

Ailton Luiz dos Santos
(Organizador)



Direito Contemporâneo:

desafios e possibilidades
Vol. 6



AYA EDITORA
2024

Ailton Luiz dos Santos
(Organizador)

Direito contemporâneo: desafios e possibilidades

Vol. 6

Ponta Grossa
2024

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Organizador

Prof.º Me. Ailton Luiz dos Santos

Capa

AYA Editora©

Revisão

Os Autores

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora©

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chiroli

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues

Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa

Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes

Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes

Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira

Instituto Federal do Acre

Prof.ª Dr.ª Rosângela de França Bail

Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

Universidade Federal do Piauí

**Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros
Rodrigues**

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

**Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira
Miranda Santos**

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues

Instituto Federal de Santa Catarina

© 2024 - **AYA Editora** - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). Este livro, incluindo todas as ilustrações, informações e opiniões nele contidas, é resultado da criação intelectual exclusiva dos autores. Os autores detêm total responsabilidade pelo conteúdo apresentado, o qual reflete única e inteiramente a sua perspectiva e interpretação pessoal. É importante salientar que o conteúdo deste livro não representa, necessariamente, a visão ou opinião da editora. A função da editora foi estritamente técnica, limitando-se ao serviço de diagramação e registro da obra, sem qualquer influência sobre o conteúdo apresentado ou opiniões expressas. Portanto, quaisquer questionamentos, interpretações ou inferências decorrentes do conteúdo deste livro, devem ser direcionados exclusivamente aos autores.

D59896 Direito contemporâneo: desafios e possibilidades [recurso eletrônico]. / Ailton Luiz dos Santos (organizador) -- Ponta Grossa: Aya, 2024. 335 p.

v.6

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-519-8

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317

1. Direito. 2. Direito constitucional - Ásia. 3. Direito penal – Brasil. 4. Crime organizado – Brasil. 5. Advogados - Estatuto legal, leis, etc. – Brasil. 6. Ética jurídica - Brasil. 7. Direito do trabalho. 8. Programas de compliance. 9. Ressocialização. 10. Prisões- Brasil. 11. Crime por computador - Investigação – Brasil. 12. Hackers. 13. Crime por computador. I. Santos, Ailton Luiz dos. II. Título

CDD: 340.07

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora LTDA

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

WhatsApp: +55 42 99906-0630

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557

Ponta Grossa - Paraná - Brasil

84.071-150

SUMÁRIO

Apresentação..... 12

01

**O desenvolvimento do constitucionalismo asiático:
forjado pela guerra..... 14**

Denilson Menezes Carvalho

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.1

02

**A guerra contra as organizações criminosas X
aplicação do direito penal do inimigo 29**

Poliana Monteiro Nunes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.2

03

**Sigilo profissional do advogado e o crime de lavagem
de dinheiro..... 44**

Daniel Rodrigues Santos Moura
Ronaldo Alves Marinho da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.3

04

**A utilização do *compliance* trabalhista como
ferramenta na advocacia preventiva 59**

Taís Lorrane Ribas Moreira
Hewler Leonelli Rocha da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.4

05

Imposto sobre importação e extrafiscalidade no E-commerce: um estudo jurisprudencial no direito aduaneiro 67

Alex Andrade Alves

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.5

06

Direito de retirada do sócio da sociedade limitada e a tutela cautelar 81

Stella Reis Schneider

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.6

07

Evolução do contraditório e da boa-fé no modelo cooperativo de processo 97

Isabella Amaral e Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.7

08

O precedente do tema 60 do STJ: suspensão dos processos individuais durante a pendência de ação coletiva de idêntico objeto 108

Stella Reis Schneider

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.8

09

O devido processo legal e o IRDR 124

Stella Reis Schneider

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.9

10

Competência adequada e cooperação judiciária interna (Res. 350/CNJ e decisão do CC 144.922/MG): uma reeleitura do princípio do juiz natural 140

Isabella Amaral e Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.10

11

Cassação de William Parreira e Paulo Telles em primeira instância e o afastamento de litispendência em terceira instância: breves comentários 153

Paulo César de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.11

12

O assédio sexual na relação entre professor e aluno. 169

Mel Assaf de Oliveira Araújo

Arthur Braga de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.12

13

**Aprimoramento do plenário virtual no TCE MT
viabilidade e adequação da medida 187**

Carlos Alexandre Pereira
Vitor Gonçalves Pinho

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.13

14

**O impacto da lei 13.429/17 para os concursos públicos
na contemporaneidade..... 197**

Cássio Mateus Vital de França

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.14

15

**Teoria da exceção de Romeu e Julieta no ordenamento
jurídico brasileiro 211**

Tátira de Barros Ferreira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.15

16

**Os efeitos jurídicos da objetificação do corpo feminino
nas publicidades abusivas 228**

Lais Diniz dos Santos
Rosyvânia Araújo Mendes
Erich Feitosa Gomes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.16

17

A ascensão dos crimes cibernéticos e a ineficácia da legislação brasileira 243

Daniela da Silva Lima de Azevedo
Elisangela Raposo Teixeira
Wanessa de Sá Cancela
Wellington Silva de Lima

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.17

18

Alteração do quórum de deliberação de sociedades limitadas para sociedades já existentes: análise conforme a Lei N° 14.451/2022 262

Pedro Alves Lavacchini Ramunno
João Marcelo Novaes Risi

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.18

19

As diferenças legais existentes entre o crime de importunação sexual (art. 215-A do CP) e o crime de assédio sexual (Art. 216-A do CP)..... 269

Diana Brígida Silva Maia
Gilberto Jorge Ferreira da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.19

20

Fundamentos e princípios basilares no processo de licitação pública 284

Amós Alves Santos
Beckembauer Silva Rodrigues
Elaine Rodrigues Bianco

DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.20

21

Ressocialização do apenado: uma análise acerca das dificuldades da reinserção social e a consequente reincidência do apenado..... 302

Nathalia Pereira Lima
Letícia Vivianne Miranda Cury
DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.21

22

O estresse da atividade policial como causas ativas do suicídio 317

Juliano Benedito da Silva
DOI: 10.47573/aya.5379.2.317.22

Organizador..... 327

Índice Remissivo..... 328

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos ao leitor o sexto volume da série **“Direito Contemporâneo: desafios e possibilidades”**. Este volume se distingue por sua abrangência na abordagem de temas cruciais e emergentes no campo jurídico, refletindo as complexidades e transformações da sociedade atual.

O desenvolvimento do constitucionalismo asiático e sua relação com os conflitos bélicos é um tema de grande relevância, destacando como contextos históricos e políticos moldam as estruturas jurídicas de uma região. Em paralelo, a guerra contra organizações criminosas e a aplicação do direito penal do inimigo levantam questões críticas sobre os limites e as implicações da segurança pública na era contemporânea.

O sigilo profissional do advogado em casos de lavagem de dinheiro e a utilização do compliance trabalhista como ferramenta preventiva são explorados de maneira a demonstrar a interseção entre ética, legislação e práticas empresariais, reforçando a importância da conformidade legal e da integridade nas relações profissionais.

A análise do imposto sobre importação no e-commerce, através de um estudo jurisprudencial no direito aduaneiro, oferece uma visão detalhada sobre a extrafiscalidade e suas implicações econômicas, enquanto o direito de retirada do sócio em sociedades limitadas e a tutela cautelar sublinham a necessidade de proteção dos direitos dos envolvidos em disputas societárias.

O volume também discute a evolução do contraditório e da boa-fé no processo cooperativo, bem como o impacto dos precedentes judiciais na suspensão de processos individuais durante ações coletivas. Estes temas ressaltam a importância da transparência e da justiça no funcionamento do sistema judiciário.

A competência adequada e a cooperação judiciária interna, reinterpretadas à luz de recentes resoluções e decisões, são essenciais para entender o princípio do juiz natural e garantir a imparcialidade nos julgamentos. Comentários sobre casos emblemáticos, como a cassação de William Parreira e Paulo Telles, ilustram os desafios e as nuances do litígio em múltiplas instâncias.

Questões sociais prementes, como o assédio sexual na relação entre professor e aluno, são abordadas com sensibilidade e rigor, enquanto a análise do impacto da Lei 13.429/17 nos concursos públicos destaca a contínua adaptação do direito à realidade contemporânea.

Temas como a objetificação do corpo feminino na publicidade, a ascensão dos crimes cibernéticos e a ineficácia da legislação vigente, e as alterações no quórum de deliberação de sociedades limitadas, refletem as mudanças e os desafios enfrentados pela sociedade moderna.

A comparação entre os crimes de importunação e assédio sexual, os fundamentos do processo de licitação pública, e as dificuldades na ressocialização dos apenados oferecem

uma compreensão abrangente das questões jurídicas atuais. A discussão sobre o estresse da atividade policial e suas consequências, como o suicídio, evidencia a necessidade de um olhar mais humanizado e atento às condições de trabalho dos profissionais de segurança.

Cada capítulo deste volume proporciona ao leitor uma análise crítica de temas que não apenas definem o presente, mas também moldarão o futuro do direito contemporâneo. Esperamos que esta obra sirva como uma fonte valiosa de conhecimento e reflexão para acadêmicos, profissionais do direito e todos aqueles interessados em compreender os desafios e as possibilidades do nosso tempo.

Boa leitura!

O desenvolvimento do constitucionalismo asiático: forjado pela guerra

Denilson Menezes Carvalho

RESUMO

Este estudo analisa as experiências de elaboração de constituições no pós-guerra no Japão, Coreia do Sul e Taiwan, que, apesar de terem enfrentado conflitos e lutas coloniais no passado, agora têm democracias constitucionais estáveis. O estudo busca identificar semelhanças e diferenças nessas experiências e desenvolver modelos de elaboração constitucional para fins comparativos. Primeiramente, as histórias de redação das constituições desses países são recontadas e contextualizadas em suas circunstâncias históricas, políticas e sociais específicas. Em seguida, são examinadas características comuns e distintivas nas três experiências de redação constitucional. Por fim, três modelos de construção constitucional são elaborados com base nessas experiências particulares. O artigo utiliza materiais bibliográficos e adota o método científico hipotético-dedutivo, com uma abordagem crítica metodológica. O objetivo é estimular o debate sobre essa problemática e desenvolver hipóteses que possam ser aprofundadas no futuro. Espera-se que os modelos propostos contribuam para a compreensão do constitucionalismo asiático moderno, que vai além das influências ocidentais tradicionais.

