing the constitutionality of the rule stamped in art. 114, I of the CF / 88, in the ADI judgment No. 3,395, dismissed the competence of the Labor Court to assess the actions proposed between statutory public servants and the Public Power, but maintained the competence of Labor Justice for cases that involve public employees. Regarding the strike, however, the Federal Supreme Court, in the judgment of RE 846854, defined a thesis of general repercussion in the sense that competence is common justice, even in the cases of civil servants. This thesis is contrary to that established when the interpretation of item I of article 114 of the Federal Constitution. It seems that the thesis was given more broadly than it should, so that if the interpretation is not done in a restricted way there will be an affront to the norm of

article 114, II of the Federal Constitution and to the Supreme Court case law itself, according to which the cases filed between public employees and the Administration must be judged by the Labor Court. This is, therefore, the object of the present work: a study about the interpretation that must be given to the thesis established in the judgment of RE 846854.

Keywords: Public employee; Strike; Competence; Federal Supreme Court.

Sumário: 1. Introdução. 2. Regime Jurídico dos Servidores Públicos. 3. Competência judiciária no âmbito do regime estatutário e do regime celetista. 4. Competência judiciária nos casos de greve dos servidores públicos. 5. Conclusão. 6. Referências

1.INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, no artigo 114, estabelece como sendo de competência da Justiça do Trabalho o processamento e o julgamento das ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das ações que envolvam exercício do direito de greve, dentre outras matérias disciplinadas ao longo dos incisos do referido dispositivo constitucional.

Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395, o Supremo Tribunal Federal definiu que a Justiça do Trabalho é incompetente para julgar as ações envolvendo servidores públicos estatutários, de forma que a competência prevista no artigo 114 da CF/88 só incide sobre as relações trabalhistas existentes no âmbito da Administração Pública, as quais devem ser regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

De acordo com o referido entendimento, portanto, a competência da Justiça do Trabalho, no âmbito da Administração Pública, deve ser compreendida como aquela que abarca as relações regidas pela CLT, de forma que, com relação aos servidores estatutários, a competência pertence à Justiça Comum (Federal ou Estadual, a depender do ente público). Ressalta-se, inclusive, o entendimento jurisprudencial no sentido de que as causas relacionadas aos servidores públicos temporários também devem ser submetidas à Justiça Comum, uma vez que o referido vínculo é disciplinado por legislação especial, e não pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Nessa esteira, a partir de uma interpretação sistemática do art. 114 da Constituição Federal, poder-se-ia concluir que, com relação às ações que envolvam o direito de greve, o critério para definição de competência entre a Justiça Trabalhista e a Justiça Comum seria o mesmo: a norma que rege a relação entre o trabalhador e

a Administração Pública. Isto é, em se tratando de vínculo regido pela CLT, a competência seria da Justiça Laboral, por outro lado, nos casos de relação regida por lei especial (servidores estatutários e/ou temporários), a competência seria da Justiça Comum.

Ocorre, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, em 25 de maio de 2017, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 846854, fincou tese de repercussão geral no sentido de que a matéria atinente à abusividade de greve de servidor público celetista compete à Justiça comum, e não à Justiça do Trabalho. No caso paradigma, analisou-se a abusividade da greve decretada por guardas municipais cujo vínculo com a Administração era regido pela CLT.

É sobre a referida decisão que recai a análise do presente estudo. A partir de uma análise da natureza jurídica da relação existente entre os agentes públicos e a administração (estatutário x celetista), busca-se definir a competência para a apreciação das causas judiciais, à luz do artigo 114 da Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Conforme se busca demonstrar, o entendimento exposto no RE nº 846854, Tema de Repercussão Geral nº 544, deve ser interpretado com cautela, a fim de que seja restrito para relações celetistas específicas, como é o caso dos guardas municipais, e não tenha aplicação ampla ao ponto de submeter à Justiça Comum todas as causas decorrentes do exercício do direito de greve por parte dos empregados públicos celetistas.

O fundamento para tanto, conforme restará exposto, está na norma do art. 114 da Constituição Federal e na jurisprudência da própria Corte Suprema, que dita ser da Justiça Laboral a competência para tratar das causas relacionadas aos servidores públicos celetistas.

Busca-se demonstrar, assim, que a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE nº 846854, se não interpretada com ressalvas, esbarra na Constituição e na jurisprudência do próprio tribunal.

2. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

De acordo com a redação vigente do *caput* do art. 39 da Constituição Federal de 1988, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. É necessário esclarecer, entretanto, que a referida regra foi objeto da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que buscou extinguir o regime único, possibilitando aos entes federativos manter

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

regime jurídico misto nas relações com os servidores, sendo possível a adoção do regime estatutário e celetista. Por meio da ADI nº 2.135/DF, contudo, o STF suspendeu a vigência da redação dada pela EC nº 19/98, e restaurou a obrigatoriedade do regime único.

Sobre o tema, esclarece Maria Sylvia[1]:

> Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 2.135/CF, decidiu, em sessão plenária do dia 2-8-07, suspender a vigência do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, em sua redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Em decorrência dessa decisão, volta a aplicar-se a redação original do artigo 39, que exige regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública Direta, autarquias e fundações públicas.
>
> (...) A Ministra Ellen Grace, ao proclamar o resultado do julgamento, esclareceu que a decisão tem efeito *ex nunc*, vigorando a partir da data da decisão (2-8-07). Voltam, portanto, a ter aplicação as normas legais que dispunham sobre regime jurídico único, editadas na vigência da redação original do artigo 39, sendo respeitadas as situações consolidadas na vigência da redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, até o julgamento do mérito.

Assim, tem-se, atualmente, a obrigatoriedade da adoção do regime jurídico único, havendo, entretanto, a consolidação dos casos de regime misto que ocorreram na vigência da redação dada ao art. 39 da CF/88 pela Emenda Constitucional nº 19/98.

Na União, atualmente, a Lei 8.112, de 1990, estabelece o regime estatutário como regime jurídico único para os servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas.

Por outro lado, no ano de 2000, ainda sob a vigência da redação dada ao art. 39 da CF pela EC 19/98, foi aprovada a Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que disciplinou o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional. Nos termos do art. 1º da predita Lei, a relação dos empregados públicos federais será regida pela Consolidação das Leis do Trabalho e legislação trabalhista correlata, naquilo em que não for contrário ao estabelecido na referida Lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Cumpre ressaltar que a Lei nº 9.962/00 tem aplicação restrita no âmbito federal, de forma que os estados e municípios se encontram vinculados unicamente à CLT, haja vista a competência para legislar sobre direito do trabalho ser exclusiva da União.

Ante o exposto, verifica-se que podemos encontrar dois regimes jurídicos regendo as relações de pessoal da administração pública: o celetista e o estatutário. As peculiaridades desses regimes jurídicos não são exclusivas quanto às regras de direito material, havendo clara distinção na competência para dirimir os conflitos judiciais decorrentes do vínculo existente entre o servidor/empregado público e o Poder Público.

3. COMPETÊNCIA JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DO REGIME ESTATUÁRIO E DO REGIME CELETISTA

Nos termos do artigo 114, inciso I, da CF/88, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Conforme destacado no início do presente estudo, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395, o Plenário de Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a constitucionalidade da norma do dispositivo acima citado, pacificou o entendimento de que a competência para apreciar as causas judiciais que tenham por objeto direitos inerentes à relação existente entre o Poder Público e os seus servidores estatutários é da Justiça comum, e não da Justiça do Trabalho.

Com efeito, conforme o voto do Ministro Relator, entendeu-se que o vínculo jurídico de natureza estatutária é distinto do conceito de relação de trabalho, pelas seguintes razões:

> A decisão foi que a Constituição da República não autoriza conferir à expressão relação de trabalho alcance capaz de abranger o liame de natureza estatutária que vincula o Poder Público e seus servidores. Daí, ter-se afirmado a incompetência da Justiça do Trabalho para julgar litígio entre ambos.
>
> Ora, ao atribuir à Justiça do Trabalho competência para apreciar "as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", o art. 114, inc. I, da Constituição, não incluiu, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> seu âmbito material de validade, as relações de natureza jurídico-administrativa dos servidores públicos.
>
> Logo, é pertinente a interpretação conforme à Constituição, emprestada pela decisão liminar, diante do caráter polissêmico da norma.[2]

O julgamento da mencionada ADI contou com o a seguinte ementa, bastante elucidativa:

> EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.
> (ADI 3395 MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 05/04/2006, DJ 10-11-2006 PP-00049 EMENT VOL-02255-02 PP-00274 RDECTRAB v. 14, n. 150, 2007, p. 114-134 RDECTRAB v. 14, n. 152, 2007, p. 226-245)

Verifica-se, assim, que o fundamento utilizado para definir a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar as causas instauradas entre os servidores públicos estatutários e a Administração foi a compreensão de que esta não se caracteriza como uma relação de emprego, uma vez que a própria Constituição, em diversas normas, distingue os direitos e obrigações dos servidores públicos (art. 37) daqueles inerentes aos trabalhadores celetistas (art. 7º).

Mais recentemente, no ano de 2013, a referida jurisprudência foi reafirmada pela Corte Suprema, no julgamento do Conflito Negativo de Competência nº 7231, quando restou definida a competência da Justiça Comum estadual do Amazonas para julgar demanda instaurada entre o Estado do Amazonas e servidor público estadual regido por regime especial administrativo. Nesse sentido:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL E TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA.

SERVIDOR PÚBLICO. REGIME ESPECIAL ADMINISTRATIVO INSTITUÍDO PELA LEI Nº 1.674/84, DO ESTADO DO AMAZONAS, COM FUNDAMENTO NO ART. 106 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 01/69. AÇÕES QUE NÃO SE REPUTAM ORIUNDAS DE RELAÇÃO DE TRABALHO. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. NATUREZA JURÍDICA IMUTÁVEL. AFRONTA AO QUE DECIDIDO NA ADI 3.395/MC. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 114, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INTRODUZIDO PELA EC Nº 45/2004. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR CONFLITOS ENTRE SERVIDORES PÚBLICOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO AOS QUAIS ESTÃO VINCULADOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. Esta Corte, ao julgar hipóteses análogas à presente em que se tratava de servidor público estadual regido por regime especial administrativo disciplinado por lei local editada com fundamento no artigo 106 da Emenda Constitucional nº 1/69, firmou o entendimento de que a competência para julgar as questões relativas a essa relação jurídica é da Justiça Comum Estadual e não da Justiça especializada. Precedentes do Plenário: CC 7.201, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Min. Ricardo Lewandowski, DJe 12.12.2008; RE 573.202, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Dje 05.12.2008; RE 367.638/AM, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 28.03.2003. 2**. No julgamento da ADI nº 3.395, o Supremo Tribunal Federal, em sede cautelar, determinou a suspensão de toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do artigo 114 da Constituição Federal que inclua na competência da Justiça do Trabalho a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, sejam eles de natureza estatutária ou contrato administrativo.** Precedentes do Plenário: Rcl 7.157 Agr/MG, Relator Min. Dias Toffoli, DJe 19.03.2012; Rcl 6.568, Relator Min. Eros Grau, Dje 25.09.2009; Rcl 4.872, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Min. Menezes Direito, DJe 06.11.2008. 3. In casu, a reclamação trabalhista tem como base a Lei Estadual nº 1.674/84, que disciplinou o regime jurídico administrativo especial dos servidores admitidos em caráter temporário, de sorte que resta inequívoca, com base na ampla e pacífica jurisprudência desta Corte, a competência da Justiça

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Comum Estadual para o julgamento do caso sub examine. 4. Agravo regimental a que se dá provimento para declarar a Justiça Estadual Comum – no caso, o Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Amazonas - competente para processar e julgar o feito. (CC 7231 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 27-03-2014 PUBLIC 28-03-2014)[3]

Por outro lado, também foi reafirmada a competência da Justiça do Trabalho para apreciar os conflitos existente entre o Poder Público e os empregados públicos cujo vínculo se caracteriza como uma relação de emprego, e cujos contratos de trabalho são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, conforme se verifica da emenda do julgamento do ARE 911957/DF[4]:

> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DO TRABALHO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EMPREGADO PÚBLICO. CONTRATO DE TRABALHO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. TEMA 853. DEPÓSITOS DO FGTS. SÚMULA 279/STF. 1. O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o ARE 906.491-RG, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional em análise e reafirmou a jurisprudência da Corte sobre a questão, a fim de reconhecer a "Competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar reclamação trabalhista, fundada em contrato de trabalho regido pela CLT, na qual figura o Poder Público no polo passivo". 2. Quanto à controvérsia relativa aos depósitos do FGTS, incide a Súmula 279/STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (ARE 911957 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/11/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 14-12-2015 PUBLIC 15-12-2015)

Tem-se, então, o seguinte parâmetro para a definição da Justiça competente para apreciar as causas instauradas entre a Administração e os seus agentes: se o vínculo se caracterizar como uma relação de emprego, sendo regido pela CLT, a competência será da Justiça Trabalhista, por outro lado, caso o vínculo seja regido por norma estatutária, que afasta a incidência das normas da CLT, caracterizando-se

como um regime jurídico-administrativo, a competência será da Justiça Comum. Esse é o entendimento que consta do julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 24844/ES[5]:

> GRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. VÍNCULO DE NATUREZA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. OFENSA À ADI 3.395-MC. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **A fixação da competência da Justiça Comum ou da Justiça do Trabalho, em casos envolvendo o Poder Público, demanda a análise da natureza do vínculo jurídico existente entre o trabalhador - termo aqui tomado em sua acepção ampla - e o órgão patronal.** 2. In casu, trata-se de demanda entre o poder público e servidores temporários submetidos a regime jurídico administrativo, adequando-se, portanto, à hipótese tratada nos autos da ADI 3.395. 3. Agravo regimental desprovido.
> (Rcl 24844 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/04/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 12-05-2017 PUBLIC 15-05-2017)

Pois bem. Uma vez esclarecido o referido parâmetro como fator decisivo para a definição da competência da Justiça do Trabalho e/ou da Justiça comum, cumpre adentrar na análise da jurisprudência do STF no que tange ao exercício do direito de greve.

4. COMPETÊNCIA JUDICIÁRIA NOS CASOS DE GREVE DOS EMPREGADOS PÚBLICOS CELETISTAS

Embora a possibilidade de greve dos servidores estatutários tenha sido controversa por um tempo, atualmente o tema é pacífico, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção nº 708, definiu que a Lei de Greve do setor privado (Lei nº 7.783/1989) deve ser aplicável aos servidores públicos, até que o Poder Legislativo regulamente o exercício do direito de greve no âmbito da Administração Pública. Assim, tanto os servidores públicos estatutários quanto os celetistas podem, nos limites da lei, exercer o direito de greve.

Nos termos do inciso II do já mencionado artigo 114 da CF/88, é da Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações que envolvam exercício do direito de greve. O mencionado dispositivo tem redação mais genérica do que aquela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

do inciso I, anteriormente transcrito, uma vez que não restringe a competência da Justiça Laboral para as greves promovidas por trabalhadores celetistas.

Assim, é necessário investigar a existência de distinção entre a competência da Justiça do Trabalho e a da Justiça comum para o julgamento da ação que envolva o exercício do direito de greve, quando essas forem promovidas por empregados públicos (vínculo celetista) ou por servidores públicos (vínculo estatutário).

A princípio, não parece haver distinção entre a competência para apreciar a ação proposta pelo agente público em face da Administração Pública daquela que discute o exercício do direito de greve. Isso porque, a partir de uma interpretação lógica e sistêmica da Constituição, poder-se-ia afirmar que a interpretação dada à norma estampada no inciso II do art. 114 deve ser consentânea com aquela do inciso I.

Se o elemento definidor da competência da Justiça do Trabalho para apreciar as causas entre servidores e empregados públicos é a natureza do vínculo, o mesmo raciocínio deve ser empregado para as causas que envolvem o exercício do direito de greve, uma vez que a greve é um direito intrinsicamente relacionado ao vínculo existente entre o "trabalhador" e o "empregador".

Ocorre, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 846854, fixou tese de repercussão geral no sentido de que "A Justiça comum, Federal e estadual, é competente para julgar a abusividade de greve de servidores públicos celetistas da administração direta, autarquias e fundações públicas". O referido entendimento é claramente diverso daquele consolidado no âmbito das causas que envolvem os direitos inerentes à relação trabalhista e/ou estatutária, conforme já analisado.

Examinado o caso em que o precedente foi proferido, constata-se se tratar de demanda em que foi debatida a abusividade de greve de guardas municipais que trabalhavam em regime celetista, o que configura um caso bastante especifico, haja vista o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 654432, ter declarado a impossibilidade de greve dos policiais civis e de todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública[6].

Tal fato parecer ter sido de fundamental importância para o julgamento do RE 846854, em que discutida a abusividade da greve dos guardas municipais de São Bernardo do Campo-SP.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Verifica-se da leitura da notícia veiculada no site do STF, que o Ministro Alexandre de Moraes, que instaurou a divergência do relator e encampou a tese vencedora, destacou a peculiaridade do caso para definir a competência da Justiça Comum, fazendo clara ressalva quanto aos demais empregados públicos celetistas, em que a competência para julgamento do dissídio de greve seria da Justiça do Trabalho. Nesse sentido, cumpre fazer a seguinte transcrição:

> Segundo o voto do ministro Alexandre de Moraes, acompanhado por maioria, não há que se falar de competência da Justiça trabalhista para se analisar a abusividade ou não da greve neste caso, dado tratar-se de área na qual o próprio STF reconheceu que não há direito à paralisação dos serviços, por ser essencial à segurança pública. "Não parece ser possível dar provimento ao recurso", afirmou.
>
> Ele observou que para outros casos de servidores públicos com contrato celetista com a administração pública seria possível admitir a competência da Justiça trabalhista para apreciar o direito de greve. Contudo, tratando-se de guardas municipais, configura-se exceção à regra.[7]

Conclui-se, portanto, que o julgamento do recurso paradigma teve como fator decisivo a condição peculiar dos empregados grevistas, que ocupavam a posição de guardas municipais, e não apenas o fato de o vínculo com a Administração ser regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

No caso, para que a competência da Justiça do Trabalho, estampada no art. 114, inciso II, da CF/88, fosse afastada, seria necessário que o Supremo Tribunal Federal procedesse com a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo, ou definisse de forma expressa a interpretação que deve ser dada ao dispositivo, afastando da norma a possível interpretação de que é da Justiça do Trabalho a competência para o julgamento das ações que envolvam o exercício do direito de greve dos empregados públicos celetistas.

Com efeito, conforme visto, pela letra fria da Constituição, a Justiça do Trabalho é competente para julgar as ações que envolvam o exercício do direito de greve de forma ampla. A norma não faz restrições quanto à natureza da relação na qual a greve esteja ocorrendo.

Considerando a jurisprudência sedimentada no STF com relação ao inciso I do mencionado art. 114 da CF/88, seria cabível excluir da competência da Justiça do Trabalho os casos de greve que envolvessem servidores públicos estatutário. Não há

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

razão, entretanto, para excluir os empregados públicos celetistas, já que esses mantêm relação de emprego com o Poder Público e têm os dissídios dirimidos perante a Justiça Laboral.

Tendo em vista a ressalva feita pelo Ministro Alexandre de Moraes, conforme noticiado no site do STF, é possível que a tese de repercussão geral que definiu a competência genérica da justiça comum para julgar a abusividade da greve dos empregados públicos celetistas, sem qualquer ressalva, seja fruto do fenômeno conhecido como "ementismo", de acordo com o qual as ementas não traduzem a realidade dos julgamentos, muitas vezes generalizando o quanto decidido nos tribunais.

Sobre o tema, é esclarecedor o seguinte excerto do artigo "O ementismo e a tentativa de usurpação da função dos precedentes", de autoria do Procurador do Trabalho Sandoval Aves da Silva[8]:

> Por outras palavras, as ementas passam de instrumento de indexação das decisões dos tribunais com vistas a registro e pesquisa para substituir a necessidade do recurso às fundamentações dos votos dos julgadores, uma vez que são redigidas com expressões de elevado grau de abstração e generalização, no claro intuito de se prestar como precedente para casos futuros e exercer função análoga à lei. Edilson Nobre Junior (2008, p. 55) não hesita em afirmar que a pressa e a desatenção têm sido a tônica na aplicação dos precedentes em nosso país. Com base nessas fortes denúncias, o autor frisa que a coleta descontextualizada de ementas, fruto da pressa e do descaso, contribui para distorções na compreensão dos precedentes e no julgamento dos casos concretos – prática que denominou ementismo, termo que tem sido utilizado em outros textos acadêmicos (SILVA; MAGALHÃES, 2014, p. 212-213).
>
> A aplicação e a interpretação da ementa como se representasse o precedente em sua inteireza trazem sérios problemas de interpretação e de aplicação equivocada do direito. Por outras palavras, usualmente a ementa substitui a leitura atenta dos votos, bem como é aplicada fora de seu contexto de criação interpretativa, tal como a criação de uma prescrição canônica das normas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, considerando a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é da Justiça do Trabalho a competência para julgar as causas entre os empregados públicos celetistas e a Administração, bem como a ressalva do Ministro Alexandre de Moraes, autor do voto vencedor no julgamento do RE 846854, de acordo com a qual as greves dos demais empregados públicos celetistas poderiam ser apreciadas pela Justiça do Trabalho, sendo os guardas municipais uma exceção, parece que a Tese de Repercussão Geral fixada pela Supremo Tribunal Federal deve ser interpretada com ressalvas.

Sustenta-se, assim, a competência da Justiça do Trabalho para apreciar as causas decorrentes do exercício do direito de greve por parte dos empregados públicos celetistas, com exceção das carreiras de segurança pública, sob pena de afronta à norma do artigo 114, inciso II, da CF/88, bem como à jurisprudência sedimentada no âmbito do STF.

5. CONCLUSÃO

A norma do artigo 144, II, da Constituição Federal de 1988 é clara ao definir como sendo da Justiça do Trabalho a competência para apreciar as causas decorrentes do exercício do direito de greve. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, é firme no sentido de que a Justiça do Trabalho é competente para julgar as causas instauradas entre os empregados públicos celetistas e o Poder Público.

Conforme decidido no julgamento da ADI 3.395, o STF entendeu que apenas os casos entre a Administração Pública e os servidores públicos estatutários são de competência da Justiça comum, haja vista a não caracterização de uma relação de emprego, já que a relação de trabalho é regida por norma especial, que afasta a incidência da Consolidação das Leis do Trabalho.

Não há razão, assim, para, no tocante à greve, atribuir interpretação ampla à decisão proferida no âmbito do RE 846854, ao ponto de se sustentar que é da Justiça comum a competência para julgar todas as causas que envolvem o exercício do direito de greve dos empregados públicos celetistas. Nos termos do quanto exposto no presente estudo, a tese deve ser interpretada com ressalvas, restringindo-se o entendimento para o caso específico, em que debatida a abusividade de greve de guardas municipais.

A interpretação ampla do precedente parece ser fruto do "ementismo", de forma que a extensão da competência da Justiça comum para a apreciação e julgamento de todas as causas decorrentes de greve de empregados públicos celetistas, sem considerar o caso específico em que a decisão foi proferida, configura

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

afronta à norma do inciso II, do artigo 114, da CF/88, e à jurisprudência consolidada no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 26/06/2017.

BRASIL. Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9962.htm>. Acesso em 01/12/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3395 MC, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700>. Acesso em: 02/12/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 911957 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+911957%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+911957%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z7he8qj>. Acesso em 01/12/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 24844 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28COMPET%CANCIA+TRABALHO+SERVIDOR+TEMPOR%C1RIO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yca6zqvw>. Acesso em 02/12/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340096>. Acesso em 03/12/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344553>. Acesso em 03/12/2014

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo, Atlas, 2014.

SILVA, Sandoval Alves. O ementismo e a tentativa de usurpação da função dos precedentes. Disponível em:

<http://www.cajur.com.br/index.php/cajur/article/view/101>. Acesso em 03/12/2017

NOTAS:

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 608

[2] Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700

[3] Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CC%24%2ESCLA%2E+E+7231%2ENUME%2E%29+OU+%28CC%2EACMS%2E+ADJ2+7231%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d3vgbef

[4] Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+911957%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+911957%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z7he8qj

[5] Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28COMPET%CANCIA+TRABALHO+SERVIDOR+TEMPOR%C1RIO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yca6zqvw

[6] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=340096

[7] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344553

[8] SILVA, Sandoval Alves. O ementismo e a tentativa de usurpação da função dos precedentes. Disponível em: http://www.cajur.com.br/index.php/cajur/article/view/101.

www.conteudojuridico.com.br

O VALOR DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO ÚNICA PROVA PARA CONDENAÇÃO DO ACUSADO NOS CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL

DAVID DA SILVA GALVÃO:
Acadêmico finalista do curso de Direito Centro Universitário Luterano de Manaus - Ceulm-Ulbra.

RUBENS ALVES DA SILVA [1]

(orientador)

RESUMO: Este artigo, abordará um importante tema da atualidade que é o valor da palavra da vitima como único meio de prova para a condenação do acusado nos crimes contra a dignidade sexual. Tendo como problema: pode o réu em crime de contra dignidade sexual ser condenado com apenas a palavra da vítima ?. Deste modo, fora discorrido sobre os principais assunto de material de direito penal, processual penal e constitucional. Utilizando de pesquisa bibliográfica como, livros, artigos e jurisprudência. Portanto concluiu-se que sim é possível a condenação do réu nos crimes já citado acima, somente com a palavra da vítima, desde que não haja outros meios de provas, esse e o entendimento da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Palavra da Vítima. Juiz. Condenação.

SUMÁRIO: 1 Introdução -2 Conceito de prova seu valor -3 Dos princípios de prova - 4 Do livre convencimento do juiz – 5 Dos meios de provas - 5.1 Do interrogatório e a confissão do acusado - 5.2 Da prova pericial – 5.3 Da prova testemunhal -5.4 Da prova documental – 6 Dos crimes contra a dignidade sexual -7 A valoração da palavra da vítima em casos de abuso sexual – 8 Considerações finais – 9 Referencias

1 INTRODUÇÃO

Os crimes contra a dignidade sexual, só aumentam a cada dia em no Brasil, tendo como principais vítimas mulheres e crianças. Em vista de tais circunstancia e com o intuito de combate esse mal, o legislador criou através de lei o combate a dignidade sexual, tipificado no código penal brasileiro.

No que diz respeito a essa espécie de ilícito penal, em certos casos como são cometido de maneira clandestina, sem provas e não detectados por meio de exame de corpo de delito, resta apenas a palavra da vítima como meio de prova.

Portanto esse presente artigo cientifico ira abordar sobre o valor da palavra da vítima como único meio de prova para a condenação do acusado, nos crimes contra a dignidade sexual. Ao longo desse trabalho ira ser discorrido sobre as principais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

questões pertinente ao assunto como: princípios relacionados a prova, bem com quanto a livre convicção do juiz para julgar dentre outros.

A respeito da problemática, pergunta-se, é possível a condenação do acusado nos casos de crime contra a dignidade sexual, com base apenas na palavra da vítima?

Quanto aos procedimentos utilizou-se a pesquisa bibliográfica que segundo Gil (2002, p.102) "(...) é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos". Esse tipo de pesquisa auxilia na escolha de um método mais apropriado e também ao conhecimento aprofundado do assunto, levando em busca de obras sobre o assunto, querer saber se já se tem algo publicado, levando o pesquisado a busca mais profunda do fenômeno. Assim utilizou-se da doutrina, da lei e jurisprudência para sua elaboração.

2 O CONCEITO DE PROVA E SEU VALOR

O significado de prova segundo Aranha (2004), advém do latin *probatio*, no qual compreendida como, experimentar, verificar, examinar, confirmar, conhecer, portanto, compreendido nesta linha.

Segundo a doutrina de Capez (2010), aduz que é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, artigo 156, inciso I e II) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação.

Nesse sentido, compreende-se que a prova e peça chave e fundamental no auxílio da formação e convicção do juiz sobre o fato, uma que as provas que vão guiar todo um processo

Deste modo, define Capez (2010) como prova, a ferramenta o que auxilia no convencimento do julgador, a respeito de fatos e circunstancias que faz parte do tramite processual, que ao final o juiz dará sua decisão.

Ainda Capez (2010, p. 342), entende que toda questões relacionado a fato ou alegação no que diz respeito ao processo no qual, gera a incerteza, e necessário que seja apresentado ao juiz para formar sua convicção sobre a questão e julgar o processo.

Nesses termos, entende (MIRABETE, 2007),que:

> O objetivo da prova é tudo o que deverá ser apresentado no processo, no qual o juiz toma conhecimento que no final toma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> sua decisão, abrangendo, tudo aquilo, levando em conta à autoria e materialidade do crime, além de todas as circunstâncias que possam influenciar no deslinde da causa.

No que diz respeito ao valor da prova, compreender ser de suma importância para resolução do processo. Contudo, para Capez (2010) vai além, quando diz que o valor da prova e de tamanha importância que mesmo a tendo, sendo ela insuficiente ou inconsistente em sede de processo penal o réu deve ser absolvido.

Ainda sobre o valoração da prova, segundo afirma Mirabete (2007) a prova e o caminho para o deslinde processual, havendo dúvida sobre a mesma, deve na dúvida o réu ser absolvido, utilizando da máxima do indubio pro réu.

3 DOS PRINCÍPIOS DA PROVA

Dentre os principais princípios encontrado na seara jurídica brasileira em geral, principalmente no que diz respeito a área processual penal é o (contraditório e ampla defesa), onde pode ser compreendido como a oportunidade de o réu se defender no que for amputado contra si, em sede processual ou administrativo, com todos os meios em direito admitidos. Nesse sentido, avalia Avena (2017), compreendendo que toda imputação feita por uma das partes permite a outra que produza contraprova". Assim dá para entender se uma das partes alegar ou imputar algo a outrem, esta tem o direito de se defender de tudo aquilo que fora imputado contra si.

Nesse sentido o autor Mirabete (2007) ressalta que o contraditório e ampla defesa e a oportunidade de o réu se defender do que fora acusado, utilizando de todos meios em direito admitidos, pois caso não seja oportunizado haverá o claro cerceamento de defesa. Sua previsão está descrita na CF/88, vejamos:

> Art.5... LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Já o (princípio da comunhão), segundo Capez (2010) ressalta que este princípio está vinculado aos autos do processo, onde ambas parte pode, se utilizar das provas que ali já estão, no entanto qualquer modificação, por exemplo troca de testemunha, deve haver anuência da outra.

O (princípio da oralidade) entende Capez (2010) que as provas orais em juízo deve prevalecer sobre as alegações escritas, uma vez que entende o juiz dar mais primazia a esta do que escrita, que portanto prevalecendo a oralidade. Assim entende-se que prefere a oralidade do que a escrita.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No (princípio da publicidade) Aranha (2004), afirma que todo o processo é público e devendo ser acessível a todos, portanto somente podendo ser restrito em caso de que processo deve guarda sigilo, como por exemplo questão que envolve menores, dentre outros. Portanto dá para compreender que o processo deve haver transparência e que nada passe despercebido.

O (princípio da não-autoincriminação) Mirabete (2007) aduz que o acusado, não está obrigado a falar em interrogatório, além de não produzir provas contra si mesmo e qualquer outra questão que lhe possa se auto incriminar. Assim percebe-se que o acusado até que haja sua sentença e considerado inocente.

4 DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

Principalmente em sede processual penal, o juiz não está adstrito ao que está nos autos do processo, podendo decidir com sua livre convicção. Nesse sentido, Aranha (2004) descreve que este instituto é levado em conta o princípio da certeza moral do juiz, assim compreendido, como intima convicção do juiz.

Assim, entende-se que a centralização do poder de decidir encontra-se nas mãos do juiz, este tendo a liberdade de julgar pelo seu convencimento sobre esta lide. No entanto para (BADARÓ, 2008):

> O modo de persuadir, racionalizar e decidir sobre esta ação penal, observa-se que o juiz e livre para decidir, mais uma vez que julgar deve estar pautado nas provas produzidas nos autos dessa lide, já que vai valorizar o que até ali se deparou ao longo do deslinde processual e dará racionalidade a sua decisão.

Ainda e importante ressalta que embora o juiz decida com sua livre convicção o mesmo deve obedecer alguns preceitos constitucionais, previsto na CF/88. Nesse sentido o artigo 93, inciso IX, aduz, que:

> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
>
> IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

No entanto, o Código de Processo Penal, no seu art. 155, ressalta a importância da livre convicção do juiz em sua decisão, veja-se:

> 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.

Importante e a colocação de Aranha (2004) onde afirma que esse tipo de sistema e o mais adequado, pois dá ao juiz a liberdade de julgador com sua livre convicção, sem esta preso as provas dos autos e as partes, por outro lado, ao mesmo tempo não podendo proferir decisão indiscriminada, uma vez que seu guia será o que está nos autos.

5 DOS MEIOS DE PROVAS

5.1 O INTERROGATÓRIO E A CONFISSÃO DO ACUSADO

O interrogatório, tem sua previsão expressa no código de processo penal, nos artigos 185 a 196. Para Aranha (2004) considera que o interrogatório ainda está em sede de persecução penal, onde pode o suspeito, desde que querendo, relatar o ocorrido e até mesmo se auto defender.

Quanto a este instituto, Capez (2010) entende que o interrogatório pode ser compreendido como prova, para ser levado ao processo, ou podendo servir como prova da defesa ao acusado.

Mirabete (2007), conceitua que o interrogatório é um misto de prova, pois este instituto, e considerado também, um ato de defesa, uma vez que é o momento que o acusado pode se defender do que a fora imputado contra si e explanando o que de fato aconteceu.

5.2 DA PROVA PERICIAL

Quanto a este tipo de prova, Mirabete (2007) ressalta que e um tipo de prova requisitado pelo juiz, autoridade policial, ou a partes, na ausência do juiz ou polícia judiciária não haver conhecimento técnico para avaliar utilizando de profissional com conhecimento especifico que fara exames periciais para ajudar na elucidação do fato.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conceitua, Capez (2010) que a palavra pericia, tem origem do latim peritia, que significa habilidade especial, sendo um tipo de prova, feito por profissional com formação especifica, conclui-se que e a prova que está fora da área de conhecimento do juiz, no qual esse perito servira como auxilio do juiz.

As perícias estão previstas no Código de Processo Penal nos artigos 158 e 184. Nesse sentido, e interessante o entendimento de Aranha (2004), sobre a prova pericial no qual aduz que a perícia prevista no código de processo penal, está à frente das demais provas existente, uma vez que além de ser mais segura e fidedigna passa mais segurança para o juiz, quanto as demais pode haver incertezas e imprecisões.

Quanto aos tipos de exame pericial, Avena (2017), destaca que entre os principais tipos de perícia está o exame de corpo de delito, que é o tipo de perícia com intuito de verificação e comprovação da materialidade da infração, por exemplo lesão corporal, dano, portanto corporifica e materializa o resultado do delito.

5.3 DA PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal e um dos tipos de provas contida no código de processo penal, onde qual um terceiro alheio ao fato, testemunha acerca do fato, no qual deve falar somente a verdade, porem ela e a menos confiável entre os meios de provas. Nesse sentido, a prova testemunhal tem sua previsão a partir do art.202 e seguintes do CPP.

> Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha.
>
> Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e Ihe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

A respeito, Mirabete (2007) conceitua que testemunha é o indivíduo que diante do juiz esclarece sobre o conhecimento dos fatos imputado ao acusado. Porem devendo falar somente a verdade, sob pena de este está cometendo crime.

Esclarece Capez (2010) que as testemunhas e um tipo de prova que atesta os fatos, sendo uma pessoa alheia ao processo e distante das partes, onde e chamada ao processo a confessar o que sabe a respeito a causa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda sobre o conceito, Aranha (2004) dispõe a origem da palavra testemunha, advém do latim ´´ testari ´´, que significa, mostrar, asseverar, manifestar, etc...por conseguinte diz que esse tipo de prova e comum no processo penal, sendo porem a menos fidedigna, pois e mais vulnerável, uma vez que são várias as circunstancia que pode influenciar a testemunha. Podendo ser desde o ângulo em que presenciou os fatos, sua percepção pessoal, o modo como lhe e perguntado sobre o que testemunhou, influencia e outros...

Avena (2017) explica que a testemunha antes de depor, deve ela obrigatoriamente, fazer o juramento de dizer somente a verdade, não podendo mentir ou omitir informações, uma vez não fazendo, esta incorrerá no crime de falso testemunho, nos termos do artigo. 203, do CPP.

Contudo conclui-se, por ser um dos meios de prova com menos valor, uma vez, pela sua inconsistência e não ser fidedigna e por haver falha humana, além de todas as circunstancias já abordadas.

5.4 DA PROVA DOCUMENTAL

A prova documental, são apresentadas através de documentos no quais evidenciam a veracidade dos fatos alegados, tendo fundamento legal nos termos do artigo.231 a 238 do código processual penal.

Aranha (2004) conceitua que a palavra documento tem origem do latin documentum, doceo, que significa ensinar, indicar ou aquilo que monstra alguma coisa ou faz com que a conheça.

Para, Nucci (2015) acerca da prova documental, avalia que e a base material que expressa e dispõe um pensamento ou manifestação que servira de prova a um fato ocorrido, desde que tenha relevância ao processo e sendo licito. Pode ser compreendido como documentos, fitas, vídeo, cds, pen-drive, email, fotos e demais. Deste modo pode ser observado os principais artigos referente as provas documentais.

> Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.
>
> Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.
>
> Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 233. As cartas particulares, interceptadas ou obtidas por meios criminosos, não serão admitidas em juízo.

Portanto esse tipo de prova em sede processual jurídica, é uma das mais confiáveis, por ser mais robusta e fiel, no entanto, podendo ser ilidida em juízo.

6 DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Tal tipificação desses crimes fora criados para combater os ilícitos contra a dignidade sexual, tendo sua previsão nos termos dos artigos. 213 e seguintes do código penal brasileiro.

Para Costa Junior (2010), avalia que para a criação pelo legislador fora levado em conta a moralidade e bons costume popular, uma vez que diferentes comportamentos deveria ser observados e punidos, devendo diferenciar o bem do mal. Que contudo, tais comportamentos agridem a liberdade, o pudor, a dignidade e honra das pessoas.

Nucci (2015) conceitua que o indivíduo tem o direito a autodeterminação e liberdade para conduzir sua vida, que por isso o direito deve as proteger adotando medidas para coibir tais abusos cometido contra sua dignidade sexual, preservando suas vontades ou contrario a estas.

Afirma ainda, Nucci (2015) que tal tipo de crime criado pelo legislador, visa proteger o respeito para com o ser humano quanto ao seu comportamento sexual, tendo a liberdade de suas escolhas, sem qualquer forma de interferência.

Ressalta, Jesus (2014). Que o direito penal tem o intuito de proteger as escolhas e consentimento no que diz respeito as relações sexuais, tendo o ser humano a livre arbítrio com quem e de que forma as escolhas de relacionamento, o que pode consentir ou não.

Nesse sentido, das espécies de crime contra a dignidade sexual temos alguns citados abaixo.

> **Estupro**
>
> Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinosoPena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos

§ 2º Se da conduta resulta morte

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

Art. 214 -

Violação sexual mediante fraude

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anosParágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa

Importunação sexual

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Art. 216 **Assédio sexual**

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos

Parágrafo único.