Palavras-chave: constitucionalismo asiático; colonialismo; legitimidade constitucional.

INTRODUÇÃO

A elaboração de constituições no Leste Asiático foi e tem sido diverso ao se comparar com outros países. Apesar de atualmente vivenciarem uma democracia estável, Japão, Coreia do Sul e Taiwan, há pouco mais de meio século, estavam envolvidos em lutas coloniais e lutaram entre si, passando por períodos turbulentos devido a esses conflitos (Chang, 2014; e Takami, 2001).

As primeiras constituições foram elaboradas antes da independência, com influência significativa das potências coloniais ainda em exercício. Mais tarde, algumas constituições acabaram sofrendo emendas significativas ou tiveram que ser substituídas por novas constituições para que pudessem representar fielmente os valores daquela sociedade.

Em relação ao Japão, no pós-guerra surgiu a Constituição Heiwa



de 1947 que, apesar de não ter sido a primeira constituição do Japão, foi a sua primeira carta com viés democrático, devido às arbitrariedades contidas na Constituição Meiji (Matsui, 2010).

Quanto à Coreia do Sul, apesar da constituição de 1948 ter buscado trazer um fim aos conflitos envoltos na península coreana, ela não acabou sendo bem-sucedida, já sendo alterada em 1952 para apoiar uma ditadura (Moon, 2013). Desde então, a Coreia do Sul já passou por seis repúblicas, sendo que a mais recente foi inaugurada pela Constituição de 1987 (Yoon, 1988).

Por fim, Taiwan, passou por um período conturbado devido o fim da segunda guerra mundial e as disputas territoriais e civis na China, o que levou à suspensão de diversas disposições da Constituição Chinesa de 1947 para sustentar a ditadura constitucional de Chiang Kai-shek (Ginsburg, 2002). Após diversos conflitos políticos e civis, a constituição foi formalmente revista em 1991 para estipular a transição para a democracia (Yeh, 2002).

Desta forma, em que medida essas três experiências constitucionais apresentam semelhanças? Elas compartilham características comuns devido à elaboração em situações pós-guerra? Em que medida as relações coloniais influenciaram a elaboração das constituições no pós-guerra?

A fim de responder essas perguntas, este artigo procura analisar as experiências de elaboração de constituições no pós-guerra no Japão, Coreia do Sul e Taiwan e examinar os impactos que as elaborações dessas constituições trouxeram para as suas sociedades.

Primeiro, as três histórias de redação das constituições do pós-guerra serão recontadas e situadas nas suas contingências históricas, políticas e sociais particulares. A segunda parte do artigo, então, examina características comuns ou distintivas que existem nas três experiências de redação. Finalmente, os três modelos de construção constitucional serão examinados sob o ponto de vista da sua recepção em suas sociedades. Com isso, o presente artigo espera que esses modelos acrescentem explicações essenciais para a compreensão do constitucionalismo asiático moderno.

Utilizou-se para o desenvolvimento da pesquisa materiais bibliográficos e o método científico adotado foi o hipotético-dedutivo, bem como crítica metodológica, de modo que, espera-se suscitar o debate da problemática e constituir hipóteses a serem aprofundadas futuramente no debate do desenvolvimento do constitucionalismo asiático moderno.

O DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO ASIÁTICO

Japão

Em 10 de agosto de 1945, quando o Japão se rendeu, a guerra no Pacífico estava prestes a terminar. Cinco dias depois, em 15 de agosto, a mensagem gravada do imperador Hirohito foi transmitida ao povo japonês e ficou claro para as potências aliadas que o Japão estava disposto a se render incondicionalmente. Em cerca de duas semanas, a cerimônia formal de rendição ocorreu no convés de um navio americano. O fim da guerra iniciou uma série de reformas políticas constitucionais, não somente ao Japão, mas também aos países

ocupados, como Coreia do Sul e Taiwan (Levie, 2001, p. 205).

Com o fim da guerra, as Forças Aliadas deram início de uma série de reformas políticas e constitucionais no Japão, sendo os principais objetivos da ocupação aliada: (1) democratização, (2) desmilitarização e (3) descentralização do poder político do Imperador (Carvalho, 2023a, p. 24-30).

Logo após a instalação do Comando Supremo das Forças Aliadas (CSFA) em Tóquio, o General MacArthur encontrou-se com o Príncipe Konoe, revelando sua demanda por uma reforma constitucional, visando a introdução de um novo governo com elementos liberais (Shoichi, 2018, p. 9; e Hellegers, 2001).

Durante o aguardo do rascunho da nova constituição, as potências aliadas não governaram diretamente o povo japonês. Ao contrário, ordenaram ao governo japonês que efetuasse as reformas democráticas da sociedade (Carvalho, 2023a, p. 25).

Desta forma, em outubro de 1945, o Gabinete de Kijuro Shidehara instituiu o Comitê para Investigar Assuntos Constitucionais, presidido por Joji Matsumoto, para considerar a revisão constitucional. Embora relutante em reformular completamente a Constituição Meiji, o Comitê trabalhou em rascunhos de pequenas emendas ao texto (Hideo, 1979).

O “*Esboço de Matsumoto*”, divulgado em fevereiro de 1946, revelou-se como ineficiente, uma vez que não alterava os princípios básicos da Constituição Meiji mantendo os poderes do Imperador. Após rejeitar esse rascunho, MacArthur ordenou que sua equipe redigisse uma revisão alternativa que veio a ser chamada de “*Esboço MacArthur*”. A proposta de MacArthur propunha a abolição dos poderes do imperador, a desmilitarização do Japão e o fim do sistema de nobres (Toshio, 1976).

Após meticulosas negociações e modificações no “*Esboço MacArthur*”, o governo japonês emitiu diretrizes que levaram ao projeto final de revisão constitucional em abril de 1946. A proposta de revisão constitucional foi apresentada à 90ª sessão da Dieta Imperial sob a Constituição Meiji e deliberada por três meses (Shoichi, 1995).

Apresentado o esboço à Dieta, o texto acabou sofrendo algumas mudanças, como a mudança para o bicameralismo (art. 42), acrescentando a seleção do Primeiro-Ministro e do Gabinete pela Dieta (art. 67), a atribuição de status de civil aos membros do Gabinete (art. 66), a garantia ao sufrágio universal (art. 15) e transferência da propriedade da Casa Imperial ao Estado (Carvalho, 2023b, p. 27). Após, a constituição do pós-guerra foi promulgada pela Dieta Imperial na forma de uma emenda à Constituição do Império do Japão. Assim, a Constituição do Japão foi promulgada em 3 de novembro de 1946 e entrou em vigor em 3 de maio de 1947, mantendo-se intacta até hoje (Shoichi, 1995, p. 54).

Embora a Constituição de 1947 tenha sido uma revisão da Constituição de 1890, a suas disposições são notavelmente diferentes, a soberania popular substituiu a soberania imperial, os direitos condicionais dos súditos foram substituídos pelos “direitos eternos e invioláveis” do povo, com o desmantelamento das forças armadas, foi declarado a renúncia à guerra no Artigo 9 (Hamano, 1998, p. 415).

Além disso, as questões políticas mais controversas sob a constituição de 1890 foram sanadas, o governo responsável perante o Parlamento seria o gabinete do Primeiro-

Ministro, substituindo o Imperador, e foi dada a Suprema Corte o poder expresso no art. 81 de revisão judicial, garantindo assim um sistema de freios e contrapesos (Kades, 1989, p. 241).

Naquilo que se refere aos direitos fundamentais, anteriormente sujeitos à reserva de lei na Constituição Meiji, a Constituição Heiwa tratou de conferir-lhes o caráter de invioláveis e, segundo o artigo 81, estão sujeitos a controle judicial, e não político, como anteriormente ocorria (Carvalho, 2023a, p. 28).

Ademais, apesar da constituição Heiwa não tratar de forma expressa, nos parece que o direito natural funda a nova concepção japonesa dos direitos fundamentais, a partir de uma leitura do art. 11 que elucida que a constituição garante esses direitos, no lugar de conferir esses direitos, assim, pode-se interpretar que a Constituição Heiwa adotou a ideia do direito natural que os direitos e garantias fundamentais existem e devem ser garantidos e respeitados antes mesmo da sua positivação pela constituição.¹

Nestes termos, a imposição da Constituição Japonesa de 1947 foi um marco na evolução da democracia japonesa e na consolidação do Estado de Direito no país. Embora tenha sido imposta pelas potências vitoriosas, a Constituição foi amplamente aceita pela sociedade japonesa e tornou-se uma referência para a promoção dos direitos humanos e da democracia na região da Ásia e do Pacífico.

Em conclusão, a promulgação da Constituição Heiwa no Japão pós-Segunda Guerra Mundial é um caso exemplar de transformação institucional imposta por atores externos, pois apesar disso, trouxe consigo mudanças significativas na democracia e no Estado de Direito no Japão que acabaram sendo abraçadas pela população e agentes públicos, tornando-se a base da nova nação, garantindo a legitimidade do texto.

Coreia

O Japão anexou a península coreana em 1910 o que levou a uma série de conflitos na região. Contudo, após a rendição do Japão a batalha pela independência e unificação do povo coreano estava longe de terminar, pois durante a guerra, as forças japonesas ao norte se renderam ao exército soviético, enquanto as do sul aos americanos, dividindo a península coreana em norte e sul (Ahn, 1997, p. 76).

No norte, após a rendição japonesa, foi estabelecido um governo provisório da Coreia organizado por forças políticas da resistência local. Este governo coreano saudou a chegada dos soldados soviéticos e buscou colaborações com eles. Já no Sul, os soldados americanos chegaram apenas em 8 de setembro de 1945, dois dias após a República Popular da Coreia já ter sido proclamada. No dia seguinte, foi estabelecido o Governo Militar dos Estados Unidos na Coreia (GMEUC), o que resultou em duas forças de ocupação separadas, uma no norte liderada pelos soviéticos e outra no sul liderada pelos Estados Unidos (Levie, 2001, p. 212).

Devido a esses impasses, foi realizada uma reunião em Moscou, com os Ministros

¹ 第 11 条国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与えられる。(Tradução livre: O povo não pode ser impedido de desfrutar de qualquer dos direitos fundamentais. Esses direitos, eternamente invioláveis, garantidos por essa Constituição, devem ser atribuídos às gerações presentes e futuras (Japão, 1946).

das Relações Exteriores da Grã-Bretanha, a União Soviética e o Secretário de Estado americano, objetivando chegar a um acordo quanto a formação de governo coreano provisório. Mas nem as conferências militares nem as reuniões de 1946-47 fizeram qualquer progresso neste impasse. Enquanto isso, os desenvolvimentos políticos e econômicos continuaram tanto no norte quanto no sul. O GMEUC estabeleceu um governo civil liderado por Syngman Rhee. Já no norte, foram estipuladas medidas econômicas e políticas revolucionárias (Oh, 1999).

A Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU) emitiu uma resolução determinando que se estabelecesse uma Comissão Temporária da ONU na Coreia e a eleição nacional até 31 de março de 1948. Contudo, a eleição supervisionada pela ONU ocorreu apenas na parte sul, pois a União Soviética negou a autoridade da ONU sobre o problema coreano no Norte (Levie, 2001, p. 215; Oh, 1999, p. 25). Assim, após a eleição, no sul, uma Assembleia Nacional adotou a Constituição para a República da Coreia (RC) em 12 de julho de 1948. Nesse ínterim, uma eleição não supervisionada também foi realizada no norte, que resultou na liderança de Kim Il Sung e, posteriormente, a Constituição da República Popular Democrática da Coreia (RPDC) foi adotada no norte (Ahn, 1997, p. 80).

A Constituição da República da Coreia ao sul foi muito influenciada pelo GMEUC, enquanto a Constituição da República Popular Democrática da Coreia foi elaborada sob os princípios e ideias soviéticas (Goedde, 2003, p. 1265). A despeito disso, o problema da separação das duas Coreias apenas exacerbou quando o norte atacou o sul em junho de 1950, com isso acabou-se dando início a guerra das Coreias que quase levou a comunidade internacional à terceira guerra mundial (Martins, 2012).

A divisão das duas Coreias persiste desde então. No norte, uma ditadura operou sob a liderança de Kim Il Sung e seus herdeiros, seu filho Kim Jong-Il e seu neto Kim Jong-un. No sul, regimes ditatoriais semelhantes também operaram, tendo passado por seis repúblicas distintas, sendo que a paz somente imperou com a revolta popular de 1987 que deu à luz a um novo regime democrático que sobrevive até hoje (Santos, 2012).

Taiwan

Ao final da primeira guerra sino-japonesa (1894-1895) a China, acabou perdendo o controle sobre ilha de Taiwan para Japão através do Tratado de Shimonoseki. Apesar disso, devido a manutenção da estrutura social chinesa e do seu sistema administrativo, a anexação pelo Japão não foi pacífica, ao passo que ocorreram vários movimentos democráticos ao longo do período colonial (Chang, 2001).

Durante o período de colonização o Japão empreendeu consideráveis esforços para impulsionar a economia, desenvolver a indústria, realizar obras públicas e modificar a cultura local, em grande medida voltados para atender às exigências da máquina de guerra japonesa na Ásia-Pacífico até o momento da rendição do Japão. Contudo, a administração japonesa de Taiwan também acarretou efeitos adversos, incluindo a repressão militar diante de quaisquer tentativas de resistência, medidas brutais em relação aos habitantes do Japão e o aumento da exploração da prostituição feminina (Carolan, 2000, p. 429).

No pós-guerra, o destino de Taiwan foi tratado nas declarações do Cairo e de

Potsdam. As declarações especificavam que todos os territórios que o Japão havia invadido deveriam ser liberados e devolvidos aos seus países de origem. Assim, Taiwan deveria ser devolvida à China, liderado por Chiang Kai-Shek, que já estava pronta para assumir Taiwan quando a rendição do Japão foi anunciada em agosto de 1945 (Chang, 2001, p. 21).

Contudo, a China continental sofria com o início do conflito armado entre o Partido Nacionalista (PN) liderado por Chiang Kai-Shek e o Partido Comunista Chinês (PCCh). Apesar da guerra gradualmente intensificada com o PCCh, o governo do Chiang Kai-Shek decidiu iniciar um processo de elaboração da constituição que havia sido suspenso durante a segunda guerra mundial. Inclusive, determinando que Taiwan, entre as outras províncias recentemente recuperadas, deveriam receber assentos na Assembleia Nacional Constituinte (Wang, 2002, p. 531).

No final de 1946, o PCCh começou a sabotar os trabalhos realizados na Assembleia Nacional Constituinte iniciando vários confrontos militares com o PN de Chiang Kai-Shek. No entanto, em 25 de dezembro, a Constituição da República da China foi promulgada pela Assembleia Constituinte (Tung, 2012).

Apesar da promulgação da constituição, no final de fevereiro de 1947, ocorreu uma revolta e o PN começou a perder inúmeras batalhas para o PCCh. Após severas derrotas, o governo de Chiang Kai-Shek e do PN se retiraram para Taiwan e declararam Taipei como a capital temporária da China. Enquanto isso, na China continental, em outubro de 1949, o PCCh anunciou a si mesmo como o governo legítimo da República Popular da China (Wang, 2002, p. 535).

Depois que Chiang Kai-Shek morreu em 1974, seu filho, Chiang Ching-Kuo, assumiu a liderança política em Taiwan. Com isso foi dado início à liberalização política de Taiwan. Desde 1991, a Constituição chinesa de 1947, agora como constituição de Taiwan foi revisada sete vezes para se adequar a realidade democrática da ilha.

ANALISANDO A HISTÓRIAS DO CONSTITUCIONALISMO NA ÁSIA PÓS-GUERRA

Delimitado o contexto histórico inicial da construção do movimento constitucional no leste asiático no pós-guerra, passamos a processo de elaboração das constituições focando em analisar três elementos: as situações das nações no pós-guerra, a sua autoria constitucional e o nacionalismo vivenciado nesses países.

O conflito e as suas influências no processo de elaboração das constituições

Os três países passaram por processos de elaboração de novas constituições imediatamente após o fim de guerras e conflitos armados. Sendo que isso não é particularmente excepcional, pois muitas constituições modernas foram feitas após guerras internas ou externas, outras ainda envolveram lutas coloniais, dependendo das perspectivas (Gouvêa, 2016, p. 94).

O período pós-guerra proporciona um aumento na ânsia popular pela paz, o que gera

movimentos de deliberações ou discussões sérias por parte dos representantes do povo, o que é crucial na elaboração da constituição. Contudo, a instabilidade socioeconômica devido a guerra não fornece um ambiente deliberativo. Assim, constituições criadas em situações turbulentas não produzem o melhor resultado possível, o que resulta em um curto período de vigência (Gouvêa e Branco, 2021, p. 109).

Embora as constituições do Japão, Coreia e Taiwan tenham sido feitas depois da segunda guerra mundial, suas condições variaram. Comparativamente falando, a condição do Japão, apesar de ter sido derrotado e ter sido imposto o processo de elaboração de uma nova constituição, acabou por ter condições melhores que a Coreia e Taiwan, já que ambos enfrentaram lutas internas durante o período de elaboração das suas respectivas constituições, o que acabou resultando em rupturas sociais que dividiram os países, resultando na separação de Taiwan da China e a divisão das Coreias (Jackson, 2007, p. 1249).

No caso do Japão, apesar da imposição do novo modelo constitucional pelas Forças Aliadas, pesquisas realizadas antes e depois da adoção da Constituição de 1947 tendem a confirmar que existia apoio generalizado não apenas para a reforma constitucional, mas também para as reformas específicas defendidas pela CSFA (Scheppele, 2003, p. 300).

Conforme uma pesquisa encomendada pelas Forças Aliadas e conduzida no final de 1945 pelo *Kyodo News Service* sugeriu que o povo japonês, estava ansioso para revisar os arranjos constitucionais que tanto os desapontaram e reprimiram. Sendo que, três quartos dos entrevistados consideraram a reforma constitucional “necessária”, contendo uma combinação de limites aos poderes do Imperador e expansão dos poderes da Dieta, seguido por uma maior proteção dos direitos individuais e liberdades. A próxima reforma mais popular foi a abolição ou reforma da Câmara dos Pares da Dieta, ao qual seus membros, em grande parte, eram políticos hereditários e nobres nomeados pelo Imperador (Beer e Maki, 2002, p. 821).

Com base nesses fatos e outros, acabou-se garantindo o entusiasmo popular quanto à deliberação da constituição e assegurando a legitimidade da constituição japonesa de 1947 perante a sociedade japonesa (Carvalho, 2023a).

Já nos casos da Coreia do Sul e Taiwan, no entanto, as eleições dos representantes constitucionais e as convenções da assembleia constitucional sob a tutela de forças militares foram bastante conturbadas, o que acabou resultando em um processo constitucional com pouco apoio popular, resultando assim em conflitos internos e a deslegitimação das constituições (Ahn, 1997; Wang, 2002).