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos

Além dos já exposto acima, tem-se também os crimes sexuais contra os vulneráveis criado pelo legislador. Os principais, veja-se:

> **Estupro de vulnerável**
>
> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
>
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
>
> § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.
>
> § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:
>
> Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.
>
> § 4º Se da conduta resulta morte:
>
> Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.
>
> § 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.

Portanto dentre entre o rol de crimes contra a dignidade sexual, os principais temos: o estupro, violação sexual mediante fraude, assédio sexual, importunação sexual e estupro de vulnerável.

7 A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA EM CASOS DE ABUSO SEXUAL

Nos casos de tipos de crimes já anteriormente citado é que reside a problemática, uma vez que os já citados ilícito cometido, em vários casos, atravessa várias possiblidades prevista em lei para sua identificação e prova, mais mesmo assim continua sem sua resolução. Momento este restando a palavra da vítima como meio de prova no qual podendo condenar o acusado.

Muitos desses crimes, são cometido sob as escondidas, na clandestinidade, no qual o suspeito se aproveita da ausência de pessoas próximas e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

possíveis testemunhas ou qualquer outro meio, por consequente em vários casos mesmo mediante exame de corpo de delito não conseguem identificar a prova do crime, no qual, valendo-se de única e exclusiva palavra da vítima, que em alguns casos, com o psicológico abalado, acaba ate cometendo erros como reconhecer a pessoa errada e também podendo ser tudo verdade.

Sobre a prova e vítima, Capez (2010) avalia que não haver hierarquia de entre uma prova e outra, uma vez que quem irá verificar e o juiz na hora de suscitar sua decisão, no qual valendo de seu livre convencimento, quer portanto explicando os motivos de sua escolha, assim em alguns casos acontece nos crimes contra a dignidade sexual, no qual na ausência de outras provas, pode prevalecer a palavra da vítima.

Salienta, Machado (2014), que é visível que a vítima em seu depoimento tem relevância no processo, já que e um meio de prova. Além do mais esta pessoa tem total vontade de ver o acusado condenando, sendo compreensível ao seu ver que a mesma der declarações tendenciosas, com intuito de buscar a condenação. Portanto devendo ser bem observado para não haver injustiças.

Ainda, Machado (2014), afirma que grande a importância do depoimento do acusado em sede processual penal, também, já que este e a pessoa no qual está sendo imputado tal crime que por outro lado a vítima pode estar carregada de sentimento contrário ao ofendido. Por isso e de suma importância a figura do juiz a chegada da mais próxima verdade e sua convicção para decidir a respeito.

Em certo casos em que há somente como prova a palavra da vitima em crimes contra a dignidade sexual, e de suma importância ir atrás de informações da vida tanto da vitima e do acusado.

Nesse sentido, Aranha (2004,p.323) avalia:

> Que é essencial a procura por informação, deve se buscar os antecedentes dos autores (vitima e acusado) desde formação moral, intelectual, estado mental e psicológico, pois quanto aos depoimentos, em sua analise pode valorar e embasar, dando mais suporte e consistência ao juiz na hora de sua decisão.

Nesse viés, avalia-se como fundamental a busca por informações e seu confrontamento, até mesmo se porventura já se conheciam tenha um histórico, para que não haja obscuridade.

Sobre esse tipo de crime, Nucci (2015) entende que:

> Geralmente ocorrem de maneira clandestina, no qual difícil e comprovar por outros meios de provas além do próprio depoimento da vítima. Nesse sentido as provas tem que ser analisada com cautela, onde deve se dá um valor maior a palavra da vítima, obtendo o máximo de informações de ambos, para que não haja injustiça e que não seja ferido princípios basilares do direito penal, como indubio pro réu e presunção de inocência.

Desse modo, como expos o autor acima citado, deve ser levado em conta tais direitos, onde a CF/88, artigo. 5, inciso LVII, o resguarda, e dispõe:

> **CF/88.Artigo.5. inciso.LVII** - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

E também, tem-se o código de processo penal, onde há previsão de que não existindo provas suficientes, deve o réu ser absolvido. Nos termos do CPP. Art.386, inciso VII.

> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
>
> VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Geralmente nesse tipo de crime, haveria possiblidades da absolvição do réu, utilizando dos termos desse artigo, uma vez que não há provas suficientes, porém, já que a palavra da vítima é o único meio de prova os tribunais tem entendido pela condenação. Em vista que o juiz vale-se da sua livre convicção, de acordo com os fundamentos do art.55, do CPP.

> 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.

Partindo dessa premissa, os tribunais tem entendido, nesse sentido acima, da livre convicção do juiz. Veja-se:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. **PALAVRA DA VÍTIMA.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **RELEVÂNCIA.** ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal estadual, ao analisar os elementos de prova constantes nos autos, entendeu pela ratificação da decisão de primeira instância que condenou o ora agravante pelo crime de estupro de vulnerável. 2. A pretensão de desconstituir o julgado por suposta contrariedade à lei federal, pugnando pela absolvição ou readequação típica da conduta, não encontra amparo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material fático-probatório, que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. **3. Este Sodalício há muito firmou jurisprudência no sentido de que, nos crimes contra a dignidade sexual, geralmente ocorridos na clandestinidade, a palavra da vítima adquire especial importância para o convencimento do magistrado acerca dos fatos.** 4. Assim, a palavra da vítima mostra-se suficiente para amparar um decreto condenatório por delito contra a dignidade sexual, desde que harmônica e coerente com os demais elementos de prova carreados aos autos e não identificado, no caso concreto, o propósito de prejudicar o acusado com a falsa imputação de crime. 5. Agravo regimental improvido. (Acordão registrado sob o nº 1.211.243 – CE (2017/0311378-6), Quinta Câmara do Superior Tribunal de Justiça, Relator: Jorge Mussi. Julgado em 24/04/2018).

Portanto, conclui-se que mesmo os crimes contra dignidade sexual, tenha que percorrer toda uma sistemática processual e passar por todo um filtro, como as provas e exames periciais, além princípios como indúbio pro réu. Na ausência destes e havendo como prova apenas a palavra da vítima, os tribunais tem entendido pela condenação do réu.

8.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o tipo de crime já citado acima, sabe que regra geral, alguns tipos de ilícito penal deve passar por vários procedimentos processuais e na área processual penal, deve haver prova, pois sabe-se que a prova cabe a quem alega, porem nesse em especifico, há peculiaridade, já que deve haver provas robustas e concretas. No caso do crime contra a liberdade sexual, muita das vezes a prova e somente a palavra da vítima no qual, podendo levar até mesmo a condenação.

Ao longo do trabalho fora abordada várias circunstancia que o cerca, como o contraditório e ampla defesa, presunção de inocência, indubio pro réu, princípios das provas, livre convicção do juiz e jurisprudência.

Verificando todos os quesitos acima, percebeu-se que pelo código de processo penal, na ausência de prova suficiente ou na dúvida, deve o réu ser absolvido, haja vista apenas a palavra da vítima, no entanto tendo por base o próprio código de processo penal no qual o juiz se vale e utiliza de sua convicção, ou seja não fica adstrito somente as provas, podendo decidi-lo de maneira que melhor será.

Portanto tendo por base essa celeuma, a jurisprudência vem entendendo que nos crimes contra dignidade sexual e possível condenar o réu, tendo por base apenas a palavra da vítima na ausência de outras provas. Nesse sentido, há dois lados um positivo, em caso de o acusado ser realmente o culpado pelo delito e foi ele mesmo que cometeu, assim prevalecerá a justiça sendo realizada. Por outra lado, suponha que a suposta vítima, tenha para com o acusado o seu algoz, desafeto ou qualquer indiferença ou desavença pessoal com o réu, o acusando para simplesmente se vingar e tendo por consequência a justiça condenando uma pessoa inocente. Isso trás reflexões, já que aconteceu por algumas vezes no Brasil, casos em que pessoas foram condenadas injustamente, já ocorreu. Por todo exposto requer cautela, nesses tipos de crimes com as circunstancias acima já exposta.

9.REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo** Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004;

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Método, 2017;

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Elsevier, 2008;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.211.243 – CE (2017/0311378-6), da 5ª Câmara. Agravante: C. E. de O. G. Agravado: Ministério Público do Estado do Ceará. Brasília 24 de abril de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201703113786&dt_publicacao> 11/05/2018. Acesso em 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp> Acesso em 2019;

CAPEZ, Fernando, **Curso de processo penal**, 17 ed. São Paulo, Saraiva 2010;

JESUS, Damásio de. **Direito penal**, 3º volume : parte especial : crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública, 23ª edição. Saraiva, são Paulo.2014.

JR., COSTA, Paulo da, COSTA, Fernando José. **Curso de Direito Penal**, *12ª* EDIÇÃO. Saraiva, São Paulo, 2019.

MACHADO, Antônio Alberto . **Curso de processo penal**, *6ª edição*. Atlas, São Paulo.2014.

MIRABETE, Julio Fabrini, **Processo Penal**, 18 ed. São Paulo, atlas 2007;

NUCCI, Guilherme Souza. **Provas no Processo Penal**, *4ª edição*. Forense, rio de janeiro/2015.

PIRES, Becker Rômulo. Monografia: **A valoração da palavra da vitima de abuso sexual como principal prova para condenação do acusado**. 2018.

NOTAS:

[1] Rubens Alves da Silva**, Professor e Orientador do curso em Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus**, Ceulm – Ulbra. **E-mail:** rubensilvaadv@gmail.com

www.conteudojuridico.com.br

DIÁLOGO ENTRE O POSITIVISMO E O SISTEMA DE PRECEDENTES PARA A RACIONALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO NO BRASIL

LUIS GUSTAVO FAGUNDES PURGATO: Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Defensor Público do Estado do Paraná.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo abordar a necessidade de coerência de formação do direito para garantir isonomia e segurança jurídica, enquanto maneira de romper o personalismo e patrimonialismo que permeiam a cultura brasileira. O texto destaca pontos importantes do positivismo na colmatação do direito e como a teoria da interpretação se desenvolveu a partir daí, apontando o influxo deste processo no Brasil, levando em consideração as suas raízes culturais. Destaca-se as principais características das escolas positivistas clássicas e contemporâneas, e como o constitucionalismo impactou a interpretação do direito. Como consequência, o sistema de precedentes surge busca promover maior coesão social na solução dos conflitos, com vistas a garantir a imprescindível segurança do sentido da norma para o desenvolvimento econômico e social, ainda que sem vinculação necessária com o senso comum e a justiça. Para tanto, aponta-se a necessidade de centralização da voz institucional para finalmente criar a ruptura com as raízes de formação viciosa do tecido social brasileiro, através de um sistema de precedentes eficaz no ponto em que a teoria da interpretação de ordem positivista talvez tenha falhado.

Palavras-chave: Positivismo. Raízes culturais brasileiras. Teoria da interpretação. Sentido da norma jurídica. Coerência, isonomia e segurança jurídica do sistema. Sistema de precedentes.

ABSTRACT: This paper addresses the need for consistency in the formation of law to guarantee equality and legal security, as a way to break the personalism and patrimonialism that permeate Brazilian culture. The text highlights important points of positivism in filling the law as the theory of interpretation developed from there, pointing out the influence of this process in Brazil, taking into account its cultural roots. And yet, It highlights the main characteristics of classical and contemporary positivist schools and how constitutionalism impacted the interpretation of law. Thereafter, the precedent system seeks to promote greater social cohesion in the solution of conflicts to reach the essential security of the meaning of the norm for economic and social development, although without necessary link with common sense and justice. Therefore, the need to centralize the institutional voice is pointed out in order to finally create a rupture with the roots of the vicious formation of the

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Brazilian social fabric, through an effective precedent system at the point where the positivist interpretation theory may have failed.

Keywords: Positivism. Brazilian cultural roots. Interpretation theory. Meaning of the legal norm. System coherence, equality and legal certainty. System of precedents.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Positivismo e sistema de precedentes: 2.1 Retrospecto do positivismo: normas jurídicas e interpretação; 2.2 Brasil e a formação de seu tecido social; 2.3 Racionalidade do sistema jurídico. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Conhecer e identificar o direito é tarefa que preocupa principalmente o mundo ocidental há pelo menos três séculos. O positivismo surgiu como um modelo de pensar o direito por meio de um sistema autossuficiente capaz de resolver todos os conflitos de interesse, de maneira que a jurisdição teria apenas o papel coadjuvante de garantir a aplicação da lei. As guerras que se sucederam ao longo do século XX colocaram em xeque a legitimidade do império da lei e o constitucionalismo impactou a formação do direito. Saber como acrescentar os elementos da ética e da moral sem cair em arbitrariedade e irromper desigualdades é o problema central que tem pautado o sistema jurídico neoconstitucionalista ou pós-positivista.

Portanto, o texto faz uma reflexão sobre a influência do positivismo para a formação de precedentes no Brasil e como o sistema busca resolver problemas antigos de isonomia e segurança que geram incoerência.

2 POSITIVISMO E SISTEMA DE PRECEDENTES

2.1 Retrospecto do positivismo: normas jurídicas e interpretação

A característica principal dos sistemas jurídicos pretéritos ao movimento constitucionalista do século XX foi acreditar que a atividade legislativa do Estado seria suficiente para a pacificação social e, com isto, encerrar qualquer dúvida a respeito do conflito de interesses. Por esta razão, em boa parte da história jurídica ocidental se observa a dedicação à criação de um protagonismo do legislador e de um *standard* de legislações casuísticas com pretensão exaustiva, que funcionassem como fórmulas bastantes para solucionar todas as situações da vida. Este período foi marcado pelo positivismo jurídico, cujas escolas podem ser divididas em clássicas e contemporâneas, e que ao longo da história sofreu alterações e foi objeto de grandes discussões - e muitas vezes de confusões e de injustiças[1].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O positivismo decorreu da concepção de um modelo democrático concreto a partir das revoluções ocidentais - francesa, estadunidense e hispano-americana[2]. Surgiu como um movimento jusfilosófico que somente creditava a legitimidade do direito à razão jurídica. As escolas do positivismo jurídico clássico comungavam a rejeição às teorias metafísicas e reconheciam que o direito válido somente decorreria da linguagem escrita do Estado[3], o qual necessariamente não se confundiria com o conceito de justiça[4].

Essas escolas podem ser divididas em funcionalistas ou realistas e em estruturalistas ou normativistas[5]. O funcionalismo ou realismo se preocupa sobre a efetividade e a função do direito em campos judiciais ou sociais, enquanto que o estruturalismo ou normativismo sobre a validade a partir do ordenamento jurídico, pois acredita que ele que defina o que é direito.

Na escola exegética acreditava-se que a função do jurista se resumiria à simples análise da letra da lei, a partir da defesa de uma relação de causalidade entre a vontade do legislador, expressa pelo texto legislado, e o próprio direito em si.[6] Era um projeto de legislação sem jurisdição, cujos diplomas representativos são o Código Civil Napoleônico de 1804 e o Código Geral dos Estados Prussianos de 1794[7]. Aliás, vê-se que o diploma prussiano continha mais de 17.000 dispositivos, fato que demonstra o seu claro propósito de conferir respostas completas e abstratas para todas as questões em geral e, assim, vedar a interpretação judicial.[8] Entendia-se que seria possível criar um método com rigor científico capaz de estabelecer o verdadeiro sentido do direito de maneira prévia pelo legislador[9]. O método que orientava este pensamento era fundado exclusivamente na subsunção, confiando ao racionalismo de índole cartesiana a reprodução do direito a partir da perspectiva lógica da matemática e de outras ciências da natureza[10].

Entretanto, a escola exegética sucumbiu por motivos históricos e sociais, mas fundamentalmente pela pressão imposta pela jurisprudência alemã e pela reação antiformalista francesa[11]. Na Alemanha se considerava que os códigos deviam ser posteriores à atividade acadêmica, enquanto que na França primeiro se discutia os códigos e depois prosseguia-se para o discurso acadêmico. Com efeito, essas escolas representaram um modelo antiexegeta que projeta o discurso interpretativo para além do poder legislativo. É importante mencionar que a doutrina não as considera como escolas positivistas em sentido estrito, porquanto permeadas de alusões a direito natural ou à justiça, à ideia do que deve ser direito e ao valor político de construção das normas[12].

A escola da jurisprudência alemã pode ser resumida como uma escola histórica, um movimento romântico, antiliberal e positivista-científico, que entendia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que o direito deveria ser concebido como unidade lógica-formal e plena a responder a seu próprio espírito, e o saber erudito e autorizado dos professores era uma forma de encontrar este espírito. A codificação surge, então, como forma de aglutinar em um texto a unificação jurídica e política, tanto através de normas substantivas como processuais[13].

Por sua vez, a escola francesa antiformalista é reconhecida como a escola da livre investigação científica, que propôs a revolução das fontes jurídicas, do método e principalmente a revitalização dos princípios jurídicos extraídos da natureza das coisas, que deveriam se sobrepor à lei, a ser considerada como fonte acessória. Criticava, ainda, o legicentrismo que os exegetas pregavam[14].

O positivismo inglês, de outro vértice, nasceu para confrontar o *common law* - que já orientava de maneira consolidada a atividade interpretativa na Inglaterra -, pois o considerava uma doutrina jusnaturalista-consuetudinária, um modelo arbitrário que reduziria o direito à vontade do juiz e não à da razão, cujos maiores expoentes foram Jeremy Bentham e John Austin[15].

Para Bentham, o direito deveria ser a vontade racional, apreendida por meio da linguagem dos enunciados do direito. Portanto, o direito deveria decorrer de um sistema positivo que pudesse ser explicado de maneira racional, a partir de um diálogo de vontades, e não de uma reconstrução histórica. Deveria também ser concebido como uma autoridade suprema dotada de soberania independente da moral, e a sua ciência deveria se ocupar da vontade racional[16]. É um movimento muito próximo aos processos de codificação, ao realismo jurídico e ao positivismo analítico. Por esta razão muitos dizem que Bentham e Austin podem ser considerados antiformalistas devido a sua contraposição às formas tradicionais do exercício do direito inglês, baseado na lei abstrata do direito natural e nos costumes (*common law*). Todavia, muitos também os consideram formalistas, eis que defendiam a norma, estabelecida em formas determinadas da vontade soberana como direito válido[17].

Dentro deste escorço, vê-se que no positivismo clássico, principalmente de origem funcionalista, os métodos interpretativos buscavam estabelecer simples critérios que encontrassem o sentido último e determinante do texto da lei. Eram vistos como um modo de se compreender o pensamento do legislador, estabelecendo, neste aspecto, um método de interpretação *ex tunc* e realizado desde o aparecimento da norma[18]. Ao lidar com as questões das lacunas, os métodos integrativos – como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito -, trariam ainda maior abertura no intuito de novamente obscurecer a questão da decisão do aplicador[19]. Logo, tais métodos de interpretação nada mais eram do que um recurso hermenêutico, cuja função era apenas assegurar uma decisão possível e favorável que conferisse critérios transcendentes, trazidos pelo aplicador,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que funcionassem como coloração positivante, enquanto forma de conferir força argumentativa do intérprete[20].

Por outro lado, Hans Kelsen, considerado um positivismo normativista, rompeu com todos os métodos interpretativos que eram marcantes até meados do século XX, sob o argumento de que a lei traria uma moldura a ser preenchida pela atividade judicial, cuja resposta seria apenas uma versão dos resultados possíveis e, portanto, jamais indene a qualquer tipo de mácula, como pretendiam originariamente os positivistas[21]. É dizer, Kelsen buscou encerrar a fixação de apenas uma interpretação correta trazida pela jurisprudência tradicional. Com efeito, para ele o legislador e os juízes - intérpretes autênticos – teriam a responsabilidade de produzir, respectivamente, normas gerais e abstratas e normas individuais e concretas, pinçando apenas uma das interpretações possíveis trazidas pela moldura[22].

Para Kelsen, a ciência jurídica tem apenas o objetivo de discutir a norma positiva, de modo que a interpretação jurídico-científica busca tão somente conferir certo grau de verdade científica àquilo que não passa de mero juízo de valor político - ou de "política jurídica", conforme termos utilizados por ele[23]. De outro vértice, vale lembrar que Kelsen afirma que a validade das normas de direito positivo independe de qualquer correspondência com as normas de justiça, ainda que a moral sirva para o campo político[24]. Isto porque a ciência jurídica não tem de legitimar o direito, não tem de justificar a ordem normativa - quer através de uma moral absoluta, quer através de uma moral relativa -, pois compete ao cientista jurídico tão somente conhecer e descrever[25].

É importante destacar que Kelsen não acreditava na necessidade de projeção da moldura em particular para a hipótese geral do direito positivo, isto é, que o resultado da aplicação em concreto da norma geral teria alguma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do direito, pois do processo de criação das normas jurídicas não fazem parte outras normas sociais - as normas morais, as normas de justiça e juízos de valores sociais[26]. Desta forma, na interpretação jurídica kelsiniana não há espaço para o desenvolvimento de um sistema de replicação de moldura, já que a teoria pura parte do pressuposto que o ato jurídico a ser produzido a partir da norma jurídica geral é aplicado de maneira livre segundo a apreciação do órgão autêntico chamado a produzir a norma individual[27].

Do positivismo contemporâneo, já sob a forte influência do constitucionalismo, adveio a noção de que a norma jurídica traria consigo inevitavelmente proposições valorativas não unívocas, que demandariam o exercício de juízos de verdade baseados em convicções subjetivistas e meramente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

discricional[28]. Passou-se, de tal sorte, a admitir que o direito seria expressão variável a depender do contexto teórico e prático, e, com efeito, a relação entre direito e a moral passou a ser operar por conexão necessária, impossível e contingencial, a partir da concepção da tese da incorporação[29]. No constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, de pensamento positivista inclusivo, há o rechaço ao objetivismo da moral, pois para ele isto poderia levar ao dogmatismo e ao absolutismo da moral[30]. Assim, o jurista italiano passou a pregar a existência de uma positivação da lei da razão, com a incorporação da moralidade ao direito, para o fim de legitimá-lo, visão esta que não passou impune à crítica, como destaca José Moreso ao apontar que esta posição entra em tensão com as posições metaéticas de Ferrajoli, na medida em que a incorporação de normas morais pressupõe o objetivismo ético[31].

As principais reflexões aqui trazidas a respeito do positivismo jurídico mostram que a preocupação de identificar o sentido do direito para fixar o seu alcance e limites é preocupação que tomou boa parte da história jurídica ocidental. A consequência disto é percebida por meio das diversas teorias de aplicação e de interpretação que foram se desenvolvendo ao longo do tempo até a chegada à época do constitucionalismo. Foi a partir de toda essa teorização que o constitucionalismo no país deu seus primeiros passos e precisou absorver com todas as dificuldades políticas e sociais essas lições para criar a sua própria identidade do direito e da interpretação.

2.2 Brasil e a formação de seu tecido social

A história do Brasil mostra que a cultura do comportamento de aversão à impessoalidade e à racionalidade formal orientou o modelo de formação de suas instituições e de sua administração pública. A cultura do personalismo e do patrimonialismo faz parte da identidade do país e pode ser bem observado através do surgimento do ensino e de seu desenvolvimento a nível universitário, que buscou preencher as necessidades intelectuais do Estado para a preservação do poder[32].

Em “Raízes do Brasil”, Sérgio Buarque de Holanda descreve o brasileiro como um ser que molda as suas relações, especialmente na administração pública, com base em critérios afetivos e de pessoalidade - patriarcalismo primário, convertido em patrimonialismo após a implantação de um quadro administrativo -, em busca de simpatia, de benefícios pessoais e de facilidades[33]. Surge aí o que se denomina de funcionário patrimonial, posição na qual se situa a confusão entres os ambientes de domínio privado e público pelos detentores de posições públicas de responsabilidade, em contraposição ao Estado burocrático, no qual prevalece a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos[34].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Esta dinâmica das relações sociais da cultura brasileira penetrou o poder judiciário e criou um sistema de justiça irracional, com o apego ao poder e desprezo à previsibilidade[35]. Aliás, esta é uma característica dos povos ibéricos, em que há a preocupação exclusiva com a afirmação individual e a falta de comprometimento com objetivos que não se relacionem a interesses especificamente pessoais, oposto ao associativismo, cujos interesses da comunidade prevalecem e congregam o esforço dos seus participantes em nome da realização de objetivos comuns[36]. A mentalidade personalista, própria dos espanhóis e dos portugueses, teria imposto óbice para o modelo de organização espontânea, característicos dos povos protestantes - sobretudo dos calvinistas -, pois nas nações ibéricas percebe-se a falta de racionalização da vida e a predominância da organização política artificialmente mantida por uma força exterior, mais tarde manifestada na forma de ditaduras militares[37].

2.3 Positivismo e diálogo para a racionalidade do sistema jurídico

Como anotado anteriormente, no positivismo científico o direito é deduzido dos conceitos e dos princípios gerais elaborados pela ciência jurídica, sem levar em consideração questões de ordem moral, religiosa, política ou econômica. Já o positivismo legalista tem como premissa a ideia de que o direito está na lei. Esta dicotomia é percebida sobretudo na cultura jurídica alemã, pois na primeira metade do século XIX esteve preocupada em elaborar uma dogmática capaz de responder à falta de um código de direito privado comum a toda a Alemanha e, a partir da segunda metade do século, vários estados alemães elaboram códigos e o próprio movimento liberal da unificação o impôs[38]. Daí que se entende por que no lugar do positivismo científico adveio espaço ao positivismo legalista.

O sistema jurídico da *civil law* no positivismo científico se baseia em sua autonomia em relação à realidade social, devendo sua coerência apenas às instituições e às normas que lhe dão conteúdo[39]. Para a solução das demandas, há mera operação lógica de subsunção da situação real e concreta a uma valoração hipotética contida num princípio geral doutrinário e implícito nos conceitos científicos. Além desta autonomia, este sistema se diz coerente e que goza de plenitude, na medida em que se diz capaz de suprir eventuais lacunas mediante a construção criadora a partir de seus conceitos e conexões lógicas, moldados com vistas à subsunção lógica de toda e qualquer situação concreta, eliminando-se as lacunas do direito positivo. Esta completude tinha o objetivo de garantir previsibilidade e certeza na aplicação do direito. Isso é claramente incompatível com um sistema de decisões que não pode viver à distância de questões sociais, morais e econômicas, e no qual as particularidades da situação conflitiva são imprescindíveis à justiça do caso concreto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, o princípio da legalidade se construiu no Estado Liberal com base no critério de identificação do direito. Neste sentido, o direito estaria apenas ao alcance e dentro da extensão da norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa e dentro de um procedimento regular de formação. Logo, o princípio da legalidade traduziria a garantia de liberdade e de igualdade dos cidadãos, sem levar em consideração as individualidades e sem se preocupar com as diferenças de posições sociais – que seriam meras decorrências naturais de suas potencialidades.

O objetivo era a proteção do indivíduo contra a agressão estatal, de modo que a Administração somente poderia agir quando e nos limites previstos na lei, e os cidadãos em tudo em que ela não vedasse. Portanto, o Estado não podia interferir na sociedade para conservar a liberdade, pois qualquer tratamento diferenciado era visto como violador da igualdade. Com isto, conferiu hegemonia aos parlamentos da Europa Continental no Estado Liberal de Direito, na medida em que o executivo somente poderia atuar se autorizado pela lei e nos seus exatos limites e o judiciário apenas aplicá-la, sem mesmo poder interpretá-la. O legislativo, assim, assumia uma nítida posição de superioridade.

É daí que surge o império da lei, cuja vinculação do legislador era no sentido de elaborar lei geral e abstrata, como forma de garantir a igualdade e previsibilidade. Para o desenvolvimento da sociedade em meio à liberdade, aspirava-se a um direito previsível ou à chamada "certeza do direito", capaz de albergar quaisquer situações futuras para eliminar a possibilidade de o juiz, ao decidir, tomar em conta características especificas da situação conflitiva concreta.

Com efeito, o positivismo é caracterizado pela sistematicidade e pela plenitude, tendo como objetivo a certeza jurídica e a previsibilidade. O ideal da supremacia do legislativo era o de que a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que apenas poderiam gerar uma única interpretação, inquestionavelmente correta.

Todavia, a noção de norma geral, abstrata e coerente não sobreviveu aos acontecimentos históricos, pois vivenciou-se a experiência de que a maioria poderia criar leis egoístas e discriminadoras. Após a segunda guerra mundial, a cultura jurídica norte-americana e a ideia de força normativa das normas constitucionais repercutiram no âmbito do *civil law* a alusão ao *judge made law*, o que deu origem à formação de juízos com base nas máximas de experiência e nos princípios gerais, transcendo, assim, ao conteúdo abstrato e fechado do direito positivo[40].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, as Constituições, instrumentos jurídicos de identidade dos valores e da substância da sociedade, passaram a limitar o poder do legislativo. Como consequência, as Constituições deixaram de ser flexíveis para se tornarem rígidas, no sentido de não serem passíveis de modificação pela legislação ordinária. Logo, a Constituição passa a ter plena eficácia normativa e, assim, a lei perde o seu posto de supremacia. Por esta razão, além de procedimento formal de validação, a lei passa a pressupor compatibilização material ou substancial pelos direitos positivados na Constituição. Isso introduziu no princípio da legalidade a necessidade de conectar com a conformação da lei aos direitos fundamentais, enquanto pressuposto de legitimidade. Este fato pode ser observado na forma de interpretação adotada no julgamento dos crimes cometidos pelos nazistas no Tribunal de Nuremberg. A centralidade dos direitos fundamentais passou a imperar no sistema jurídico da pós-modernidade ocidental.

Nessa perspectiva, o *civil law* sofreu um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição, tendo em vista o advento da incumbência de controlar a validade da lei a partir dos direitos fundamentais. As jurisdições da Europa continental não resistiram à necessidade de controle da constitucionalidade da lei, embora essa função tenha sido reservada a órgãos que, num primeiro momento, chegaram a não ser concebidos como jurisdicionais, exatamente em homenagem ao princípio de que o juiz não poderia se imiscuir na tarefa do legislativo[41].

A atividade de submeter a lei à Constituição não se limitou à declaração de nulidade da lei inconstitucional, mas, diante da elaboração teórica da dissociação entre texto legal e norma, permitiu a preservação da lei mediante o afastamento das interpretações inconstitucionais e da declaração de um resultado constitucional derivado da interpretação da lei. Essa separação estrutural entre texto e norma trouxe dois benefícios bastante significativos. Primeiro permitiu a declaração de inconstitucionalidade de norma ou interpretação, preservando-se o texto legal ou a lei e, segundo favoreceu a práxis da interpretação de conformação ou de adequação do sentido do texto legal à Constituição[42].

No Brasil, é comum, tanto em sede de tutela coletiva como individual, argumentar a ausência de norma (norma positiva ou negativa) apta a proteger o direito fundamental na situação fática indicada – *verbi gratia* tutela do meio ambiente e da saúde. A ideia dos direitos fundamentais é garantir proteção, obrigando o legislador a proteger um cidadão diante do outro. Por esta razão, a ausência de tutela normativa pode ser levada a qualquer juiz, postulando-se medida de proteção que supra a omissão inconstitucional. Porém, as normas de direitos fundamentais não definem a forma, o modo e a intensidade com que um particular deve ser protegido diante do outro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Não obstante, o dever de estabelecer a forma em que o direito deve ser tutelado é tarefa afeta ao parlamento. Quando o legislador viola um direito fundamental na sua função de mandamento de tutela, cabe ao juiz atuar apenas para garantir que o dever de proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência - que na cultura norte-americana do *common law* é concebida a partir da *due process clause*. Portanto, o Judiciário garante o controle da insuficiência da proteção devida pelo legislador, tutelando o direito fundamental sem exceder o mínimo necessário. Este modelo de controle da insuficiência trazido pelo constitucionalismo é impensável no positivismo clássico.

O impacto do constitucionalismo no país foi maior, porque, além do controle concentrado de constitucionalidade por um órgão constitucional central, trouxe consigo o controle difuso de constitucionalidade, conferindo a todo e qualquer juiz poder de outorgar significado aos direitos fundamentais e fazer o controle de validade da lei, levando em conta fatores de ordem moral e econômica, dentre outros. Assim, afasta-se a ideia de certeza jurídica e previsibilidade que perquiria o sistema positiva do *civil law* do final do século XIX e início do século XX, marcado pela sistematicidade e pela plenitude[43]. Entretanto, não há racionalidade num sistema em que os juízes de instâncias inferiores não são obrigados a seguir a orientação da Corte central, que é o órgão que tem o poder de dar a palavra final, especialmente de conferir sentido aos direitos fundamentais. E o sistema brasileiro permite esta irracionalidade na qual juízes e tribunais ordinários podem desrespeitar os precedentes da Corte Suprema.

Na tradição de *civil law*, os valores jurídicos que orientam a decisão judicial são a certeza, a estabilidade e a previsibilidade, aplicando o resultado que a lei decide para o caso concreto. A teoria da interpretação, inspirada na Revolução Francesa, é denominada formalista ou cognitivista, cujo resultado é uma descrição ou declaração do sentido do texto legal, sujeito ao teste da verdade e falsidade[44]. Nesta perspectiva, a função da Corte Suprema é fazer o controle da correção da legalidade das decisões.

Com a evolução da teoria da interpretação, o intérprete passou a valorar e decidir entre um dos resultados interpretativos possíveis, de modo que a norma, enquanto decisão judicial, é reconstruída a partir de elementos textuais e extratextuais da ordem jurídica. Com efeito, as Supremas Cortes passaram a ter a função de atribuir sentido ao direito ou definir a interpretação adequada do texto legal, tendo a incumbência de promover argumentação jurídica racional. Assim, o direito ganha autonomia em relação à lei, na medida em que passa a derivar de interpretação e prática argumentativa. Dentro desta perspectiva, a decisão da Corte Suprema passa a orientar a vida social e a guiar as decisões dos juízes e tribunais de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

apelação, funcionado ao lado do legislativo como mecanismo de desenvolvimento do direito. Daí que as decisões das Cortes Supremas têm a autoridade de imprimir significado na ordem jurídica e, pelo caráter geral, assumem a qualidade de precedentes.

Mesmo com a evolução da interpretação, o modelo do formalismo interpretativo ainda sobrevive em quase todos os sistemas de *civil law*. Como a função da corte de vértice, neste modelo, se resume à declaração do sentido exato da lei, sem adicionar sentido à legislação, não há motivo para ter precedente dotado de autoridade, bastando um sistema que garanta a correção das decisões que dele discrepem, dirigida ao passado. Entretanto, a função da Corte Suprema deve ser a de garantir a unidade do direito como forma de garantir a igualdade, dando sentido uniforme ao significado do direito.

Assim, é necessário outorgar às Cortes Supremos o seu devido lugar, conferindo-lhes organização e estrutura capazes de lhes permitir o exercício de suas funções num direito marcado pela disputa interpretativa e pela imprescindibilidade da otimização da estabilidade e da previsibilidade. Por esta razão, fala-se em um discurso voltado ao caso concreto e um discurso voltado à coerência institucional/unidade do direito. É um discurso substancialmente novo na tradição brasileira, que não se confunde com o discurso da decisão do caso, donde ser origina a *ratio decidendi* - a fundamentação, critério de legitimidade -, embora tenha como denominador comum a decisão judicial[45].

A legitimidade do sistema de precedentes pressupõe sua coerência, o que significa o dever de uniformização e de institucionalidade, para que, dentro de um pacto intertemporal dos julgadores das Cortes Superiores, os precedentes sejam respeitados e o seu suporte jurídico seja replicado pelas instâncias ordinárias. Portanto, a racionalidade do sistema jurídico de precedentes não exige apenas o compromisso dos juízes e dos tribunais locais da Federação, como também dos ministros e dos futuros julgadores que compõem ou irão compor os assentos das Cortes Superiores. Logicamente que este compromisso institucional não impede a superação e as adequações necessárias do sistema jurídico seguindo o patamar evolutivo social. Mas em tempos em que se julga mais e mais, a qualidade da atividade jurídica exige um mínima de coerência para que o sistema desta era não cometa os mesmo e velhos problemas de irracionais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, assim como os povos ibéricos, tem arraigado em sua essência a cultura do paternalismo, do patrimonialismo e do personalismo. Isto fica evidente a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

partir da falta de comprometimento com a comunidade para a realização de objetivos comuns e explica por que as relações são de ordem pessoal e visam atingir interesses pessoais. Este modelo familiar de relacionamento transcendeu a esfera privada e repercutiu na esfera pública, inclusive no sistema de justiça.

A rigor, o personalismo e o patrimonialismo inviabilizaram o associativismo, a coesão social e a construção de instituições fortes. Como consequência, a cultura jurídica brasileira, em suas raízes, sempre pregou um modo livre, independente e individual do julgador no exercício da função judicante, sem qualquer compromisso institucional, isto é, como se fosse um órgão destacado dos demais do Poder Judiciário. O fundamento desta visão era de que o juiz deveria ter liberdade para julgar, sendo vinculado somente aos ditames da constituição e da lei, como forma de controle legítimo do poder do Estado e das posições dominantes. Aliás, esta linha de entendimento decorreu dos princípios inspiradores da Revolução Francesa e do modelo clássico de separação dos poderes de Montesquieu – o juiz enquanto "boca da lei".

Com o advento do constitucionalismo, o juiz, além de ser porta-voz da lei, passou a controlar a sua validade e atribuir significado ao direito enquanto forma de completar o trabalho do legislador, tutelando as omissões, as violações de direitos fundamentais e o conflito das normas legais com as constitucionais. Este novo papel, influenciado pelo direito norte-americano de controle difuso e do direito europeu continental do *civil law* de individualização de julgamento, introduziu um sistema irracional, imprevisível, injusto e desigual no país, pois permite ampla liberdade e autonomia de julgar segundo a própria convicção jurídica. Permitiu que casos similares tivessem resultados totalmente opostos em nome da independência de julgar. Aliás, esta independência sempre justificou a liberdade de discordar das decisões das Cortes de vértice, pois o compromisso do juiz sempre foi com a Constituição e com as leis, tendo em vista a ausência de hierarquia entre os órgãos judicantes ordinários e os de superposição.

Esta falta de coerência e de compromisso institucional fortaleceu as raízes culturais do paternalismo e do personalismo das relações interpessoais, de modo que os atores do sistema de justiça, muito mais do que a técnica, investiram no trato pessoal. É comum se ouvir que "é no cafezinho que se decide tudo". Ouve-se isto em relação às deliberações do parlamento e aos julgamentos das cortes.

Contudo, em um modelo de economia capitalista como a brasileira (art. 170 da Constituição Federal), a previsibilidade é essencial para a avaliação do livre mercado, pois é preciso contabilizar os riscos e os investimentos necessários para se obter o resultado esperado. Dentro desta perspectiva, a estabilidade do sistema

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

jurídico é álea fundamental para a avaliação da iniciativa privada e a sua estabilidade é ponto elementar para qualquer economia atrativa.