Assim, a Coreia do Sul passou pela ascensão e queda de seis repúblicas, enquanto Taiwan acabou sofrendo com uma ditadura constitucional até meados de 1991 quando começou a emendar a constituição de 1947 para assegurar direitos fundamentais e um processo democrático.

Autoria constitucional em Xequê

A proposta de elaboração de uma nova Constituição carrega consigo um sentimento bastante patriótico ou mesmo nacionalista devido a necessidade da nova carta constitucional

de expressar a opinião popular (Gouvêa, 2016).

Contudo, nesses três casos, o questionamento da autoria constitucional genuína, devido aos conflitos internos e externos no pós-guerra é, portanto, bastante óbvia. Assim, todas as três constituições por terem sido elaboradas durante o período de pós-guerra sofreram críticas por não terem uma autoria constitucional genuína (Ahn, 1997).

A Constituição do Japão do pós-guerra é frequentemente referida como uma constituição imposta pelos Estados Unidos da América ou mesmo por MacArthur (Carvalho, 2023a, 30). Na Coreia do Sul, a primeira Constituição do pós-guerra foi fortemente influenciada pelo governo militar dos Estados Unidos (Kim, 1992, p. 25-42). Em Taiwan, a Constituição, que foi elaborada originalmente pelo povo chinês e foi criticada como uma Constituição com um viés partidário e não uma Constituição feita em Taiwan e para os taiwaneses (Yeh, 1997, p. 37).

Nesse contexto, o fato de o General MacArthur ter dado ao governo japonês um projeto de constituição, a influência do GMEUC sobre a Constituição da Coreia do Sul e da imposição de uma constituição chinesa aos taiwaneses, acaba pondo em xeque a legitimidade dos autores dessas constituições.

Apartir dessa conjuntura, ao analisar o processo da elaboração dessas constituições, Graham Hassall e Cheryl Saunders afirmam que as experiências desses países podem ser associadas a modelos constitucionais típicos de países que buscaram a sua independência e à descolonização (Hassall e Saunders, 2005).

As três experiências de elaboração de constituições se encaixam nesse modelo, uma vez que tanto Coreia e Taiwan foram colônias japonesas e tiveram que passar por um processo de descolonização e elaboração de constituições que proclamassem a sua independência e soberania. Ao passo que o Japão, apesar de ter sido um colonizador, devido a sua derrota na segunda guerra mundial, passou a ser ocupado pelas Forças Aliadas e passou a ter o mesmo destino que as suas colônias (Hassall e Saunders, 2005, p. 76).

A Constituição da República Democrática da Coreia (do Norte) elaborada em conjunto com a União Soviética estava mais próxima do modelo de independência “declarado”. Já a Constituição da República da Coreia (do Sul) elaborada sob a supervisão militar da ONU e dos Estados Unidos pode ser considerada como “negociada”, não com o ex-colonizador japonês, mas com o novo “colonizador”, isto é, a junta militar dos Estados Unidos da América e a ONU (Kim, 1982).

De igual modo aconteceu com Taiwan, com a saída do colonizador japonês vieram os novos “colonizadores” chineses, que não ofereceram qualquer chance de declarar qualquer independência, mas apenas a negociação da participação mínima de Taiwan no processo de elaboração da constituição chinesa de 1947, o que posteriormente, por conflitos internos dos colonizadores chineses, levou a “independência” de Taiwan (Hassall e Saunders, 2005, p. 80).

Devido a sua derrota na segunda guerra, o Japão foi forçado a passar por uma experiência similar às suas antigas colônias, passando por um processo de elaboração

constitucional negociada com a as Forças Aliadas. Assim, passando por um processo semelhante à “recolonização” compartilhada por suas ex-colônias coreanas e taiwanesas (Shoichi, 1995, p. 212).

Desta forma, todos os três países passaram por um processo de elaboração constitucional típico de países em processo de descolonização, tendo que passar por negociações com forças políticas estrangeiras para alcançar a plenitude da sua independência.

Nesse contexto, pode-se ainda insistir que a autoria constitucional nos três lugares pode ser questionada quanto aos seus projetos de constituição, devido às influências estrangeiras, com Japão e Coreia recebendo influência dos Estados Unidos e Taiwan da China. Mas, um fato imutável é que houve participação popular durante o processo constitucional, talvez mínimo, mas houve, uma vez que no final, foi a Dieta Imperial que promulgou a Constituição japonesa do pós-guerra, a recém-eleita Assembleia Nacional em Seul aprovou a Constituição coreana e delegados eleitos de Taiwan participaram da Assembleia Constituinte da Constituição Chinesa de 1947 (Hassall e Saunders, 2005, p. 85).

Independente dessas questões, fato é que com o passar do tempo as sociedades foram conferindo legitimidade às suas novas constituições, com a aceitação do povo japonês da constituição de 1947, as emendas constitucionais aprovadas a constituição chinesa acabaram transformando o texto em uma carta taiwanesa e, por fim, após diversos regimes autoritários e democráticas, a Coreia do Sul aprovou a sua 9ª e última emenda por referendo em 27 de outubro de 1987 (Hassall e Saunders, 2005, p. 149).

Assim, apesar de terem sido impostas por forças estrangeiras, as constituições elaboradas no pós-guerra acabam consolidando o Estado de Direito nesses países e marcou uma evolução significativa na democracia asiática.

Os três modelos de constituição em comparação

Ao refletir sobre as experiências históricas de elaboração de constituições na Ásia, é possível identificar três modelos de elaboração de constituições modernas.

O primeiro modelo é caracterizado pela elaboração da constituição como uma forma de promover a democracia. Nesse modelo, a elaboração da constituição é vista como um meio de estabelecer um governo democrático e garantir a participação da sociedade civil no processo político (Choudhry, 2005, p. 933).

O segundo modelo é o da elaboração de constituição como independência nacional. Nesse modelo, a elaboração da constituição é vista como um meio de estabelecer a independência nacional e a soberania do país. É um modelo comum em países que passaram por períodos de colonização ou ocupação estrangeira (Choudhry, 2005, p. 934).

O terceiro modelo é o da constituição como inclusão nacional. Nesse modelo, a elaboração da constituição é vista como um meio de promover a inclusão e a igualdade entre grupos étnicos, religiosos ou linguísticos diferentes que compõem o país. Esse modelo é especialmente relevante em países com diversidade étnica e cultural significativa, onde a

constituição é vista como um meio de unificar o país sob uma identidade nacional comum (Choudhry, 2005, 935).

Cada um desses modelos apresenta particularidades analíticas e pode ser mais adequado para diferentes contextos históricos, políticos e culturais. Desta forma, sob essas premissas e aspectos analisaremos os processos constitucionais nesses três países.

A elaboração da constituição japonesa como promoção da democracia

O primeiro modelo de elaboração constitucional como promotor da democracia tem sido considerado imperativo na teorização moderna do constitucionalismo.

As constituições são criadas para construir uma estrutura democrática de governança e para garantir os direitos das pessoas que governam ao mesmo tempo em que são governadas. Nos três países em análise, apenas o Japão reflete esse modelo. A forte busca pela governança democrática no Japão do pós-guerra foi o principal objetivo na elaboração da constituição de 1947, tanto do ponto de vista reformista da CSPA quanto do Comitê de Assuntos Constitucionais (Elster, 1995, p. 364).

A elaboração da constituição japonesa do pós-guerra foi uma auto busca nacional por uma nova democracia, muito embora a busca tenha contado com intervenções externas para assegurá-la. Desta forma, após a promulgação da Constituição Heiwa, quaisquer tentativas subsequentes de revisão da Constituição foram indesejadas e rotuladas como ataques conservadores à nova democracia nascente (Carvalho, 2023a).

Isso explica bem por que, ao contrário da política constitucional em outros lugares, os revisionistas no Japão são vistos como conservadores, enquanto os preservacionistas são liberais. É devido a essa contingência histórica que a constituição japonesa do pós-guerra persistiu sem qualquer revisão por mais de sete décadas, e que essa prática está longe de ser conservadora e indicativa de nacionalismo, mas sim de persistência democrática.

A constituição coreana e a sua independência nacional

O segundo modelo de elaboração constitucional como independência nacional é muito típico na prática moderna de estabelecer o constitucionalismo, sendo identificado como uma característica comum da elaboração de constituições após a Segunda Guerra Mundial (Choudhry, 2005).

A constituição coreana do pós-guerra pertence a esse modelo. Quando a elaboração da constituição representa uma clara declaração de independência nacional após as lutas coloniais, o que a nova Constituição carrega é principalmente uma mensagem simbólica sobre o recém-emergido estado-nação e seu próprio povo (Hahm e Kim, 2010, p. 830).

Contudo, frequentemente, os redatores constitucionais nesse modelo se apressam em fazer uma nova Constituição sem ponderar quais instituições terão um melhor desempenho para o novo estado-nação. Assim, é muito comum que esses novos estados enfrentem crises políticas após a sua criação, podendo enfrentar ditaduras ou outra nova rodada de elaboração constitucional (Lee, 1974, p. 41).

O caso coreano não foi uma exceção, passando por diversas turbulências políticas,

como a infeliz divisão das Coreias do Norte e do Sul, ambas as quais escreveram constituições muito nacionalistas para comemorar as lutas coloniais do passado, a independência nacional, bem como a rápida divisão nacional. Não foi nenhuma surpresa que a Coreia do Norte acabou se tornando uma ditadura e que a Coreia do Sul se deparou com círculos viciosos de emendas constitucionais e troca de regimes governamentais, alternando-se entre ditaduras e regimes populares, até a sedimentação do regime democrático de 1987 (Hahm e Kim, 2010).

Qualquer constituição que acabe sendo redigida com muito enfoque na declaração de independência nacional é inevitavelmente lida em passagens instrumentais, o que leva a difíceis desenvolvimentos constitucionais subsequentes, devido principalmente ao pouco desenvolvimento das formas em que a soberania popular é exercida, a responsabilização dos atores políticos e um mecanismo de freios e contrapesos bem delineados (Lee, 1973, p. 58).