Nesta tarefa, o *civil law* sempre buscou na lei um sistema fechado, coerente e suficiente para oferecer certeza, clareza, segurança e igualdade, a fim de conferir a previsibilidade necessária para a vida em sociedade. No entanto, percebeu-se que era necessário evoluir no modelo de intepretação para permitir o aperfeiçoamento do direito à norma concreta, pois a lei, até pela formação de composição do parlamento, era insuficiente para cumprir este objetivo, havendo necessidade de completar a função do legislador na tarefa de produção do direito.

A ideia de liberdade de julgar também impunha óbice para atender ao fim de estabilidade e de previsibilidade buscado. A jurisdição não objetiva tutelar conflitos de maneira acidental e episódica. Na verdade, o seu dever é tutelar os casos de forma coerente e isonômica para que, deste modo, possa proporcionar previsibilidade, o qual constitui elemento imprescindível para a racionalidade na distribuição da justiça. A estabilidade do direito e previsibilidade são inerentes para a unidade, pressuposto essencial para o modelo social de vida, na medida em que o respeito ao ordenamento jurídico só advém quando os indivíduos que compõe uma sociedade são conhecedores de seus direitos e, principalmente, esclarecidos de seus deveres.

Numa sociedade heterogênea e federal como a brasileira, a unidade do direito somente é alcançada por meio de decisões claras de um órgão central, as Cortes Supremas. Assim, a hierarquia, enquanto forma de organização racional e maneira de evocar a voz institucional, é algo inerente à realização dos fins de uma instituição formado por uma pluralidade de órgãos, como forma de impedir o personalismo ainda muito forte na cultura brasileira, especialmente a regional.

Com efeito, a ideia de autoridade dos precedentes das Cortes de Vértice vem, então, como solução para um sistema marcado pela irracionalidade. É importante registrar que o modelo de precedente não é incompatível com o sistema *civil law*, até porque o respeito à autoridade do precedente nos sistemas do *common law* dos Estados Unidos da América e da Inglaterra não surgiu de uma imposição legal e da noite para o dia. Sua autoridade foi ganhando por força por motivos culturais ao longo da história e seu fundamento decorre precipuamente da hierarquia da formatação orgânica do Poder Judiciário, sendo hoje uma cultura jurídica consolidada.

O personalismo tem nítida relação com um sistema que privilegia as decisões individuais em detrimento das decisões da Corte que representa a vontade institucional. O patrimonialismo somente pode sobreviver num sistema irracional, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que os casos sejam tratados de forma particularizada, sem qualquer respeito à igualdade e à segurança jurídica.

Em face dessas considerações, o sistema de precedentes pode não ser o modelo ideal para o Brasil, mas talvez seja a moldura necessária para fazer encaixar uma forma de justiça mais imparcial e isonômica que o país tanto precisa para se desenvolver, principalmente em sede de implementação de direitos fundamentais tão sonegados aos mais necessitados. Cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça zelar por esta coerência do sistema jurídico de precedentes, dando cumprimento ao pacto intertemporal entre os julgadores em respeito aos seus precedentes.

4 REFERÊNCIAIS

BARROS, Roque Spencer Maciel de. **A ilustração brasileira e a ideia de universidade**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986.

BERNAL, Andrés Botero. **El positivismo jurídico em la historia:** las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primeira mitad del siglo XX. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Núñez (eds.). Enciclopedia de filosofia y teoria del derecho, volumen uno. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. The civil law tradition: an introduction to the legal systems of europe and latin america. 3rd edition. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MITIDIERO, Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

_____. **Fundamentação e Precedente**: dois discursos a partir da decisão judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). Revista de Processo, n. 206, ano 37, abr./2012, p. 75.

MORESO, José Juan. **Positivismo jurídico contemporâneo**. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Núñez (eds.). Enciclopedia de filosofia y teoria del derecho, volumen uno. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

PICARDI, Nicola. Introdução ao *code louis* (*ordonnance civile, 1667)*. Tradução Débora Holenbach. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (org.). Jurisdição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências. 7ª edição. São Paulo: Cortes, 2010.

THEODORO JUNIOR; NUNES, Dirle; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro:** análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Revista de Processo, n. 189, ano 35, nov./2010.

NOTAS:

[1] BERNAL, Andrés Botero. **El positivismo jurídico em la historia:** las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primeira mitad del siglo XX. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Núñez (eds.). Enciclopedia de filosofia y teoria del derecho, volumen uno. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. p. 63-65; MORESO, José Juan. **Positivismo jurídico contemporâneo**. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Núñez (eds.). Enciclopedia de filosofia y teoria del derecho, volumen uno. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. p.171.

[2] BERNAL, *op. cit.*, p. 73.

[3] O positivismo jurídico refuta a existência do dualismo jurídico, com a existência de um direito positivo e outro natural.

[4] BERNAL, *op. cit.* p. 69.

[5] BERNAL, *idem, ibidem*.

[6] FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. A ciência do direito. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 43; THEODORO JUNIOR; NUNES, Dirle; BAHIA, Alexandre. Breves

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Revista de Processo, n. 189, ano 35, nov./2010, p. 31.

[7]Tal modelo, segundo o autor, tem como seu oposto imediato um modelo de jurisdição sem legislação, situação marcante em movimentos voluntaristas e fragilizadores da autonomia do direito, tais como teorias ligadas ao direito alternativo e à análise econômica do direito, que notadamente procuram instrumentalizar o direito no intuito de atingir determinados objetivos políticos (PICARDI, Nicola. Introdução ao *code louis* (*ordonnance civile*, 1667). Tradução Débora Holenbach. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (org.). Jurisdição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 96-97).

[8] MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of europe and latin america*. 3rd *edition*. Stanford: Stanford University Press, 2007. p. 39.

[9] MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 35.

[10] SANTOS, Boaventura de Souza. Um discurso sobre as ciências. 7ª edição. São Paulo: Cortes, 2010. p. 33.

[11] BERNAL, *op. cit.*, p. 93.

[12] BERNAL, *op. cit.*, p. 95.

[13] BERNAL, *op. cit.*, p. 96.

[14] *Idem, ibidem*.

[15] BERNAL, *op. cit.*, p. 108.

[16] BERNAL, *op. cit.*, p. 108-109.

[17] BERNAL, *op. cit.*, p. 111-112.

[18] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 70.

[19] *Idem, ibidem.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[20] FERRAZ JUNIOR, *op. cit.*, 2012, p. 84-85.

[21] KELSEN, HANS. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390-391.

[22] KELSEN, *op. cit.*, p. 390-391.

[23] *Idem, Ibidem*.

[24] KELSEN, *op. cit.*, p. 67-76.

[25] *Idem, ibidem*.

[26] KELSEN, *op. cit.,* p. 393.

[27] KELSEN, *op. cit.,* p. 393-394.

[28] MORESO, José Juan. **Positivismo jurídico contemporâneo**. In: ZAMORA, Jorge Luis Fabra; VAQUERO, Álvaro Núñez (eds.). Enciclopedia de filosofia y teoria del derecho, volumen uno. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. p. 189-190.

[29] MORESO, *op. cit.*, p. 175 e 179.

[30] MORESO, *op. cit.*, p. 181.

[31] MORESO, *op. cit.*, p. 191.

[32] BARROS, Roque Spencer Maciel de. **A ilustração brasileira e a ideia de universidade**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1986. p. 207-267.

[33] HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 31-33.

[34] *Idem,* p. 141-142.

[35] MARINONI, *op. cit.*, p. 69-70.

[36] BUARQUE, *op. cit.*, p. 142; MARINONI, *op. cit.*, p. 88.

[37] MARINONI, *op. cit.*, p. 89.

[38] MARINONI, *op. cit.,* p. 47-48.

[39] KELSEN, *op. cit.,* p. 222.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[40] MARINONI, *op. cit.,* p. 70.

[41] MARINONI, *op. cit.,* p. 68-69.

[42] MARINONI, *op. cit.*, p. 71.

[43] MARINONI, *op. cit.*, *passim.*

[44] MARINONI, *op. cit.,* p. 76.

[45] MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e Precedente**: dois discursos a partir da decisão judicial. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). Revista de Processo, n. 206, ano 37, abr./2012, p. 75.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A POSSIBILIDADE DE PRISÃO APÓS DECISÃO CONDENATÓRIA EM SEGUNDA INSTÂNCIA: UMA ANÁLISE SOBRE A OBSERVÂNCIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

ELOISA MARTINS DA CRUZ:
Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas.

JUAN PABLO FERREIRA GOMES[1].

(orientador)

Resumo: O presente trabalho visa analisar a constitucionalidade do entendimento acerca da prisão em segunda instância e as mudanças hermenêuticas promovidas pela Corte Constitucional Brasileira, pois o cenário jurídico atual enfrenta amplos debates acerca do assunto. Em que pese a Constituição Federal resguardar a presunção de inocência como princípio basilar do direito penal e processual penal, o Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, vem debatendo a possibilidade de cumprimento provisório da pena após decisão condenatória em segunda instância, ou seja, antes de esgotadas todas as vias recursais e o trânsito em julgado do édito condenatório. Nesse sentido, foram realizadas pesquisas históricas e documentais com apoio bibliográfico para melhor análise qualitativa dos estudos de doutrinadores, votos e entendimentos jurisprudenciais, bem como investigando a legislação penal e constitucional acerca do assunto, para que se chegue à conclusão acerca da constitucionalidade da aplicação da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Palavras-chave: Constitucionalidade; Prisão; Trânsito em Julgado; Presunção de Inocência.

Abstract: This paper aims to analyze the constitutional comprehension about the prision in appeal process and the hermeneutic changes introduced by the Brazilian Constitutional Court, because the current legal scenario faces extensive debates about this topic. Despite the Federal Constitution safeguarding the presumption of innocence as a basic principle of criminal law and criminal procedure, the Federal Supreme Court, in the last years, debates about the possibility of the temporary serving for the sentence imposed after enforceable judgment in appeal process, in other words, before all the resources have been exhausted and the *res judicata* of the condemnatory edict. In this way, historical and documental researchers have been done with bibliographic support to make a qualitative analysis around the indoctrinators studies, votes and jurisprudential standards, also investigating the criminal and constitutional laws about this topic, in order to find a conclusion about

the constitutionality of the realization of the temporary sentence execution before the *res judicata* of the criminal condemnatory sentence.

Keywords: Constitutionality; Prison; Res judicata; Presumption of Innocence.

Sumário: Introdução. 1. O princípio da presunção de inocência e o conceito de culpabilidade. 2. A possibilidade de prisão condenatória antes do trânsito em julgado: histórico jurisprudencial brasileiro. 3. A controvérsia do Caso Lula e o impacto social do entendimento do Supremo Tribunal Federal. Conclusão.

Introdução

A realidade do mundo se rege por um complexo de normais invisíveis, porém presentes quando solicitadas. Inúmeros acontecimentos são norteados e regidos por um ordenamento jurídico, quando esses acontecimentos afetam de forma negativa o bem jurídico que também é protegido pelas demais esferas jurídicas, adentra-se na seara do Direito Penal.

O tema em questão causou diversas reflexões. O Art. 5º, LVII da Constituição Federal consagra o princípio da presunção de inocência como elemento basilar do direito penal e processual penal brasileiro, garantindo-se historicamente a possibilidade de prisão, como consequência do reconhecimento da culpabilidade, apenas com o esgotamento das vias recursais e o trânsito em julgado do édito condenatório.

Acontece que o judiciário brasileiro vem, com o decorrer do tempo, mitigando a exigência do trânsito em julgado consequente do esgotamento das vias recursais, passando a reconhecer a possibilidade de prisão após decisão condenatória colegiada, o que no ordenamento jurídico brasileiro se dá inicialmente em sede de apelação aos tribunais de segunda instância, via de regra, os tribunais de justiça estaduais e federais.

O debate acerca dessa possibilidade se tornou acirrado após mudança recente de entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto em cotejo de outros princípios ordenadores do direito processual penal e questões de fundo social tal qual a garantia do cumprimento de pena e a insatisfação coletiva em decorrência de um suposto sentimento de impunidade diante de condutas criminosas graves de maior repercussão.

Considerando o poder, bem como o dever do Estado de punir, se faz necessária a comprovação de culpa do indivíduo, evitando-se o poder arbitrário e despótico de uma prisão sem que haja responsabilidade incontroversa do sujeito alvo da persecução penal. Assim, evidencia-se de extrema relevância um estudo

acerca da constitucionalidade e das novas teorias e entendimentos sobre a prisão em segunda instância.

1.O princípio da presunção de inocência e o conceito de culpabilidade

As decisões proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal nos *habeas corpus*, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade, bem como a mudança recorrente no entendimento no que tange a aplicação da execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, abre espaço para uma revisão ao fundamento do Princípio da Presunção de Inocência atrelado ao conceito de culpabilidade.

Quando conceituamos princípios, entendemos que é o que começou, nasceu e que deu origem. Em outras definições temos os princípios também como a base na qual buscamos apoio frente a um determinado caso concreto, sendo assim, é o fundamento que sustenta determinada legislação, que pacifica o entendimento de que os princípios em alguns casos são mais importantes do que as normas.

No Estado Democrático de Direito, o Princípio da Presunção de Inocência encontra amparo legal na norma através da nossa Constituição Federal, no Pacto Internacional de San José da Costa Rica e na Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Presunção de Inocência estabelece direitos ao réu dentro do processo, sendo uma das principais garantias constitucionais em nosso ordenamento jurídico na seara do Direito Processual Penal, pois visa a busca pela liberdade pessoal.

Caleffi (2018, p. 5) diz que:

> "O princípio da presunção prevê que toda pessoa acusada deve ser presumidamente inocente até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Portanto, não sendo mais possível a apresentação de recursos".

Avenna (2017, p. 23-24) também conceituou o princípio:

> "É também chamado de "princípio do estado de Inocência" e de "princípio da não culpabilidade", trata-se de um desdobramento do princípio do devido processo legal consagrando-se como um dos mais importantes alicerces do estado de direito. Visando, primeiramente, à tutela da Liberdade pessoal decorrente da regra inscrita no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, determinando que ninguém será

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória".

Segundo a garantia constitucional abordada neste artigo, não será considerado culpado quem responde ação penal em curso, de modo que tal ato seria uma violação ao direito fundamental. Para que ocorra este, deverá ter natureza cautelar e, quando este não ocorrer, configuraria arbitrariedade e autoritarismo por parte do Estado, bem como execução antecipada da pena.

Caleffi (2018, p. 5) dispõe que:

> "Assim a presunção de inocência constitui-se como a garantia fundamental norteadora de um projeto democrático inacabado, no qual é indispensável solidificar a força normativa da Constituição, no intuito de modificar a atual realidade para um futuro melhor, mais justo e mais humano, tanto quanto possível, dentro das limitações do Direito".

Desse modo, é imperioso frisar que não pode o réu ter sua liberdade restringida previamente, exceto por força maior ou em casos como prisão preventiva e temporária devidamente fundamentada. O princípio da Presunção de Inocência tem como objetivo central evitar julgamentos condenatórios antecipados contra o réu, principalmente sem que haja uma análise detida das provas dos fatos pelos quais este está sendo acusado, como também impõe que a pena que vá ser dada ao réu seja fundamentada em sentença que se encontre de acordo com o direito previsto pelo nosso ordenamento jurídico, bem como pela sua culpabilidade acerca do fato ilícito cometido.

Posto isso, a culpabilidade não é necessariamente uma das características do crime, ela é um dos pressupostos para a incidência da pena, pois esta passa a ser analisada quando se forma um juízo de valor em torno de alguém que preencha os requisitos de tipicidade e antijuricidade.

Capez (2017, p. 131) compartilha do mesmo entendimento quando diz que:

> "a culpabilidade é um elemento externo de valoração exercido sobre o autor do crime e, por isso, não pode, ao mesmo tempo, estar dentro dele. Não existe crime culpado, mas autor de crime culpado".

Assim, resta claro que a Presunção de Inocência causa um efeito que não cabe ao acusado ter que mostrar seu estado de inocência, pois, a inocência é um estado natural que carregamos consigo. Cabe ao acusador demonstrar o contrário disto,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

expondo a reprovabilidade e culpabilidade do autor acerca do fato típico e ilícito, pois este carrega consigo o estado de inocência desde que fique provado o contrário.

Posto isso, o princípio da Presunção de Inocência é um dos maiores postulados, tendo consigo um grau de relevância muito alto no âmbito criminal de um Estado Democrático de Direito, isto porque se trata de um princípio que norteia toda a atuação estatal, uma vez que, objetiva reprimir a execução antecipada da pena na medida em que o réu só será considerado culpado quando do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Considera-se então, a garantia constitucional como uma conquista da sociedade democrática contra todas as decisões e atos arbitrários proferidos em decisões judiciais. O Código de Processo Penal traz consigo a trajetória da presunção de culpa sempre utilizada frente ao caso em questão, tendo sido alterado o entendimento acerca do assunto quando este foi positivado na Constituição Federal de 1988.

Como exposto, é importante destacar que o princípio tratado aqui, não inviabiliza que sejam impostas medidas cautelares antes do trânsito em julgado da condenação, a própria Constituição Federal de 1988 explicita isso em seu artigo 5º, inciso LXI. O que se busca com o entendimento deste princípio é que a pena só recaia sobre a pessoa do réu quando não houver a imutabilidade do decreto condenatório, tendo a certeza que o devido processo legal se desenrolará de forma adequada.

Nessa seara Tourinho Filho (2017, p. 78) leciona o entendimento que:

> "Assim, enquanto não houver condenação de forma definitiva, presume-se a inocência do réu. Claro que a expressão "presunção de Inocência" não pode ser interpretada ao pé da letra, isto é, literalmente, pois, do contrário, os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, visto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente. Sendo o homem presumidamente inocente, sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória implicaria antecipação da pena e ninguém pode ser punido antecipadamente antes de ser definitivamente condenado a menos que a prisão seja indispensável a título de cautela".

Posto isso, assim como todas as garantias fundamentais, esta tem o objetivo de legitimar a atuação do Estado e, por este motivo, deve estar sempre sendo usada e observada para evitar o retrocesso ao inquisitorialismo e autoritarismo. Porém, infelizmente, mesmo com anos de vigência da Constituição Federal de 1988, ainda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ignoram este princípio presumindo que o acusado é culpado até que ele prove o contrário, ignorando verdadeiramente o texto constitucional e em dissonância com o regime democrático, visto que, a presunção de inocência configura a presunção apenas relativa e não absoluta, podendo ter prova contrariando ao que se diz, sendo assim, quebrada por sentença penal condenatória transitada em julgado.

O princípio possui três importantes vertentes, a primeira está interligada a norma de tratamento, visto que o réu tem que ser tratado, enquanto não for proferida contra ele sentença penal condenatória transitada em julgado, como inocente, como já dito, ou seja, não poderá sofrer nenhuma restrição sem que esta esteja devidamente fundamentada, como também não poderá ser discriminado por ser o acusado no processo em questão. A segunda dar-se-á regra de julgamento, em que o acusado somente poderá ser taxado como culpado se o juiz ao proferir sentença penal tiver a certeza de que sua culpa foi embasada em provas seguras e produzida com garantia ao contraditório. A terceira, mas não menos importante, está relacionada à atribuição de toda carga probatória à acusação (Ministério Público ou Querelante), que deverá provar no decorrer do processo todos os elementos do crime que, se não comprovados de maneira satisfatória e segura tendo por garantia tudo que encontra-se previsto em legislação, não serão capazes de afastar a presunção constitucional de inocência e impondo-se uma sentença absolutória.

No Estado Democrático não existe mais espaço para a presunção de culpa como já foi dito acima, se deve tratar todo acusado como se inocentes fossem e não como culpados de antemão, assim, a culpa só teria origem quando proferida sentença penal condenatória e, ressalta-se, não é suficiente a mera decisão, mas que contra ela não seja mais cabível qualquer recurso, ou seja, está deverá ter a marca do trânsito em julgado.

Portanto, o Princípio da Presunção de Inocência não pode ser visto como um princípio meramente processual, um direito subjetivo que recai sobre a pessoa humana e na condição desta de inocência, mas como um direito humano que quando não levado em conta atenta contra a dignidade da pessoa humana que está acima de qualquer natureza processual. Assim sendo, o cumprimento de uma pena sob a condição é completamente injusta do que o Estado Democrático de Direito visa atingir pretensamente com a condenação.

2.A possibilidade de prisão condenatória antes do trânsito em julgado: histórico jurisprudencial brasileiro

Sabemos que a Constituição Federal de 1988 possui inúmeras determinações, princípios e garantias constitucionais, como a presunção de inocência. No entanto, a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade era o que prevalecia no Supremo Tribunal Federal, porém a jurisprudência brasileira com o passar dos anos vem oscilando muito acerca desse entendimento, entre aceitar ou não a constitucionalidade da prisão anterior ao trânsito em julgado, após a decisão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em segunda instância. Assim, faz-se necessário uma análise de importância indescritível da evolução jurisprudencial atrelado a conceito de hermenêutica jurídica e ao clamor da opinião pública, vez que a natureza das jurisprudências acompanha o histórico de entendimento jurídico embasado na hermenêutica dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Streck (2014, p. 261) diz que:

> "Hermenêutica significa, tradicionalmente, teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos, cujo objetivo precípuo consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo".

Streck (2014, p. 313) define ainda que:

> "A hermenêutica crítica consiste um método dialético está virada para o futuro e para a realidade em mudança, em vez de sua mera interpretação".

Casos que geram grande repercussão midiática e que consequentemente tem grande exposição, acabam por ser solucionados por influência dos meios de comunicação que propiciam cobranças e debates da opinião pública. Frisa-se que a relação entre a mídia e a atuação que é cobrada do Judiciário acontece sempre em momentos onde o descrédito político é muito grande. É notório que há muitos anos o Brasil vive grandes momentos de descrédito político e de valorização do Judiciário para solucionar esses problemas visando satisfazer a opinião pública, contudo, nasce uma problemática, visto que a atuação judicial deveria pautar-se em elementos jurídicos.

Neste tópico busca-se abordar analisar o tema central deste artigo e entender as razões pelas quais os ministros mudaram seus posicionamentos e entendimentos acerca da possibilidade de prisão condenatória antes do trânsito em julgado, bem como a utilização da hermenêutica jurídica para consolidar a decisão proferida pelos ministros, decisão esta que ocorreu no ano de 2016 e que deu origem há inúmeros julgados que possuem conexão com o tema em questão, assim como com a mudança no histórico jurisprudencial.

O *Habeas corpus* 84.078 do ano de 2009 era nítido ao mostrar que a execução da pena sendo dada de forma antecipada, fugia do que prega o artigo. 5º LVII da Constituição Federal de 1988, tendo total desconexão, pois o acusado que tivesse que cumprir a pena nesse dado momento estaria sendo restringido do seu direito à liberdade, garantia e a defesa, senão vejamos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoado pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos 22 veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser

> lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante viola [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52] são do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL02391-05 PP-01048). (BRASIL, 2009)

Contudo, no ano de 2016 fora proferida outra decisão que entendia que o réu não necessariamente precisaria aguardar o julgamento até o último recurso cabível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da decisão em questão. No entanto, a possibilidade de execução da pena antes de se ter esgotado todas as vias recursais era inconstitucional quando analisada junto ao princípio supramencionados no tópico acima, bem como os princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Dessa forma, a decisão do HC – 84.078 declarava totalmente inaceitáveis a execução provisória da pena sem que tivessem sido analisadas todas as etapas do processo em sua legalidade, sendo assim, negava a ideia de possibilidade de execução da pena, que só viria a ocorrer com o trânsito em julgado da sentença.

Porém, o histórico jurisprudencial brasileiro teve outra reviravolta quando a decisão dada no HABEAS CORPUS 126.292/2016 trouxe consigo uma discordância para o entendimento em questão, visto que, ao ser analisado, previa a inconstitucionalidade da decisão indo de encontro ao primeiro tópico deste artigo no qual o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade prevê que o réu não tenha sua pena executada até o trânsito em julgado da decisão.

Segue abaixo o entendimento dado no HABEAS CORPUS 126.292/2016:

> HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI PACTE. (S): MARCIO RODRIGUES DANTAS IMPTE.(S) :MARIA CLAUDIA DE SEIXAS COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 313.021 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, com a consequente revogação da liminar, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros,

> Procurador-Geral da República. Brasília, 17 de fevereiro de 2016. Ministro TEORI ZAVASCKI Relator.

Esta decisão foi unânime e os Ministros decidiram por executar a pena em segunda instância com sete votos a favor. Assim, a decisão trouxe à tona debates calorosos acerca do entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal de que era possível a execução da pena provisória, que começou a possibilitar que réus dessem início ao cumprimento de sua pena logo após sua condenação em segunda instância, ainda que coubessem recursos, o que acabou por ir de encontro ao princípio da presunção de inocência. Apesar de ter firmado entendimento no sentido de que poderia haver a prisão após o julgamento em segunda instância, é necessário frisar que esta não é obrigatória, tendo por bem que se analisar a motivação de caso concreto que possa dar amparo legal a prisão.

Posto isso, em abril de 2018, o Supremo Tribunal Federal se viu forçado a revisar o seu entendimento, levando em consideração que o réu em questão era o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. O então ex-presidente foi julgado e condenado pelos crimes relacionados ao "Triplex do Guarujá", tais como lavagem de dinheiro e corrupção passiva, tendo ele sido condenado em primeira instância, havendo recurso, contudo, o TRF-4 manteve a condenação proferida.

A defesa do ex-presidente impetrou o HC- 152.752 com caráter preventivo, a fim de impedir a prisão do acusado após o julgamento em segundo grau, no entanto, no julgamento definitivo do *writ* por seis votos a cinco apenas reafirmou-se o entendimento dado na decisão de 2016.

Tendo em vista as considerações dadas, é importante ressaltar o princípio do duplo grau de jurisdição, pois, segundo o entendimento do STF, é possível a execução provisória da pena depois de haver confirmações em instância de segundo grau, visto que não serão mais analisadas e nem levadas em conta matérias de fatos e provas, ainda que passível recurso, conforme entendimento sedimentado do Ministro Teori Zavascki, senão vejamos:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito (...). (HABEAS CORPUS 126.292 SÃO PAULO - 2016. RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI).

Assim, depreende-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal se dá que após analisadas as apelações, somente as matérias de direito serão passíveis de revisão, ainda dispõe que recursos cabíveis ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal não são pertencentes ao escopo do duplo grau de jurisdição, não havendo, assim, ferimento ao princípio.

Portanto, é importante frisar que a interpretação aos princípios da não culpabilidade ou presunção de inocência deve estar mais próxima do texto constitucional, trazendo assim a efetividade para a norma considerada como a lei fundamental e suprema do Brasil. O histórico jurisprudencial brasileiro acerca do assunto após trinta anos em debate teve seu fim em Outubro de 2019, mesmo após o julgamento do HC impetrado pelo ex-presidente ter sido julgado em uma votação apertada por seis a cinco, havia ainda as ações ADC de 43, 44 e 54 do Partido Nacional Ecológico (PEN), do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil e do PCdoB que giravam em torno da constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal Brasileiro, que dispõe: **"Art. 283.** Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado".

As ações interpostas pugnavam para que o início do cumprimento da pena desse após o esgotamento de todos os recursos cabíveis na seara criminal, ou seja, somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, os embates acerca do assunto vêm desde 1991, quando a Corte Suprema entendia que o princípio da presunção de inocência não colidia com a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado.

3.A controvérsia do Caso Lula e o impacto social do entendimento do Supremo Tribunal Federal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo o doutrinador Novelino (2016, p. 62):

> "A opinião pública se entende como pontos de vista compartilhados pela sociedade ou por grupos específicos sobre determinados temas. A expressão referencia opiniões gerais acerca da economia, política, se dando mais no âmbito político, mas também há qualquer assunto de interesse relevante comum a sociedade".

No ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal concluiu não caber prisão antes do trânsito em julgado da sentença, ou seja, após a condenação em segunda instância não poderá o réu ser submetido a execução provisória da pena, só podendo a prisão ocorrer após o esgotamento de todas as vias recursais cabíveis. Neste último tópico salienta-se o efeito que o entendimento do Supremo Tribunal Superior causou na sociedade, bem como a reviravolta no caso Lula.

Cabe a última palavra quanto ao controle de constitucionalidade de nossas normas ao STF, que nem sempre reflete de forma positiva perante a situação, tendo em vista o grande sentimento de impunidade que o próprio Judiciário provoca em todos. Contudo, o país atualmente encontra-se submerso em uma grande crise política, em que sempre se põe em cheque a lisura e integridade das nossas instituições e sendo assim o STF tem exercido de maneira mais efetiva seu controle de guarda e constitucionalidade em inúmeras decisões.

Verbicaro; Verbicaro; Machado conclui que:

> "Essa relação de descrédito político e atuação judicial é verificada porque muitas vezes não há mais o sentimento de representatividade da sociedade, isso porque passou-se a ver os representantes do povo como uma classe corruptível, que pode ser guiada conforme seus interesses particulares, em detrimento dos interesses da coletividade. Em contrapartida, o Judiciário surge nesse contexto com um poder incorruptível, tendo em vista a sua própria estrutura de independência e distanciamento em relação a aspectos políticos. Nesse contexto, surge uma certa aproximação do Judiciário com a sociedade, ao passo que esta última se distancia dos seus antigos representantes".

Nos casos específicos, ao julgar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal Brasileiro, acabou por alterar a decisão proferida em 2016, extraindo o entendimento que "ninguém será culpado até o trânsito em julgado da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sentença penal condenatória" aliando ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, que está contido no rol dos direitos fundamentais da Constituição da República Federal do Brasil de 1988, que por sua vez é uma cláusula pétrea. O resultado embora não seja aplicado a todos os casos concretos, possui efeitos *"erga omnes"*, sendo assim, valerá para as instâncias do Poder Judiciário e terá efeito vinculante, de cumprimento obrigatório.

Esta atitude causou certo espanto não só à comunidade jurídica, mas principalmente aos cidadãos comuns, que passaram a questionar a deslegitimação do órgão, bem como foram dadas duras críticas ao novo posicionamento do STF, chegando até questionarem as decisões como incongruentes, pois a decisão afeta diretamente 4,8 mil presos que se encontravam privados de sua liberdade após condenação em segunda instância cabendo recursos ainda da decisão dada.

Posto isso, percebe-se que existe relação e influência da opinião pública no julgamento do *habeas corpus 126.292/SP*, o qual o Supremo Tribunal Federal exibiu novo entendimento acerca do princípio da presunção de inocência. É necessário analisar que em diversos pontos os ministros trouxeram para seus votos a preocupação com o clamor social, as aceitações da sociedade, assim como aspectos de fatores sociais, por fim, questionaram ainda o descrédito do sistema penal.

Os argumentos utilizados pelos ministros para embasar seus votos deveriam ser puramente jurídicos, contudo, é imperioso destacar que o julgamento do *habeas corpus 126.292/SP* sofreu forte influência do clamor social, pois, muitos dos ministros levaram em conta a opinião pública e agiram com base neste fato, havendo assim fatores extrajurídicos dentro do julgamento.

Pereira (2012, p. 1) também discorreu que:

> "São esses fatos que acabam por tornar o Judiciário o centro das atenções, sendo submetido a uma intensa carga de julgamento. Isso se dá em virtude de uma existente tensão entre a independência judicial e a opinião pública. De um lado há um grupo preconizando a premissa de que os magistrados não podem e nem devem ser surdos a opinião pública e outra vertente que prega aplicação estrita da lei, devendo o juiz se manter imparcial as pressões externas, preservando a serenidade em face das vaias e dos aplausos".

O ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva vinha travando uma verdadeira queda de braço com as decisões proferidas, tendo em vista que este cumpria pena provisória após condenação em segunda instância, sendo cabíveis

ainda recursos da decisão. O ex-presidente foi condenado pelos crimes já mencionados acima no caso do "Triplex do Guarujá" e estava preso há 579 dias na Superintendência da Polícia Federal em Curitiba. O caso passou por duas instâncias e foi consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça, porém cabendo recursos.

O ex-presidente Lula teve decisão condenatória proferida em seu desfavor. Por conseguinte, sua defesa impetrou *habeas corpus* visando a revisão do tema execução provisória da pena, alegando que o cumprimento só poderia ser dado após o trânsito em julgado da sentença, porém o Supremo Tribunal Federal denegou o *writ* reafirmando o seu entendimento de que existe possibilidade de execução de pena antes do trânsito em julgado.

No julgamento do primeiro *habeas corpus*, houve posicionamentos opostos dos ministros do Supremo. Posicionaram-se pela mudança de entendimento os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Por outro lado, os ministros que se posicionaram pela mudança de entendimento acerca do princípio foram Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luis Fux, Cármem Lúcia, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

Luiz Inácio Lula da Silva foi um dos potenciais diretamente atingidos pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente da decisão este já poderia se beneficiar da progressão de regime fechado para o semiaberto, visto que ele já cumpriu 1/6 da pena e cumpre ainda todos os requisitos estabelecidos pelo Código de Processo Penal, segundo o Ministério Público, porém o ex-presidente recusa o benefício.

Após a decisão do STF, o Juiz Danilo Pereira Júnior expediu alvará de soltura ao ex-presidente, o qual não está impedido de viajar pelo país e nem de participar de eventos políticos. Porém, Lula já fora condenado em duas instâncias e por tal motivo não pode concorrer a cargos públicos em razão da Lei da Ficha Limpa. Quanto ao futuro de Luiz Inácio Lula da Silva, sua defesa centra agora em que haja análise do *habeas corpus* que se encontra no STF em tramitação e pugna pela suspeição de Sérgio Moro por suposta parcialidade no julgamento. A decisão já foi adiada por duas vezes e está na segunda turma do STF. Uma vez conhecida a parcialidade de Moro, o caso voltaria a fase inicial, com a devida tomada de depoimentos e trâmites processuais, o que acabaria por devolver os direitos políticos ao ex-presidente.

Callefi (2017, p. 64) diz que

> "Ao analisar este habeas corpus, o STF relativizou o princípio da presunção de inocência. Além da afronta aos direitos fundamentais do acusado, promoveu-se, também, impactos no

> legado das conquistas consideradas democráticas, bem como foi promovida uma deturpação da concepção da presunção de inocência, tendo em vista que o que passar a ser presumido é a culpa, sendo que a prisão passa a ser considerada regra".

A virada histórica na jurisprudência da Suprema Corte beneficia tão somente os casos em que fora determinado o início do cumprimento da pena, após a condenação no juízo de segundo grau, tendo esta beneficiado o equivalente a 4,8 mil presos, entre eles, Luiz Inácio Lula da Silva, mas não alcança os presos preventivamente conforme prevê o artigo 312 do Código de Processo Penal.

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal contrariou uma garantia constitucional quando sua função era apenas reinterpretá-lo. Este deveria exercer seu papel de proteção dos direitos das minorias, porém, não o fez. Posto isso, além da mudança no entendimento acerca do princípio constitucional influenciado diretamente pela opinião pública gerou e ainda vem gerando grande insegurança jurídica.

Esta insegurança no que diz respeito as decisões proferidas pelos ministros causam considerável impacto na resolução de casos futuros, visto que o entendimento do Supremo Tribunal Federal nem sempre será contra majoritário, pois inúmeros fatores extrajurídicos podem vir a afetar o entendimento abrindo assim um perigoso precedente.

4. Conclusão

Portanto, neste trabalho objetivou-se fazer uma análise acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena proferida em segundo grau de jurisdição. Diante do exposto, restou claro que o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade que se encontra previsto no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal é uma cláusula pétrea em nosso ordenamento jurídico, tornando-o uma garantia individual e fundamental.

Com base na análise dos argumentos usados pelos ministros para embasar as decisões que alteraram o entendimento que se tinha acerca do princípio basilar da Constituição Federal, é notório perceber que o Supremo Tribunal Federal sofreu influência da opinião pública, tendo em vista que em vários trechos resta claro não só o clamor social sendo levado em conta, como também influenciando estes. Posto isso, o Supremo Tribunal Federal, que deveria exercer papel majoritário no cenário atual, acaba por ser influenciado pela direção das maiorias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A execução provisória da pena após condenação em segundo grau, além de ferir o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, fere de maneira direta ainda o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o réu, que é privado de sua liberdade sem uma sentença penal condenatória tendo transitado em julgado, poderá mais a frente ser absolvido, causando a desnecessidade da prisão e uma instabilidade jurídica.

Não obstante, é preciso que o Supremo Tribunal Federal até certo ponto seja indiferente ao clamor social da opinião pública, a fim de que as decisões proferidas pelo órgão sejam imparciais. Dessa forma, conclui-se, então, que o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade deve ser interpretada sem interferência das maiorias para que não haja um retrocesso institucional, expondo o réu ao cumprimento de uma sentença provisória sem o trânsito em julgado que feriria o Estado Democrático de Direito.

5.**Referências**

AVENA, Norberto. **Processo penal.** 9. ed. São Paulo: Método, 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Congresso Nacional**, Brasília, 1988.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 126.29**, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 17 de Fevereiro de 2016. Lex; Jurisprudência do STF, DJe-100, DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 84.078/MG**, do Tribunal Pleno. DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL02391-05 PP-01048).

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil:** análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil:** análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial**.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. ed. 21. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

Dias, Marco André Bonotto Gonçalves. Habeas Corpus 126.292: Prisão em Segunda Instância e a Presunção de Inocência no Supremo Tribunal Federal. TCC, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

NOVELINO, Marcelo. **O Supremo Tribunal Federal brasileiro e a opinião pública**. Portugal: Revista do Ministério Público 146, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, Rio de Janeiro. Ed: Forense 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldade de decidir sob aplausos e vaias. 2012. Disponível em http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-judiciario-e-a-opiniao-publica-riscos-e-dificuldades-de-decidir-sob-aplausos-e-vaias. Acesso em: 27 mai. 2020.

PINTO, Renan Barros. **A execução da sentença penal condenatória confirmada em segundo grau de jurisdição e a presunção de inocência**. Uma análise do Habeas Corpus 126.292/SP. Juiz de Fora, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane Prado; MACHADO, Ana Victória Delmiro. A Sociedade juridificada e o desmoronamento simbólico do homem democrático: relações entre judiciário, mídia e opinião pública. Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 53, p. 190-212, 2018. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3215. Acesso em: 27 jul 2020.

NOTAS:

[1] Mestre em Direito Ambiental pela Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas.

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO DE IMAGEM DAS PESSOAS PRESAS PELA POLICIA EM OPERAÇÕES POLICIAIS DECORRENTES DE FLAGRANTE OU CUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES, NA CIDADE DE MANAUS

ANTONIO CHAVES BENAION:
Bacharel Em Direito

RESUMO: A pesquisa tem com escopo discorrer sobre a divulgação da imagem de presos em operações policiais, flagrante ou prisão cautelar, que são constantemente submetidos à curiosidade pública por agentes responsáveis por suas prisões, com finalidade distinta do exigido pelo interesse público, tal direito está alicerçado na dignidade da pessoa humana sendo protegido pela Constituição Federal e legislação infraconstitucional, assim como a responsabilização dos agentes com base na lei do abuso de autoridade 13.869/2019.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de imagem; proteção legal; responsabilização dos agentes violadores.