Devido a esses fatores, desde a primeira constituição, a Coreia do Sul teve outras seis constituições, mantendo a atual até o presente momento, devido aos sucessos no processo constitucional de 1987 que trouxe um amplo debate quanto às escolhas institucionais.

A constituição Taiwanesa como uma forma de inclusão nacional

O terceiro modelo de construção constitucional como inclusão nacional não ocorre com muita frequência, mas ainda pode ser visto em alguns casos. A Constituição Espanhola no que diz respeito à relação com a Catalunha e a Carta Canadense em relação ao Quebec fornece bons exemplos (Rosenfeld, 1997).

A elaboração de uma constituição que sirva ao propósito de integração ou coesão nacional em um momento de conflitos internos ou grave fragmentação requer lutas muito mais complexas em termos de substância e processo. Não é uma tarefa fácil projetar uma estrutura constitucional e instituições viáveis para sociedades fragmentadas ou mesmo nações que estão se afastando (Rosenfeld, 1997).

Tanto o processo deliberativo quanto às considerações substanciais não podem ocorrer em situações caóticas ou mesmo em conflito. No entanto, paradoxalmente, grupos nacionais ou étnicos divididos costumam fazer constituições muitas vezes para a coesão nacional somente após guerras civis ou conflitos sangrentos (Rosenfeld, 1995).

De certa forma, a Constituição da China (Taiwan) promulgada em 1947 foi uma constituição feita para inclusão nacional, foi particularmente assim para Taiwan dentre outras províncias, que acabaram de sair da colonização japonesa. Infelizmente, o processo de elaboração da constituição trouxe muito mais complexidades.

A constituição de 1947 ocorreu em meio à intensificação das guerras entre o PN e o PCCh. Em tais situações de guerra, não foram realizadas eleições justas de representantes em muitas províncias, incluindo Taiwan, nem quaisquer deliberações e debates sérios sobre a Constituição poderiam ocorrer na Assembleia Nacional Constituinte (Chang, 2001, p. 340).

Pior ainda, os representantes de Taiwan enfrentaram os massacres de “28 de

fevereiro” e a decretação de lei marcial. Nestes termos, a elaboração da Constituição de 1947 com o objetivo de inclusão nacional estava fadada ao fracasso (Chang, 2021, p. 17).

Para o governo de Chiang Kai-Shek, que tinha acabado de se refugiar em Taiwan com a Constituição de 1947, a Constituição representava sua própria origem nacional, bem como a legitimidade. No entanto, para os taiwaneses a constituição foi um símbolo do fracasso da sua inclusão nacional e um símbolo de um governo nacionalista e ditatorial. Justamente devido a essa natureza bastante nacionalista presente na Constituição de 1947 que os desenvolvimentos constitucionais subseqüentes em Taiwan se tornaram um inevitável processo de luta entre os nacionalismos chinês e taiwanês (Yeh, 1997).

Somente após as reformas constitucionais e a democratização na década de 1990 que Taiwan obteve um regime constitucional e instituições verdadeiramente democráticas. Mas a identidade nacional de Taiwan e sua relação com a cultura e etnia chinesa e com a China em ascensão no continente permanecem sem solução até hoje.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À face do exposto, podemos concluir que, o processo de elaboração das constituições durante o período do pós-guerra no Japão, Coreia do Sul e Taiwan acabou refletindo em três modelos que refletem traços comuns: elaboração da constituição como promoção da democracia, elaboração da constituição como independência nacional e elaboração da constituição como inclusão nacional.

A história do processo constitucional que esses países passaram, logo após o fim da segunda-guerra mundial, representa suas respectivas lutas nacionais, bem como os fundamentos políticos e sociais em torno de sua própria constituição.

A elaboração das constituições desses países foram fortemente influenciadas pelo período pós-guerra, o que resultou em textos que buscavam promover a democracia e instituições com uma política social estável. Contudo, inicialmente, apenas a constituição do Japão teve sucesso em assegurar esses valores, devido aos problemas internos sofridos pela Coreia do Sul e Taiwan. Atualmente, ambos países gozam de democracias plenas, mas foi necessário diversos conflitos internos e um aperfeiçoamento do sistema constitucional para que esse resultado fosse alcançado.

O processo constitucional nestes países, devido à sua construção histórico-social, apresenta singularidades que devem ser cuidadosamente consideradas. Na era da análise comparada de sistemas constitucionais, é imprescindível que os desenvolvimentos constitucionais da Ásia sejam estudados em diversos contextos de aprendizado constitucional comparativo. Dessa forma, podemos aprimorar nosso conhecimento acerca do processo constitucional moldado em meio a conflitos bélicos.

REFERÊNCIAS

AHN, Kyong Whan. **The influence of American constitutionalism on South Korea**. S. III. ULJ, v. 22, p. 71, 1997.

- AKAMI, Katsutoshi. **From divine legitimacy to the myth of consensus**: The emperor system and popular sovereignty. Five decades of constitutionalism in Japanese society, p. 9-26, 2001;
- BEER, Lawrence Ward; MAKI, John M. McGilvrey. **From imperial myth to democracy**: Japan's two constitutions, 1889-2002, 2002, p. 821-82.
- CAROLAN, Christopher J. **The Republic of Taiwan**: A Legal-Historical Justification for a Taiwanese Declaration of Independence. NYUL Rev., v. 75, p. 429, 2000
- CARVALHO, Denilson Menezes. **Constituição Imposta?** Refletindo Sobre o Processo Constitucional no Japão Pós-Guerra. In: André Bueno. (Org.). Oriente 23: Estudos Japoneses. 1 ed. Rio de Janeiro: Proj. Orientalismo / UERJ, 2023, v. 1, p. 24-30.
- CARVALHO, Denilson Menezes. **A Suprema Corte Japonesa**: entre a jurisdição constitucional e o passivismo judicial. Dissertação (mestrado) – Universidade Católica de Brasília, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, 2023.
- CHANG, Jasmin Adriane. **A postura chinesa em relação aos direitos humanos: o caso de Taiwan**. 2021. 50 f. Monografia (Especialização) - Curso de Relações Internacionais, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2021, p. 17
- CHANG, Wen-Chen. **Transition to Democracy, Constitutionalism and Judicial Activism**: Taiwan in Comparative Constitutional Perspective in JSD Dissertation. Yale Law School, 2001
- CHOUDHRY, Sujit. Old Imperial Dilemmas and the New Nation-Building: Constitutive Constitutional Politics in Multinational Polities. **Connecticut Law Review**, Vol. 37, 2005., p. 933. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=1624064>>. Acesso em 25 de fev. de 2023.
- DAVIS, Michael C. **Constitutionalism and political culture**: The debate over human rights and Asian values. Harv. Hum. Rts. J., v. 11, p. 109, 1998.
- ELSTER, Jon. **Forces and mechanisms in the constitution-making process**. Duke LJ, v. 45, p. 364, 1995.
- GINSBURG, Tom. **Confucian constitutionalism?** The emergence of constitutional review in Korea and Taiwan. Law & Social Inquiry, v. 27, n. 4, p. 763-799, 2002 e
- GOEDDE, Patricia. **Law of Our Own Style**: The Evolution and Challenges of the North Korean Legal System. Fordham Int'l LJ, v. 27, p. 1265, 2003.
- GOUVÊA, Carina Barbosa. **As intervenções da ONU no processo de constitution-making nos Estados em transição política**: o papel das Nações Unidas no resgate da ordem democrática. Curitiba: Juruá, 2016, p.94
- GOUVÊA, Carina Barbosa; BRANCO, Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo. **“Nós, o povo”?** As constituições impostas e o mito da soberania popular. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. 78, p. 81-114, 2021, p. 109.
- HAHM, Chaihark; KIM, Sung Ho. **To Make “We the People”**: Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea. International journal of constitutional law, v. 8, n. 4, p. 800-848, 2010.

- HAMANO, Sylvia Brown. **Incomplete Revolutions and Not So Alien Transplants: The Japanese Constitution and Human Rights.** U. Pa. J. Const. L., v. 1, p. 415, 1998.
- HANG, Wen-Chen *et al.* **Constitutionalism in Asia: cases and materials.** Bloomsbury Publishing, 2014; T
- HASSALL, Graham; SAUNDERS, Cheryl. **Asia-Pacific constitutional systems.** Cambridge University Press, 2005.
- HIDEO, Tanaka. **Kenpo Seitei Katei Oboegaki,** Yuhikaku, 1979.
- JACKSON, Vicki C. What's in a Name-Reflections on Timing, Naming, and Constitution-Making. **Wm. & Mary L. Rev.**, v. 49, p. 1249, 2007.
- JAPÃO. [Constituição (1946)]. **Constituição do Japão.** Tóquio: Dieta, 1946. Disponível em: <https://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>. Acesso em: 5 out. 2022.
- KADES, Charles L.; **The American Role in Revising Japan 's Imperial Constitution.** Political Science Quarterly, Vol. 104, No. 2 (Summer, 1989), p. 241. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2151582>. Acesso em: 06 de out. de 2022.
- KIM, Hakjoon. **The Influence of the American Constitution on South Korean Constitutional Development since 1948.** Asian Perspective, p. 25-42, 1992.
- KIM, Tscholsu. **Comparison of the Constitution of South and North Korea-Prospects for a Constitution for a Unified Korea.** Korean J. Comp. L., v. 10, p. 1, 1982.
- LEE, Han-Key. Constitutional Developments in South Korea. **Hong Kong LJ**, v. 4, p. 41, 1974.
- LEVIE, Howard S. **How it all started-and how it ended: A legal study of the Korean War.** Akron L. Rev., v. 35, p. 205, 2001.
- LEVIE, Howard S. **The Nature and Scope of the Armistice Agreement.** American Journal of International Law, v. 50, n. 4, p. 880-906, 1956.
- MARTINS, Marco António. **As duas Coreias: zona crítica de tensão internacional.** JANUS, 2012.
- MATSUI, Shigenori. **The Constitution of Japan: a contextual analysis.** Bloomsbury Publishing, 2010.
- MOON, David. **Hybrid Constitutionalism to Mainstream Human Rights in a Unified Korea.** Queen's University (Canada), 2013.
- OH, John Kie-Chiang. **Korean Politics: the quest for democratization and economic development.** [S.I.]: Cornell University Press, 1999.
- ROSENFELD, Michel. **Constitution-Making, Identity Building, and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example.** Cardozo L. Rev., v. 19, p. 1891, 1997.
- ROSENFELD, Michel. **Law and the Postmodern Mind: The Identity of the Constitutional Subject.** Cardozo L. REV., v. 16, p. 1049, 1066, 1995

SANTOS, Rafaela Schuindt. **A Península Coreana no Pós Guerra-Fria (1991-2001)**. Revista Ensaio de História, 2012.

SCHEPPELE, Kim Lane. **Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models**. International Journal of Constitutional Law, v. 1, n. 2, p. 296-324, 2003.

SHOICHI, Koseki. **Shin Kenpo No Tanjyo**, Tóquio: Chuko Bunko, 1995;

SHOICHI, Koseki. **The birth of Japan's postwar constitution**. Routledge, 2018.

TOSHIO, Irie. **Kenpo Seiritsu No Keii To Kenpojyo No Shomondai**, Daiichi Hoki Shuppan, 1976.

TUNG, William L. **The political institutions of modern China**. Springer Science & Business Media, 2012

WANG, Tay-sheng. **The legal development of Taiwan in the 20th century: Toward a liberal and democratic country**. Pac. Rim L. & Pol'y J., v. 11, p. 531, 2002.

WANG, Tay-sheng. **The legal development of Taiwan in the 20th century: Toward a liberal and democratic country**. Pac. Rim L. & Pol'y J., v. 11, p. 531, 2002

YEH, Jiunn-Rong. **Constitutional reform and democratization in Taiwan: 1945-2000**. Taiwan's modernization in global perspective, p. 47-77, 2002.

YEH, Jiunn-rong. **The cult of fatung: Representational manipulation and reconstruction in Taiwan**. The people's representatives: Electoral systems in the Asia-Pacific region, p. 23-37, 1997.

YOON, Dae-Kyu. **Constitutional amendment in Korea**. Korean J. Comp. L., v. 16, 1988.

A guerra contra as organizações criminosas X aplicação do direito penal do inimigo

Poliana Monteiro Nunes

RESUMO

A crescente estruturação e enriquecimento do Crime Organizado é algo que não se pode mais ignorar. Com destaque para o narcotráfico, esse tipo criminoso sem fronteiras, busca o lucro convencendo seus adeptos com uma falsa ilusão de poder, reconhecimento e ascensão, em um sistema paralelo criado pelo crime. Nesse cenário, aborda-se a necessidade de um tratamento diferenciado para o combate deste tipo de criminalidade. Apontamos a real e camuflada, guerra travada contra o Estado, e os métodos de enfrentamento dessa luta armada e constante, trazendo a necessidade da aplicabilidade de mecanismos específicos nas situações apresentadas. A pesquisa qualitativa, adotou o método de complexidade na abordagem do tema, demonstrando a ordem, desordem, interação e reorganização nas situações de violência extrema. Adotou-se um procedimento monográfico, com objetivo explicativo, expondo a Teoria do Direito Penal do Inimigo como forma de punição diferenciada para criminosos mais perigosos, chefes e integrantes de associações criminosas e que se autodeclaram rivais do “Sistema e inimigos do Estado” e, consequentemente, de todos os cidadãos de bem.

Palavras-chave: associação criminosa; guerra; inimigo; estado.

ABSTRACT

The growing structuring and enrichment of Organized Crime is something that can no longer be ignored. With emphasis on drug trafficking, this borderless criminal type seeks profit, convincing its followers with a false illusion of power, recognition and advancement, in a parallel system created by crime. In this scenario, the need for differentiated treatment to combat this type of crime is addressed. We point out the real and camouflaged war waged against the State, and the methods of confronting this armed and constant struggle, bringing the need for the applicability of specific mechanisms in the situations presented. Qualitative research adopted the complexity method in approaching the topic, demonstrating order, disorder, interaction and reorganization in situations of extreme violence. A monographic procedure was adopted, with an explanatory objective, exposing the Theory of Criminal Law of the Enemy as a form of differentiated punishment for more dangerous criminals, leaders and members of criminal associations and who declare themselves rivals of the “System and enemies of the State” and, consequently, of all good citizens.

Keywords: criminal association; war; enemy; government.



INTRODUÇÃO

O verdadeiro objetivo da guerra é a paz. O general que compreende a guerra é o ministro do povo e o protetor da nação (Sun Tzu).

A separação entre guerra e paz é feita por uma linha tênue. Ainda que antagônicos, esses dois conceitos estão intimamente interligados.

No *salve*¹ emitido no ano de 2017 por uma das maiores facções atuante dentro e fora do país, o grupo criminoso, deixou claro sua intenção, se autodeclarando inimigos do sistema. O documento narrava que: “Como diz uma frase muito forte verdadeira: se queres paz, te prepara para a guerra. Estamos fortemente preparados pelo que vier pela frente”.

Há mais de quatro décadas grupos criminosos, denominados de “facções”, palavra que traz o significado de grupos militares e rivais, que perturbam a ordem pública e desafiam a lei², vêm se fortalecendo. Sua principal filosofia é “... unir o crime em todo país, **onde o crime fortalece o crime**, em prol dos oprimidos pelo sistema...”³ (grifo meu).

Em busca do enriquecimento e aumento de suas fronteiras, as facções criminosas tem aumentado seu número de filiados, aprimorando seus níveis de organização e interconexão dos membros, numa rede de profissionais diversos, a fim de vencer o inimigo em comum: o Estado.

As facções criminosas se formaram e fortaleceram no interior dos presídios brasileiros, onde estavam custodiadas suas principais lideranças, utilizando-se de movimentos de rebelião, e com muita violência. Essas organizações se estabeleceram, impondo suas regras e pressionando o Estado para ceder às suas reivindicações.

Ocorre que, mesmo se deparando com todo esse quadro de violência, morte e rebeliões, apresentado de forma visível e incontestável, as autoridades brasileiras durante muito tempo se negaram a admitir a existência dessas organizações, uma vez que não havia uma estratégia clara que expusesse a forma para lidar com tais grupos.

A desídia no enfrentamento das facções criminosas em seu momento inicial, proporcionou que os grupos se fortalecessem a cada dia. A falta de estratégias de combate permite a vantagem e o avanço veloz nas fronteiras desses grupos.

Atualmente, nos deparamos com o paradoxo de tempos em que, por vezes se reconhece uma verdadeira batalha contra o crime; e por outras, ocorre a tentativa de camuflagem do estrago causado com o crescimento e fortalecimento das organizações criminosas no Brasil.

Neste cenário de guerra, onde o inimigo está aparente e voraz, demonstra-se a necessidade de se aplicar um tratamento legislativo diferenciado de identificação e combate a este tipo de marginalidade que atua de forma tão violenta e agressiva.

¹ Comunicado interno que circula entre presos e integrantes de uma organização criminosa, comunicando decisões de seus líderes, para serem seguidas por seus membros.

² Disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/fac%C3%A7%C3%A3o>.

³ Trecho transcrito no *salve* emitido pela cúpula do PCC em 2013.

O CRIME ORGANIZADO

O crime organizado nada mais é que um **ataque massivo à estrutura da sociedade**, afetando praticamente os seus componentes em nível individual, coletivo e institucional. O crime organizado ameaça alguns dos mais básicos elementos da nossa ordem democrática (Chiroli e Araujo, 2009. p. 70, grifo meu).

O crime organizado tem alcançado proporções preocupantes, se tornando uma das principais mazelas sociais, razão da insegurança e sofrimento para a população.

A década dos anos 70, durante a ditadura militar, marca o início do período em que o crime começou a se organizar no Brasil. Contrariando o que se pode imaginar, as facções não se formaram nas favelas ou em locais de moradores de baixa renda, elas tiveram início dentro do sistema prisional, onde o Estado se fazia presente, utilizando-se de estratégias para não levantar suspeitas do seu real objetivo.

Como já se sabe, o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV) são as principais facções brasileiras, todavia não são as únicas; havendo também a ADA (Amigos Dos Amigos), a Família do Norte (FDN), o Comando Revolucionário Brasileiro do Crime (CRBC), dentre outras.

Em sua trajetória, as organizações criminosas criaram uma estrutura organizacional e de gestão, funcionando como uma espécie de agências reguladoras do crime, com uma proposta de pacificação e prometendo benefícios não só para seus integrantes e familiares, bem como para os moradores dos bairros em que atuam, como forma de conseguir a aceitação e apoio, objetivando o recrutamento de novos adeptos.

No entanto, essa suposta pacificação é feita mediante o emprego de grande violência e coação por parte de criminosos que visam o controle e monitoramento de cidadãos, além do controle do comércio local.

Uma das mais antigas facções do Brasil é o Comando Vermelho, o CV. Descendente da Falange Vermelha, a organização surgiu no período da ditadura militar, início da década dos anos 80. Sua criação se deu na penitenciária Instituto Penal Cândido Mendes, também conhecido como o “Caldeirão do Diabo”, no Rio de Janeiro. Nessa unidade prisional, presos comuns e presos políticos se uniram, sob a bandeira de luta por direitos, formando assim o grupo criminoso.