ABSTRACT: The research aims to discuss the disclosure of the image of prisoners in police operations, flagrant or precautionary prison, who are constantly subjected to public curiosity by agents responsible for their arrests, with a purpose different from that required by the public interest, such right is based on the dignity of the human person being protected by the Federal Constitution and infraconstitutional legislation, as well as the accountability of agents based on the law of abuse of authority 13,869 / 2019.

KEYWORDS: Image rights; legal protection; accountability of violating agents.

SÚMARIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DIREITO DE IMAGEM; 3. PROTEÇÃO LEGAL; 3.1 Proteção ao direito de imagem à luz da Constituição Federal; 3.2 Proteção no Código Civil; 3.3 Limitação ao direito de imagem 4. RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES VIOLADORESDO DIREITO DE IMAGEM; 5. CONCLUSÃO; 6. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O mapa da violência tem mostrado o aumento da criminalidade em diversas regiões do território brasileiro, inclui-se nesta estatística a cidade de Manaus, objeto deste estudo, os criminosos estão cada vez mais especializados e audaciosos, inclusive infiltrando-se em diversos setores públicos e privados visando a prática de ilícitos, mesma direção as forças de segurança pública estão desempenhando um grande trabalho visando prevenir e reprimir as ações criminosas através da prisão de seus integrantes.

A brilhante atuação das forças policiais por meio da realização da prisão e o consequente desmantelamento das organizações criminosas impulsionaram também uma elevação na divulgação da imagem dos presos a curiosidade pública, com fim diverso ao exigido pelo interesse público.

Tais comportamentos dos agentes públicos violam um direito fundamental inerente a qualquer pessoa, que é o direito de imagem, apesar de estar na condição de preso este direito deve ser preservado.

Diante do exposto vamos discorrer sobre o direito de imagem inerente a qualquer pessoa independente da situação a qual está inserida, sobre a proteção legal concedida pela Constituição e a legislação infraconstitucional, assim como a responsabilização dos violadores deste direito pela Lei do Abuso de Autoridade.

2 DIREITO DE IMAGEM

Discorrer sobre o direito de imagem é necessário iniciarmos com sua definição, nas palavras de Durval (1998, p.105) "Direito a imagem é a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior".

Observa-se a amplitude deste conceito visualizando-o sob dois prismas, uma relacionada à imagem retrato direcionada ao visual do indivíduo e a imagem atributo ligado à vida em sociedade.

Direito inerente a todo ser humano com proteção alicerçada na Constituição Federal, Código Civil 2002, além de tratados na qual o Brasil é signatário e tratada como um direito da personalidade passou por diversas mudanças quando ao seu processo de captação e divulgação durante o decorrer dos tempos.

Conforme Araújo (1996), discorrendo um breve histórico sobre a reprodução da imagem, está no início tinha sua captação através do retrato pintado é havia o consentimento do indivíduo a ser retratado, em virtude de passar algumas horas frente ao artista para a realização do trabalho, entretanto, raras eram às vezes em que este trabalho ocorria sem o consentimento.

O processo de captação e divulgação da imagem sofreram diversas alterações provenientes dos avanços tecnológicos, tornando-os mais céleres, no mesmo sentido as ameaças também acompanharam exigindo uma proteção maior.

O avanço tecnológico representa ameaça na violação da imagem, conforme preleciona Araújo (1996, p.22):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "A ameaça da violação da imagem pela tecnologia, que se desenvolve a cada dia, fez com que ela passasse a ser objetos de estudos mais avançados, não só pelo ângulo contratual (direito civil), mas sob o da proteção constitucional decorrente do direito à vida, no princípio, e, posteriormente, como bem autonomamente protegido".

Observa-se que o acesso à inovação tecnológica é fundamental para qualquer sociedade e aos cidadãos nela inseridos, adquirem-se melhorias, rapidez, eficiência, mas traz em seu bojo ameaças quando utilizadas indevidamente ou com objetivos obscuros, e o uso da imagem seja para fins comerciais ou privados ganharam significativa relevância com a utilização das inovações, por outro lado houve aumento no uso indevido ou sem autorização do titular, visto que sua captação e reprodução ficaram mais acessíveis independente da permissão do titular.

Fazendo uso da dessas ferramentas agentes de segurança pública, cabe destacar não em sua totalidade, expõe a imagem dos presos durante e após as operações em programas jornalísticos, redes sociais, violando o direito de preservação da imagem do preso e outros direitos e garantias fundamentais.

O direito à imagem antes decorrência do direito à honra, à intimidade e a identidade, devido a sua importância ganhou autonomia recebendo uma posição de destaque no texto constitucional, de acordo com Araújo (1996, p.68):

> "O constituinte coloca o direito à própria imagem no Título II, "Dos Direitos e Garantias Constitucionais", logo após o Título I, que explicita os princípios fundamentais. Há de ressaltar, assim, a importância que os direitos fundamentais recebem do constituinte. Como já visto, os textos anteriores relegavam os direitos individuais para os capítulos finais do texto. Essa alteração topográfica revela o respeito e revelação dos constituintes pelo tema, colocando-o logo após os princípios fundamentais, Título I".

Diante da relevância deste direito, além da autonomia ela foi colocada dentre os direitos de personalidade com características próprias, De Cupis (1961, p.53), preleciona o seguinte:

> "Os direitos de personalidade são, assim, direitos que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular, e o vínculo que a ele os liga atinge atinge o máximo de intensidade. Na sua maior parte, respeitam o sujeito pelo simples e único

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> fato de sua qualidade de pessoa, adquirida com o nascimento, continuando todos a ser-lhe inerentes durante toda a vida, mesmo contra sua vontade, que não tem eficácia jurídica".

A evolução na proteção do direito à imagem, objetiva combater as mais variadas formas de violação, proteger o indivíduo da difusão da imagem que possam acarretar diversos problemas no ambiente na qual está inserido, no caso da violação dos indivíduos presos em operações policiais, antes de qualquer procedimento formal e do devido processo legal pode ocasionar prejuízos irreparáveis, apesar de não ser um direito absoluto, porém as formas de divulgação pelas autoridades devem estar amparadas em lei, sob o risco de serem responsabilizadas por seus atos.

3 PROTEÇÃO LEGAL

3.1 Proteção ao direito de imagem à luz da Constituição

O desenvolvimento tecnológico alavancou a importância da proteção ao direito de imagem, levando os constitucionalistas brasileiros e estrangeiros a olharem e imprimirem maior relevância para este tema.

Conforme Araújo (1996, p. 53), o direito à própria imagem era assim tutelado pelas constituições estrangeiras:

> "A Constituição de Cuba, por exemplo, proclama sm 24 de fevereiro de 1976, protege a inviolabilidade da pessoa, no art. 57. O diploma argentino, reformado em 1972, protege o domicílio e sua inviolabilidade, em seu art. 18. A Lei maior da República Popular da China protege apenas a inviolabilidade do domicílio em seu art. 39 (aprovado em 4 de dezembro de 1982). A Emenda 4º à Constituição norte-americana, promulgada em 1971, apenas cuida da intimidade; não menciona a imagem. A Constituição Italiana, de 27 de dezembro de 1947, não cuida expressamente da imagem, protegendo, em seu art.14, apenas a inviolabilidade do domicílio. A Constituição da República da França, promulgada em 14 de outubro de 1958, remete à Declaração de 1789, em seu preâmbulo, e esta, por sua vez, não menciona a imagem".

Observa-se que apesar da relevância dada ao tema pelos constitucionalistas as constituições estrangeiras acima mencionadas ofertam a proteção, porém de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

maneira indireta, sendo reflexo da proteção ao domicílio, ou seja, a partir deste tutela-se a vida, a honra, a intimidade e, por conseguinte a imagem.

Desde o Império a República Federativa do Brasil passou pelas seguintes constituições: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967,1988. De acordo com Araújo (1996), com exceção da atual Constituição Brasileira promulgada em 1988, na qual tutela diretamente o direito à imagem, as anteriores protegiam o direito em tela indiretamente, como reflexo do direito ao domicílio, a vida, a intimidade, a honra, isto é, quando se protegia qualquer deles estava protegendo também a imagem.

Dentre as Constituições estrangeiras pode-se pode destacar a Espanhola e a Portuguesa, diferentemente, trouxe no bojo de seus artigos de forma explícita a tutela do direito à imagem, no mesmo patamar que os outros direitos ARAÚJO (1996).

Os constituintes brasileiros quando se debruçaram sobre o trabalho de elaboração da Carta Magna em relação ao tema em debate neste estudo partiram para o viés de proteção autônoma e assegurando destaque seguindo os modelos português e espanhol, segundo menciona Araújo (1996, p. 67):

> "Os constituintes pretenderam acompanhar os modelos espanhol e português, o que, na verdade, é o reconhecimento de um problema que, como já visto, cresce com o desenvolvimento tecnológico. Elevar a questão da imagem a nível constitucional foi providência que não merece qualquer reparo, revelando o cunho progressista e moderno da Lei Magna".

Na Constituição Federal de 1988, houve uma alteração topográfica quanto à localização dos direitos individuais que antes ficava nas partes finais, na atual se encontra no início, logo após o Tìtulo I.

Conforme Lenza (2000, p. 739) menciona a localização dos direitos e garantias fundamentais. CF/88, em seu Título II, classifica o gênero direitos e garantias fundamentais em importantes grupos, a saber:

1. direitos e deveres individuais e coletivos;
2. direitos sociais;
3. direitos de nacionalidade;
4. direitos políticos;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5. partidos políticos.

Frisa-se o grau de relevância atribuído ao direito de imagem pelos constitucionalistas, inserindo-o nos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no capítulo I direitos e deveres individuais e coletivos.

Para Lenza (2000, p. 741) "direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violado".

Na Constituição Federal de 1988 o direito à imagem recebe proteção expressa no art. 5º, incisos V, X e XXVIII alínea a:

> "Art. 5º todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> VI - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> XXVIII - São assegurados ,nos termos da Lei:
>
> a)proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas".

Observa-se no art. 5º que a abrangência dos destinatários se verifica somente em relação aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, mas a própria doutrina e o Supremo Tribunal Federal estenderam também aos estrangeiros não residentes, ou seja, aqueles que estão a turismo.

O inciso V menciona o direito de resposta e a devida indenização pelo dano seja material ou moral, verifica-se em relação ao direito de resposta que a ele não é dado o mesmo tempo nem a mesma ênfase ocorrida quando há violação ao direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de imagem, principalmente, nos programas televisivos cujo o apresentador por um longo período de tempo fica expondo a imagem dos presos em operações policiais, além de expor a situações vexatórias e humilhantes com reflexos inclusive na família do preso.

O inciso VI mostra claramente a autonomia e o grau de relevância atribuído ao direito de imagem pelos constitucionalistas, nas constituições anteriores era reflexo dos outros direitos citados neste inciso, atualmente ganhou autonomia e está lado a lado com eles.

No Texto constitucional além das inovações trazidas nos incisos supracitados, foi mais além ao incluir os direitos e garantias individuais onde também está inserido o direito à imagem no art. 60, § 4º, chamado de cláusulas pétreas, então vejamos o que dispõe o mencionado artigo:

> "Art.60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
>
> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> I. forma federativa de Estado;
> II. o voto direto, secreto, universal e periódico;
> III. separação dos poderes;
> IV. direitos e garantias individuais".

Observa-se que os textos constitucionais não são imutáveis, ou seja, podem ser emendados através do trabalho do poder constituinte reformador visando alterar o trabalho elaborado pelo poder constituinte originário através de um procedimento próprio, porém algumas matérias mencionadas inclusive no artigo 60, § 4ª, não podem ser objetos de emendas, dentre elas está o direito à imagem que não pode sofrer modificação, mas pode sofrer melhorias com o intuito de aumentar seu grau de proteção.

Apesar do manto protetor concedido ao direito de imagem pela Constituição brasileira de 1988, ou seja, uma proteção bastante inovadora diante das ameaças advindas com a evolução tecnológica este direito ainda continua sendo privado, especialmente o direito à imagem das pessoas presas em operações policiais, antes mesmo de haver formalização da denúncia e juízo de culpabilidade, efetuados pelos órgãos competentes.

3.2 Proteção no Código Civil

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O direito de imagem também recebe proteção do Código Civil 2002, como direito da personalidade da pessoa, desta forma aduz em seu art. 11 "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária".

Donizetti (2017, p.76) menciona que "No rol dos direitos da personalidade incluíram-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à imagem, ao nome etc". Todos com um único objetivo comum: garantir ao ser humano a realização plena da sua condição de pessoa.

Impende observar que os direitos da personalidade são oriundos do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar e norteador de todos os outros princípios, merecedor de respeito e qualquer violação deve originar uma punição e devida reparação, quando a autoridade policial ou seus agentes expõe indevidamente a imagem de um indivíduo sob sua custódia decorrente de prisão.

3.3 Limitação ao direito de imagem

Cabe salientar que os direitos fundamentais têm como uma de suas características a limitabilidade, ou seja, não são absolutos, existindo conflitos entre o interesse individual e coletivo, este último deverá prevalecer, inserido no bojo dos direitos individuais, o direito à imagem, sofrerá limitações em algumas situações, faz menção a este permissivo o art. 20 do Código Civil de 2002:

> "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 responsabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais".

Partindo desse préssuposto a proteção sofrerá certas limitações permitindo a autoridade policial ou seus agentes divulgar a imagem de um indivíduo com prevalência do interesse público, visando à segurança da sociedade, citando o exemplo de um criminoso de alta periculosidade procurado pela prática de determinado crime ou criminoso com mandado de prisão em aberto com o fito de privilegiar a boa administração da justiça.

4 RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES VIOLADORES DO DIREITO DE IMAGEM

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Visando combater os abusos cometidos por agentes públicos em relação à divulgação de imagens de pessoas presas em operações policiais foi sancionada a Lei nº 13.869/2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, nela estão prescritas as condutas que configuram o abuso, os sujeitos do crime, a reparação do dano, assim como as penalidades na qual estão sujeitos os violadores

O art. 2º da Lei 13.869/2019 dispõe sobre os sujeitos do crime:

> "Art. 2º É sujeito ativo do crime de abuso de autoridade qualquer agente público, servidor ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território compreendendo, mas não se limitando a:
>
> I. servidores públicos e militares ou pessoas a ele equiparadas;
>
> II. membros do Poder Legislativo;
>
> III. membros do Poder Executivo;
>
> IV. membros do Poder Judiciário;
>
> V. membros do Ministério Público;
>
> VI. membros dos tribunais e conselhos de contas.
>
> Parágrafo único. Reputa-se agente público, para os fins desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo".

Constranger o preso ou detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública, essas condutas tipificadas no art.13, I da lei configuram o crime de abuso de autoridade.

Observa-se que as condutas descritas no tipo devem ser praticadas com dolo específico, caso contrário não configura o crime previsto na Lei, porém a exposição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da imagem dos presos em operações policiais na cidade de Manaus pelos agentes responsáveis pela prisão ocorrem com dolo específico, muitos visam a promoção pessoal, agindo em desacordo com a legislação e o interesse público, emitindo um juízo antecipado de culpabilidade, antes mesmo do oferecimento da denúncia pelos órgãos competentes, violando também o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal, além dos reflexos sociais e econômicos do indivíduo exposto, tais comportamentos inaceitáveis geram responsabilização penal, civil e administrativa ao agente violador.

5 CONCLUSÃO

O direito de imagem é fundamental para qualquer pessoa, independente da situação que se encontra, deve ser preservado, salvo as exceções previstas em lei.

Trata-se de um direito fundamental protegido pela Constituição Federal, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Direito da personalidade sendo irrenunciável e intransmissível e sua violação e merecedora de reparação a vítima, porém não é um direito absoluto podendo nos casos previstos na legislação sofrer limitação visando ao atendimento do interesse público e a boa administração da justiça

Expôs-se a relevância do direito de imagem, principalmente, relacionado as pessoas presas em operações policiais que devem ter preservados esses direitos, salvo as exceções prevista, pois o preso sofre limitação na sua liberdade, os outros direitos permanecem, logo os agentes responsáveis por suas prisões devem preservar esses direitos ou sofreram as penalidade contidas na Lei do Abuso de Autoridade.

6 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional da própria imagem.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRASIL.[Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1998. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade.** Planalto.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade.** Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DURVAL, Hermano. **Direito à imagem.** São Paulo: Saraiva, 1988.

ELPÍDIO DONIZETTI, FELIPE QUINTELLA. **Curso Didático de Direito Civil.** São Paulo: Atlas, 2017.

LENZA, Pedro. **direito constitucional esquematizado.** 14º ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A CONTESTAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO POR DECRETO DE EMPRESAS ESTATAIS NO PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO (PND) POR MEIO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI)

CARLOS FREDERICO ALVERGA: Graduado em Economia pela UFRJ, Especialista em Administração Pública pela FGV, Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília.

Resumo: O Partido Democrático Trabalhista (PDT), por meio de ADI, requereu a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.491/1997, que dispõe sobre as regras para a execução do PND. Em síntese, tal Lei atribui ao Poder Executivo a prerrogativa, a autorização genérica para efetuar a desestatização de empresas estatais diretamente por Decreto Presidencial, sem que haja a necessidade de lei específica, e autoriza o Presidente da República, por intermédio do BNDES, a alienar o controle acionário das empresas estatais federais por meio da realização de leilão. O Governo atual incluiu no PND, por Decreto, as empresas ABGF, EMGEA, Casa da Moeda, CEITEC, Dataprev e Serpro, sendo que todas essas entidades tiveram sua criação autorizada por Lei específica ou Medida Provisória. O cerne da argumentação do PDT é de que a autorização genérica para privatizar estatais concedida pela Lei do PND de 97 é inconstitucional, na medida em que a Constituição Federal, em seu artigo 37, XIX, exige Lei específica autorizativa para a instituição das empresas estatais e, pelo princípio do paralelismo das formas, somente Lei específica poderia autorizar a desestatização da empresa, o que não poderia ser feito por simples ato normativo secundário/infralegal emitido pelo Presidente da República.

Objetivo: Argumentar no sentido de que o atual Governo vem desobedecendo à Constituição ao incluir empresas estatais federais no PND por Decreto Executivo do Presidente da República.

Problema: Inclusão inconstitucional de empresas estatais federais no PND por Decreto Executivo do Presidente da República.

Justificativa: Relevância da necessidade de observação dos ditames constitucionais para desestatização de entidades estatais federais integrantes da administração pública indireta.

Metodologia: Síntese bibliográfica e argumentação expositiva.

Hipótese: A inclusão de empresas estatais federais no PND por Decreto Executivo do Presidente da República viola a Constituição Federal de 1988.

Palavras-Chave: Desestatização; Empresas Estatais; Constitucionalidade

Sumário: 1) Introdução; 2) Princípio do Paralelismo das Formas; 3) O fulcro da ADIN do PDT; 4) O caso da Ceagesp; 5) Considerações Finais.

1. Introdução:

A redefinição do papel do Estado no que se refere à sua intervenção no ambiente econômico é um assunto essencial na discussão sobre política econômica em todo o mundo, e objeto de especial atenção do atual Governo da República, principalmente no que tange à política de desestatização das empresas estatais federais, sejam as prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas. A Lei do Plano Nacional de Desestatização (PND), de nº 9.491/97, conjuntamente com a Lei do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), Lei 13.334/16, concede autorização legislativa genérica ao Poder Executivo para promover a desestatização das suas entidades mediante Decreto do Presidente da República. Com amparo legal nesses dois normativos, o atual Governo incluiu, mediante edição de Decreto do Chefe do Poder Executivo Federal, algumas empresas estatais prestadoras de serviços públicos, a maior parte delas com capital plenamente controlado pela União como única acionista, conforme a tabela abaixo.

Estatal	Lei Autorizadora	Último Ato de Desestatização
Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S/A – ABGF	Lei Federal nº 12.712/2012	Decreto nº 10.007/2019, de 05/09/2019
Empresa Gestora de Ativos – Emgea	MP nº 2.196-3/2001	Decreto nº 10.008/2019, de 05/09/2019
Casa da Moeda do Brasil	Lei Federal nº 5.895/1973	Decreto nº 10.054/2019, de 14/10/2019
Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S/A - CEITEC	Lei Federal nº 11.759/2008	Decreto nº 10.065/2019, de 14/10/2019
Serviço de Processamento de Dados – SEPRO	Lei Federal nº 5.615/1970	Resolução nº 83/2019, de 21/08/2019
Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social - DATAPREV	Lei Federal nº 6.125/1974	Resolução nº 84/2019, de 21/08/2019

A violação ao princípio do paralelismo das formas é evidenciada no quadro pela comparação entre a 2ª e a 3ª colunas, nas quais tem-se a informação de que as entidades criadas ou que tiveram suas constituições feitas por meio de Lei específica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ou por Medida Provisória estão sendo desconstituídas de forma diversa daquela utilizada para sua constituição, ou por meio de Decretos do Presidente da República ou por Resoluções do PPI que já deram azo à edição dos Decretos correspondentes. No caso do Serpro, o Decreto de inclusão no PND é o de Nº 10.206, DE 22 DE JANEIRO DE 2020, e no da DATAPREV é o de Nº 10.199, DE 15 DE JANEIRO DE 2020, em desrespeito ao devido paralelismo das formas aplicado ao dispositivo constitucional presente no art. 37, XIX.

A decisão já adotada pelo STF no julgamento de outra ADI relativa ao processo de desestatização/privatização foi no sentido de que o Executivo pode alienar sem autorização legislativa e licitação as subsidiárias, mas tal decisão não foi extensiva às denominadas, pelo Ministro Alexandre de Moraes, como sendo as empresas mãe, questão que será enfrentada pelo Pretório Excelso precisamente nesta ADI do PDT. Inclusive o Presidente tem incluído as entidades no PND/PPI invocando o dispositivo constitucional que lhe outorga competência para editar Decretos Autônomos, os quais não podem ser utilizados para criação ou extinção de órgãos e, por extensão e paralelismo, não poderiam ser usados para embasar a extinção de entidades. Além da faculdade constitucional de editar os Decretos Autônomos, os Decretos Presidenciais de inclusão de empresas públicas no PND/PPI também arrolam como amparo legal o disposto na Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, a qual, em seu artigo 4º, I, reza que o PPI será regulamentado por Decreto atinente à definição da política federal de longo prazo para a desestatização. Tal dispositivo legal é inconstitucional, por violar o art. 37, XIX da Carta Política, o qual dispõe que só mediante Lei específica poderá ser autorizada a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista. Logo, pelo princípio do paralelismo das formas, a inclusão da entidade no PND teria que ser feita por lei específica, e não por Decreto Presidencial. Nisso reside a inconstitucionalidade deste dispositivo da Lei do PPI. Além dos motivos antes arrolados, os Decretos Presidenciais de inclusão das entidades no PND/PPI também invocam como amparo normativo o poder regulamentar previsto no art. 84, IV da Carta Magna. Neste ponto, depreende-se que o Presidente da República está regulamentando por Decreto Executivo o dispositivo da Lei do PPI que autoriza o chefe do Poder Executivo da União a estabelecer por Decreto a política federal de longo prazo de desestatização. O problema é que este dispositivo legal é incompatível com o dispositivo constitucional contido no art. 37, XIX da Lei Maior, e é, portanto, inconstitucional. Essa será a questão central a ser enfrentada pela ADI ajuizada pelo PDT.

2.Princípio do Paralelismo das Formas:

Reis (2012) afirma que "O princípio da simetria representa que os pressupostos formalísticos utilizados para a elaboração de um instituto deverão ser utilizados para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o desaparecimento desse instituto também. Isto é, o raciocínio esposado pelo princípio do paralelismo das formas nada mais representa do que uma lógica coerente a ser adotada tanto para a elaboração de um ato quanto para a exclusão desse mesmo ato."

Assim sendo, a desestatização deve ser promovida pelo Poder Executivo de modo idêntico ao adotado para a instituição da entidade, o que significa que entidades que foram constituídas ou tiveram sua constituição autorizada por Lei ou Medida Provisória com força de Lei só podem ser desconstituídas pelo mesmo instrumento jurídico ou espécie normativa, qual seja, ou Lei Ordinária ou Medida Provisória com força de Lei.

3. O fulcro da ADIN do PDT:

Convém esclarecer inicialmente a questão central da controvérsia, a qual consiste no fato de considerar-se inconstitucional a desestatização de empresas estatais instituídas por Lei específica ou cuja instituição se deu em função de autorização legislativa específica ou Medida Provisória com força de Lei, por intermédio de Lei Autorizativa genérica e Decreto Presidencial, que é um ato infralegal. O procedimento adotado pelo atual Governo para incluir as seis entidades mencionadas no PND por Decreto contraria o princípio do paralelismo das formas aplicado ao art. 37, XIX, o que acarreta descumprimento do dispositivo da Carta Política e a ocorrência de inconstitucionalidade a qual precisa ser corrigida pela via judicial do controle concentrado/abstrato de constitucionalidade.

A essência do questionamento da constitucionalidade dos dispositivos legais que atualmente regem a desestatização no Brasil é exatamente a falta de correspondência entre as formas de instituição ou de autorização para criação das empresas estatais e as de promoção da desestatização das mencionadas entidades, além da não obediência ao art. 37, XIX da Carta Magna, que preconiza que a autorização para criação de empresa estatal deve ser efetivada por meio de lei específica. Destaco alguns excertos da exordial da ADI do PDT que se referem precisamente a este ponto:

a) "inconstitucionalidade da desestatização sem autorização legislativa, prévia e específica, de entidades públicas cuja instituição foi autorizada por lei específica";

b) "Ora, requerendo a Constituição lei específica para autorizar a instituição de tais entidades públicas (CF, art. 37, XIX), somente igual providência permite as dissolver ou transferir para a iniciativa privada. É a chamada simetria (ou paralelismo) das formas";

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

c) "Salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro: "Se a exigência é feita para órgãos (que não têm personalidade jurídica própria), com muito mais razão se justifica em relação aos entes da administração indireta, que são pessoas jurídicas distintas da pessoa políticas que as instituiu" (In: Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 520.) "

d) "lei específica que autoriza a instituição de estatal não pode ser derrogada pela combinação de lei genérica e ato infralegal, sob pena de esvaziar o princípio da primazia ou prevalência da lei.";

e) Não é possível que "se admita que um decreto regulamentar valha para desconstituir uma lei, com flagrante violação de hierarquia";

f) "Mas, é por essas mesmas razões que esse meio (autorização legislativa genérica cumulado a ato regulamentar) é inadequado para afastar os imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (CF, art. 173, caput) que qualificam a autorização para instituir empresa pública ou sociedade de economia mista por lei específica (CF, art. 37, XIX).";

g) "a inconstitucionalidade da desestatização sem autorização legislativa, prévia e específica, de empresas públicas e sociedades de economia mista cuja instituição foi autorizada por lei específica";

h) "Não fosse suficiente, mais do que notícias de fatos públicos e notórios, atualmente, encontra-se em curso o processo de desestatização de 6 (seis) entidades cuja instituição foi autorizada por lei específica, mas que, sem autorização legislativa prévia e especifica, foi deflagrado por Decreto Presidencial ou, ainda no estágio de recomendação, por Resolução do CPPI –," Ver quadro no item 1.

O pedido da ADI ajuizada pelo advogado do PDT é: "declarar a inconstitucionalidade, com pronúncia de nulidade, por arrastamento, dos Decretos Presidenciais nº 10.007/2019, nº 10.008/2019, nº 10.054/2019 e nº 10.065/2019, bem como das Resoluções do CPPI nº 83/2019 e 84/2019."

Corroborando os argumentos expostos pelo advogado do PDT, pode-se citar a explicação de Oliveira (2008: 374) que afirma que "O art.37 da Constituição estabelece que somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, silenciando, porém, quanto ao modo de extinção dessas entidades. Entretanto, pelo princípio do paralelismo das formas (um ato jurídico só pode ser modificado pelo emprego de um ato da mesma natureza), somente uma lei pode desconstituir algo

que foi criado por outra lei. Um decreto não possui força para revogar uma lei, por ser ato de hierarquia inferior."

4. O caso da Ceagesp:

A petição inicial da ADI do PDT também cita o caso da inclusão da Ceagesp no PND por Decreto como exemplo de situação em que tal inclusão não representa afronta ao dispositivo constitucional contido no art. 37, XIX.

Para estabelecer o contraponto com os casos contestados antes já referidos da ABGF, EMGEA, Casa da Moeda, CEITEC, Dataprev e Serpro, o PDT afirma que a inclusão da Ceagesp no PND por Decreto foi juridicamente correta, na medida em que tal empresa, que pertencia ao Estado de SP, foi federalizada não por Lei específica, mas mediante a celebração de um contrato para renegociação da dívida de SP com a União, em que o Estado realizou a dação em pagamento da Ceagesp como forma de reduzir seu débito com o ente federativo central. Ou seja, como a federalização desta empresa foi promovida em decorrência da celebração de uma avença contratual, e não de uma Lei Ordinária ou Medida Provisória convertida em Lei Ordinária, sua inclusão no PND por Decreto do Presidente da República não desobedece à Constituição nem às Leis.

5.Considerações Finais:

Como conclusões finais deste artigo, pode-se considerar que a inclusão no PND das empresas públicas ABGF, Serpro, Dataprev, EMGEA, CEITEC e Casa da Moeda com embasamento em Leis Genéricas autorizativas (a Lei do PND, 9.491/97 e a Lei o PPI, 13.334/16) e por intermédio de Decreto Presidencial desrespeita o princípio jurídico do paralelismo das formas aplicado ao art. 37,XIX, incorrendo assim, em inconstitucionalidade. Para desestatizar essas entidades respeitando a Constituição, é necessário que cada uma delas seja transferida à iniciativa privada por meio de Lei específica (projeto de lei do Presidente da República enviado ao Congresso Nacional). Além disso, conclui-se que a desestatização da Ceagesp, por meio de Decreto, respeitou o ordenamento jurídico, considerando que, como a empresa foi federalizada por meio de acordo de renegociação de dívida formalizado por contrato, não há necessidade de que esta entidade seja desestatizada por lei específica, podendo sê-lo por mero ato infralegal.

Referências Bibliográficas.

Brasil, Constituição da República de 1988;

Brasil, Lei nº 9.491/97;

Brasil, Lei nº 13.334/16;

Di Pietro, M.S.Z. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo, Atlas, 2014;

Oliveira, L. Direito Administrativo CESPE/UnB, Editora Ferreira, Rio de Janeiro, 2009;

Partido Democrático Trabalhista, ADI 6241/2019, ajuizada pelo advogado Lucas de Castro Rivas (OAB/DF nº 46.431);

Reis, L. E. Dos Tratados Internacionais: o Procedimento para a Sua Elaboração e a Existência de Pressuspostos Formalísticos para a Concretização de Uma Denúncia sob o Prisma da Constituição de 1988 , Revista da DPU Nº 49 – Jan-Fev/2013, páginas 98:120, Brasília, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O CONTROLE INTERNO E SUA RESPONSABILIDADE EM MEIO A PANDEMIA DO COVID-19

RAINÍ JULIANE BALDEIS DA SILVA: Bacharelanda no curso de Direito pela Universidade Brasil- Campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. (Área de Concentração: Direito Administrativo). Orientador: Prof.º Me. Ailton Nossa Mendonça.

RESUMO: O Controle Interno executado pela Administração compreende em um conjunto de normas, rotinas e procedimentos, adotado pelas próprias Unidades Administrativas, gerenciando o patrimônio Público, considerando ser de suma importância na Administração Pública, à relevância de seus objetivos voltados para a avaliação da ação governamental no que diz respeito ao cumprimento de metas e execução de orçamentos, e avaliação da gestão dos administradores públicos nos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia, enfatizando as responsabilidades do setor de controle interno diante aos erros e fraudes voltadas à administração pública e até mesmo proporcionar subsídios para assegurar o bom gerenciamento principalmente em situações emergenciais como a Pandemia do COVID-19, tendo como seu elemento mais importante a independência estrutural das funções de operações, custódia, contabilidade e auditoria sobre o empenho de cada setor administrativo econômico do gestor público, embora seja totalmente vulnerável à desídia e má fé humana, vindo a oferecer uma estreita segurança pela limitação quanto aos erros de julgamento.

Palavras-Chave: Controle Interno. Gerenciando. Objetivos. Covid-19. Elemento.

ABSTRACT: The Internal Control carried out by the Administration comprises a set of rules, routines and procedures, adopted by the Administrative Units themselves, managing the Public Property, considering it to be of paramount importance in the Public Administration, to the relevance of its objectives aimed at the evaluation of governmental action in the with regard to meeting targets and executing budgets, and assessing the management of public administrators in terms of economy, efficiency and effectiveness, emphasizing the responsibilities of the internal control

sector in the face of errors and fraud aimed at public administration and even providing subsidies to ensure good management especially in emergency situations such as the COVID-19 Pandemic, having as its most important element the structural independence of the operations, custody, accounting and auditing functions on the commitment of each economic administrative sector of the public manager, although it is totally vu lnnerable to human disaffection and bad faith, coming to offer close security by limiting errors of judgment.

Keywords: INTERNAL CONTROL. MANAGING. GOALS. COVID-19. ELEMENT

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO CONTROLE INTERNO. 3 DESENVOLVIMENTO. 4 A IMPORTÂNCIA E OS OBJETIVOS DO CONTROLE INTERNO. 5 CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA DE CONTROLE INTERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS LIMITAÇÕES. 6 A ATIVIDADE DE FOMENTO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO EM FACE À PANDEMIA DA COVID-19. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.

1.INTRODUÇÃO

No Brasil o Poder Público tem mais de um terço de toda a riqueza produzida pelo país, porém, de outro lado, sua prestação de serviços para a população está distante de atingir um padrão satisfatório. Diante disso, o controle interno é de suma importância para o desenvolvimento do país e para uma boa aplicação desse dinheiro público.

O controle interno de forma simples fiscaliza no âmbito administrativo pessoas físicas e jurídicas, evitando que o órgão se desvie da finalidade para as quais foi designada na sociedade, e seu controle será exercido por servidores do próprio órgão, conforme os preceitos gerais da Constituição e das leis que regem o setor público.

O controle interno é aquele efetuado pelo próprio órgão, no âmbito de sua administração, controlando e verificando a regularidade e a legalidade de seus atos. Propicia uma margem de segurança que impossibilita os erros e, ainda, o atingimento das metas impostas pela administração. (Silva 2013, p.05).

O presente trabalho consiste em apresentar e enfatizar as responsabilidades do setor de controle interno diante aos erros e fraudes voltadas à administração pública, com o objetivo de levantar dados em bibliografias das definições de controladoria e controle interno da administração pública, assim como as funções do controle interno da administração pública e suas responsabilidades na ocorrência de fraudes e erros no setor público, demonstrando a responsabilidade do controle

interno público diante da Pandemia do Covid-19 (novo coronavírus), pelo fato dos Municípios e Estados ter decretado estado de calamidade pública.

O presente estudo descritivo tem por objetivo destacar a necessidade e a importância do controle interno na administração de âmbito público, para apresentar soluções, tentando sanar ou diminuir atuações desnecessária e fraudulentas.

Constitui uma pesquisa bibliográfica, pelo qual houve estudos em livros, manuais, teses, dissertações e revistas cientificas para sustentar os assuntos relacionados ao Controle Interno da Administração Pública, trazendo uma natureza qualitativa devido às informações apresentadas ser de caráter narrativo para nortear o ponto de vista teórico de Controle Interno.

2.ASPECTOS HISTÓRICOS DO CONTROLE INTERNO

Na Roma Antiga, consolidou-se através dos Códigos Justinianos controles, ao qual tinham como objeto principal a análise dos gastos de todo o império romano, que era realizado pelos servidores "tabulari" e "numerarii", que atuavam como fiscais de contas, sendo assistentes dos magistrados no exercício de suas atividades, apurando a responsabilidade do Senado e dos agentes públicos da época.

Na Idade Média, mais precisamente entre os séculos IX e XII, com o surgimento do sistema feudal, houve um momento de maior involução do controle da Administração Pública, devido o poder do Estado fragmentado em pequenas unidades territoriais, com pouca ou em muitos casos quase nenhuma organização administrativa, deixou-se de lado o interesse pelas contas de cada feudo, mesmo porque a administração das terras só interessava ao senhor feudal, estando os vassalos afastados das questões gerenciais do território.

O modelo absolutista, instaurou-se sobre a ideia de centralização do poder aos governantes, após o regime feudal, concentrando todos os poderes e qualquer forma controle ao governante.

Já em 1808, Dom João baixou um ato estabelecendo que o controle da Administração, especialmente das receitas e despesas públicas, deveria ser feito pelo método das partidas dobradas.

Em 1922 em análise a preocupação no Brasil com o controle no setor público, segundo Calixto e Velázques (2005, p. 4), "o Controle Interno atuava examinando e validando as informações sob os aspectos da legalidade e da formalidade".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Através da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, em seu artigo 76, houve a introdução da expressão do Controle Interno e Externo, apresentou-se a definição para as competências do exercício daquelas atividades em todo âmbito do Poder Público.

Conforme expressa a Lei nº 4.320/64, o Poder Executivo exercerá em sua atuação tipos de controle sobre a execução orçamentária, sendo: a) a legalidade dos atos; b) a fidelidade funcional dos agentes da administração pública; c) o cumprimento do programa de trabalho expresso em lei.

A primeira vez que o controle interno foi citado foi na Constituição Federal de 1967 em seu artigo 71 ao qual discorre abaixo:

> "Artigo 71- A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei".

As Constituições Federais de 1967 e 1988, fundamentaram a norma infraconstitucional e bipartiram o controle na Administração Pública, em interno e externo, sendo o controle interno implantado em cada Poder, independentes e integrados e o controle externo, exercido pelo Poder Legislativo, que na esfera federal, conta com o apoio técnico do Tribunal de Contas da União (TCU).

Com advento da Lei Complementar Federal nº 101/2000, temos a conhecida Lei de Responsabilidade Fiscal, referida legislação, que tem como objeto principal uma ação planejada e transparente aos administradores públicos, criando para o controle interno a obrigação de fiscalizar o cumprimento de suas disposições, permitindo a este uma maior importância e relevância dentro das instituições públicas.

3. DESENVOLVIMENTO

O controle interno fundamenta-se na razão administrativa e jurídica, atua na organização desenvolvendo funções de planejamento, execução das atividades planejadas e avaliação periódica dos resultados obtidos, conforme preceitua Almeida (1996, p. 50).

De acordo com a FASB (*Financial Accounting Standards Board*), "controle interno consiste num conjunto de políticas e procedimentos, afim de garantir razoável certeza acerca da confiança que pode ser depositada nas demonstrações financeiras e nos seus processos correlatos".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda Segundo o COSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*) "os controles internos asseguram o atingimento dos objetivos, de maneira correta e tempestiva, com a mínima utilização de recursos".

O controle interno se resume em permitir alternativas aos gestores públicos, afim de sanar problemas na administração pública ou privada para que não exista o desvio de finalidade ou até mesmo o que denomina-se fraude.

Silva (2013, p.05) esclarece que o papel do Controle Interno nos órgãos públicos é aquele efetuado pelo próprio órgão, no âmbito de sua administração, controlando e verificando a regularidade e a legalidade de seus atos. Propicia uma margem de segurança que impossibilita os erros e, ainda, o atingimento das metas impostas pela administração. (...)