Tendo como uma de suas principais fontes de renda o tráfico de drogas e armas, a estratégia de crescimento do Comando Vermelho foi a mesma utilizada pelos cartéis colombianos para ganhar a simpatia e apoio da população mais carente, aplicando parte da renda da venda de drogas em melhorias para a comunidade. A maior facção criminosa do Rio de Janeiro, investe com afincamento em equipamentos e tecnologia para continuar no comércio das drogas e armas, mantendo um alto grau de organização nos últimos anos, desde que, ainda incipiente, consolidou o controle sobre a maior parte das bocas da cidade.

Já no início da década de 1990, a organização criminosa carioca influenciaria a criação do Primeiro Comando da Capital, o PCC, principal facção do Estado de São Paulo. As duas facções deram fim a sua parceria após quase duas décadas, em virtude da disputa dos territórios de fronteiras do Brasil com Paraguai, Bolívia e Colômbia, culminando numa rebelião nos presídios em Rondônia e Roraima.

Fundado em 1993, o PCC, utilizando como pano de fundo uma discussão em uma partida de futebol, se estabeleceu no controle do presídio mais rígido de São Paulo, a Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, conhecido como “Piranhão” (assim chamado devido à alta periculosidade dos detentos, considerados como “piranhas”, que bebiam o sangue dos rivais). “A junção dos bandidos mais perigosos em um lugar só, nunca deu certo, e no Brasil, adubou as grandes organizações criminosas” (Christino e Tognolli, 2017, p.18).

Atualmente, o Primeiro Comando da Capital - PCC é o grupo criminoso mais forte e expressivo no país. A facção, ao perceber que seu fortalecimento estava diretamente ligado ao fortalecimento da organização dentro do sistema penitenciário, passou a “batizar” seus novos integrantes, que após a filiação, assumiam compromissos com o grupo criminoso.

Com sua estrutura organizada em células, denominadas de “sintonias”, o PCC é formado por grupos internos que funcionam como equipes decisórias conectadas geograficamente, em âmbito regional, estadual, nacional e até internacional. Em cada unidade prisional e cada bairro, onde há o controle da facção, há um representante que conduz os negócios e as resoluções dos conflitos.

A grande sacada da maior facção criminosa brasileira, está em tornar seus membros cada vez mais comprometidos moral e financeiramente com a organização, proporcionando um crescimento acelerado do grupo, e conseqüentemente, a tomada de grande parte do território nacional por aqueles que estão diretamente ligados a vida do crime. Com esta filosofia de consolidação de regras e padrões, o Primeiro Comando da Capital aumentou sua credibilidade entre seus integrantes e diversificou as parcerias, possuindo um quantitativo que, estimasse, já ultrapassa mais de 100 mil membros. Em troca, seus filiados gozam de proteção e privilégios dentro e fora do sistema prisional.

Com o passar dos anos, de um modo geral, as facções foram se fortalecendo e criando suas próprias regras, obrigatoriamente observadas por seus integrantes dentro e fora dos presídios, a exemplo do Estatuto do PCC, que se espelhou no modelo estabelecido anteriormente pelo grupo criminoso fluminense Comando Vermelho (CV). A lei criada em 1997 e reeditada em 2011, traz diretrizes para facção, a fim de torná-la algo maior e diferente do que uma simples quadrilha.

Como uma espécie de constituição, as leis são estabelecidas e resguardadas pela própria organização criminosa, que com seu estatuto, cria uma figura abstrata, não mais pautada em uma liderança pessoal e física, mas consolidada na própria organização e seus integrantes. Para tanto, se utiliza de um ritual de batismo, onde o participante não basta ser do crime, é preciso se converter a irmandade, contribuindo com o caixa e com a burocracia de apoio aos presos.

Auxiliados pelas novas tecnologias, como o telefone celular, integrantes e líderes das organizações criminosas se comunicam com outros detentos em outras unidades prisionais e com seus aliados do lado de fora das penitenciárias, fazendo das prisões seu espaço de articulação, através de uma rede de contatos interconectada, onde, acima de tudo, contam com a proteção da segurança estatal.

Nessa estrutura, o tráfico de drogas e armas ganhou grande destaque. A lei defendida pelo crime estabelece que seus integrantes devem lutar pela paz, justiça,

liberdade igualdade e união, visando o crescimento da organização, proclamando uma ideia de horizontalidade e força coletiva. Para tal utiliza-se como instrumentos: a conscientização e violência, a fim de garantir a disciplina e impedir a ação de divergentes, tendo o homicídio como uma de suas principais ferramentas. Como exemplo, citamos um trecho do Estatuto do PCC, que determina:

Todos os integrantes têm o dever de agir com serenidade em cima de opressões, assassinatos e covardia realizada por agentes penitenciários, policiais civis e militares e contra a máquina do Estado. Se alguma vida for tirada com esses mecanismos **pelos nossos inimigos**, os integrantes do comando que estiverem cadastrados na quebrada do ocorrido deverão se unir e dar o mesmo tratamento que eles merecem. **Vida se paga com vida e sangue se paga com sangue** Manso e Dias, 2018, p.74, grifo meu).

Ressalta-se que em maio de 2006, num único fim de semana, 59 policiais e agentes penitenciários foram mortos por integrantes da facção, em ataques contra as autoridades estatais, como forma de pressionar para que suas reivindicações fossem atendidas.

Apesar de ser ter conhecimento da existência de grupos de criminosos organizados dentro do sistema prisional, as autoridades, durante muito tempo, tentaram ocultar a existência deles. Essa negação proporcionou o aumento das facções, à medida que nenhuma iniciativa foi tomada e assim permaneceu até fevereiro de 2001. No entanto, a negação da existência das organizações criminosas, não impedia que a Secretaria da Administração Penitenciária tentasse anular as ações das facções, mantendo o assunto contido intramuros das penitenciárias e impossibilitando qualquer atuação de outras instituições como polícia e Ministério Público.

De início, apenas se admitia que o PCC poderia ser uma quadrilha, no formato de tantas outras que já haviam sido detectadas dentro do sistema prisional. Essa ideia se sustentou até o momento em que a organização criminosa se revela para fora das prisões e se apresenta, de forma violenta, à sociedade. A partir daí, o Estado se viu obrigado a reconhecer a existência da organização criminosa, o que se deu, quando ocorreu a megarrebelião.

Para o PCC foi um ganho. A Organização foi apresentada à sociedade já consolidada, grande, poderosa. E essa imagem de força se ampliou mais ainda com os atentados de 2002 e 2006, com o sequestro de um jornalista e a morte de um juiz. Chegaram dominando tudo (Christino e Tognolli, 2017, p. 51).

Como podemos deixar que o inimigo fosse ignorado até o ponto de criar forças que não nos permitiam mais contê-lo? Como só percebemos sua presença quando ele já possuía tentáculos tão grandes, com capacidade para abarcar todos os arredores? Mais uma vez fomos negligentes ao ponto de nos colocarmos em uma posição vulnerável frente àqueles que procuram nossa morte. Ignoramos um dos princípios básicos de guerra que é de conhecer o inimigo.

Aquele que conhece o inimigo e a si mesmo, ainda que enfrente cem batalhas, jamais correrá perigo. Aquele que não conhece o inimigo, mas conhece a si mesmo, às vezes ganha, às vezes perde. Aquele que não conhece nem o inimigo nem a si mesmo, está fadado ao fracasso e correrá perigo em todas as batalhas (A arte da Guerra, 2006, p. 45).

Como enfatizado, o enriquecimento e a tomada do poder são os principais objetivos das organizações criminosas. Aqueles que se autodeclaram inimigos do Estado e de seus

cidadãos, estão se estruturando cada vez mais para um combate que ocorre diariamente, bem em frente aos nossos olhos. Uma das táticas para pressionar seu inimigo é fazê-lo recuar. Para tanto, os grupos criminosos têm se utilizado de rebeliões, assassinatos, e até pronunciamentos nos meios de comunicação e redes sociais, como forma de intimidação, a fim de que as autoridades cedam as suas exigências.

Em um desses episódios, a rebelião ocorrida no presídio paulista de Taubaté, os representantes estatais negociavam com aqueles que cumpriam pena por seus crimes no sistema prisional, e após serem pressionados com diversas mortes e ameaças, foram obrigados a recuar. Cada episódio desses serviu para fortalecer cada vez mais os criminosos, como podemos ver:

Com uma faca, Jonas começou a cortar a orelha de um deles e depois decepou a cabeça do outro, ritual que já era praticado eventualmente e que se tornou marca da facção, depois banalizada e disseminada por rebeliões prisionais pelo país – também se utiliza cortar o peito do adversário para arrancar o coração, entre outras atrocidades. Pedrosa (diretor prisional) chega ao CCT, vindo de São Paulo. Ele sabia que não havia como os policiais superarem barreira humana de presos para render os agentes penitenciários. Era preciso negociar [...] esse jogo de poder e persuasão durou até mais ou menos cinco horas, quando os rebelados, **para mostrar força e dar o recado de que realmente estavam dispostos a tudo**, jogaram uma das cabeças cortadas por Jonas por cima da muralha. O ato de jogar a cabeça não foi por acaso, era um recado. [...] A cabeça caiu justamente no pé de uma juíza que estava ajudando nas negociações. [...] Marcola assumiu as negociações. **O plano dos rebelados seguia conforme arquitetaram**. Iniciaram-se as conversas para as remoções. Os envolvidos na rebelião foram removidos para os presídios que escolheram. **E, diante do caos de cabeças rolando, o Estado cedeu**. [...] **A realização dos objetivos infundiu à nova liderança do PCC muito poder. Em 36 horas eles conseguiram dobrar o Estado e impor sua vontade. Era natural que pensassem que, se fosse orquestrada uma ação de amplitude maior, o Estado cederia mais. Na cabeça da liderança uma coisa tinha ficado clara. O Estado era covarde** (Christino e Tognolli, 2017, p.41, grifo meu).