4.A IMPORTÂNCIA E OS OBJETIVOS DO CONTROLE INTERNO

O sistema de controle interno é um dos elementos mais importantes para a gestão e a saúde financeira pública, tornou-se um obrigatório para a gestão como um todo, ainda que cada Poder tenha seu próprio controle interno, o sistema de controle opera de forma integrada, sendo coordenado pelo Executivo, o que lhe competirá, a prepararação da prestação de contas conjunta ao final de seu exercício. (MACHADO JR; REIS, 1998, p.140).

Os objetivos do Controle Interno vêm expressos no artigo 74 da Constituição Federal, conforme segue:

> Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:
>
> II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
>
> III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
>
> § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. [...]

Conforme descreve o artigo 74 da Constituição Federal, os objetivos traçam as categorias de risco para um Processo ou Subprocesso de garantias fiscais em todo o âmbito administrativo tanto público como privado.

5.CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA DE CONTROLE INTERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS LIMITAÇÕES

As características do Controle Interno, Segundo Attie (1998, p. 115) compreendem: "Plano de organização" – plano simples que presta ao estabelecimento a autoridade e a responsabilidade sobre sua gestão, tendo como elemento a independência estrutural das funções de operações, custódia, contabilidade e auditoria (segregação de funções), que requer uma separação de departamentos, embora o trabalho de todos os departamentos deva ser integrado e coordenado, a fim de possibilitar fluxo suave de trabalho e eficiência da operação (ATTIE, 1998, p. 115)

Não se pode ter o controle completo de uma transação, sob pena de causar vulnerabilidade no sistema, com respaldo em documentos hábeis (originais), em conformidade com o plano de contas e em tempo hábil (oportunidade), sendo assim a contabilidade pública é aplicada aos órgãos da administração direta, bem como àqueles da administração indireta (autarquias e fundações públicas), regida pela Lei 4.320/64, sendo tal lei atualizada e consolidada pelo Decreto 93.872/86, e ainda, pelas portarias da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), como por exemplo, a Portaria 163, de 04 de maio de 2001(GRAMELICH, 2006, p. 15).

O Controle Interno embora tenha como atuação a fiscalização, o gerenciamento, é vulnerável a erros ocorridas nos procedimentos ou demonstrativos contábeis. Fraudes são irregularidades propositais, oferecendo uma razoável segurança pela limitação quanto aos erros de julgamento; falhas; conluio; ausência de supervisão e impunidade (NEVES GARCIA 1998); (BOYNTON; JOHNSON; KELL, 2002).

6. A ATIVIDADE DE FOMENTO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO EM FACE À PANDEMIA DA COVID-19

A Lei federal nº 13.979/2020 (alterada pelas Medidas Provisórias números 926/2020, 927/2020, 928/2020 e 951/2020), que, conforme preceitua a sua ementa, dispõe sobre as providências para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Novo Coronavírus.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como função administrativa, o controle interno avalia e informa a gestão contábil que deva ser adotada, com a finalidade de assegurar o cumprimento do planejado e com isto, neste momento de grande insegurança devido a pandemia, o controle interno estando ao lado do bom gestor, tenta auxiliá-lo na mitigação dos riscos envolvidos, não apenas nos processos de aquisições de bens e serviços, mas em relação a todas as decisões.

Assim sendo;

a) embora a situação seja emergencial, nada impede após sopesamento da autoridade pública a elaboração de procedimento licitatório para alguns objetos, conforme preceitua, inclusive, o seu art. 4º-G, com texto inserido pela MP nº 926/2020, que faz menção à possível adoção da modalidade pregão (eletrônico ou presencial). Nessa hipótese, contudo, também perseguindo a agilidade, disciplina que os prazos serão reduzidos à metade;

b) as disposições da Lei nº 13.979/2020 não afastam o regime de contratação da Lei nº 8.666/1993, mas instituem condições de exceção em função do momento excepcional, sendo normal geral e aplicável a todos os entes federativos;

c) apesar das Estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como suas subsidiárias) serem conduzidas, nas suas licitações, contratações e dispensas, pela Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), a Lei nº 979/2020, por tratar de uma excepcionalidade, prevê que todas e quaisquer dispensas, contratações ou licitações destinadas ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Novo Coronavírus deverão ser por ela regidos; e

d) as omissões da Lei nº 13.979/2020 deverão ser sanadas por intermédio de adoção subsidiária das regras das Leis nº 8.666/1993 e 13.303/2016, no que couberem, tais como, por exemplo, as concernentes à aplicação de sanções por descumprimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo de âmbito descritivo e de natureza qualitativa abordou a necessidade imprescindível do Controle Interno e sua responsabilidade em meio à pandemia do COVID-19, visto que na administração pública, o este controle deve atuar de forma a prevenir, em todos setores envolvidos da gestão, na busca da realização dos objetivos a que se propõe, e não poderia ser diferente nesta situação emergencial de grande escala.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com objetivo principal de evidenciar a necessidade do Controle Interno como instrumento que proporciona subsídios para assegurar o bom gerenciamento dos negócios públicos, principalmente em situações emergenciais como o COVID-19, apresentou-se seus objetivos, suas características, suas limitações e a sua atuação no fomento do Direito Brasileiro em face à pandemia.

Neste sentido, o principal objetivo deste estudo partiu do questionamento de que a importância e a necessidade do Controle Interno na Administração Pública aprimora parâmetros e assume caráter imprescindível na proteção do patrimônio com maior segurança, gerando eficiência na consecução do controle junto ao combate a corrupção e apoio a gestão, sendo assim um estudo que deve ser constante, trazido em pautas administrativas públicas com direcionamento de uma clareza quanto à forma real de como o patrimônio público deve ser gerenciado.

Contudo, com clareza firmou-se que o Controle Interno em estimulo a operacionalidade administrativa, se faz necessário para que não haja deficiência, negligencia e imperícia quanto aos métodos e procedimentos utilizados auxiliando as entidades para que alcancem seus objetivos por meio de um gerenciamento de riscos, o que garantirá operações com segurança em um momento rodeado de incertezas e inseguranças econômicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

AVENI, Dr. Alessandro. ESTRATEGIAS ATUAIS E FUTURAS PARA EMPRESAS E PROFISSIONAIS NA ECONOMIA DA COVID-19. Revista Processus de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 46-64, abr. 2020. ISSN 2675-0236. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/ppds/article/view/194>. Acesso em: 26 de junho de 2020.

BITTENCOURT, Sidney. A Contratação Emergencial por Dispensa de Licitação em Função da Pandemia Provocada pelo Novo Coronavirus. Disponível em: < https://www.olicitante.com.br/wp-content/uploads/2020/04/111-ARTIGO-CONTRATACAO-DIRETA-NOVOCORONAVIRUS-JA-COM-MP-SRP-convertido-1-1.pdf> acessado em: 23 de junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Dispõe sobre normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de acordo com o disposto no art. 5º, inciso XV, letra b, da Constituição Federal. Brasília, 4 de maio de 1964; 1432 da Independência e 76º da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm> Acesso em: 22 de junho de 2020.

BRASIL. LEI nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, 6 de fevereiro de 2020; 199º da Independência e 132º da República. Disponível em: < http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735> Acesso em: 25 de junho de 2020.

CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula. **MIRANDA**, Rodrigo Fontenelle de Araújo. A atuação dos órgãos de controle em face à pandemia da Covid-19. Revista **Consultor Jurídico**, 29 de abril de 2020, 19h38. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/castro-miranda-atuacao-orgaos-controle-pandemia> acessado em: 13 de junho de 2020.

FILHO, Antônio José**.** A importância do Controle Interno na Administração Pública. Disponível em: < http://capa.tre-rs.gov.br/arquivos/JOSE_controle_interno.PDF> acessado em: 10 de junho de 2020.

NOVO, Benigno Núñes. Controle Interno na Administração Pública. Empório do Direito / ISSN 2446-7405, 19 de novembro de 2018. Disponível em: < https://emporiododireito.com.br/leitura/controle-interno-na-administracao-publica>. acessado em: 05 de maio de 2020.

OLIVEIRA, Cinthia. Controles Internos. Contábeis, 07 de janeiro de 2013, 20h35. Disponível em: < https://www.contabeis.com.br/noticias/43514/como-funciona-a-declaracao-de-imposto-de-renda-para-medicos/> acessado em: 13 de junho de 2020.

SENADO FEDERAL, Atividade Legislativa. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_atual/art_74_.asp> acessado em: 20 de junho de 2020.

SILVA, Elderson Ferreira da. Controladoria na Administração Pública: Manual prático para implantação. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, *Pedro Gabril Kenne da.* A Contratação Emergencial por Dispensa de Licitação em Função da Pandemia Provocada pelo Novo Coronavirus. Disponível em:< https://seer.ufrgs.br/ConTexto/article/view/11555>. acesso em: 05 de maio de 2020.

WARDE, Walfrido. **VALIM,** Rafael. As Consequências da Covid-19 no Direito Brasileiro. Disponível em: < https://www.researchgate.net/profile/Rafael_Valim/publication/341600445_A_atividade_administrativa_de_fomento_no_contexto_da_Covid-19_em_defesa_da_renda_basica_universal/links/5ec9779d458515626cc6b82a/A-atividade-administrativa-de-fomento-no-contexto-da-Covid-19-em-defesa-da-renda-basica-universal.pdf> acessado em: 20 de junho de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A EXCLUSÃO DE ILICITUDE NO SUICÍDIO ASSISTIDO

JULIANA GAVIOLI DA SILVA:
Pós-Graduada. Advogada.

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado a Coordenadoria do Trabalho de Graduação Interdisciplinar – TGI da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como exigência parcial para a obtenção do grau em Bacharel em Direito Orientador: Prof. Dr. ADALBERTO JOSÉ QUEIROZ TELLES DE CAMARGO ARANHA FILHO

RESUMO: Este trabalho trata da prática do suicídio assistido, que ocorre quando uma pessoa é auxiliada por outra a por fim a sua vida de maneira rápida, indolor e eficaz, com a finalidade de uma morte digna. Esta prática é prevista como crime no código penal brasileiro, intitulada como "Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio". Outras práticas com a mesma finalidade recebem tratamento jurídico diferenciado, como por exemplo a eutanásia ou homicídio piedoso, que recebe o benefício da atenuação da pena, e a ortotanásia ou eutanásia passiva, que foi liberada através da Resolução 1.805 de 09/11/06 do Conselho Federal de Medicina . Há uma discussão sobre a disponibilidade da vida, quando não se tem mais a perspectiva da preservação da dignidade da pessoa humana, entendendo alguns autores pela legitimidade do direito à autonomia e à uma boa morte / morte digna. Alguns casos concretos são analisados, como o caso do espanhol tetraplégico Ramón Sampedro, do britânico Tony Nicklinson e do médico americano Jack Kevorkian. Na suíça, a falta de previsão legal possibilitou a prática do suicídio assistido pelas organizações não governamentais Exit e Dignitas, criadas com o intuito de ajudar pessoas a colocarem de maneira digna fim às suas vidas. Uma possível solução que poderia ser adotada no Brasil em relação a esta questão, seria a previsão legal da exclusão de ilicitude no caso do auxílio ao suicídio ter sido impelido por motivo de relevante valor social e moral, após um minucioso exame do caso do paciente, para verificar, por exemplo, a concretude da sua vontade de morrer, e se não se trata de mero caso de depressão.

Palavras-chave: suicídio assistido; auxílio ao suicídio; morte digna

ABSTRACT: This paper deals with the practice of assisted suicide , which occurs when a person is assisted by another to end his life quickly , painlessly and effectively , for the purpose of a dignified death . This practice is provided as a crime in the Brazilian Penal Code , titled " inducement , incitement or assistance with suicide ." Other practices with the same purpose receive different legal treatment , such as euthanasia or holy murder, receiving the benefit of penalty mitigation , and orthotanasia or passive euthanasia , which was released through Resolution 1,805 of 09/11/06 the Federal Council of Medicine. There is a discussion about the availability of life when one no longer has the prospect of preserving human dignity , understanding some authors for the legitimacy of the right to autonomy and a good death / dignified death . Some specific cases are analyzed , as the case quadriplegic Ramón Sampedro from Spanish , British Tony Nicklinson , and American doctor Jack Kevorkian . In Switzerland, the lack of legal provision allowed the practice of assisted suicide by NGOs Exit and Dignitas , created with the aim of helping people to put in a dignified way to end their lives . One possible solution that could be adopted in Brazil in relation to this issue , it would be legal provision of exclusion of unlawfulness in the case of aid have been driven to suicide by reason of relevant social and moral value , after a thorough examination of the patient case, to verify , for example, the reality of his desire to die , and if it is not just a case of depression.

Keywords: assisted suicide; aid suicide; dignified death

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DEFINIÇÃO DE SUICÍDIO ASSISTIDO E SUA TIPIFICAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 3. SUICÍDIO ASSISTIDO X INSTITUTOS CORRELATOS. 3.1. SUICÍDIO ASSISTIDO X EUTANÁSIA. 3.2. SUICÍDIO ASSISTIDO X ORTOTANÁSIA. 3.3. PERDÃO JUDICIAL. 3.4. EXCLUDENTE DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO. 4. DIREITO À VIDA X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 5. CASOS CONCRETOS. 5.1. RAMÓN SAMPEDRO. 5.2. TONY NICKLINSON. 5.3. JACK KEVORKIAN. 6. A EXPERIÊNCIA SUÍÇA. 7. CONCLUSÃO. 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso trata do tema do suicídio assistido, que ocorre quando uma pessoa é auxiliada por outra a por fim a sua vida de maneira rápida, indolor e eficaz, com a finalidade de uma morte digna.

O intuito deste trabalho é estimular uma reflexão sobre o tema, e encontrar possibilidades para solucionar questionamentos como: “no direito à vida,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estaria a morte incluída?"; "até que ponto a vida deve ser preservada acima de todas as coisas?" ou "o direito à uma morte digna é legítimo?".

São trazidos casos concretos de pessoas envolvidas com o suicídio assistido, relatando suas trajetórias, dificuldades na empreitada e os seus sentimentos.

Para tentar encontrar alguma solução para o tema, é necessário que cada um se coloque no lugar de um enfermo que sofre de uma doença ou deficiência física grave e incurável.

"Se fosse eu no lugar dele, qual o tratamento que eu gostaria de receber?"; "Será que eu gostaria que o Estado ditasse as minhas escolhas através das leis?".

Este tema encontra muita divergência, principalmente em razão dos dogmas religiosos.

No entanto, a autonomia da pessoa deve / pode ser restrita em razão da vontade de um grupo determinado de pessoas?

Comparações com institutos correlatos, como é o caso da eutanásia e ortotanásia; conflito entre direitos e princípios fundamentais (direito à vida X princípio da dignidade da pessoa humana) e uma exposição de sistemas legais de suicídio assistido, como é o caso das organizações não governamentais na Suíça, pautaram o trabalho para encaminhar a reflexão sobre o tema.

Deve o suicídio assistido ser liberado ou não?

2. DEFINIÇÃO DE SUICÍDIO ASSISTIDO E SUA TIPIFICAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O termo "suicídio" tem a sua origem etimológica em dois vocábulos latinos: *sui* ("de si mesmo") e *caedere* ("ação de matar"), ou seja, consiste no ato de colocar fim à própria vida; matar a si mesmo.

> Significa, portanto, matar a si mesmo, pela vontade livre e consciente de pôr fim à própria existência. É um fim em si

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> mesmo, de sorte que o ato de heroísmo que resulta em sacrifício da própria vida não implica em suicídio. 1

Para configuração do suicídio é essencial que a pessoa aja com dolo, ou seja, o suicida deve ter plena capacidade e consciência de que o ato que está a realizar resultará na sua morte.

> O professor Flamínio Fávero, ao conceituar o suicídio, diz que "dois elementos concorrem no conceito do suicídio: um, subjetivo, a vontade de morrer (Altavilla), outro, objetivo, a morte." E continua: "É preciso, na prática, essa base, distinguir o verdadeiro suicídio de outras formas em que indivíduos encontram a própria morte, levados pelo cumprimento do dever ou por ato de heroísmo. Não é suicida o soldado que enfrenta o inimigo em defesa da pátria, encontrando a morte. Não é suicida o indivíduo que se atira na água para salvar alguém prestes a afogar-se e, no gesto generoso, encontra a morte. Não é suicida o médico que, atendendo a doentes infetuosos, se contamina e morre."
>
> Para configuração do suicídio há necessidade de intenção deliberada de se matar, isto é, comportamento doloso. E o dolo precisa ser direto, pois mesmo as pessoas, advertidas de certos perigos para a vida – como o consumo de bebidas alcoólicas, fumo etc., que acarretam graves danos à saúde - , persistem neles, não praticam o suicídio, embora alguns até cheguem a dizer que "fulano está se matando" porque não atende às ordens médicas.2

O suicídio não está previsto no Código Penal como crime, uma vez que a finalidade da aplicação da pena é a de prevenir, retribuir e reeducar, o que seria ineficiente neste caso, assim como elucida Cesare Beccaria em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, 2ª ed/2007, Editora Martin Claret, págs. 87 e 90:

1 ARANHA FILHO, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo; *Direito Penal: crime contra a pessoa – arts. 121 a 154*; 3 ed./2009; Ed. Atlas; p. 48

2 NOGUEIRA, Paulo Lúcio; *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio, Violência/Linchamento*; Ed. Saraiva/1995; p. 120

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> O suicídio é um crime que parece não poder estar submetido a qualquer tipo de pena; pois esse castigo recairia apenas sobre um corpo sem sensibilidade e sem vida, ou sobre pessoas inocentes. Ora, o castigo que fosse aplicado contra os restos sem vida do culpado não produziria nenhuma impressão nos espectadores senão que eles sentiriam vendo fustigar uma estátua.
>
> (...)
>
> Não é, entretanto, um delito perante os homens, pois o castigo recai sobre a família inocente e não sobre o culpado.
>
> Se levarem a objeção de que o medo de tal castigo pode, porém, segurar a mão do desgraçado decidido a morrer, responderei que aquele que calmamente renuncia à doçura de viver e odeia suficientemente a existência na terra para preferir a ela uma eternidade talvez infeliz, não ficará certamente comovido com o pensamento remoto e menos forte de vergonha que o delito trará sobre sua família.

Portanto, além da ineficiência da aplicação da pena no caso de um suicídio, há que se respeitar ainda o princípio da individualização da pena, não podendo aplicá-la a outra pessoa, que não o agente do crime.

> O castigo recairia apenas sobre um corpo sem sensibilidade ou sobre pessoas inocentes, contrariando, neste caso, o princípio da individualização da pena. A apenação do suicida é inócua e nenhuma influência exercerá sobre os concidadãos do morto como exemplo capaz de impedir futuros atos iguais.3

Já o suicídio assistido ocorre quando uma pessoa que deseja colocar fim ao seu sofrimento de uma forma digna, rápida, indolor e eficaz, solicita o auxílio de outrem, que poderá fazê-lo, por exemplo, prescrevendo um remédio letal, colocando o veneno no copo a pedido da pessoa, ou até mesmo passando instruções de como tomar o medicamento letal.

3 VICENTE SABINO JÚNIOR, *Cesare Beccaria e seu livro*, Ed. Juriscrédi, 1972, p. 126

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A finalidade do suicídio assistido é a mesma que o doutrinador Olavo Oliveira descreve da prática da eutanásia, ou seja, a de colocar fim ao sofrimento físico e psicológico do enfermo.

> A eutanásia tem como objetivo dar fim à distanasia, isto é, a essas longas agonias terríveis em que tudo parece acumular-se para fazer espantosos os últimos momentos do indivíduo, que, em plena posse de suas faculdades intelectuais, presa de agudas dores e terríveis sofrimentos, tanto físicos como morais, chama angustiado pela morte libertadora, que se acerca com cruel lentidão.4

Este auxílio, via de regra, comporta no apoio material ao ato suicida, mas poderá ocorrer também por meios morais.

> Pratica crime ainda quem *auxilia* o suicida. Em regra, o auxílio consubstancia-se em uma participação material (fornecimento da arma, veneno etc), mas nada impede que se opere por meios morais que não o induzimento ou instigação. Haverá auxílio no ministrar instruções sobre o modo de empregar os meios para matar-se, no criar as condições de viabilidade do suicídio, no frustrar a vigilância de outrem, no impedir ou dificultar o imediato socorro. Em todos os casos, o agente prestou auxílio, ajudou, favoreceu, facilitou a prática do suicídio.5

É possível também o auxílio na modalidade da omissão, sendo necessário neste caso que haja uma obrigação de custódia em face do suicida. Sobre o tema Paulo Lúcio Nogueira traz os seguintes exemplos:

> O auxílio pode tomar a forma de ação ou omissão, sendo que na omissão precisa haver uma relação de direito que crie a obrigação de custódia e assistência em face do suicida, um dever jurídico de impedi-lo. Assim, a mãe tem o dever de impedir o suicídio da filha, desiludida e transtornada; ou o

4 OLAVO OLIVEIRA, *O delito de matar*, Saraiva, 1962, pág. 102, citado por PAULO LÚCIO NOGUEIRA, em sua obra: *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Violência/Linchamento*; Ed. Saraiva/1995; p. 44

5 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.; *Manual de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 234-B do CP*, 29ª ed/ 2012; Ed. Atlas; p. 48

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> enfermeiro que tem a sua cargo um paciente deprimido ou sofrendo fortes dores, que pensa em se matar, deve detê-lo. 6

Tal conduta está tipificada no Código Penal brasileiro, na Parte Especial, Título I – "Dos crimes contra a pessoa", Capítulo I – "Dos crimes contra a vida", artigo 122, intitulado como crime de "Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio".

> Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:
>
> Pena – reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.
>
> Parágrafo único. A pena é duplicada:
>
> Aumento de pena
>
> I – se o crime é praticado por motivo egoístico;
>
> II – se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

Este delito engloba três possíveis condutas: a de *induzir* (dar a ideia a quem ainda não a possui), *instigar* (fomentar a ideia preexistente) e, *auxiliar* (dar apoio material ao ato suicida)7, configurando um tipo objetivo misto alternativo.

Tais condutas devem configurar apenas atos preparatórios, pois, sendo estes executórios, estará o sujeito ativo cometendo outro delito, o de homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal.

> *(...) auxiliar* é a forma mais concreta e ativa de agir, pois significa dar apoio material ao ato suicida. Ex: o agente fornece a arma utilizada pela pessoa que se mata. Nesse caso, deve dizer respeito a um apoio meramente secundário, não podendo, jamais, o autor, a pretexto de "auxiliar" o suicida, tomar parte

6 NOGUEIRA, Paulo Lúcio; *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio, Violência/Linchamento*; Ed. Saraiva/1995; p. 127

7 NUCCI, Guilherme de Souza; *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*; 7ª ed./ 2011; Ed. Revista dos Tribunais, p. 647

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ativa na ação de tirar a vida, tal como aconteceria se alguém apertasse o gatilho da arma já apontada para a cabeça suicida. Responde, nesta hipótese, por homicídio. Suicídio é a morte voluntária, que, segundo Durkheim, "resulta, direta ou indiretamente, de um ato positivo ou negativo, realizado pela própria vítima, a qual sabia dever produzir este resultado", chamando-se, ainda, autocídio e autoquiria (cf. Odon Ramos Maranhão, *Curso básico de medicina legal*, p. 222).8

Objetiva-se com este dispositivo a proteção à vida, o qual tem sua inviolabilidade garantida no artigo 5º, "caput", da Constituição Federal.

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

Trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa que induza, instigue ou auxilie outrem a suicidar-se, visando atingir a finalidade almejada, qual seja, a de concorrer para que a vítima atente contra a própria vida.

Portanto, deve o agente agir com dolo, seja ele direto, ou indireto na sua forma eventual.

Para ilustrar um caso de dolo indireto eventual, os doutrinadores Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, em seu *Manual de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 234-B do CP*, citam os seguintes exemplos:

> Nada impede a prática do crime com dolo eventual. São exemplos: a conduta do marido que pratica sevícias contra a esposa, não obstante conhecer a intenção de que ela virá a suicidar-se em caso de reiteração das agressões, a do pai que expulsa de casa a filha desonrada, tendo poderosas razões para supor que ela suicidará; a do carcereiro que não toma

8 NUCCI, Guilherme de Souza; *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*; 7ª ed./ 2011; Ed. Revista dos Tribunais, p. 647 - 648

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> providência alguma quanto a greve de fome do presidiário etc.9

O sujeito passivo será a pessoa que está sendo induzida, instigada ou auxiliada no atentado à própria vida, devendo, no entanto, sê-la dotada de pleno discernimento, pois no caso da falta desta capacidade, erro ou coação, o sujeito ativo responderá por delito mais gravoso, o de homicídio10.

> Assim, se a vítima põe fim à própria vida, mas sem capacidade de discernimento para entender tal ato, ou ainda, se assim age por erro ou coação (moral irresistível ou física absoluta), o crime será sempre o de homicídio (autoria mediata). Nessas hipóteses, juridicamente, não poderemos falar em suicídio. Com isso, a questão não deve ser analisada com base no artigo 122 do nosso Código Penal. 11

Portanto, crianças menores de 14 anos, pessoas com deficiências mentais e pessoas que por algum motivo tem sua capacidade de discernimento reduzidas, nunca poderão ser vítimas deste delito, pois para que se configure o crime de "Induzimento, Instigação ou Auxílio a Suicídio", a vítima deverá ter plena consciência de que o ato ao qual está sendo induzida, instigada ou auxiliada levará ao resultado de sua morte.

A este respeito, ilustra Fernando de Almeida Pedroso em sua obra *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*; Ed. Aide/ Rio de Janeiro; 1995, p. 212:

> O suicida , por conseguinte, há de estar cônscio e saber que o ato que realiza (para o qual foi induzido, instigado ou auxiliado) vai eliminar a sua vida; que tal ato vai trazer-lhe a morte. Do contrário, homicídio (por autoria mediata) – de regra – é o crime que tomará configuração jurídica.

9 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.; *Manual de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 234-B do CP*, 29ª ed/ 2012; Ed. Atlas; p. 50

10 ARANHA FILHO, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo; *Direito Penal: crime contra a pessoa – arts. 121 a 154*; 3 ed./2009; Ed. Atlas; p. 48

11 FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro; *Da Participação em Suicídio*; ed./2001; Ed. DelRey/BH, p. 46

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Dessa forma, se Iracino induz criança a enforcar-se, dizendo-lhe para encenar o papel de Tiradentes, sem que ela, pela tenra idade, possua condições para avaliar e compreender o ato em sua plenitude de efeitos, crível é que sua morte caracterizará crime de homicídio, atribuindo-se a Iracino, por inexistência de vontade consciente da vítima que se conjugasse e associasse ao intento delituoso.

A pessoa que pratica algum dos atos previstos neste artigo, será julgada pelo Tribunal do Júri, podendo, ao final, ser condenada à pena de dois a seis anos de reclusão, se do suicídio resultar a morte, ou de um a três anos, se da tentativa do suicídio resultar lesão corporal de natureza grave.

Desta forma, para que haja a consumação do delito, não há a necessidade do resultado morte, bastando que da tentativa resulte lesão corporal de natureza grave.

O artigo 129, § 1º do Código Penal, elenca quatro casos de lesão corporal de natureza grave, quais sejam: *incapacidade para as ocupações habitacionais, por mais de 30 dias* (incapacidade de desenvolver suas atividades habituais por mais de 30 dias, sejam atividades laborais ou não), *perigo de vida* (grande e concreta possibilidade do resultado morte), *debilidade permanente de membro, sentido ou função* (redução irreversível de membros, sentido ou função), e *aceleração do parto* (ocorre quando há o trabalho de parto antes do momento, em razão da lesão. Para que se configure tal qualificadora, o agressor deveria saber previamente da gravidez da vítima).

O § 2º do artigo 129 do Código Penal, elenca mais cinco casos de lesão corporal, classificados pela doutrina e jurisprudência como de natureza gravíssima, uma vez que os resultados são ainda mais grave. São eles: *incapacidade permanente para o trabalho* (impedimento para o exercício de toda e qualquer atividade remunerada), *enfermidade incurável* (doença ou moléstia irremediável, a qual a medicina desconhece qualquer tratamento para reverter o quadro); *perda ou inutilização do membro*, *sentido ou função* (eliminação do membro [apêndices do corpo, ex: braço], sentido ou função), *deformidade permanente* (alteração estética ou meramente anatômica na forma do corpo de maneira duradoura) e *aborto* (eliminação da vida intrauterina. Neste caso, assim como na qualificadora da aceleração do parto, o resultado deverá ser preterdoloso, ou seja, o agente criminoso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

deve ter conhecimento da gravidez, mas só agir dolosamente na conduta de lesionar, sendo o resultado "aborto" decorrente da imprudência, negligência ou imperícia).

> Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
>
> Pena – detenção, de três meses a um ano.
>
> Lesão corporal de natureza grave
>
> § 1º – Se resulta:
>
> I – Incapacidade para as ocupações habitacionais, por mais de trinta dias;
>
> II – perigo de vida;
>
> III – debilidade permanente de membro, sentido ou função;
>
> IV – aceleração de parto:
>
> Pena – reclusão, de um a cinco anos.
>
> § 2º – Se resulta:
>
> I – Incapacidade permanente para o trabalho;
>
> II – enfermidade incurável;
>
> III – perda ou inutilização do membro, sentido ou função;
>
> IV – deformidade permanente;
>
> V – aborto:
>
> Pena – reclusão, de dois a oito anos12..

Constituem, ainda, causa de aumento de pena, se o crime for praticado por *motivo egoístico* (ocorre quando o agente age, visando se beneficiar de alguma maneira com o suicídio da vítima), *se a vítima for menor de idade* (entendendo por

12 Disponibilizado em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 31 de março de 2014.

menor de idade as pessoas que possuem entre 14 e 18 anos), ou se por qualquer causa, *a vítima tem diminuída sua capacidade de resistência*.

3. SUICÍDIO ASSISTIDO X INSTITUTOS CORRELATOS

3.1. SUICÍDIO ASSISTIDO X EUTANÁSIA

Eutanásia, também chamada de "homicídio piedoso", é a conduta do agente que impelido por motivo de relevante valor social e moral, abrevia, de maneira indolor e sem sofrimento, a vida de uma pessoa irremediavelmente doente.

A palavra eutanásia deriva dos termos gregos *eu* (bem, bom, belo) e *thánatos* (morte), ou seja, significa "a boa morte".

> O que se deve entender, portanto, por eutanásia é a atenuação dos sofrimentos do moribundo ou sua abreviação através de medicamentos que representem um alívio. Várias são as conceituações de eutanásia, mas podem ser resumidas por *boa morte* ou *morte que liberta do sofrimento* um doente incurável ou pessoas com dores físicas intoleráveis e persistentes, incapazes de ser atenuadas por medicamentos. 13

Daniel Sarmento e Flávia Piovesan, em sua obra: *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*, conceituam de maneira mais aprofundada a eutanásia, merecendo destaque algumas passagens:

> Alguns conceitos bioéticos se prestam a várias interpretações e o de eutanásia é um deles. Há autores que definem eutanásia pela etimologia do conceito: uma prática eutanásica seria aquela que garantiria a "boa morte". **E boa morte seria aquela resultante de uma combinação de princípios morais, religiosos e terapêuticos**. Não basta uma boa Medicina para garantir a boa morte, é preciso um cuidado respeitoso com as crenças e valores que definem o sentido da vida e da existência para que se garanta a experiência de um boa morte para a pessoa doente. Nessa interpretação, **eutanásia converte-se**

13 NOGUEIRA, Paulo Lúcio; *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio, Violência/Linchamento*; Ed. Saraiva/1995, p. 42

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **em um ato de cuidado e respeito a direitos fundamentais, em especial à autonomia, à dignidade e ao direito a estar livre de tortura**. 14 (GRIFOS NOSSOS)

A eutanásia está prevista no artigo 121, §1º do Código Penal, tratando-se da figura do homicídio privilegiado:

> Art. 121. Matar alguém:
>
> Pena – reclusão, de seis a vinte anos.
>
> § 1º – Se o agente comete o crime **impelido por motivo de relevante valor social ou moral**, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. (GRIFOS NOSSOS)

Por tratar-se de crime impulsionado por motivo de relevante valor social ou moral, o agente infrator goza do privilégio da atenuação da pena, podendo esta ser reduzida de um sexto a um terço.

> O segundo caso é o do homicídio praticado por relevante valor *moral*, que diz respeito aos interesses individuais, particulares, do agente, entre eles os sentimentos de piedade e compaixão. Assim, o autor do homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam (eutanásia) goza de privilégio da atenuação da pena. O Código Penal não reconhece a impunidade do homicídio eutanásico, haja ou não o consentimento do ofendido, mas, em consideração ao motivo, de relevante valor moral, permite a minoração da pena.15

O filme "Menina de Ouro" ilustra tal situação no momento em que a lutadora Maggie Fitzgerald (interpretada pela atriz Hilary Swank), após receber a notícia de que estava tetraplégica e que teria que amputar ambas as pernas, implora

14 SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*; Ed. Lumen Juris, 2007; p. 298

15 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.; *Manual de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 234-B do CP*, 29ª ed/ 2012; Ed. Atlas, p. 31-32

pela ajuda de seu técnico e amigo Frankie (interpretado pelo ator Clint Eastwood) para colocar fim a sua vida de maneira rápida e indolor, até que este aplica-lhe uma injeção fatal16.

A diferença do suicídio assistido para a eutanásia consiste no modo da participação do sujeito ativo na conduta. No suicídio assistido o agente apenas auxilia o sujeito passivo no seu suicídio (atos preparatórios), já na eutanásia o sujeito pratica atos de execução, dando, por exemplo, uma injeção letal no sujeito passivo.

> Próximo da eutanásia, encontra-se o suicídio assistido. Contudo não são figuras equivalentes:
>
> Na eutanásia, o médico age ou omite-se. Dessa ação ou omissão surge, diretamente, a morte. No suicídio assistido, a morte não depende diretamente da ação de terceiro. Ela é consequência de uma ação do próprio paciente, que pode ter sido orientado, auxiliado ou apenas observado por terceiro.
>
> Tanto na eutanásia quanto no suicídio assistido, há que ser observada a vontade do paciente, o seu consentimento. É a morte voluntária.17

Ambos são motivados por relevante valor social ou moral, recebendo, entretanto, tratamento diferenciado, uma vez que na eutanásia ou homicídio piedoso, o agente goza do privilégio da atenuação da pena, não existindo tal previsão no caso de suicídio assistido ou auxílio ao suicídio.

> Atualmente, a discussão pode ser transportada para a correlação existente entre eutanásia e suicídio, já que nos dois casos há auxílio ao enfermo para que ele morra sem sofrimento. Tanto num caso como noutro poderíamos ver a figura do suicídio mediante auxílio ou da eutanásia ativa, que ocorre com o fornecimento de algum medicamento para abreviar os padecimentos do enfermo.

16 MENINA DE OURO / MILLION DOLLAR BABY. Direção: Clint Eastwood. Produção: Clint Eastwood; Albert S. Ruddy; Tom Rosenberg; Paul Haggis. Estados Unidos: 2004. DVD 132 minutos. Fornecido por Europa Filmes

17 SÁ, Maria de Fátima Freire de; *Direito de Morrer: Eutanásia, Suicídio Assistido*; 2ª ed/2005; Ed. DelRey/BH; p. 40

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(...)

> Ainda que haja diferença entre eutanásia ativa e suicídio, temos de admitir que ela é sutil, pois se tratam ambos de auxílio para obter uma boa morte. 18

Cabe ressaltar ainda, que na eutanásia o agente pratica atos executórios, enquanto que no caso do suicídio assistido, o agente pratica meros atos preparatórios, necessitando da atuação e da vontade do sujeito passivo de acabar com a própria vida, para que configure tal crime.

> A diferença entre a eutanásia e o suicídio assistido é que neste último a pessoa doente é apenas assistida para a morte, mas todos os atos que acelerarão sua morte são por ela realizados. Como há casos de pessoas que solicitam o suicídio assistido, mas que não possuem independência locomotora suficiente sequer para levar um copo à boca, foram desenvolvidos mecanismos para garantir que apertando um botão de uma máquina, por exemplo, seja acionado um dispositivo para injetar o medicamento. 19

O anteprojeto da Parte Especial do Código, de 1984, no §3º do artigo 121, previa a isenção de pena à conduta eutanásica do "médico que, com o consentimento da vítima, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa a morte iminente e inevitável, atestado por outro médico". 20

Já no Anteprojeto de 1988, havia a previsão no artigo 124, §3º, da pena base reduzida no caso da eutanásia (pena de reclusão de três a seis anos).

18NOGUEIRA, Paulo Lúcio; *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio, Violência/Linchamento*; Ed. Saraiva/1995, p. 130-131

19 SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*; Ed. Lumen Juris, 2007; p. 299

20 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.; *Manual de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 234-B do CP*, 29ª ed/ 2012; Ed. Atlas, p. 31-32

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> §3º – Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave:
>
> Pena – Reclusão, de três a seis anos

A grande evolução viria no Projeto de Lei 236/2012 – projeto Sarney, no artigo 122, §1º, em que previa nos casos de eutanásia ou homicídio piedoso a possibilidade da concessão do perdão judicial.

> §1º – O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

Todas essas reformas foram abandonadas, mantendo-se ainda hoje, o conteúdo do artigo 121, §1º do Código Penal.

No entanto, assim como afirma Paulo Lúcio Nogueira em sua obra: *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio, Violência/Linchamento*, as pessoas que se encontram mais próximas ao enfermo, como médicos, enfermeiros e familiares são em sua maioria favoráveis tanto a prática da eutanásia como do suicídio assistido para aliviar o sofrimento deste.

> Médicos e enfermeiros, na sua maioria, são favoráveis tanto ao *suicídio* como à *eutanásia* de doentes que se encontram em fase terminal, já que sentem mais de perto os sofrimentos e nada podem fazer para salvar essas vidas humanas. As pessoas que estão distantes dos doentes nem têm noção das dores suportadas sem que haja qualquer esperança de cura. Parentes mais íntimos, que sofrem com as dores de seus familiares desenganados, não põem em dúvida a necessidade de fazer cessar esses padecimentos através de alguma medicação. 21

3.2. SUICÍDIO ASSISTIDO X ORTOTANÁSIA

Ortotanásia, também conhecido como "eutanásia moral ou terapêutica", ocorre quando o médico deixa de ministrar medicamentos que prolonguem

21 NOGUEIRA, Paulo Lúcio; *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio, Violência/Linchamento*; Ed. Saraiva/1995, p. 132

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

artificialmente a vida do paciente portador de enfermidade incurável, em estado terminal e irremediável.

A diferença entre a ortotanásia e a eutanásia reside na forma de atuação e seu resultado causualístico.

Na ortotanásia, também conhecida como eutanásia passiva, o médico deixa de implantar tratamento que prolongue a vida artificial do paciente, fazendo com que este venha a falecer naturalmente.

Já na eutanásia ativa, o agente, que não precisa ser necessariamente um médico, fornece um medicamento que diminui o sofrimento do paciente, e acelera a sua morte.

> A *ativa* consiste em *fazer morrer*, através de meios e medicamentos que suavizem os sofrimentos, e pode ser praticada por médicos ou por leigos.
>
> A passiva consiste em *deixar morrer* naturalmente, sem o uso de aparelhos que prolonguem a vida artificialmente e proporcionem vida puramente vegetativa.
>
> A passiva denomina-se também ortotanásia, que vem do grego: *orthós* – normal, correta; *thánatos* – morte. Trata-se de não empregar os meios artificiais de prolongamento inútil da vida humana. Aliás, o emprego desses meios tem várias inconveniências, tanto para o próprio enfermo como para seus familiares, além de acarretar gastos elevados. 22

O anteprojeto de 1988 previa no artigo 124, §4º a exclusão de ilicitude de tal conduta: "§4º – Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, companheiro ou irmão".

No entanto, mesmo não tendo sido aprovada esta previsão legal, hoje a prática da ortotanásia vem sendo liberada, tendo sido, inclusive, editada a Resolução

22 NOGUEIRA, Paulo Lúcio; *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio, Violência/Linchamento*; Ed. Saraiva/1995, p. 45

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1.805 de 09/11/06 do Conselho Federal de Medicina: "na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levem ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal".

Mesmo as posições religiosas, que são contra qualquer ato atentatório a vida, inclusive o suicídio e a eutanásia ativa, vêm se inclinando positivamente à prática da ortotanásia, como demonstra Paulo Lúcio Nogueira, em sua obra *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio e Violência / Linchamento*:

> Como lembra o já citado Paulo Daher Rodrigues, o Vaticano começou a estudar o problema da eutanásia com o Papa Paulo VI e agora, com o Papa João Paulo II, deu uma declaração oficial, na qual usou de expressão inteiramente inédita: apelou aos médicos e parentes para assegurarem aos doentes incuráveis *o direito de morrer com dignidade*.
>
> Vários membros da Igreja Católica, teólogos, padres e religiosos, têm-se pronunciado em favor da eutanásia passiva ou ortotanásia, que é propriamente a morte piedosa dos doentes terminais.
>
> Ouvido pelo jornal *Folha de S. Paulo*, o Cônego Dario Bevilaqua, pároco da Catedral da Sé, levantou uma questão de significado de linguagem: "Afinal, eutanásia é uma palavra dúbia, que se presta a vários sentidos, e o povo pode não saber sobre o que está falando. De qualquer modo, a consciência católica nada tem a objetar quanto a evitar o sofrimento provocado por um tratamento doloroso. Mas, se por eutanásia se entende o ato que leva diretamente a diminuir a vida ou infligir a morte a uma pessoa, então nem a moral ou a ética católicas podem estar de acordo" (*Folha de S. Paulo*, 23 set, 1984).
>
> Na mesma ocasião, o padre francês Hubert Lepagneur, da Ordem dos Camilianos, que já foi professor de Teologia e hoje desenvolve trabalhos de assistência espiritual a doentes graves e terminais, sustenta que a própria palavra *eutanásia* é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

contraditória, pois para ele, ao contrário da posição da maioria dos padres, "não existe uma ruptura brutal, mas uma transição gradativa entre eutanásia ativa (ação homicida) e a eutanásia negativa ou passiva (abstenção de um prolongamento artificial da vida)".

O referido padre identifica quatro situações em que a eutanásia pode manifestar-se. A primeira é o alívio da dor, permitido e exigido pelo episcopado francês, que, em julho de 1976, lançou documento com a seguinte posição: "Nunca é proibido usar analgésico para aliviar o sofrimento, ainda que, indiretamente, o desenlance da morte seja adiantado". Na segunda situação, a eutanásia pode ser provocada pela recusa em lançar mão de terapias. Para o padre, tal atitude configura-se em ação médica e legítima, quando a vida se torna vegetativa. A Igreja não se opõe a isso. O Papa Pio XII dizia que não há obrigação moral de adotar terapias quando o cérebro já não funciona. A terceira situação refere-se ao "ato positivo de eutanásia negativa. Deve-se deixar a pessoa morrer naturalmente, pois a vida é um processo natural, e a morte também deve sê-lo. A quarta situação da eutanásia, enfim, é a eutanásia ativa, que todos os países proíbem terminantemente. É quando se aplica uma injeção letal ou outros métodos".

O pastor presbiteriano Jaime Wright disse, na mesma ocasião, que "o melhor seria a instituição de um documento, no qual a pessoa pudesse optar pela não utilização de meios artificiais que prolongassem indefinidamente uma vida vegetativa. Isso evitaria constrangimento ao doente e aos familiares; muitos passam a vida pagando por um tratamento inútil e dispendioso" (*Folha de S. Paulo,* 29 de set. 1984).

Conforme menção do professor Antônio Chaves, "o judaísmo segue aproximadamente a mesma linha (...). A *Halakah* (...) faz distinção entre o prolongamento da vida do paciente, que é obrigatório, e o prolongamento da agonia, que não o é.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> (...) O Rabino Isserles estabeleceu que, se algo constitui obstáculo para a partida da alma, deve ser removido. Na base dessa norma, o médico, se estiver convicto de que o seu paciente agoniza, isto é, está possibilitado a morrer em três dias, pode suspender as manobras reanimatórias e inclusive o tratamento não analgésico". 23

O Judiciário também vem se inclinando favoravelmente à prática da ortotanásia, julgando procedente pedidos de recusa de tratamento médico essencial, conforme caso relatado pelos doutrinadores Daniel Sarmento e Flávia Piovesan, em sua obra: *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*. 24

Os autores narraram o caso dos pais de um bebê, que sofria de Amiotrofia Espinhal Progressiva Tipo I, doença degenerativa e incurável, que exigia sessões diárias de intervenção no corpo para mantê-lo vivo, que ingressaram no Judiciário para garantir que no caso de parada cardiorrespiratória do bebê, ele não fosse submetido à ventilação mecânica e nem internado na UTI, para evitar maiores sofrimentos para o filho.

Argumentaram, resumidamente, que enquanto o filho respirasse ele teria condições de lutar, mas no momento que passasse a depender de uma máquina, é porque ele não deveria estar mais vivo. Disseram ainda, que não queriam que ele sofresse com uma coisa com axs qual não concordam e pela qual eles mesmos não passariam. Por fim, falaram que estavam o perdendo mas de um modo bonito.

> "... a partir do momento em que ele precisar daquela máquina para poder respirar é porque ele não vai mais conseguir respirar (...) é porque ele não deveria estar vivo. É porque não é para ele estar mais vivo"
>
> (...)

23 NOGUEIRA, Paulo Lúcio; *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio, Violência/Linchamento*; Ed. Saraiva/1995, p. 49-50

24 SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*; de; Ed. Lumen Juris, 2007; p. 300-307

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "... a gente está o perdendo, mas perdendo de um jeito bonito. De um jeito justo, com integridade..."
>
> (...)
>
> "...Meu filho é uma extensão de mim, sendo uma extensão de mim não posso deixar que ele passe o que eu não passaria. Não posso permitir: uma extensão de mim não vai sofrer uma coisa que eu não concordo. Eu estou salvando meu filho..." 25

Por fim, a decisão proferida no Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu favoravelmente ao pleito dos pais.

> Em resumo, o pedido dos pais foi considerado eticamente legítimo, pois: 1. Os pais eram as pessoas jurídica e eticamente legítimas para tomar decisões relativas ao cuidado do bebê; 2. O caráter heterônomo do bebê não poderia jamais ser suplantado, ou seja, seria preciso sempre que alguém representasse seus interesses e seus pais deram provas substantivas de que representavam seus melhores interesses; 3. Não havia opções terapêuticas, possibilidades de reversão do quadro clínico ou mesmo medidas disponíveis de contenção da síndrome que justificassem a obstinação terapêutica. O prognóstico de sobrevida do bebê era curto (em torno de 24 meses) e de alguns anos se submetido à respiração artificial; 4. A ventilação mecânica não representava uma opção terapêutica para o bebê. Era apenas uma possibilidade técnica não indicada para quadros clínicos como o dele; 5. A ventilação mecânica seria antes uma escolha ética e pessoal que uma indicação médica e o posicionamento dos pais foi de total recusa da ventilação mecânica; 6. Os pais estavam conscientes, informados e esclarecidos que a recusa à ventilação mecânica não estenderia a sobrevida do bebê; 7. Os pais apelaram para o direito humano de estar livre de tortura, no caso do bebê

25 Entrevista com os pais retirado do livro: *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*; de Daniel Sarmento e Flávia Piovesan; Ed. Lumen Juris, 2007; p. 303-305

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> entendido como o direito de estar livre de tortura da medicalização. 26

Tem-se portanto, que apesar do suicídio assistido, da eutanásia e da ortotanásia serem motivadas pela mesma circunstância e visarem o mesmo resultado (abreviar, de maneira indolor e sem sofrimento, a vida de uma pessoa irremediavelmente doente), diferenciando-se apenas no modo de execução, recebem tratamento legal diferenciado, sendo o agente que auxiliou a prática do suicídio penalmente punido, recebendo o agente que praticou a eutanásia ativa o benefício da atenuação da pena, e sendo a ortotanásia agora permitida.

Maria Celeste Cordeiro dos Santos, justifica esta dissonância de tratamento da seguinte maneira: "Parece-me que o auxílio à morte é lícito sempre que ocorra sem encurtamento da vida. Por outro lado, o mesmo auxílio com encurtamento do período natural de vida será ilícito, sendo enquadrado como pura eutanásia". 27

3.3. PERDÃO JUDICIAL

Perdão judicial é o instituto previsto no artigo 107, inciso XI do Código Penal, o qual permite ao juiz, nos casos previstos em lei, em que se verificar que as consequências do crime atingiram o agente com uma enorme intensidade e de forma perpétua, de não aplicar a pena, tendo em vista, que tornara-se desnecessária.

> Por vezes, as consequências do crime atingem de tal modo, com tamanha intensidade e de forma perpétua o agente, que a imposição de pena, tendo em vista seu caráter aflitivo, preventivo e reeducativo, torna-se absolutamente desnecessária.28

Ressalta-se que não basta que as consequências do crime tenham atingido intensamente o agente, devendo este também guardar estreito laço com a vítima.

---

26 SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*; de; Ed. Lumen Juris, 2007; p. 307

27 CORDEIRO DOS SANTOS, Maria Celeste; *O Equilíbrio do Pêndulo a Bioética e a Lei: Implicações Médico-Legal*; Ed. Ícone; p. 107

28 ARANHA FILHO, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo; *Direito Penal: crime contra a pessoa – arts. 121 a 154*; 3 ed./ 2009; Ed. Atlas; p. 46

Há divergência doutrinaria quanto à natureza do perdão judicial e a natureza jurídica da sentença em que é concedido.

Para a primeira corrente, defendida por Julio Fabbrini Mirabete, a sentença que concede o perdão judicial é condenatória, subsistindo os efeitos secundários, sendo o perdão judicial mera causa de não aplicação da pena privativa de liberdade.

> Para a *primeira corrente*, predominante na doutrina e na jurisprudência, e por nós aceita, a sentença que concede o perdão judicial é *condenatória* , subsistindo todos os seus efeitos secundários (lançamento do nome do réu no rol dos culpados e pagamento das custas).
>
> (...)
>
> Na nova lei, o perdão judicial foi incluído entre as causas extintivas da punibilidade (art. 107, IX). Entretanto, dispondo expressamente o art. 120 que a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos da reincidência, admite, a *contrario sensu*, que os demais efeitos da sentença permaneçam (Manual, P.G., item 12.2.12). Mesmo na vigência da Lei n. 7.209/84, o STF continuou decidindo pela não exclusão dos efeitos secundários da sentença condenatória. Entretanto, o STJ, consolidando jurisprudência própria, editou a Súmula 18, com a seguinte redação: "A sentença concessiva de perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório" 29.

A segunda corrente entende se tratar de sentença condenatória, embora libere o sentenciado de todos os efeitos.

A terceira corrente entende se tratar de sentença absolutória.

Já a quarta corrente, defendida pelo Adalberto J. Q. T. C. Aranha Filho entende não haver julgamento de mérito no sentindo de procedência (condenação)

29 MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.; *Manual de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 234-B do CP*, 29a ed/2012; Ed. Atlas; p. 21-22

ou improcedência (absolvição), apenas declarando o magistrado que o Estado perdeu o direito de punir o agente.

> A natureza jurídica do perdão judicial consiste numa causa extintiva da punibilidade prevista nos artigos 107, IX e 120, ambos do Código Penal.
>
> Com a edição da Súmula 18, do Superior Tribunal de Justiça, não há mais dúvidas quanto à natureza da sentença concessiva do perdão judicial: "A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório".
>
> Declara, portanto, o magistrado que o Estado perdeu o direito de punir o agente. Não há juízo de mérito no sentido da procedência (condenação) ou improcedência (absolvição) da pretensão punitiva estatal30.

O Código Penal vigente, prevê em seu artigo 107, inciso IX, ser o perdão judicial causa de extinção de punibilidade, dispondo, ainda, o artigo 120 que "a sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência". Para afastar o questionamento se permaneceriam ou não os demais efeitos da sentença, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 18, afastando qualquer efeito da sentença condenatória: "A sentença concessiva de perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório".

É possível a concessão do perdão judicial no caso de homicídio culposo quando "as consequências da infração atingiram o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária" (art. 121, § 5º, CP).

No entanto, não é possível a concessão do perdão judicial no caso de suicídio assistido, por falta de previsão legal, apesar de na maioria dos casos, o agente que auxilia o tetraplégico em seu suicídio, a pedido deste, ser um parente ou amigo próximo, sofrendo muito com a sua perda.

30 ARANHA FILHO, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo; *Direito Penal: crime contra a pessoa – arts. 121 a 154*; 3 ed./ 2009; Ed. Atlas; p. 45- 46

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.4. EXCLUDENTE DO CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

O Código Penal prevê, em seu artigo 23, três casos de exclusão de ilicitude, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa e o estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

No entanto, há o entendimento por alguns doutrinadores, da existência de um quarto caso de exclusão de ilicitude, a do consentimento da vítima, ou seja, nos casos em que a vítima autorizasse a lesão a determinado objeto jurídico tutelado, não haveria crime.

Guilherme de Souza Nucci assim explica em seu *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*, 7ª ed/2011; Ed. Revista dos Tribunais; págs. 289/291:

> Acolhendo a tese, escreve Frederico Marques que, "quando surge o consenso, em relação a determinados bens deixa de subsistir a situação de fato em relação à qual deve entrar em vigor a norma penal, o que acontece naqueles casos em que o interesse do Estado não seja tal que prescinda da vontade do particular. É que, em ocorrendo tais situações, o interesse público do Estado não pode exigir mais do que isto: que os bens individuais não sejam atingidos contra a vontade dos respectivos sujeitos. O interesse estatal se identifica com a conservação de bens individuais enquanto esta corresponda à vontade do titular; consequentemente, esses bens não podem ser tidos como lesados quando o respectivo sujeito manifestou a vontade em sentido favorável à lesão" (Tratado de direito penal, v.2, p.189)
>
> E, ratificando esse entendimento, Salgado Martins leciona que "as causas elidentes da antijuridicidade não podem limitar-se às estritas prescrições da lei positiva, mas devem ser examinadas dentro de quadro mais amplo, isto é, à luz de critérios sociólogos, éticos, políticos, em suma, critérios que se situam antes do Direito ou, de certo modo, fora do âmbito estrito do Direito positivo" (*Direito penal – Introdução e parte geral*, p. 179).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim sendo, tais autores entendem que quando a própria vítima consente na lesão daquele determinado bem jurídico, não existe mais razão para o Estado intervir protegendo-o.

No entanto, só seria possível o consentimento da vítima, quando se tratasse de bens disponíveis.

A problemática reside na definição de bens disponíveis, uma vez que tal conceituação varia conforme os costumes, valores, local e tempo.

Por exemplo, a integridade física seria um bem indisponível, no entanto, hoje é lícito a pessoa autorizar certos tipos de lesão corporal, como por exemplo, a realização de uma cirurgia plástica.

Seria então possível a exclusão de ilicitude no caso do suicídio assistido de uma pessoa que implora por ajuda?

Para responder a esta pergunta, tem que se definir se a vida é um bem jurídico disponível ou indisponível.

Atualmente, a maioria ainda considera a vida como um bem jurídico indisponível independente da situação em que pessoa se encontra ou sua vontade, assim como elucida Alexandre de Moraes na seguinte passagem:

> O direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva que impede configurá-lo como um direito de liberdade que inclua o *direito à própria morte*. O Estado, principalmente por situações fáticas, não pode prever e impedir que alguém disponha de seu direito à vida, suicidando-se ou praticando eutanásia. Isso, porém, não coloca a vida como direito disponível, nem a morte como direito subjetivo do individuo. O direito à vida não engloba, portanto, o direito subjetivo de exigir-se a própria morte, no sentindo de mobilizar-se o Poder Público para garanti-la, por meio, por exemplo, de legislação que permita a eutanásia ou ainda que forneça meios instrumentais para a prática de suicídios. 31

31 MORAES, Alexandre de; *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*, 9ª ed/2011; Ed. Atlas, p. 86

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, há os que defendem ser a vida um bem disponível em determinados casos, devendo ser levado em consideração, por exemplo, a vontade do paciente em fase terminal ou que sofre de uma enfermidade incurável, em relação ao termo final de sua própria vida.

Sobre este tema, argumenta Daniel Sarmento e Flávia Piovesan, em sua obra: *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*:

> Em que pese a inflexibilidade da legislação penal brasileira nesse campo, **cada vez mais médicos e famílias de doentes terminais e agonizantes reivindicam a faculdade de abreviação do sofrimento mediante a interrupção do uso de aparelhos e tratamentos de vultoso custo econômico que podem prolongar indefinidamente a vida vegetativa**. Trata-se da opção filosófica pela morte digna, considerando que todo indivíduo aspira ao direito a um tipo qualificado de morte sem sofrimento.
>
> (...)
>
> O desafio da eutanásia em países democráticos e plurais é o de entendê-la como um ato de expressão do livre arbítrio individual. Nesse contexto, o que necessitaria ser regulamentado não seria o direito de deliberar sobre como queremos morrer, **mas sim como garantir que o exercício desse direito seja livre, informado e consciente**. O desafio bioético é o de retirar o tema da boa morte do campo do tabu para garantir seu enfrentamento como uma questão de direitos humanos. **O direito de deliberar sobre a própria morte deve ser uma garantia não apenas médica, mas também ética e jurídica**.32 (GRIFOS NOSSOS)

Com a permissão da prática da ortotanásia, nos casos em que o paciente ou a família permitem (Resolução 1.805 de 9 de novembro de 2006, Conselho Federal

32 SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*; Ed. Lumen Juris, 2007; p. 290-300

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de Medicina), tem-se a concretização de que em alguns casos a vida já passou a ser um bem disponível.

Esta hipótese de exclusão de ilicitude, alargaria a liberdade individual sobre si mesmo, cabendo destacar um trecho do filme "Você não conhece Jack" 33, em que o advogado Geoffrey Fieger (interpretado por Danny Huston), durante a sessão de julgamento do Dr. Jack Kervorkian (interpretado por Al Pacino) argumenta da seguinte maneira:

> Se está consciente, lúcido e implorando ajuda para morrer nós recusamos. Como é possível, que um adulto mentalmente competente não tenha direito de olhar para um médico no olho e dizer: *"Já chega. Não consigo mais aguentar a dor. Ajude-me.* Não *dá mais."* Queremos mesmo que o governo tome essas decisões por nós? Não. Não pode ser.

Esta excludente ainda não está prevista no nosso Código Penal, devendo tais situações, serem analisadas caso a caso.

4. DIREITO À VIDA X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade da vida, tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no país, conforme previsto no "caput" do artigo 5º.

> 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 e à propriedade, no termos seguintes: (GRIFO NOSSO)

O direito à vida, por constituir-se pré-requisito para a existência e exercício dos demais direitos e garantias, uma vez que só é possuidor de direitos a pessoa que nasce com vida (artigo 2º do Código Civil), é considerado o mais fundamental de todos.

33 VOCÊ NÃO CONHECE JACK / YOU DON´T KNOW JACK. Direção: Barry Levinson. Produção: Scott Ferguson. Estados Unidos: 2010. DVD 134 minutos. Distribuição: HBO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A Constituição Federal garante que 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. O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercícios de todos os demais direitos.34

Ainda prevendo a proteção da vida, reza o artigo 4º do Pacto da Costa Rica – Declaração Americana dos Direitos Humanos, a qual o Brasil aderiu que:

> Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

No entanto, a vida não é considerada apenas no sentindo biológico, devendo ser considerado o modo como ela é vivida, assegurando-se assim o mínimo necessário para a subsistência e para uma vida digna.

> Vida, na Constituição Federal, "não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte."35

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares da Constituição Federal de 1988, prevista no artigo 1º, inciso III.

---

34 MORAES, Alexandre de; *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*; 9a ed/2011; Ed. Atlas; p. 80

35 SILVA. *Curso de direito constitucional postivo*, pág. 200, citado pela autora Maria de Fátima Freire de SÁ, em sua obra: *Direito de Morrer: Eutanásia, Suicídio Assistido*; 2a ed/2005; Ed. Del Rey/BH; p. 31

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I – a soberania;
>
> II – a cidadania;
>
> III – a dignidade da pessoa humana;
>
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
>
> V – o pluralismo político.
>
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A este respeito ensina Daniel Sarmento e Flávia Piovesan, em sua obra: *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*:

> Impede enfatizar, nessa vertente de ideias, que proteção à vida, que constitui o primeiro e mais fundamental dos direitos tutelados no caput do artigo 5º da Constituição da República, cuja inviolabilidade é garantida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, refere-se não apenas e objetivamente ao estado de ser vivo, **mas a um modo qualificado de exercer os predicados da existência**, o que vale dizer – de acordo com os padrões de dignidade existencial que a própria Lei Maior, em disposições dispersas, reputa essenciais ao direito de viver. Nesse sentido, **o direito à vida retrata o direito de viver uma vida digna** segundo a valoração jurídico-social do que deve ser a existência com dignidade.36 (GRIFO NOSSO)

36 SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*; Ed. Lumen Juris, 2007; p. 283

Porém, o que vem a ser dignidade da pessoa humana?

Este é um termo de difícil definição, pois varia conforme o tempo, local, cultura e condições.

O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, traz em sua redação tal enfoque social:

> Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Portanto, tem-se que não basta a proteção da vida, deve ainda ser garantido uma vida digna, ou seja, um nível de vida adequado com a condição humana, em que a pessoa tenha acesso aos recursos indispensáveis como o alimento, o vestuário, a moradia, o repouso, a assistência sanitária, os serviços sociais indispensáveis, e acima de tudo, tenha a sua vida respeitada e garantido todos os seus direitos fundamentais.

Alexandre de Moraes, assim ensina sobre a dignidade da pessoa humana:

> A dignidade da pessoa humana: a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A ideia de dignidade da pessoa humana encontra no novo texto constitucional total aplicabilidade em relação ao planejamento familiar, considerada a família célula da sociedade, seja derivada de casamento, seja de união estável entre homem e mulher, pois, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (CF, art. 226, §7º). O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria.37

A dignidade da pessoa humana estende-se em todas as áreas da vida, não se limitando apenas no plano dos direitos sociais, aonde devem ser garantidos os meios materiais necessários ao mínimo existência. Há ainda aplicação nos planos individuais, que se expressa na autonomia privada, ou seja, no direito de autodeterminação de cada indivíduo; e no plano político, em que devem ser preservados os direitos de cada cidadão em participar do processo democrático do Estado.

Sobre o tema, ensinam Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel:

> De fato, no plano dos direitos individuais, ela se expressa na autonomia privada, que decorre da liberdade e da igualdade das pessoas. Integra o conteúdo da dignidade a

37 MORAES, Alexandre de; *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*, 9ª ed/2011; Ed. Atlas; p. 48-49

> autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas. No plano dos direitos políticos, ela se traduz em autonomia pública, no direito de participação no processo democrático. Entendida a democracia como uma parceria de todos em um projeto de autogoverno, cada pessoa tem o direito de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também por intermédio do debate público e da organização social. Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, que correspondem ao mínimo existencial. Todo indivíduo tem direito a prestações e utilidades imprescindíveis à sua existência física e moral, cuja satisfação é, ademais, precondição para o próprio exercício da autonomia privada e pública. Seria possível estender e aprofundar o debate, a fim de fazer a ligação entre dignidade e direitos de nova geração, como os de natureza ambiental e o direito à paz. Mas o desvio seria excessivamente longo para os fins deste trabalho.
>
> Assim, sem prejuízo das muitas variações existentes sobre o tema, identifica-se um consenso razoável no sentido de se considerar a dignidade humana o fundamento e a justificação última dos direitos fundamentais. A preservação e a promoção desses direitos têm uma dimensão individual e outra social. A dimensão individual está ligada ao sujeito do direito, seus comportamentos e suas escolhas. A dimensão social envolve a atuação do Estado e de suas instituições na concretização do direito de cada um e, em certos casos, de intervenção para que comportamentos individuais não interfiram com direito próprios, de outros ou de todos.38

Os autores ainda classificam a dignidade como autonomia e heteronomia.

38 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho; *Bioética e Direitos Fundamentais*; Organizadores: Débora Gozzo e Wilson Ricardo Ligiera; Ed. Saraiva/2012; p. 37-38

A dignidade da pessoa humana como autonomia decorre da liberdade e envolve a capacidade de autoderterminação; trata-se de uma concepção individual, em que cada individuo pode tomar suas escolhas morais.

Já a dignidade da pessoa humana como heteronomia decorre de uma concepção coletiva, está ligada a valores coletivos, compartilhados pela sociedade.

> A dignidade como autonomia traduz as demandas pela manutenção e ampliação da liberdade humana, desde que respeitados os direitos de terceiros e presentes as condições materiais e psicofísicas para o exercício da capacidade de autodeterminação. A dignidade como heteronomia tem o seu foco na proteção de determinados valores sociais e no próprio bem do indivíduo, aferido por critérios externos a ele. No primeiro caso, prevalecem o consentimento, as escolhas pessoais e o pluralismo. No segundo, o paternalismo e institutos afins, ao lado dos valores morais compartilhados pela sociedade. A liberdade e as escolhas individuais são limitadas mesmo quando não interfiram com direitos de terceiros.39

Cabe, assim, ao Estado assegurar a vida e a dignidade, tanto de forma a abster-se de condutas contrárias ou que limitem o princípio da dignidade da pessoa humana, como praticar condutas positivas com o fim de proteger e efetivar este princípio.

> Neste contexto, não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoa, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados). Assim, percebe-se, dede logo, que o

39 Ibidem, p. 48 e 49

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio. Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa - , o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.40

A partir do exposto, faz-se a seguinte indagação: deve a vida ser considerada um bem absoluto e supremo, devendo ser protegida até mesmo quando não há mais a figura da dignidade?

Tal questionamento visa a instigar a reflexão sobre os temas abordados neste trabalho como o suicídio assistido, eutanásia e ortotanásia.

Há os que entendem que a vida deve sempre prevalecer independentemente do estado em que a pessoa se encontra, assim como elucida Alexandre de Moraes, em um trecho já citado neste trabalho:

> O direito à vida tem um conteúdo de proteção positiva que impede configurá-lo como um direito de liberdade que inclua o *direito à própria morte*. O Estado, principalmente por situações fáticas, não pode prever e impedir que alguém disponha de seu direito à vida, suicidando-se ou praticando eutanásia. Isso, porém, não coloca a vida como direito disponível, nem a morte como direito subjetivo do individuo. O direito à vida não engloba, portanto, o direito subjetivo de exigir-se a própria morte, no sentindo de mobilizar-se o Poder

40 SARLET, Ingo Wolfgang*; Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*; 4ª ed/2006; Ed. Livraria do Advogado; p. 110-111

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Público para garanti-la, por meio, por exemplo, de legislação que permita a eutanásia ou ainda que forneça meios instrumentais para a prática de suicídios.
>
> O ordenamento jurídico – constitucional, não autoriza, portanto, nenhuma das espécies de eutanásia, quais sejam, a ativa ou passiva (ortotanásia). Enquanto a primeira configura o direito subjetivo de exigir-se de terceiros, inclusive do próprio Estado, a provocação de morte para atenuar sofrimento (morte doce ou homicídio por piedade), a segunda é o direito de opor-se ao prolongamento artificial da própria vida, por meio de artifícios médicos, seja em caso de doenças incuráveis e terríveis, seja em caso de acidentes gravíssimos (o chamado direito à morte digna).41

O médico Herbert Praxedes, também sustenta que a vida é um direito e um dever irrenunciável e inalienável, devendo prevalecer acima de tudo. Isto é, apesar do paciente poder recusar alguns tratamentos com base no direito à autonomia, há tratamentos vitais que não podem ser recusados, podendo o médico utilizar remédios para aliviar a dor do paciente, mesmo que como consequência diminua o tempo de vida, mas jamais somente com o intuito de abreviar a sua vida.

> NÃO É DIREITO DO PACIENTE RECUSAR:
>
> COTAS BÁSICAS DE HIDRATAÇÃO
>
> COTAS BÁSICAS DE NUTRIENTES
>
> SOLICITAR QUE SEJA MORTO
>
> O paciente não tem direito, invocando seu direito à autonomia, de recusar as cotas básicas de nutrição e hidratação. A vida que é um direito mas também um dever irrenunciável e inalienável, ultrapassa sua autonomia. Há uma hierarquia de valores onde a vida irrenunciável vem em primeiro lugar.

41 MORAES, Alexandre de; *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*, 9ª ed/2011; Ed. Atlas; p. 86-87

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Em várias oportunidades, o paciente terminal, abatido pelo volume de sofrimentos, solicita aos médicos e familiares que seja morto para que seus sofrimentos terminem. Raramente este desejo é real pois o que ele ardentemente deseja é o alívio de seus padeceres e que em muitas ocasiões constitui um fardo muito pesado para ser suportado. O médico deve prover os cuidados mais intensivos possíveis para que a dor do paciente seja aliviada mas nunca fazendo qualquer procedimento com o objetivo de matá-lo.42

Por outro lado, há doutrinadores que entendem que o direito à vida não deve ser interpretado como direito supremo acima da dignidade humana, devendo-se realizar um juízo de razoabilidade e proporcionalidade entre eles, e analisar se é realmente benéfico uma vida sem dignidade.

> A liberdade e a dignidade são valores intrínsecos à vida, de modo que essa última não deve, necessariamente, ser considerada bem supremo e absoluto, acima dos dois primeiros valores, sob pena de o amor natural pela vida se transformar em idolatria. E a consequência do culto idólatra à vida é a luta, a todo custo, contra a morte.
>
> A vida deve ser encarada no seu acaso, para que lhe seja devolvida a dignidade perdida. São inúmeros os doentes que se encontram jogados em hospitais, a um sofrimento sem perspectiva, muitos em terapias intensivas e em emergências. O desdobramento disso? Uma parafernália tecnológica que os prolonga e os acrescenta. Inutilmente.43

Atualmente, há casos em que a dignidade da pessoa humana começou a superar o direito à vida, como, por exemplo, nos casos em que se permitiram o aborto de feto anencefálico, fundamentando no princípio da dignidade humana da mãe.

---

42 Artigo escrito por Herbert Praxedes*;* na obra: *Direito Fundamental à Vida* – coordenado por Ives Gandra da Silva Martins; Ed. Quartier Latin do Brasil/SP; 2005; p. 587

43 SÁ, Maria de Fátima Freire de; *Direito de Morrer: Eutanásia, Suicídio Assistido*; 2ª ed/2005; Ed. Del Rey/BH; p. 33

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Entendemos em relação ao aborto que, além das hipóteses já permitidas pela lei penal, na impossibilidade de o feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total inviabilidade de vida extraulterina, por rigorosa perícia médica, nada justificaria sua penalização, **uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mas sim estaria ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: liberdade e dignidade humanas**. Dessa forma, a penalização nesses casos seria de flagrante inconstitucionalidade.44 (GRIFO NOSSO)

A este respeito são os seguintes julgados:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INDEFERIMENTO DE LIMINAR NO WRIT ORIGINÁRIO. MANIFESTA ILEGALIDADE. CABIMENTO DE HABEAS CORPUS PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ. PATOLOGIA CONSIDERADA INCOMPATÍVEL COM A VIDA EXTRA-UTERINA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. GESTAÇÃO NO TERMO FINAL PARA A REALIZAÇÃO DO PARTO. ORDEM PREJUDICADA. 1. A via do habeas corpus é adequada para pleitear a interrupção de gravidez fora das hipóteses previstas no Código Penal (art. 128, incs. I e II), tendo em vista a real ameaça de constrição à liberdade ambulatorial, caso a gestante venha a interromper a gravidez sem autorização judicial. 2. Consoante entendimento desta Corte, é admitida a impetração de habeas corpus contra decisão denegatória de liminar em outro writ quando presente flagrante ilegalidade. 3**. Não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art. 128, incs. I e II), o que impõe reflexões com os olhos**

44 MORAES, Alexandre de; *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*, 9ª ed/2011; Ed. Atlas; p. 85

voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia. 5. Contudo, considerando que a gestação da paciente se encontra em estágio avançado, tendo atingido o termo final para a realização do parto, deve ser reconhecida a perda de objeto da presente impetração. 6. Ordem prejudicada.

(STJ - HC: 56572 SP 2006/0062671-4, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 25/04/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 15/05/2006 p. 273)

(GRIFO NOSSO)

HABEAS CORPUS. ABORTO. FETO ANENCEFÁLICO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL INDEFERIDA. CABIMENTO DO WRIT. DECISÃO JUDICIAL IMPARCIAL. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DA RAZOABILIDADE E DA LESIVIDADE.

Habeas corpus que merece conhecimento em razão da necessária celeridade e também pelo risco à locomoção da paciente advindo de eventual prática do ato sem autorização.

A decisão judicial a ser proferida no presente não pode se fundar em valores éticos, religiosos, morais ou afetivos – todos eminentemente pessoais, nem pode pretender retratar a decisão certa, porque impossível ao ser humano, pois a vida é assunto divino. **Todavia, a decisão deve observar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade, buscando uma solução justa, o que significa permitir à gestante ter assegurado o direito de escolher entre interromper a gravidez ou levá-la a termo, para ver nascer e morrer o filhos, que comprovadamente não tem como sobreviver, por padecer de anencefalia.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **Ademais, à luz do princípio da lesividade do bem jurídico tutelado, é possível admitir-se a atipicidade do aborto, in casu, pela inexistência de vida do feto anencefálico, mormente à luz do disposto no artigo 3º, da Lei n. 9.434/97, que dispõe ser possível o transplante apenas após a constatação de morte encefálica.**
>
> Concessão da ordem.
>
> (Habeas Corpus n. 2003.059.05355, Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do RJ, Relator: Des. Marly Macedonio Franca, Julgado em: 16/12/2003)
>
> (GRIFO NOSSO)

Aos que defendem que os princípios da autonomia e da liberdade devem prevalecer em relação ao direito à vida, nos casos em que não houver mais perspectiva de uma vida digna, sustentam que o maior desafio é o de acabar com o paradigma da morte, "para garantir seu enfrentamento como uma questão de direitos humanos".

> O desafio da eutanásia em países democráticos e plurais é o de entendê-la como um ato de expressão do livre arbítrio individual. Nesse contexto, o que necessitaria ser regulamentado não seria o direito de deliberar sobre como queremos morrer, mas sim como garantir que o exercício desse direito seja livre, informado e consciente. O desafio bioético é o de retirar o tema da boa morte do campo do tabu para garantir seu enfrentamento como uma questão de direitos humanos. O direito de deliberar sobre a própria morte deve ser uma garantia não apenas médica, mas também ética e jurídica.45

Sustentam ainda, que o direito à vida não pode tornar-se dever de viver, sendo a pessoa obrigada a passar por tratamentos dolorosos apenas para adiar inutilmente a sua partida.

45 SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*; Ed. Lumen Juris, 2007; p. 300

> A resposta está, exatamente, na liberdade de escolha para os indivíduos que se encontram na segunda situação mencionada. É inadmissível que o direito à vida, constitucionalmente garantido, transforme-se em dever de sofrimento e, por isso, dever de viver.
>
> Certo é que a dignidade deve aliar duas dimensões ao seu conceito: a dimensão biológica, como atinente ao aspecto físico-corporal, e a dimensão biográfica, que pertine ao campo dos valores, crenças e opções. Logo, o Direito não pode preocupar-se somente com a primeira questão, mas, ao contrário, necessita buscar a unidade do ser humano.
>
> A indisponibilidade da vida precisa ceder à autonomia daquela pessoa que se encontra na fase terminal da sua existência, em meio a agonia, sofrimento e limitações.46

Para os doutrinadores Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel a dignidade como autonomia deve prevalecer nos casos de morte com indução, pelos seguintes argumentos:

> No ambiente da morte com intervenção, a ideia de dignidade como autonomia deve prevalecer, por diferentes razões. A primeira delas é de cunho normativo e foi explorada no tópico anterior: o sistema constitucional dá maior importância à liberdade individual do que às metas coletivas. Ademais, do ponto de vista filosófico, é melhor a fórmula que reconhece o indivíduo como um ser moral, capaz de fazer escolhas e de assumir responsabilidades por elas. Note-se, a propósito, que ao se valorizar a autonomia, não se está definindo o resultado: o paciente – ou seu responsável, em certos casos – poderá optar entre várias possibilidades, que incluem o prolongamento máximo da vida, seu não prolongamento artificial e, em situações-limite, sua abreviação. Também em relação aos profissionais de saúde, a dignidade como

46 SÁ, Maria de Fátima Freire de; *Direito de Morrer: Eutanásia, Suicídio Assistido*; 2ª ed/2005; Ed. Del Rey/BH; p. 60

> autonomia é o melhor critério: assegura-lhes o direito de não realizar procedimentos que não considerem adequados, permite que atendam à vontade do paciente de não lhe causar sofrimento inútil, sem excluir a possibilidade de objeção de consciência por parte do medico, caso não esteja de acordo com as escolhas manifestadas.
>
> Ao se concluir pela prevalência da ideia de dignidade como autonomia, na morte com intervenção, deve-se admitir, como escolhas possíveis por parte do paciente – ou seus familiares e responsáveis -, a ortotanásia, a eutanásia e o suicídio assistido.47

A controvérsia da questão reside na disponibilidade ou não da vida frente a ausência de perspectiva da retomada da dignidade, havendo por um lado o entendimento de que a vida será sempre indisponível, e por outro lado o entendimento de que a vida só será indisponível se aliado com a dignidade.

> Tem- se que não se pode privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo. A obstinação em prolongar o mais possível o funcionamento do organismo de pacientes terminais não deve mais encontrar guarida no Estado de Direito, simplesmente, porque o preço dessa obstinação é uma gama indizível de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para os familiares deste. O ser humano tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa. O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer.48

47 BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho; *Bioética e Direitos Fundamentais*; Organizadores: Débora Gozzo e Wilson Ricardo Ligiera; Ed. Saraiva/2012; p. 54 e 55

48 SÁ, Maria de Fátima Freire de; *Direito de Morrer: Eutanásia, Suicídio Assistido*; 2ª ed/2005; Ed. Del Rey/BH; p. 32

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por fim, há que se ressaltar também, que de maneira a contrariar toda essa proteção à vida, nos casos de guerra a vida é deixada de lado, prevalecendo, na maioria dos casos, o interesse financeiro do Estado, assim como elucida Paulo Lúcio Nogueira:

> A luta contra a morte tem sido desenvolvida em diversos campos, principalmente pela medicina, que tudo faz para salvar vidas, mas ainda é impotente diante da morte.
>
> Por outro lado sentimos o desvalor da vida em conflitos armados, na cruel eliminação de crianças inocentes ou mesmo quando criminosos ceifam vidas sem qualquer punição, o que nos leva a ver que o próprio Estado, que deveria tutelar a vida, tem protegido mais o patrimônio material, deixando-a a descoberto para as mais variadas formas de ataque.49

5. CASOS CONCRETOS

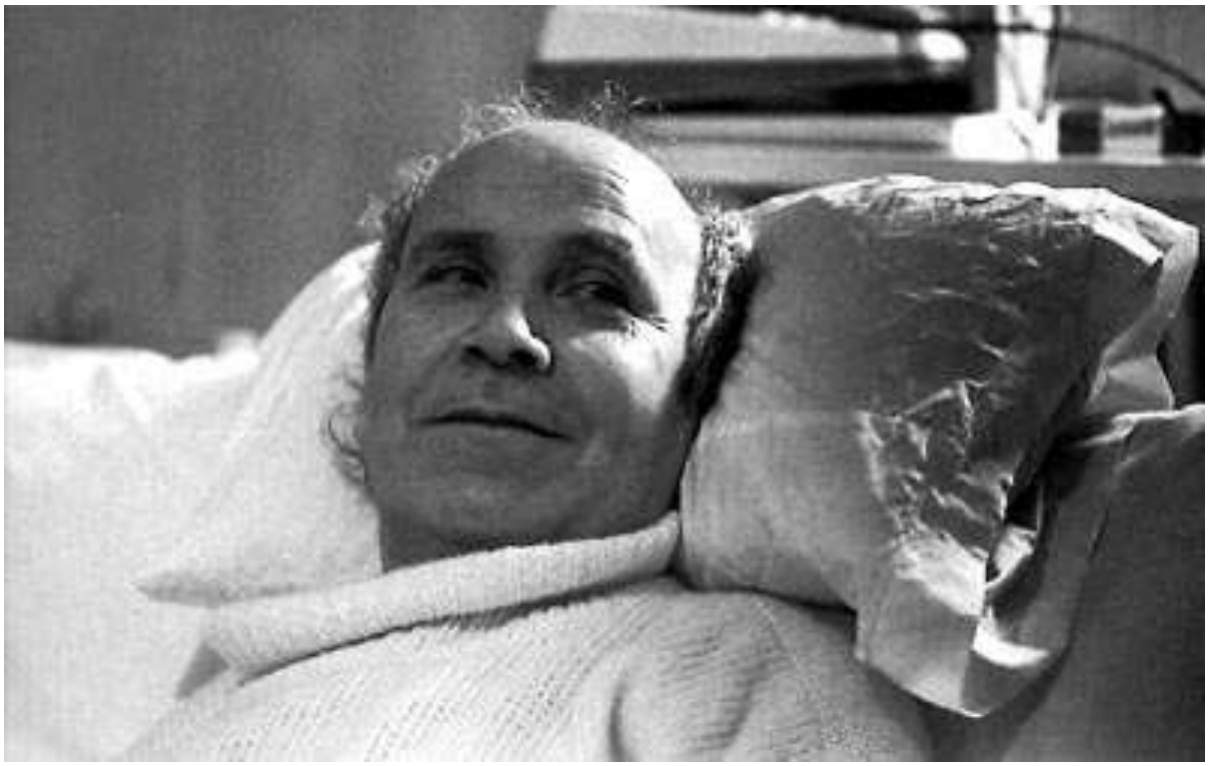
5.1. RAMÓN SAMPEDRO50

Foto 1: Ramón Sampedro

49 NOGUEIRA, Paulo Lúcio; *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio, Violência/Linchamento*; Ed. Saraiva/1995; p. 134

50 Informações retiradas da autobiografia de Ramón Sampedro; "Cartas do inferno"; Ed. Planeta do Brasil, 2005

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454



Fonte: Disponível em: <http://eutanasiap.blogspot.com.br/2009/11/ramon-sampedro-05jan1943-15jan1998.html> . Acesso em: 1 de abril de 2014

Ramón Sampedro nasceu dia 5 de janeiro de 1943 em Xuño, uma pequena província de La Coruña, na Espanha.

Aos 22 anos embarcou como mecânico em um navio mercante norueguês, e com ele percorreu quarenta e nove portos do mundo inteiro.

Em 23 de agosto de 1968, quando contava com 25 anos de idade, Ramón pulou na água de cima de um rochedo no momento em que a maré havia baixado, batendo a cabeça contra a areia, e fraturando a sétima vértebra cervical, resultando na sua tetraplégica.

> Havia mar como pano de fundo. Havia ressaca na costa. Eu estava em pé à beira de um poço natural formado pelos rochedos da praia. Ensimesmado, pensava no encontro daquela noite. A moça ia me apresentar a seus pais. Acho que eu estava começando a me inquietar com a ideia de assumir um compromisso matrimonial. Sem saber como, eu me vi

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> caindo em direção à água. Não havia pulado intencionalmente. Quando estava no ar percebi que a ressaca havia retirado quase toda a água. Não tinha jeito. Na vida nunca podemos voltar atrás. Choquei-me com o mar. Toquei com as duas mãos a areia no fundo, mas a reação não bastou para frear a inércia. Vi a areia. Não era possível evitar o choque da cabeça. Segundo o ângulo em que estava quando entrei na água, o lógico seria bater na areia com o rosto, mas um reflexo instintivo me fez inclinar a cabeça para frente. A cabeça bateu na areia. O corpo quis absorver o tombo, mas a pressão da água impediu. Apenas um estalido, como o ruído de galhos sendo pisados. Uma câibra breve e desagradável percorreu minha espinha dorsal e todo o corpo. Em seguida, nada. A comunicação entre meu cérebro e meu corpo havia sido rompida para sempre. Eu acabara de fraturar a espinha cervical na altura da sétima vértebra51.

Após o acidente, Ramón viveu anos de sua vida sofrendo e lutando pelo direito de morrer, através de reivindicações nos meios de comunicações, e de petições ao judiciário, demandas jurídicas estas que não foram aceitas no Tribunal de Direitos Humanos de Estrasburgo.

Ramón deixa transparecer sua insatisfação com a vida e o desejo de morrer em sua autobiografia, intitulada "Cartas do inferno", título sugestivo, que demonstra o seu sofrimento e sua luta ao longo do ano.

No "Prólogo para 'Cartas do Inferno'", Ramón desabafa e traz ao leitor um panorama geral de toda a sua angustia, sofrimento, indignação e luta, sendo indispensável sua leitura para melhor entender sua escolha pela morte.52 (grifo nosso)

> No dia 23 de agosto de 1968 fraturei o pescoço ao mergulhar em uma praia e bater cm a cabeça na areia. **Desde esse dia sou**

51 SAMPEDRO, Ramón; *Cartas do Inferno*; com Prólogo de Alejandro Amenábar; [tradução: Lea Zylberlicht]; Ed. Planeta/2005; p. 23
52 Ibid., p. 17 a 20

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

uma cabeça viva em um corpo morto. Poderia dizer que sou o espírito falante de um morto.

Se eu fosse um animal, teria recebido um tratamento de acordo com os sentimentos humanos mais nobres. Teriam posto fim à minha vida porque lhes pareceria desumano deixar-me nesse estado pelo resto da vida. Às vezes é um azar ser um macaco degenerado!

Dizem os especialistas em medicina, o que é confirmado por políticos, juízes, juristas e demais castas que se associam a essas para estabelecer o estado desumano do direito e do bem estar – seria mais coerente chamá-lo de desgraça e do mal-estar - , que um tetraplégico é um doente crônico.

Se a linguagem fosse utilizada com precisão, seria menos enganoso afirmar que um tetraplégico é um morto crônico.

Não gosto de fazer o papel de morto crônico nesta comédia do viver para sobreviver em função do burlesco da linguagem técnica.

Considero o tetraplégico como um morto crônico que reside no inferno. Ali – para evitar a loucura – há os que se entretêm pintando, rezando, lendo, respirando ou fazendo algo pelos demais. Há gostos para tudo! Eu me dediquei a escrever cartas. Cartas do inferno.

Que ninguém se esforce por descobrir uma linha metódica nestes escritos. Todos são variações sobre um mesmo tema. Uma única ideia. Uma só paixão.

O que sobretudo me interessa é a liberdade do ser humano e tudo quanto gira ao redor da vida, do amor e da morte. Assim como as três funções que psicologicamente determinam nossa existência, as crenças, o pensamento e a conduta: o prazer, a dor e o temor.

No dia em que a ciência concluiu que era impossível curar-me da paralisia, pensei, com o desespero do animal

apanhado na armadilha infernal de algum cruel caçador, na bondade da morte. A caridade, é claro, começa por si mesmo! Mas parece que esse princípio moral só é compreendido pelos políticos, religiosos, médicos, quando se trata de aumentar seus salários para cobrar o bem que fazem pela humanidade.

No início, você só pensa em se libertar. Há somente duas alternativas: transformar-se em um ser absurdo, ser o que você não quer ser, um habitante do inferno; ou ser coerente com a utopia da vida. Libertar-se da dor, buscar o prazer através da morte. Decidi-me pela libertação, não como algo negativo mas como positivo: procurar algo melhor.

A primeira coisa que meus pais disseram quando lhes falei que queria morrer foi que me preferiam assim, não queriam perder-me para sempre. Não há maneira de escapar, as pessoas não querem tocar nesse assunto. A lei proíbe. E o "eu não sou capaz de lhe prestar a ajuda que me pede!" prevalece como a vontade de uma lei invisível que cerceia a vontade pessoal.

Essa foi a primeira vez que me deparei com o muro impenetrável do paternalismo bem-intencionado. Não quero dizer que meus pais, familiares e amigos não sintam o que afirmaram, o que quero dizer é que não têm o direito de querer que prevaleça o desejo e a vontade deles sobre os meus.

No início de 1990, consigo a colaboração para uma eutanásia discreta. Mas, diante da evidência, manifesta-se o autoritarismo. Então, o que ouço já não é mais: "eu não posso!", "não peça para mim!", mas "eu não quero!", "eu proíbo!".

Recorri, então, aos juízes e sucedeu o seguinte: "eu não sou competente", ou sua petição não foi aceita por falta de formulação adequada. Por fim, se expressou o insulto dos dogmáticos fundamentalistas da crença cega no sofrimento purificador: Covarde! Você quer morrer, morra, mas deixe-nos em paz e não ofenda a Deus!

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Parece que jamais lhes ocorreu pensar que eles, e não eu, são o fracasso da razão.

Em abril de 1993 decidi exigir a eutanásia como um direito pessoal. Nunca havia imaginado que houvesse tanto terror e superstições ocultas. Foi como se todos os néscios da Terra tivessem conspirado para me fazer desistir de seguir esse caminho. De acordo com eles, eu estava errado.

Não tenho outro interesse senão o de mostrar que a intolerância manifestada pelo Estado e pela religião é como uma ideia fixa. Eles são os inimigos naturais da vida e os responsáveis pela destruição do homem como indivíduo.

Um dos colaboradores disse: esse é o nosso fracasso, não soubemos lhe dar um motivo para viver. Algumas pessoas se sentem ofendidas porque você recusa o oferecimento de proteção de seu deus. Outras, porque você despreza suas ciências paliativas e inúteis.

Depois de ter escutado coisas tão absurdas como as que se seguem, só nos resta escrever Cartas do Inferno.

Alguém pergunta, você quer sarar?

Claro que sim, respondo.

Então peça a Deus, se o fizer de verdade vai sarar.

Mas, se Deus já sabe que quero sarar de verdade, por que tenho que pedir?

Alguém diz: eu o aprecio muito. Você acredita em mim?

Sim, mas o que importa se você me aprecia muito ou muitíssimo, e eu também o aprecie, se isso não muda a realidade?

Você desistiu de viver. Isso é negativo, destrutivo, assegura o sabichão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Essa maneira de pensar entre dominante e serviçal é tão ridícula que só um ser absolutamente degenerado pode achar natural esse comportamento humilhante.

Se não fosse por seus defeitos, você não seria o mesmo!

Será que você seria como é se não fosse tetraplégico?

Você pensaria sobre as mesmas coisas?

É claro que não, o indivíduo sempre é ele mais suas circunstâncias. Mas se você necessita da visão, ou da vivência do horror para se elevar e crescer espiritualmente, humanizar-se e ser ética e moralmente superior, olha para si mesmo. Pode ser que você seja incapaz de amar, mas não justifique por causa disso o horror dos demais. Para entender a dor não é necessário vive-la!

Só um carrapato direito que o dever de seu cachorro é o de sofrer!

O auto-engano do ser humano diante da morte levou-o a uma tal atitude irracional que ele a nega racionalmente. O sentido da morte não lhe é ensinado. E a estratégia dominante dos professores se transformou em uma forma de cultura parasitária.

Pode ser que alguém não queira ouvir falar da morte, mas julga que a pessoa, ou as pessoas, que pedem que lhes seja permitido decidir o final de suas vidas, o que estão pedindo em realidade é que lhes demonstrem carinho, só revela que esse alguém é mestre do disfarce ou que está enganando a si mesmo. O que eticamente poderia ser feito seria conceder a casa pessoa a liberdade que pede. Ou seja, peça e lhe será dado. Se ela realiza o que diz desejar, não há auto-engano, e se não o fizer, sim. Essa seria a única forma de não manipular a verdade. Uma forma de não criar infernos onde a única liberdade que resta é a de escrever cartas, que podem ser dramáticas e aterrorizantes ou otimistas e de auto-engano. E

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

assim o condenado se distrai pensando que no inferno, apesar de tudo, não se passa tão mal.

Ramón por várias vezes recorreu a justiça pleiteando o direito de uma morte digna, mas todas as tentativas foram infrutíferas.

> Farto de condescender com tanta hipocrisia e mesquinhez, decidi levar o caso para os tribunais de justiça para que me dissessem se a pessoa que me prestar ajuda deverá ser castigada. Rejeitaram meu pedido por causa de um erro de procedimento, tanto na Espanha, como no Tribunal de Direito Humanos. Agora meu pedido está sendo julgado de novo no tribunal de primeira instância da La Coruña – o erro de procedimento era: que o pedido havia sido apresentado em Barcelona e não em La Coruña.53
>
> Em abril de 1993 recorri diante dos tribunais de justiça com uma demanda formalmente apresentada por meu advogado don Jorge Arroyo Martínez que, em síntese, perguntava se a pessoa que me prestasse ajuda deveria ser sancionada judicialmente, uma vez que o faria sabendo que era com a finalidade de provocar voluntária e livremente a minha morte. 54
>
> Eu pergunto (ei) aos juízes espanhóis se seria justo castigar de maneira penal a pessoa que viesse a me prestar ajuda para morrer. Os juízes respondem com subterfúgios burocráticos de falta de formulação adequada, e os legisladores políticos com códigos ameaçadores. O papa e seus bispos com o castigo da condenação eterna.
>
> O Tribunal de Direitos Humanos, em vez de responder se o que eu perguntava se conciliava ou não com um direito pessoal – e humano -, também lava sua mãos apoiando-se na falta de

53 SAMPEDRO, Ramón; *Cartas do Inferno*; com Prólogo de Alejandro Amenábar; [tradução: Lea Zylberlicht]; Ed. Planeta/2005; p. 30
54 Ibid.; p. 235

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> formulação adequada. As vias jurisdicionais, dizem eles, não se esgotam no país de origem.55

Inconformado com as decisões desfavoráveis, Ramón escreveu várias cartas dirigidas às autoridades judiciais demonstrando sua insatisfação com a justiça.

> Um dia recorri a vocês para pedir liberdade. Para pedir o direito de reinar dentro de mim mesmo. Para ser meu próprio pastor, meu juiz e meu médico. Vocês me responderam com códigos para que eu olhasse através de seus olhos, para que pensasse e sentisse com seus sentidos. Disseram que faziam isso em nome da vida como um valor superior. Eu também o faço em nome da vida, mas antes de tudo em nome da dignidade e da liberdade do homem.56

> Querido ministro, legisle para a liberdade do homem e para o bem da vida. Pense que, para o ser humano, a astúcia, o engano, ou qualquer outra maneira de adquirir vantagem para poder dominar o outro lhe parece mais atraente do que uma justiça ética e universal. Sempre há alguém que nos oferece sua proteção com a condição de lhe entregarmos nossa vontade. O absurdo começa quando o indivíduo não quer proteção e é obrigado a ser protegido.57

> É um grave erro negar a uma pessoa o direito de dispor de sua vida, porque isso significa lhe negar o direito de corrigir o erro da dor irracional. Como bem disseram os juízes da Audiência de Barcelona: viver é um direito mas não uma obrigação. No entanto, não o corrigiram, nem ninguém parece ser responsável por corrigi-lo.

> Aqueles que manipulam o direito como o protetor indiscutível da vida humana, considerando-a como algo abstrato acima da vontade pessoal, sem exceção alguma, são os mais imorais. Poderão se disfarçar de mestres em filosofias jurídicas, médicas,

55 Ibid.; p. 241
56 Ibid.; pág. 251
57 Ibid.; pág. 256

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> políticas ou meta-físico-teológicas, mas desde o instante em que justificam o absurdo se transformam em hipócritas.
>
> A razão pode entender a imoralidade, mas nunca pode justifica-la. Quando o direito à vida se impõe como um dever. Quando é penalizado o direito para se libertar da dor absurda que implica a existência de uma vida absolutamente deteriorada, o direito se transformou em absurdo, e as vontades pessoais que o fundamentam, ditam as normas e o impõem, em umas tiranias.
>
> (...) Justificar sofrimentos irremediáveis em função dos interesses de alguém que não seja o desafortunado ser humano que os padece significa criar o inferno para que diabos e diabinhos desfrutem com o espetáculo dos condenados, enquanto filosofam com gravidade sobre o sentido da dor.58
>
> Meu único propósito é defender minha dignidade pessoal e liberdade de consciência, não por capricho, mas porque as valorizo e considero um princípio de justiça universal. Com uma sentença favorável, talvez não se obrigasse outro ser humano a sobreviver como tetraplégico, quando não fosse essa a sua vontade. Minha luta teria sentido se a justiça me concedesse o bem que reclamo para mim; se não for assim, todo esse esforço que alguns dizem que poderia dar sentido à minha vida seria estéril.59

Cansado de ter seus pedidos negados, e não suportando mais viver, após cerca de 30 anos do acidente que resultou na sua tetraplegia, em 1998, em segredo e com ajuda de sua amiga Ramona Maneiro e outros, Ramón Sampedro finalmente colocou fim a sua vida após a ingestão de cianeto, ato este que ficou registrado em fita de vídeo.

Ramona Maneiro, sete anos após os acontecimentos, confessou ter auxiliado Ramón no seu suicídio e contou como se sucedeu:

58 Ibid.; págs. 236 e 237
59 Ibid.; pág. 238

> Em entrevista a um programa de televisão, a mulher de 44 anos assumiu ter sido ela quem administrou a Sampedro uma solução de água com cianeto, provocando a sua morte. 'Esmaguei uma aspirina e coloquei o pó num dos pratos da balança, no outro pus igual quantidade cianeto, deitei a quantidade de água que ele me pediu num copo e coloquei uma palhinha', explicou. Antes que o amigo bebesse o preparado, Ramona, que afirma ter atuado "por amor", ligou a câmara de vídeo para as últimas palavras do tetraplégico, assumindo o ato de livre vontade, ficassem registradas.60

Momentos antes de morrer, Ramón escreveu a seguinte carta para a família:

> Querida família:
>
> Quando vocês lerem esta carta espero estar dormindo para sempre.
>
> Também espero que entendam que isso era o que eu queria havia muito anos, e peço que façam o possível para que pareça uma morte natural.
>
> A pessoa para quem pedi o favor de colocar as pílulas para dormir no frasco de sal de frutas foi uma criança que estava por aqui, mas não era consciente do que estava fazendo.
>
> Se vocês lembram, havia um frasco quase vazia com um pouco de sal de frutas. Nele pedi que fossem colocadas as pílulas para dormir e as deixei ali por um certo tempo para que ninguém pudesse saber quem foi. Depois, toma-las foi coisa fácil: ao último que ficou comigo para virar-me ou para ver TV, antes de ir dormir, pedi um copo com água com um pouco de sal de frutas, e essa pessoa me deu, sem saber, o conteúdo das pílulas para dormir.

60 Augusto, Márcia. *Amiga de Ramón Sampedro conta como o ajudou a morrer.* Diário de Notícias. 14 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=605987>. Acesso em: 30 de maio de 2014

Por isso lhes peço que não façam perguntas a ninguém. Chamem meu médico, Carlos Peón. Se ele confirmar que foi morte natural, destruam esta carta e nada mais, mas, se por qualquer motivo quiserem me fazer autópsia, então mostrem esta carta. Creio que serão suficientemente honrados para não colocá-los em um processo absurdo!

Repito que o melhor que vocês podem fazer é não dizer para ninguém que tomei uma dose excessiva de soníferos, porque a primeira coisa que as pessoas perguntarão é... quem os deu?

E por mias que vocês digam a verdade, e ainda que não haja nenhuma denúncia, as más línguas, as pessoas mesquinhas para as quais só interessam os mexericos e caluniar, vão dizer que foram vocês que me deram as pílulas, ou outras calúnias piores.

Eu gostaria que o fim do meu convívio com vocês fosse de outra maneira. Preferiria contar com a colaboração de vocês. Despedir-me de todos, como quem sai para uma longa viagem, ou como se fosse navegar ou emigrar – já que a morte é isso, um sonho ou uma longa viagem.

Mas nunca confiei. Sempre tive medo de que, se pedisse para alguém que me fizesse o que fez a inocência de uma criança, isto acabasse – como acabam todos os segredos – sendo conhecido por todo mundo, ou seja, um segredo público.

Espero que quando se lembrarem de mim em uma conversa familiar, e se perguntarem os motivos, ou o porquê, nunca lhes ocorra que – talvez – isso aconteceu porque não me senti bem tratado. Não é isso!

Não é possível dar mais apoio, mais respeito, amor, carinho e calor humano solidária a ninguém. Quer dizer, não se pode fazer nada mais do que vocês fizeram por mim.

Mas o que não podemos dar a ninguém, por mais que queiramos, é a esperança. Essa só nasce no âmago de nós

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mesmos. Eu perdi a minha no dia em que me disseram que não havia mais nada a fazer para me curar.

A vida tem que ter um sentido. E tem sentido enquanto esperamos algo. Quase nunca – ou nunca – sabemos o quê, mas enquanto dispomos de um corpo sensível e vivo que nos dá o movimento, sempre teremos essa sensação de poder ir de um horizonte a outro, em busca desse algo indefinido e maravilhoso que nos libertará da rotina e do cansaço monótono de lutar pra viver de uma maneira normal.

Viver é como jogar na loteria. Se pensarmos bem, sabemos que as possibilidades de alcançar a felicidade que queremos são de uma em um milhão, dez ou vinte, mas continuamos a jogar porque há uma possibilidade. Resta um lugar para a esperança. Mas se ficamos sem o corpo, é como se ficássemos com a esperança insuficiente de poder ganhar um prêmio miserável, mas nunca um importante. Existem os que querem jogar dessa maneira, mas eu não. Eu quero jogar a loteria proibida, a da morte. Quem sabe além da vida haja outra loteria, e se jogarmos essa talvez possamos conseguir um dos prêmios importantes. Há uma esperança na incerteza!

Quando inicie os trâmites para pedir, pelo caminho judicial, o direito a uma morte voluntária, todos simplificavam o assunto com a frase: Parece que você quer morrer!

Ninguém quer morrer, mas se nos encontramos em uma encruzilhada e já conhecemos o horror que é um dos caminhos, o mais lógico será seguir pelo outro, porque, ainda que não conheçamos, temos a esperança de que possa ser melhor.

Foi isso que decidi: o caminho que me esperava era – como foi até aqui – horrível. Então decidi seguir pelo outro.

Levo uma bela lembrança de vocês, e espero que conservem uma igual de mim.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Se me querem bem – e eu sei que sim – devem ficar contentes em vez de tristes, pois por fim terminou meu pesadelo depois de tantos anos.
>
> Morrer nada mais é do que se deitar para dormir num longo sono. Que cada um de vocês seja feliz no resto do caminho que lhes resta pela frente. Com paciência, serenidade e o ânimo alegre, tenho certeza de que será assim.
>
> Vale a pena viver enquanto podemos nos servir dela por nós mesmos: quando não puder ser assim, é melhor termina-la, pois continuar não tem sentido. Essa possibilidade deveria ser um ato de liberdade pessoal, deveria ser mais fácil conseguir ajuda quando dela necessitamos. Isso também seria uma forma de amor!
>
> Perdoem-me por ir embora sem me despedir.
>
> Às vezes demonstramos mais amor por uma pessoa quando lhe oferecemos ajuda para morrer e não para viver.
>
> Amei-os o melhor que pude e soube. Todos vocês me quiseram do mesmo modo. Só posso lhes pagar com a maior mostra de gratidão: morrendo. E vocês, respeitando a minha vontade.61

Em 2004, foi lançado o filme "Mar Adentro", dirigido por Alejandro Amenábar, baseado na vida de Ramón Sampedro.

5.2. TONY NICKLINSON

Foto 2: Tony Nicklinson

61 SAMPEDRO, Ramón; *Cartas do Inferno*; com Prólogo de Alejandro Amenábar; [tradução: Lea Zylberlicht]; Ed. Planeta/2005; p. 275 a 278

Fonte: Disponível em: <http://www.theguardian.com/society/2012/mar/12/right-to-die-no-dignity>. Acesso em: 1 de abril de 2014

Tony Nicklinson, britânico, formado em engenharia civil, após sofrer um AVC (acidente vascular cerebral) em 2005, durante uma viagem a trabalho em Atenas, desenvolveu a "síndrome do encarceramento", em que ficou paralisado do ombro para baixo, e incapaz de falar62.

> SÍNDROME DO ENCARCERAMENTO (LOCKED-IN) Condição rara na qual uma pessoa permanece consciente, com as funções cognitivas intactas, mas tem seu corpo todo paralisado e só consegue se comunicar por meio dos olhos abrindo e fechando as pálpebras. Pode ser causada por acidentes

62 BURNS, John F.. *Briton who fought for assisted suicide is dead*. New York Times. 22 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/08/23/world/europe/tony-nicklinson-who-fought-for-assisted-suicide-is-dead.html?_r=0>. Acesso em: 30 de maio de 2014

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> vasculares cerebrais (AVCs) que atinjam o tronco cerebral (que liga o cérebro à medula) sem, contudo, afetar o cérebro.63

Tony se comunicava através de um sistema que permite escrever mensagens em uma tela de computador piscando os olhos.

Aos 56 anos, Tony ingressou com um processo, pleiteando uma autorização para que sua esposa pudesse ajudá-lo a morrer, ministrando um dose letal de remédios, sem que ela respondesse por homicídio.64

Tony declarou que dependia das pessoas para tudo, que não lhe restava mais privacidade e dignidade, que estava de saco cheio de sua vida, e que se pudesse voltar no tempo, não teria chamado a ambulância, deixando que a natureza seguisse seu curso.

> Em seu depoimento de testemunha, Nicklinson declarou: "Sou um homem de 56 anos de idade, que sofreu um derrame catastrófico em junho de 2005, durante uma viagem de negócios a Atenas, Grécia".
>
> "Fiquei paralisado do pescoço para baixo, sem poder falar. Preciso de ajuda em quase todos os aspectos da minha vida."
>
> "Não posso me coçar. Não posso assoar o nariz se ele estiver entupido e só posso comer quando me alimentam como a um bebê. Mas, ao contrário de um bebê, eu não vou evoluir".
>
> "Não me resta privacidade ou dignidade. Sou lavado, vestido e colocado na cama por enfermeiros que são, apesar de tudo, estranhos"
>
> "Estou de saco cheio da minha vida e não quero passar os próximos 20 anos, ou o que seja, assim. Sou grato pelos médicos que salvaram minha vida em Atenas? Não, não sou."

63 *Britânico que lutava pela eutanásia morre de causas naturais*. Veja. 22 de agosto de 2012. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/britanico-que-lutava-pela-eutanasia-morre-de-causas-naturais>. Acesso em: 30 de maio de 2014

64 *Britânico paralítico busca na Justiça direito de morrer.* Estadão. 20 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,britanico-paralitico-busca-na-justica-direito-de-morrer,583589,0.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2014

> "Se pudesse voltar no tempo, e soubesse o que sei agora, não teria chamado a ambulância e teria deixado que a natureza seguisse seu curso".65

Seu pedido foi negado sob o argumento de que o judiciário deve seguir alei vigente, cabendo apenas ao Parlamento alterar a legislação para permitir a assistência ao suicídio. Deste modo, aquele que ajudasse Tony a morrer, responderia por assassinato.

> "Uma decisão que acatasse o pedido dele teria consequências muito maiores do que apenas no caso específico. Para fazer o que Tony quer, o tribunal estaria promovendo uma grande alteração na lei", disse o juiz.
>
> "Não cabe ao tribunal decidir se a lei sobre morte assistida deve ser mudada e, se for, quais salvaguardas deveriam ser adotadas."66

Chateado com a decisão do judiciário, Tony Nicklinson desabafa:

> "Pensei que se o tribunal me visse como estou, totalmente miserável em minha vida, sem poderes para fazer nada a respeito por causa da minha incapacidade, os juízes então aceitariam o meu argumento de que não quero continuar e de que eu tenho o direito a uma morte digna", disse.
>
> "Fico triste que a lei me condene a uma vida de indignidade e miséria crescentes".67

65 *Britânico paralítico busca na Justiça direito de morrer*. Estadão. 20 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,britanico-paralitico-busca-na-justica-direito-de-morrer,583589,0.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2014

66 *Britânico com suicídio negado vai recorrer, mas considera parar de comer*. UOL. 17 de agosto de 2012. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2012/08/17/britanico-com-suicidio-assistido-negado-vai-recorrer-mas-considera-parar-de-comer.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2014

67 Britânico com suicídio negado vai recorrer, mas considera parar de comer. UOL. 17 de agosto de 2012. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2012/08/17/britanico-com-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Aos 22 de agosto de 2012, seis dias após a decisão judicial, Tony Nicklinson faleceu de causas naturais, segundo informou a família.

Após o falecimento, a família divulgou a seguinte mensagem no Twitter: "Antes de morrer, ele pediu que nós escrevêssemos: 'Adeus mundo, a hora chegou, eu tive alguma diversão'. Obrigado pelo apoio ao longo dos anos. Nós gostaríamos de alguma privacidade neste momento difícil. Com amor, Jane, Lauren e Beth".68

5.3. JACK KEVORKIAN69

Foto 3: Jack Kevorkian e sua máquina do suicídio

Fonte: Disponível em: < http://www.economist.com/node/18802492>. Acesso em: 1 de abril de 2014

suicidio-assistido-negado-vai-recorrer-mas-considera-parar-de-comer.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2014

68 Britânico que lutava pela eutanásia morre de causas naturais. Veja. 22 de agosto de 2012. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/britanico-que-lutava-pela-eutanasia-morre-de-causas-naturais>. Acesso em: 30 de maio de 2014

69 Informações retiradas de: *Jack Kevorkian*. The Biography Channel website. Disponível em: <http://www.biography.com/people/jack-kevorkian-9364141?page=5>. Acesso em: 30 de maio de 2014

Murad Kevorkian, que depois passou a ser conhecido como “Jack”, nasceu em 26 de maio de 1928, na cidade de Pontiac, Michigan, nos Estados Unidos, sendo o segundo, de três filhos.

Satenig Kevorkian, pai de Jack, fugiu do Holocausto na Armênia, logo após a primeira Guerra Mundial, se refugiando na casa de parentes em Paris, e seguindo para Michigan com o seu irmão, aonde conheceu Levon, mãe de Jack, com quem constituiu sua família.

Os pais de Jack eram muito religiosos, e se empenhavam em fazer com que os filhos seguissem as regras do cristianismo. No entanto, Jack sempre questionava a existência de Deus e argumentava que se houvesse um Deus capaz de fazer seu filho andar sobre as águas, ele também seria capaz de impedir o massacre turco que acabou com toda a sua família.

Aos 12 anos, percebendo que não encontraria razões para acreditar na existência de Deus, parou de frequentar a igreja.

Ele tinha um bom desempenho escolar, adorava arte, desenhava, pintava e tocava piano.

Na escola sempre questionava os professores, transformando-os em debates árduos. Sua inteligência e arrogância foram obstáculos na sua vida social, tendo dificuldades em fazer amizades, afastando também a ideia de relacionamentos amorosos.

No sexto ano foi promovido para o Colégio Eastern Junior High School, aprendendo neste tempo, sozinho, a língua alemã e japonesa. Se formou “com mérito” em 1945, com apenas 17 anos, no Colégio Pontiac High School.

Foi aceito na Universidade de Michigan (University of Michigan College of Engineering), aonde começou seus estudos de engenharia civil. No entanto, ainda no primeiro ano ficou entediado com o curso e passou a dedicar-se a biologia e botânica.

Formou-se em 1952 em medicina, e, logo em seguida, começou a cursar especialização em patologia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, em 1953, teve sua carreira interrompida com a guerra na Coréia, em que serviu 15 meses como médico do exército, e depois terminou o serviço no Colorado.

No período da residência, Jack fascinado pelo tema "morte", visitava a ala dos pacientes terminais, fotografando-os, com o intuito de detectar o momento exato da morte, diferenciando de simples desmaios, ou coma, para evitar tentativas desnecessárias de reanimação do paciente.

Sua paixão pelo tema "morte", fez com que seus colegas lhe dessem o apelido de "Dr. Morte".

Em 1958, inspirado no modelo grego, apresentou um projeto à Associação Americana de Ciência Avançada (American Association for the Advancement of Science) para experimentos com os presos que estavam no corredor da morte.

Suas ideias nada ortodoxas ganharam espaço na mídia e acabou resultando na sua expulsão da universidade.

Ele continuou a residência no Pontiac General Hospital, aonde começou uma nova pesquisa polêmica.

Após ouvir falar sobre uma equipe médica russa que havia transferido sangue de um cadáver para pacientes vivos, Kevorkian, com a ajuda do médico tecnólogo Neal Nicol, começou a simular essa mesma experiência, obtendo sucesso nos resultados.

Kevorkian acreditava que este método poderia salvar vidas nas batalhas, podendo utilizar para transfusão de sangue, na falta de banco, sangue de cadáveres. Chegou, inclusive a propor esta ideia ao Pentágono, para que usassem este método no Vietnam, mas foi negado uma concessão federal de continuidade de suas pesquisas.

Durante anos Kervokian trabalhou de hospital em hospital, e tentou abrir sua própria clínica, sem sucesso, experimentando o desemprego durante grande tempo de sua carreira.

Durante todo o período escrevia artigos e folhetos sobre a filosofia da morte e em 1985 voltou a escrever sobre sua proposta de experimentos médicos em detentos que se encontravam no corredor da morte e da doação de seus órgãos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesta época, soube que médicos na Holanda estavam ajudando pacientes a morrer através da aplicação de uma injeção letal, passando a focar seus novos artigos nos benefícios da eutanásia e na assistência ao suicídio.

Para colocar em prática a assistência ao suicídio, Jack Kevorkian criou a "máquina da morte", a qual deu o nome grego de "Thanatron", em que consistia em três frascos que possuíam: solução de salina, analgésicos e uma dose fatal de veneno (cloreto de potássio), a qual o paciente apertando um botão liberava as substâncias, que entravam em seu organismo através de uma agulha que o próprio Jack havia colocado em seu braço, levando a sua morte.

Jack passou a ser nacionalmente conhecido quando, em 1990, assistiu ao suicídio de Janet Adkins, paciente de 45 anos que sofria de Alzheimer, através de sua máquina, "Thanatron", dentro de sua Van Volkswagen em um parque.

Em entrevista ao jornal "The New York Time", relatou o procedimento e falou sobre seus objetivos e ideais.70

70 BELKIN, Lisa. Doctor Tells of First Death Using His Suicide Device. New York Time. 6 de junho de 1990. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1990/06/06/us/doctor-tells-of-first-death-using-his-suicide-device.html?action=click&module=Search&region=searchResults&src=pm&pagewanted=2>. Acesso em: 30 de maio de 2014

"My ultimate aim is to make euthanasia a positive experience. I'm trying to knock the medical profession into accepting its responsibilities, and those responsibilities include assisting their patients with death."

"Just before she died, Dr. Kevorkian said, ''she looked at me with grateful eyes and said, 'Thank you, thank you, thank you.'"

"The doctor said he inserted an intravenous tube in Mrs. Adkins's arm and dripped harmless saline solution through it. Mrs. Adkins then pressed a button that stopped the saline and replaced it with thiopental, which caused unconsciousness, he said. After a minute, the machine switched solutions again, to potassium chloride, which stopped the heart and brought death within minutes."

"Will It Encourage Suicide? Dr. Kevorkian said the existence of his device would not encourage people to commit suicide. ''They already do that,'' he said. ''They jump out of buildings, they blow their brains out, they drink lye. Is that better?''

"He said he believes the existence of what he calls a ''painless, dignified alternative'' might actually keep people from killing themselves."

''They do that because they panic and they want to do it because they might not be able to if they become incapacitated,'' he said. ''If they knew they had an out for as long as they wanted maybe they would wait a little longer.''

"He said his only regret was that Mrs. Adkins's organs could not be donated because her body remained in the van for several hours before being taken to a hospital."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"Meu objetivo é fazer da eutanásia uma experiência positiva. Estou tentando fazer com que os profissionais da medicina aceitem suas responsabilidades, que incluem a assistência dos pacientes com a morte"

(...)

Pouco antes dela morrer, Dr. Kevorkian falou, "ela olhou para mim com um olhar de gratidão, e falou: 'Obrigada, obrigada, obrigada'".

(...)

O doutor falou que inseriu um tubo intravenoso no braço da Sra. Adkin's e introduziu uma solução de salina inofensiva através dele. A Sra. Adkins pressionou o botão que interrompeu a salina e substituiu-o com tiopentanol, que causou sua inconsciência. Depois de alguns minutos, a máquina altera de solução novamente, para o cloreto de potássio, que paralisa o coração e leva a morte em poucos minutos.

(...)

Isto encorajará o suicídio? Dr. Kevorkian diz que não encorajará as pessoas a cometerem o suicídio. "Eles já fazem isso", ele falou, "Eles pulam de prédios, estouram seus cérebros, bebem soda cáustica. Isto é melhor?"

Ele falou que acredita que a existência de "uma alternativa digna, sem sofrimento", na realidade, deve deter as pessoas de se matarem.

"Eles fazem isto porque estão em pânico, e eles querem fazer, porque provavelmente não conseguiram se ficaram incapazes", ele diz, "Se eles soubessem que tem esta alternativa, esperariam mais."

(...)

> Ele falou que o único arrependimento dele é que os órgão da Sra. Adkins não puderam ser doados, porque seu corpo ficou por horas na van até ser levada ao hospital.

Jack foi acusado por assassinato de primeiro grau, mas a denúncia foi rejeitada por falta de previsão legal no Estado de Michigan.71

No início de 1991, um juiz de Michigan deu uma liminar proibindo Kevorkian de utilizar sua máquina. No mesmo ano, Michigan suspendeu sua licença médica. Isto não impediu que que Jack continuasse a auxiliar nos suicídios de seus pacientes. No entanto, impedindo de conseguir os medicamentos necessários para o Thanatron, Kevorkian criou uma nova máquina, "Mercitron", que liberava monóxido de carbono por uma máscara de gás.72

No ano de 1993, em uma tentativa de parar Jack, foi editado uma lei que proibia a assistência ao suicídio. Como resultado, Jack foi preso duas vezes naquele ano, mas foi liberado sob o argumento de seu advogado de que ninguém pode ser considerado culpado por administrar medicamento com a intenção de aliviar a dor e o sofrimento do paciente, mesmo que isso aumente o risco de vida da pessoa.

Kevorkian foi processado no total de quatro vezes, tendo sido assistido pelo advogado Geoffrey Fieger, sendo absolvido em três deles, e tendo sido o quarto julgamento anulado no quarto por vícios processuais.

---

71 *Michigan Court Bars Doctor From Using His Suicide Machine*. New York Time. 6 de fevereiro de 1991. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1991/02/06/us/michigan-court-bars-doctor-from-using-his-suicide-machine.html?action=click&module=Search&region=searchResults%234&version=&url=http%3A%2F%2Fquery.nytimes.com%2Fsearch%2Fsitesearch%2F%23%2Fjack%2Bkevorkian%2Fsince1851%2Fallresults%2F5%2Fallauthors%2Foldest%2F>. Acesso em: 30 de maio de 2014
"Dr. Kevorkian was charged in December with first-degree murder in the woman's death, but Judge Gerald McNally of District Court in the City of Clarkston dismissed the charge because Michigan has no law against assisted suicide."

72 WILKERSON, Isabel. *Suicide Doctor Tests Law, Stays With Man Who Dies*. New York Time. 17 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1993/05/17/us/suicide-doctor-tests-law-stays-with-man-who-dies.html?action=click&module=Search&region=searchResults%236&version=&url=http%3A%2F%2Fquery.nytimes.com%2Fsearch%2Fsitesearch%2F%3Faction%3Dclick%26region%3DMasthead%26pgtype%3DHomepage%26module%3DSearchSubmit%26contentCollection%3DHomepage%26t%3Dqry600%23%2Fjack%2Bkevorkian%2Fsince1851%2Fallresults%2F7%2Fallauthors%2Foldest%2F>. Acesso em: 30 de maio de 2014

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em 1998, o Estado de Michigan editou uma nova lei que previa tipificou o suicídio assistido como crime doloso, punido com pena máximo de 5 ano ou multa de $10.000,00 (dez mil dólares).

Kevorkian continuou assistindo suicídios e sendo perseguido pela corte do Estado de Michigan, até que em 1998, Jack deu uma fite de vídeo ao canal de televisão CBS, para que fosse transmitido no programa "60 Minutes", em que ele aplicava uma injeção letal em Thomas Youk, que sofria da doença Lou Gehrig (esclerose lateral amiotrófica), que o impedia de realizar os atos de execução por ele mesmo73.

Jack foi acusado de homicídio de segunda grau, e foi condenado a uma pena de 10 a 25 anos de prisão.

Na sessão julgamento a juíza Jessica Cooper ao condenar Jack, de acordo com a decisão do Júri, fundamentou dizendo que os atos praticados por ele se enquadram na descrição da figura do homicídio, e que o problema não é sua opinião sobre a eutanásia ou suicídio assistido, mas a forma com que ele buscou impor seu posicionamento, agindo fora da lei.

> "Este julgamento não era sobre o politicamente correto e a moral da eutanásia. É sobre você. Sobre a ilegalidade."
>
> "Você teve a audácia de ir em televisão nacional, mostrar para o mundo o que você fez e desafiar o sistema legal a te parar.
>
> Muito bem, considere-se parado."
>
> A juíza Cooper falou ao dr. Kevorkian que independentemente do seu posicionamento sobre a eutanásia, ele deveria seguir as regras de uma sociedade democrática.

73 JAMES, Caryn. *Critic´s notebook; '60 Minutes', Kevorkian and a death for the cameras*. New York Time. 23 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1998/11/23/us/critic-s-notebook-60-minutes-kevorkian-and-a-death-for-the-cameras.html?action=click&module=Search&region=searchResults%2316&version=&url=http%3A%2F%2Fquery.nytimes.com%2Fsearch%2Fsitesearch%2F%3Faction%3Dclick%26region%3DMasthead%26pgtype%3DHomepage%26module%3DSearchSubmit%26contentCollection%3DHomepage%26t%3Dqry600%23%2Fjack%2Bkevorkian%2Fsince1851%2Fallresults%2F17%2Fallauthors%2Foldest%2F>. Acesso em: 30 de maio de 2014

> "Nós somos uma nação de leis. Nós temos um sistema civilizado e não violento de resolver conflitos. Você pode criticar a lei. Pode se queixar. Pode argumentar sobre isto. Pode assim pedir aos eleitores. Mas, você não pode tomar a lei em suas próprias mãos."

> "Quando você propositalmente injetou uma substancia que você sabia letal em outro ser humano, isto, meu caro, é homicídio."74

Os parentes de Thomas Youk ficaram indignados com a decisão e disseram palavras de protesto:

> A Sra. Youk disse que seu marido "estaria muito agoniado em saber que o homem que trouxe paz a seu fim, estaria agora sofrendo por sua causa".

74 JOHNSON, Dirk. *Kevorkian Sentenced to 10 to 25 Years in Prison*. New York Time. 14 de abril de 199. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1999/04/14/us/kevorkian-sentenced-to--to-25-years-in-prison.html?action=click&module=Search&region=searchResults%2318&version=&url=http%3A%2F%2Fquery.nytimes.com%2Fsearch%2Fsitesearch%2F%3Faction%3Dclick%26region%3DMasthead%26pgtype%3DHomepage%26module%3DSearchSubmit%26contentCollection%3DHomepage%26t%3Dqry600%23%2Fjack%2Bkevorkian%2Fsince1851%2Fallresults%2F19%2Fallauthors%2Foldest%2F>. Acesso em: 30 de maio de 2014

''This trial was not about the political or moral correctness of euthanasia,'' the judge said. ''It was about you, sir. It was about lawlessness.''

''You had the audacity to go on national television, show the world what you did and dare the legal system to stop you.

''Well, sir, consider yourself stopped.''

"Judge Cooper told Dr. Kevorkian that whatever his views on euthanasia, he must follow the rules of a democratic society."

''We are a nation of laws,'' she said. ''We have a civilized and nonviolent way of resolving conflict. You can criticize the law. You can gripe. You can lecture. You can petition the voters. But you may not take the law into your own hands.''

''When you purposely inject another human being with what you know is a lethal dose, that, sir, is murder.''

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ela falou que o Sr. Youk, antes de entrar em contato com o Dr. Jack tinha decidiu acabar com a sua vida. "Eu fiquei arrasada". Mas, ela tinha se curvado ao desejo de seu marido.

Sr. Youk havia tentado uma série de medicamentos e terapias experimentais, ela disse, mas ele havia perdido todo a utilidade de seu corpo. "Meu marido teve o fim que ele havia escolhido. Ele não estava deprimido. Ele não era vítima"

Terrence Youk, irmão de Tomas, falou que tinha achado a sentença "escandalosa, mas não surpreendente".

Na corte, o Sr. Youk pediu ao juiz para mostrar clemencia ao Dr. Kevorkian, e acusou os promotores de serem "desonestos" em fazer de seu irmão falecido, uma vítima do Doutor.

"Tom lutou de maneira corajosa e inspiradora". Mas, ele afirmou que seu irmão tinha "virado prisioneiro do seu próprio corpo".

Ele disse que seu irmão teria espasmos de engasgar com a própria saliva. "Ele foi pego do inferno", disse com voz tremula.

Ele disse que seu irmão havia decidiu morrer "de forma estável, e de um ponto de vista bem informado".

Ele disse que seu irmão regularmente lamentava que ele não gostaria de morrer, mas não podia mais continuar vivendo.

Terrence Youk acusou os promotores de hipócritas.

"Por que os procuradores não me denunciam por conspirar para o cometimento do homicídio?", insinuou, dizendo que foi ele que escreveu a carta do seu irmão para o Dr. Kevorkian e marcou a reunião inicial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Ele disse que a intenção de seu irmão estava bem clara. “Esta a decisão foi dele e de ninguém mais.” “História nos julgará pela falta de discernimento e compaixão.” 75

No dia 1 de Junho de 2007, depois de um pouco mais de 8 anos de prisão, Jack foi libertado, prometendo não mais assistir suicídios.

Em março, anunciou planos para concorrer ao Congresso Nacional como representante de Michigan, o qual não ganhou, recebendo apenas 2,6% dos votos.

Em 2010 a HBO anunciou a produção de um filme sobre a vida de Kevorkian, “You don’t know Jack” (Você não conhece Jack).

75JOHNSON, Dirk. *Kevorkian Sentenced to 10 to 25 Years in Prison*. New York Time. 14 de abril de 1999. Disponível em: < http://www.nytimes.com/1999/04/14/us/kevorkian-sentenced-to-10-to-25-years-in-prison.html?action=click&module=Search&region=searchResults%2318&version=&url=http%3A%2F%2Fquery.nytimes.com%2Fsearch%2Fsitesearch%2F%3Faction%3Dclick%26region%3DMasthead%26pgtype%3DHomepage%26module%3DSearchSubmit%26contentCollection%3DHomepage%26t%3Dqry600%23%2Fjack%2Bkevorkian%2Fsince1851%2Fallresults%2F19%2Fallauthors%2Foldest%2F>. Acesso em: 30 de maio de 2014

“Saying that she wished she had been able to speak atthetrial, Mrs. Youk said that her husband ''would be greatly distressed that the man who brought him peace at the end would now suffer on his account.''

“She said Mr. Youk, an accountant who worked on vintage cars as a hobby, had decided before contacting the doctor that he wished to end his life. ''I was crushed, ''she said. But she said she had bent to her husband's wishes.”

“Mr. Youk had tried several experimental drugs and therapies, she said, but he had virtually lost all use of his body. ''My husband had come to the end of his life as he chose it,'' she said. ''He wasnotdepressed. He was not a victim.''

“Terrence Youk, a brother of Thomas, said that he found the sentence ''outrageous, but not surprising.''

“In the courtroom, Mr. Youk had urged the judge to show leniency for Dr. Kevorkian, and charged that prosecutors had been ''disingenuous'' by casting his late brother as a victim of the doctor's.”

''Tom fought the courageous and inspired fight,' 'he said. But he said his brother had become ''a prisoner in his own body.''

“He said he would have spasms of choking on his own saliva. ''He was caught in hell, ''his brother said, his voice breaking.”

“He said his brother had ultimately decided to die ''from a stable, well-informed point of view.''

“He said his brother had often lamented that he did not want to die, but that he could not go on living.”

“TerrenceYouk accused the prosecution of hypocrisy.”

''Why doesn't the prosecutor charge me with conspiracy to commit murder?'' he said, saying that he had composed his brother's letter to Dr. Kevorkian and arranged the irinitial meeting.”

“He said his brother's intentions had been very clear. ''This was no one else's decision but his,'' he said. ''History will judge us harshly for such a lack of insight and compassion.''

Dia 3 de Junho de 2011, aos 83 anos, Jack faleceu após estar internado por cerca de duas semanas76.

6. A EXPERIÊNCIA SUÍÇA

A prática do suicídio assistido na Suíça é liberada, não em razão de uma regulamentação específica, mas por mera lacuna da lei.

O artigo 115 do Código Penal suíço dispõe que: "toda pessoa que por motivos egoístas incite ou assista alguém a cometer suicídio, deve ser punida com reclusão de até cinco anos ou multa". 77

Portanto, pune-se apenas aquele que é impelido por motivo egoístico, podendo-se interpretar que a pessoa que não está motivada por interesse pessoal não está cometendo crime.

A ausência de regulamentação legal da assistência ao suicídio, deixa em aberto as situações em que isto é permitido, ou seja, não há pré-requisitos para tal prática, podendo ser cometido por qualquer pessoa, desde que não seja impelida por motivos egoísticos e pratique apenas atos preparatórios e não executórios; e o suicida a ser assistido também poderá ser qualquer pessoa, desde que assim o deseje, e que tenha plena capacidade de discernimento.

Diante desta situação de liberdade total, o governo vem tentando preencher a lacuna, apresentando dois projetos: um propõe a proibição da prática do suicídio assistido; e o outro propõe a imposição de restrições para tal prática, estabelecendo algumas condições para o funcionamento das organizações de assistência ao suicídio, e limitando basicamente aos casos de pacientes em estado terminal.

> A situação legal do suicídio na Suíça é única, uma vez que se trata do único país que permite a pessoas que não são médicas

76SCHNEIDER, Keith. *Dr. Jack Kevorkian Dies at 83; A Doctor Who Helped Ends Lives*. New York Time. 3 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2011/06/04/us/04kevorkian.html?pagewanted=all&_r=0>. Acesso em: 30 de maio de 2014

77 Texto original do artigo 115 do Código Penal suíço em francês: "Celui qui, poussé par un mobile égoïste, aura incité une personne au suicide, ou lui aura prêté assistance en vue du suicide, sera, si le suicide a été consommé ou tenté, puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> à prática do suicídio assistido por organizações sem fins lucrativos. Curiosamente, essa prática desenvolveu-se como consequência de uma lacuna no Código Penal suíço, que não pune quando não há motivações egoístas pelo lado da pessoa que assiste aquele que busca cometer suicídio. No momento, o governo está tentando preencher a lacuna, propondo dois projetos de lei diferentes: um, que estabelece algumas condições para o funcionamento de organizações de assistência ao suicídio; e outro, que proíbe diretamente tais organizações. O debate ainda está aberto.78

Há na Suíça duas grandes organizações não governamentais de assistência ao suicídio de grande impacto mundial: EXIT e DIGNITAS.

EXIT é uma organização sem fins lucrativos, fundada em 1982, que se dedica à causa da autodeterminação humana, oferecendo serviços de assistência jurídica (testamento em vida e consultoria jurídica) e de cuidados para uma morte segura e digna79.

A sede da sociedade fica no Estado de Zurique (EXIT Deutsche Schweiz) que conta com aproximadamente 60.000 membros, com filias em Berna, Ticino e em Genebra, onde fica a afiliada francesa (EXIT ADMD) que conta com 20.000 membros80.

A EXIT somente atende aos seus membros, que devem ter idade acima de 18 anos e serem cidadãos ou residentes permanentes da Suíça.

---

78 Roberto Andorno; Artigo: "Suicídio Assistido na Suíça; livro: Bioética e Direitos Fundamentais; Organizadores: Débora Gozza e Wilson Ricardo Ligiera; Ed. Saraiva/2012; p. 346-347

79 Disponível em: <http://www.exit.ch/en/who-is-exit/> Acesso em: 30 de maio de 2014
"EXIT (Deutsche Schweiz) is a democratically organised society under Swiss law.
Its work is dedicated to the cause of human self-determination.
Options offered by EXIT include living wills, legal counsel, and - if need be - safe and dignified end-of-life care."

80 Disponível em: <http://www.exit.ch/en/who-is-exit/> Acesso em: 30 de maio de 2014
"All of this is free of charge for registered members.
The number of members of EXIT Deutsche Schweiz is currently 60,000 and rising.
The Society's headquarters is located in Zurich, with branches in Bern and in Ticino. The affiliated francophone organisation, EXIT (Romandie) is seated in Geneva and counts 20,000 members."

Devem ainda preencher alguns requisitos81:

- Plena consciência de que o ato levará à sua morte;
- Não agir por impulso;
- Demonstrar persistência na vontade de morrer (constância);
- Não estar sendo influenciado por ninguém (autonomia);
- Ter condições de praticar os atos executórios de seu suicídio;
- Possuir prognóstico de doença incurável;
- Ou que está doença provoque ao paciente sofrimentos físicos ou psíquicos que tornem sua existência insuportável.

Após um longo processo de avaliação dos requisitos para a assistência ao suicídio, quando a pessoa tem confirmada a autorização para o procedimento, tem-se um período "de graça", em que concede-se um tempo para que a pessoa possa se despedir de amigos e familiares, e resolver eventuais pendências que tenha deixado em vida.

No dia marcado tem-se a confirmação do paciente de que este é realmente o seu desejo, e após, proporciona-lhe uma solução com cerca de 10

81 Disponível em: <http://www.exit.ch/en/faq/ > Acesso em: 30 de maio de 2014
"Suicide assistance may be rendered whenever the person wishing to die:
- knows what he or she is doing (faculty of judgement)
- does not act on impulse (due consideration)
- has a persistent wish to die (constancy)
- is not under the influence of any third party (autonomy)
- commits suicide by his or her own hand (agency)

This means that even suicide assistance to young healthy people would technically be legal.
In full awareness of its enormous responsibility, however, EXIT has self-imposed restrictions through its by-laws and internal guidelines. Moreover, EXIT proactively orients itself to the diligence criteria that were negotiated in a bilateral agreement with the Canton of Zurich, where EXIT is seated.
EXIT will provide end-of-life care only to persons
- with hopeless prognoses
- or with unbearable symptoms
- or with unacceptable disabilities

EXIT provides end-of-life care only to its members. Members must be at least 18 years of age, and either citizens or permanent residents of Switzerland. Long-term EXIT members are prioritised."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

gramas de pentobarbital de sódio misturada com um suco, que o paciente deve ser capaz de ingerir com as suas próprias forças.

Em cerca de 15 minutos a pessoa falece e comunicam a polícia sobre o fato, para que seja realizado o exame de corpo de delito e averiguado o local, as gravações de vídeo de todo o processo do suicídio assistido, desde as entrevistas até o momento fatal e entrevista com familiares e amigos, para se constatar que o ato não foi impelido por motivo egoísta, não configurando, assim, crime82.

O filme "Exit: the right to die" (Exit: o direito de morrer), estreado no Brasil em 2005, do Diretor: Fernand Melgar, documenta o dia a dia da organização, demostrando todo o procedimento, desde os primeiros contatos com o paciente até o ato final.

Em entrevista ao swissinfo, o Dr. Jerôme Sobel, presidente da EXIT, ao ser questionado sobre suas pretensões futuras, respondeu:

> Meu sonho é incluir o fim da vida nos programas de estudo das faculdade de Medicina. Gostaria que os médicos de família (clínicos gerais) que desejassem pudessem se ocupar dos casos terminais. Gostaria que a EXIT desaparecesse porque a assistência ao suicídio estaria regularizada e aceita social e politicamente.
>
> Desejo também a descriminação da eutanásia ativa para casos excepcionais. Essa é a grande questão pendente. A sociedade européia não tem nada a temer, já que ninguém obrigará ninguém a fazer o que não quer. Isso criaria um espaço de liberdade que permitisse partir com dignidade a quem assim necessita. Perder o medo será uma imensa vitória. Todos nós vamos ganhar com isso. 83

82 Disponível em: <http://www.exitinternational.net/page/Switzerland > Acesso em: 30 de maio de 2014

"All assisted suicides in Switzerland are video-taped. Once a death is reported to the police, the police, an officer from the coroner's department and a doctor all attend the death. At this time family and friends are interviewed. If a selfish motive cannot be established, there is no crime. By all reports these deaths are open-and-shut cases."

83COUTO, Rodrigo Carrizo. *Mitos e realidade sobre o suicídio assistido na Suiça*. Swiss info. 17 de dezembro de 2008. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"DIGNITAS – To live with dignity – to die with dignity" (viver com dignidade – morrer com dignidade), é uma organização não governamental, fundada em 17 de maio de 1998 em Forch, perto do Estado de Zurich. 84

Em 26 de Setembro de 2005, foi fundada a filial da DIGNITAS na cidade alemã de Hannover. Hoje essas duas associações contam com mais de 5.500 membros de mais de 60 países, incluindo do Brasil. 85

Esta organização, diferentemente da EXIT atende também os estrangeiros não residentes no país, resultando no chamado "turismo da morte".

Para tornar-se membro desta organização deve pagar um taxa de inscrição de 200 francos-suiços, uma taxa anual, e caso decida suicidar-se com o auxílio da DIGNITAS, deve ser pago mais 4.000 francos-suiços para os custos administrativos e 2.000 francos-suiços para os custos do funeral.

> A "Dignitas" oferece suicídio assistido a não residentes na Suíça. No momento ela tem 5 mil membros. Muitos deles vindos da Alemanha, do Reino Unido, da França e de outros países. Mais de 100 ingleses foram assistidos para morrer por esta organização. Esta particularidade gerou, no país, um debato caloroso sobre o assim chamado "turismo da morte". O termo "membros" refere-se às pessoas que almejam pôr um fim à vida. Isto porque elas têm de estar registradas em uma dessas

<http://www.swissinfo.ch/por/arquivo/Mitos_e_realidades_sobre_o_suicidio_assistido_na_Suica.html?cid=893224>. Acesso em: 30 de maio de 2014

84Disponível em: <http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=44&lang=en > Acesso em: 30 de maio de 2014

""DIGNITAS – To live with dignity - to die with dignity" is an association in accordance with Swiss law and was founded on 17 May 1998 at Forch (near Zurich). The organisation, which pursues no commercial interests whatsoever, has in accordance with its const- itution the objective of ensuring a life and a death with dignity for its members and of allowing other people to benefit from these values."

85 Disponível em: <http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=44&lang=en > Acesso em: 30 de maio de 2014

"On 26 September 2005, based on German initiative, "DIGNITAS – To live with dignity - To die with dignity" (German section) e.V." was founded in Hannover, in order to follow up on the objectives of DIGNITAS through an association specifically for German residents.

Today, these two associations count over 5500 members in 60 different countries. Both associations are members of the World Federation of Right-to-Die Societies."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> organizações, pagar uma taxa de inscrição (no caso da "Dignitas": 200 francos-suíços, aproximadamente duzentos 200 dólares), e uma taxa anual; e quando (e se) elas decidirem suicidar-se, elas têm de pagar uma soma, no caso da "Dignitas", de aproximadamente 6.000 mil francos-suíços (6.000 mil dólares americanos), que corresponde a 4.000 mil francos para os custos administrativos e 2.000 mil francos para os custos do funeral. Elas também têm de dar poderes à organização, para que ela possa realizar todos os procedimentos administrativos. 86

Estas taxas cobradas pela organização, frequentemente geram escândalos na mídia, sob a alegação de que a empresa lucra com esta atividade, realizando um "comércio da morte".

> Na Suíça regularmente surgem, na mídia, escândalos sobre os aspectos financeiros dessas organizações, em particular a "Dignitas". Frequentemente ex-voluntários dessa organização denunciam que ela não é necessariamente beneficente, mas que nela se praticam negócios com a morte; e que isto explica o porquê de não se dar aos pacientes tempo razoável para que eles reconsiderem seu desejo de morrer etc. Há casos de relatos que indicam que pessoas vindas da Alemanha ou do Reino Unido, por exemplo, receberam a droga letal no mesmo dia em que chegaram à Suíça, depois de uma breve entrevista. Além disso, a "Dignitas" é acusada, regularmente, por autoridades de não ser transparente o suficiente no que diz respeito às suas práticas financeiras. Ela também é suspeita de receber legados de pessoas que buscam cometer suicídio. Esta prática, se confirmada, colocaria em dúvida a natureza "altruísta" da assistência. 87

Apesar das polêmicas, principalmente causadas pela cobrança de taxas e por abranger estrangeiros, em que a prática de tal assistência é proibida em seus

86 ANDORNO, Roberto; Artigo: "*Suicídio Assistido na Suíça*"; livro: *Bioética e Direitos Fundamentais*; Organizadores: Débora Gozza e Wilson Ricardo Ligiera; Ed. Saraiva/2012; p. 342-343
87 Ibid.; págs. 343

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

países de origem, os depoimentos tanto dos pacientes, quanto dos parentes próximos, são positivos, como os exemplos a seguir.

Um caso que causou grande repercussão mundial, foi o do jovem britânico de 23 anos, Daniel James, jogador de rugby, que ficou tetraplégico após um acidente sofrido durante um treino, levando-o a solicitar a assistência da DIGNITY para suicidar-se, suicidando-se em 12 de setembro de 2008 na Suíça.

Os pais de Daniel estavam sendo investigados, uma vez que tal prática é crime na Inglaterra.

Em depoimento, os pais, Julie e Mark James afirmaram que "a morte de seu filho foi 'um alívio bem vindo diante da prisão que seu corpo tinha se tornado para ele'". 88

Declararam ainda, que: "obviamente, não era assim que gostaríamos que a vida de Dan terminasse, ele era um jovem muito inteligente, forte e determinado. Mas ele não estava preparado para viver uma vida de segunda classe". 89

Outro caso que chamou grande atenção, foi o do Dr. John Elliott, australiano, que sofria de câncer de medula óssea, e viajou para a suíça para receber assistência em seu suicídio.

Sua trajetória foi descrita no site do *Sydney Morning Herald,* merecendo destaque as seguintes passagens:

> "Eu viajei metade do mundo para tentar controlar minha passagem. Minha doença está ditando que morrerei logo e com sofrimento. Pior que isso, porém, é que morrerei sem dignidade."
>
> "Eu não quero que minha esposa, Angelika, me veja deste jeito. Eu já fui um fardo para ela por muito tempo. Eu quero sair desta vida livre e de cabeça erguida."

88 *Pais: suicídio assistido de jogador foi um alívio*. Terra. 18 de outubro de 2008. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI3266616-EI8142,00-Pais+suicidio+assistido+de+jogador+foi+um+alivio.html >. Acesso em: 30 de maio de 2014

89 Polícia britânica investiga morte de jogador de rugby que optou por suicídio na Suíça. Disponível em: <http://www.diariodopara.com.br/impressao.php?idnot=8089>. Acesso em: 30 de maio de 2014

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "Eu não estou depressivo. E sendo um médico, eu sei o que é depressão, e sei que não estou. Eu não estou nem ao menos triste."
>
> "Pelo ao contrário, eu vim para Zurich porque é a única opção legal para mim que sou um cidadão australiano. Estou compartilhando a minha história para ajudar os políticos a entender o porque deve ser permitido às pessoas terem o controle e a responsabilidade na morte, assim como na vida" 90

Este modelo vem atraindo adeptos do mundo todo e instigando as pessoas a refletirem sobre ele.

7. CONCLUSÃO

Os posicionamento em relação ao direito à uma morte digna ainda são muito controvertidos, isto, principalmente em razão do tabu criado em torno da morte.

Apesar da certeza da morte, a incerteza do que ocorre depois dela traz um temor e uma relutância.

Enquanto estes sentimentos imperam, pessoas como o Ramón Sampedro e Tony Nicklinson, que sofrem de doenças ou deficiências incuráveis, lutam pelo direito de morrer dignamente.

De que vale uma vida sem dignidade?

Ramón Sampedro, sentia-se, como ele dizia, "uma cabeça viva em um corpo morto", totalmente infeliz e dependente das pessoas para tudo em sua vida.

Tony Nicklinson afirmou que não lhe restava privacidade ou dignidade.

90 BUTTON, James. *My name is Dr John Elliott and I´m about to die, with my head held high*. The Sidney Morning Herald. 26 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.smh.com.au/news/world/my-name-is-dr-john-elliott-and-im-about-to-die-with-my-head-heldhigh/2007/01/26/1169788692086.html?page=3>. Acesso em: 30 de maio de 2014

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Daí, vale ressaltar, novamente, a fala do advogado de Jack Kevorkian, Geoffrey Fieger, interpretado por Danny Huston, no filme "Você não conhece Jack" 91:

> Se está consciente, lúcido e implorando ajuda para morrer nós recusamos. Como é possível, que um adulto mentalmente competente não tenha direito de olhar para um médico no olho e dizer: *"Já chega. Não consigo mais aguentar a dor. Ajude-me. Não dá mais."* Queremos mesmo que o governo tome essas decisões por nós? Não. Não pode ser.

A vida não pode ser considerada um fim em si mesmo.

Cada um, de acordo com seus princípios e crenças, deve ter o direito de estabelecer um limite ao seu sofrimento e determinar a hora de sua partida.

A soberania do direito à vida, portanto, não deve prosperar, devendo ser realizado um juízo de razoabilidade e proporcionalidade, adequando a melhor solução para cada caso.

No entanto, a simples discriminação do suicídio assistido, poderia dar brechas a "homicídios disfarçados".

Uma solução para este tema seria a previsão de uma excludente de ilicitude no caso do preenchimento de certos requisitos pré-estabelecidos, assim como na organização não governamental suíça "Exit".

Os requisitos por ela estabelecidos, que poderiam aqui serem empregados são os seguintes:

- Não ser o caso de mera depressão;
- Possuir o paciente plena consciência de que o ato levará à sua morte;
- Não agir por impulso, devendo demostrar persistência na vontade de morrer;

91 VOCÊ NÃO CONHECE JACK / YOU DON´T KNOW JACK. Direção: Barry Levinson. Produção: Scott Ferguson. Estados Unidos: 2010. DVD 134 minutos. Distribuição: HBO

- Não estar sendo influenciado por ninguém;
- Ter condições de praticar os atos executórios de seu suicídio;
- Possuir prognóstico de doença incurável ou que esta doença ou deficiência provoque ao paciente sofrimentos físicos ou psíquicos que tornem sua existência insuportável.

Este exame aprofundado de cada paciente, traria uma certeza de sua vontade e necessidade, o que em vez de caracterizar um atentado a vida, caracterizaria um gesto de compaixão e de uma morte digna.

Desta forma, todos teriam sua autonomia protegida, não deixando que a vida se torne mera obrigação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIVROS:

ARANHA FILHO, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo; *Direito Penal: crime contra a pessoa – arts. 121 a 154*; 3 ed./2009; Ed. Atlas; pág. 48

BECCARIA, Cesare; *Dos Delitos e Das Penas*, 2ª ed/2007, Editora Martin Claret,

CORDEIRO DOS SANTOS, Maria Celeste; *O Equilíbrio do Pêndulo a Bioética e a Lei: Implicações Médico-Legal*; Ed. Ícone

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro; *Da Participação em Suicídio*; ed./2001; Ed. DelRey/BH, pág. 46

GOZZO, Débora; RICARDO LIGIERA (Org.). Bioética e Direitos Fundamentais. Ed. Saraiva/2012

MARTINS SILVA, Ives Gandra (Org.); *Direito Fundamental à Vida*; Ed. Quartier Latin do Brasil/SP; 2005

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N.; *Manual de Direito Penal: parte especial – arts. 121 a 234-B do CP*, 29ª ed/ 2012; Ed. Atlas; pág. 48

MORAES, Alexandre de; *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral*; 9ª ed/2011; Ed. Atlas, pág. 86

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

NOGUEIRA, Paulo Lúcio; *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Suicídio, Violência/Linchamento*; Ed. Saraiva/1995; pág. 120

NUCCI, Guilherme de Souza; *Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial*; 7ª ed./ 2011; Ed. Revista dos Tribunais, pág. 647

OLAVO OLIVEIRA, *O delito de matar*, Saraiva, 1962, pág. 102, citado por PAULO LÚCIO NOGUEIRA, em sua obra: *Em Defesa da Vida: Aborto, Eutanásia, Pena de Morte, Violência/Linchamento*; Ed. Saraiva/1995; pág. 44

SÁ, Maria de Fátima Freire de; *Direito de Morrer: Eutanásia, Suicídio Assistido*; 2ª ed/2005; Ed. DelRey/BH; pág. 40

SAMPEDRO, Ramón; *Cartas do Inferno*; com Prólogo de Alejandro Amenábar; [tradução: Lea Zylberlicht]; Ed. Planeta/2005; págs. 17 a 20

SARLET, Ingo Wolfgang*; Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*; 4ª ed/2006; Ed. Livraria do Advogado; págs. 110 e 111

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia; *Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos*; Ed. Lumen Juris, 2007; pág. 298

VICENTE SABINO JÚNIOR, *Cesare Beccaria e seu livro*, Ed. Juriscrédi, 1972, pág. 126

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS DISPONÍVEIS NA INTERNET:

AUGUSTO, Márcia. *Amiga de Ramón Sampedro conta como o ajudou a morrer*. Diário de Notícias. 14 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=605987>. Acesso em: 30 de maio de 2014

BELKIN, Lisa. Doctor Tells of First Death Using His Suicide Device. New York Time. 6 de junho de 1990. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1990/06/06/us/doctor-tells-of-first-death-using-his-suicide-device.html?action=click&module=Search&region=searchResults&src=pm&pagewanted=2>. Acesso em: 30 de maio de 2014

Britânico com suicídio negado vai recorrer, mas considera parar de comer. UOL. 17 de agosto de 2012. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-

noticias/bbc/2012/08/17/britanico-com-suicidio-assistido-negado-vai-recorrer-mas-considera-parar-de-comer.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2014

Britânico paralítico busca na Justiça direito de morrer. Estadão. 20 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,britanico-paralitico-busca-na-justica-direito-de-morrer,583589,0.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2014

Britânico que lutava pela eutanásia morre de causas naturais. Veja. 22 de agosto de 2012. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/britanico-que-lutava-pela-eutanasia-morre-de-causas-naturais>. Acesso em: 30 de maio de 2014

BUTTON, James. *My name is Dr John Elliott and I´m about to die, with my head held high*. The Sidney Morning Herald. 26 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.smh.com.au/news/world/my-name-is-dr-john-elliott-and-im-about-to-die-with-my-head-heldhigh/2007/01/26/1169788692086.html?page=3>. Acesso em: 30 de maio de 2014

BURNS, John F.. *Briton who fought for assisted suicide is dead*. New York Times. 22 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/08/23/world/europe/tony-nicklinson-who-fought-for-assisted-suicide-is-dead.html?_r=0>. Acesso em: 30 de maio de 2014

COUTO, Rodrigo Carrizo. *Mitos e realidade sobre o suicídio assistido na Suiça*. Swiss info. 17 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.swissinfo.ch/por/arquivo/Mitos_e_realidades_sobre_o_suicidio_assistido_na_Suica.html?cid=893224>. Acesso em: 30 de maio de 2014

DIGNITAS. Disponível em: <http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=4&Itemid=44&lang=en> Acesso em: 30 de maio de 2014

EXIT. Disponível em: <http://www.exit.ch/en/who-is-exit/> Acesso em: 30 de maio de 2014

EXIT Internacional. Disponível em: <http://www.exitinternational.net/page/Switzerland > Acesso em: 30 de maio de 2014

Jack Kevorkian. The Biography Channel website. Disponível em: <http://www.biography.com/people/jack-kevorkian-9364141?page=5>. Acesso em: 30 de maio de 2014

JAMES, Caryn. *Critic´s notebook; '60 Minutes', Kevorkian and a death for the cameras*. New York Time. 23 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1998/11/23/us/critic-s-notebook-60-minutes-kevorkian-and-a-death-for-the-cameras.html?action=click&module=Search&region=searchResults%2316&version=&url=http%3A%2F%2Fquery.nytimes.com%2Fsearch%2Fsitesearch%2F%3Faction%3Dclick%26region%3DMasthead%26pgtype%3DHomepage%26module%3DSearchSubmit%26contentCollection%3DHomepage%26t%3Dqry600%23%2Fjack%2Bkevorkian%2Fsince1851%2Fallresults%2F17%2Fallauthors%2Foldest%2F>. Acesso em: 30 de maio de 2014

JOHNSON, Dirk. *Kevorkian Sentenced to 10 to 25 Years in Prison*. New York Time. 14 de abril de 199. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1999/04/14/us/kevorkian-sentenced-to-10-to-25-years-in-prison.html?action=click&module=Search&region=searchResults%2318&version=&url=http%3A%2F%2Fquery.nytimes.com%2Fsearch%2Fsitesearch%2F%3Faction%3Dclick%26region%3DMasthead%26pgtype%3DHomepage%26module%3DSearchSubmit%26contentCollection%3DHomepage%26t%3Dqry600%23%2Fjack%2Bkevorkian%2Fsince1851%2Fallresults%2F19%2Fallauthors%2Foldest%2F>. Acesso em: 30 de maio de 2014

Michigan Court Bars Doctor From Using His Suicide Machine. New York Time. 6 de fevereiro de 1991. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1991/02/06/us/michigan-court-bars-doctor-from-using-his-suicide-machine.html?action=click&module=Search&region=searchResults%234&version=&url=http%3A%2F%2Fquery.nytimes.com%2Fsearch%2Fsitesearch%2F%23%2Fjack%2Bkevorkian%2Fsince1851%2Fallresults%2F5%2Fallauthors%2Foldest%2F>. Acesso em: 30 de maio de 2014

Pais: suicídio assistido de jogador foi um alívio. Terra. 18 de outubro de 2008. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/noticias/0,,OI3266616-EI8142,00-Pais+suicidio+assistido+de+jogador+foi+um+alivio.html >. Acesso em: 30 de maio de 2014

Polícia britânica investiga morte de jogador de rugby que optou por suicídio na Suíça. Disponível em: <http://www.diariodopara.com.br/impressao.php?idnot=8089>. Acesso em: 30 de maio de 2014

WILKERSON, Isabel. *Suicide Doctor Tests Law, Stays With Man Who Dies*. New York Time. 17 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1993/05/17/us/suicide-doctor-tests-law-stays-with-man-who-dies.html?action=click&module=Search&region=searchResults%236&version=&url=http%3A%2F%2Fquery.nytimes.com%2Fsearch%2Fsitesearch%2F%3Faction%3Dclick%26region%3DMasthead%26pgtype%3DHomepage%26module%3DSearchSubmit%26contentCollection%3DHomepage%26t%3Dqry600%23%2Fjack%2Bkevorkian%2Fsince1851%2Fallresults%2F7%2Fallauthors%2Foldest%2F>. Acesso em: 30 de maio de 2014

FILMES:

MENINA DE OURO / MILLION DOLLAR BABY. Direção: Clint Eastwood. Produção: Clint Eastwood; Albert S. Ruddy; Tom Rosenberg; Paul Haggis. Estados Unidos: 2004. DVD 132 minutos. Fornecido por Europa Filmes

VOCÊ NÃO CONHECE JACK / YOU DON´T KNOW JACK. Direção: Barry Levinson. Produção: Scott Ferguson. Estados Unidos: 2010. DVD 134 minutos. Distribuição: HBO

EXIT: O DIREITO DE MORRER / EXIT: THE RIGHT TO DIE. Direção: Fernand Melgar; Suíca: 2005

LEGISLAÇÃO:

BRASIL. Constituição Federal. Disponibilizado em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 de março de 2014.

BRASIL. Código Penal. Disponibilizado em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 de abril de 2014.

TRATADO INTERNACIONAL. Declaração de Direitos Humanos. Disponibilizado em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 1 de abril de 2014

Boletim Conteúdo Jurídico n. 977 de 26/09/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454