Os líderes das organizações criminosas não se preocupam em camuflar-se. Com audácia e atrevimento fazem declarações de controle e soberania sobre o Estado e o povo:

Alguns dias depois da megarrebelião, a revista Veja publicou uma reportagem com a manchete **'Eles tomaram o poder'**... Nesse momento, o discurso dos líderes da facção é o seguinte: 'Vocês veem quem nós matamos, o que nós estamos fazendo, mas não veem quem nós salvamos. Ou seja, com essas mortes nós evitamos conflitos dentro do sistema, **porque nós cuidamos do sistema. Nós entendemos o que é bom para o sistema**. [...] Nós estamos aqui, estamos tornando o sistema viável, ao contrário do que a administração está fazendo. Vocês estão jogando o sistema numa situação de descontrole. **Somos nós que controlamos o sistema e não vocês** (Christino e Tognolli, 2017, p.41, grifo meu).

Com a clara intenção de tomada do poder, uma das principais ideologias que permeiam as facções criminosas é: "fazendo pressão, o Estado cede; o Estado como entidade política não aguenta, não suporta a pressão" (Christino e Tognolli, 2017, p.69).

Não podemos ignorar os objetivos, não somente financeiros, mas também políticos desses grupos criminosos. O uso dos meios de comunicação em massa como forma de desmoralizar o governo; os ataques terroristas destinados a amedrontar não somente a população, mas os servidores estatais, coagindo o ente público a estabelecer negociações e afrouxar as regras disciplinares das prisões, objetivando o fortalecimento do crime sem qualquer limite territorial, e por fim, a estrutura financeira que legaliza o dinheiro do mercado ilícito, injetando recursos na corrupção, demonstra claramente seus reais interesses.

Conforme Jenny Pearce (2018, p. 36):

Os atores criminosos que não esperam proteção credível do Estado, nem temem a ação do Estado, ganham incentivos para pressionar tanto o Estado, como os seus rivais, através da violência visível. A própria proteção violenta, torna-se uma mercadoria a venda dos criminosos, particularmente nas comunidades mais pobres, onde nem a segurança pública, nem a segurança privada são acessíveis ou benignas. Os jovens das comunidades pobres são atraídos por esta acumulação violenta, através dos bandos que formam, através da sua atuação como informadores e executores, ou através de outros papéis no crime organizado. Também absorvem a cultura de uma vida curta, vivida com elevados níveis de violência, consumo e excitação: a chamada “narcocultura”.

No dia 12 de maio de 2006, as lideranças do PCC, por meio de um salve geral, enviaram uma mensagem para que fossem realizados ataques contra agentes estatais, comércios, comitês políticos, ônibus e pichações que deveriam percorrer todos os cantos da cidade de São Paulo. Neste mesmo dia, foi utilizado um rádio *Nextel* para passar a mensagem abaixo transcrita, em sua grafia original:

Os atentados devem ser somente com fogo e bomba e atingir os comércios e comitês das pessoas que já sabemos quem são. Obs.: Pixar os muros contra a opressão do governo Alquimin e pedir apoio dos quatro cantos do Estado. Aquele Estado que estiver com + estrutura legal nos apoiar junto a nessas batalha (Christino e Tognolli, 2017, p.187).

Em uma das comunicações apreendidas no Presídio de Presidente Bernardes/SP, restou claro que:

O PCC não tinha esgotado seu viés terrorista, porque entre as anotações estava um pedido de autorização para **explodir uma bomba na estação Jabaquara do metrô paulistano**. Uma bomba nesse local teria causado gravíssimas consequências. Essa estação está ligada à rodoviária que faz ponte entre São Paulo e o litoral sul, um terminal com bastante movimento. Além da tragédia de grandes proporções, a repercussão seria internacional. Colocaria o PCC na mesma categoria de organizações como o grupo terrorista Basco ETA ou o irlandês IRA (Christino e Tognolli, 2017, p.134, grifo meu).

Com todo esse cenário, nos resta cristalino que essas Organizações Criminosas têm disseminado a cultura do crime entre jovens e adultos, como um verdadeiro “espírito de soldados em guerra”, com disputas de mercado e poder; onde a virilidade dos guerreiros é ostentada segurando revólveres, fuzis e facões. Como se esses conflitos fossem capazes de dar um norte às suas vidas, todos acreditam no papel central da violência e dos homicídios e se utilizam dos calibres das pistolas como forma de competição entre si, fazendo promessas de invasão do território inimigo e tendo as redes sociais como seu principal meio de divulgação.

Raiva da polícia, armas em abundância, ambição, desordem, inveja, maldade por todos os lados, imprevisibilidade, falta de perspectiva em relação ao futuro, esses problemas estavam concentrados nos bairros pobres, onde o mundo do crime começa a se consolidar como atividade de boa remuneração, status, adrenalina, virilidade, entre outros fatores. Em troca, quem faz parte desse mundo se arrisca a morrer jovem, a ser preso e a fragilizar os laços com amigos e parentes que não fazem parte dessa vida. É nesse ambiente que as facções articulam o discurso e pavimentam o caminho para aqueles que se rebelam contra esse sistema. **“O crime precisa se unir. O crime fortalece o crime. Os inimigos são as polícias e o sistema”** (Paes Manso e Nunes Dias, 2018, p.128, grifo meu).

Somando-se a toda essa conjuntura, há uma enorme disparidade de forças entre o Estado e seus representantes, em relação ao crime organizado; uma vez que as facções

criminosas estão muito bem estruturadas e organizadas, contando com um material de combate muitas vezes superior aos das forças estatais.

Enquanto as facções possuem fuzis de grosso calibre, como a metralhadora M2 Browning calibre .50⁴, usada no homicídio que vitimou Jorge Raffat Toumani, no Paraguai; além de granadas, incontável arsenal de munições e armamento de guerra; as forças policiais, em clara desvantagem, possuem número reduzido de policiais com o preparo necessário para esse tipo de situação e, por muita das vezes, não contam com o apoio institucional e com o treinamento e suprimento bélico necessário. Além de serem atacados pelos inimigos declarados, também são marginalizados pelas vítimas, as quais se empenham em defender.

Destaca-se, mais uma vez o ensinamento do general Sun Tzu: **“Um exército sem armas, provisões, alimentos e dinheiro não sobreviverá”** (Bueno, 2011, p. 46, grifo meu).

Agregado a tudo isso, percebe-se a manipulação da sociedade através dos veículos de comunicação e das mídias sociais: os verdadeiros inimigos da sociedade e dos cidadãos de bem são santificados, como se nunca tivessem feito qualquer mal, e quem é vítima passa a ser agressor, sem qualquer chance de defesa.

Corroborando nossa exposição, convém transcrever um trecho da entrevista divulgada na obra *Laços de Sangue* (2017), entre o Promotor de Justiça Marcio Christino e o advogado, e analista político boliviano, Hugo Achá Melgar, exilado desde 2009, ativista dos Direitos Humanos e pesquisador na área de Crime Transnacional Organizado e terrorismo:

Os brasileiros não aceitariam que um avião decolasse todo dia da Bolívia, bombardeasse uma cidade brasileira, e matasse 396 brasileiros todo dia. Mas se você colocar o número de vítimas que a atividade ilícita do meu país causa no Brasil, esse é o número. O que acontece é que **a sociedade brasileira tem se dessensibilizado com o nível de violência que o tráfico ocasiona no cotidiano da sociedade** (Melgar, 2009, p. 204, grifo meu).

Para o pesquisador, as organizações criminosas, “Estão começando a ter um tipo de controle social, está começando a ter impacto político” (Melgar, 2009, p.206).

Ainda na brilhante obra, é ressaltado pelo Autor e Procurador de Justiça que: **“O que se vê aqui, é um crescimento em direção à questão militar. O Estado está perdendo essa guerra. Invocando o jargão, ‘Tá tudo dominado’** (Melgar, 2009, p. 227, grifo meu).

E continua:

Nesses quinze anos, ouvindo gravações ambientais – quando os alvos não sabem da investigação – e entrevistando presos, jamais ouvi um deles justificar suas ações em razão de uma questão prisional “válida”: o motivo era sempre executar inimigos e obstáculos a seus objetivos, comércio de drogas e enriquecimento ilícito. Em nenhum momento a questão da superlotação ou demora na concessão de benefícios vieram à baila [...] Como já foi relatado, a intenção de fazer uso indireto da propaganda é um dos motes principais do crime organizado hoje (p.246).

Neste mesmo contexto, não podemos deixar de mencionar o fato ocorrido na favela do Jacarezinho, Estado do Rio de Janeiro, onde em uma operação policial de combate ao

⁴ A Browning M2 é uma metralhadora pesada criada no fim da Primeira Guerra Mundial. Usa o poderoso calibre .50 BMG, e leva o nome da arma em si (BMG Browning Machine Gun). É eficaz contra a infantaria, veículos não blindados ou levemente blindados, barcos, fortificações leves e aeronaves em baixa altitude.

tráfico de drogas restaram: um policial e vários bandidos mortos, bem como a apreensão de vários armamentos de guerra. Destaque-se os comentários do jornalista e comentarista da CNN Brasil, Alexandre Garcia⁵, que com seu brilhantismo e experiência peculiar, muito bem descreve o cenário e toda a situação, sem a necessidade de quaisquer outras colocações:

Territórios liberados, santuários do crime, em que as leis nacionais não entram. As leis que lá vigoram, escravizando as pessoas que lá moram, são as leis do crime. Construíram, graças ao tempo dado por uma liminar do ministro Fachin, desde junho do ano passado, eles tiveram um tempo de construir defesas dessa cidadela, construir casamatas, construir bloqueios de concreto, em que os carros blindados da polícia civil não conseguiram entrar. De uma certeza dessas casamatas é que foi morto o policial André, um pai de família. Até agora não se identificaram os mortos, mas a informação que se tem é que não houve dano colateral. Houve feridos no metrô, com ferimentos leves, mas não houve o chamado dano colateral. Foram mortas aquelas **pessoas que escravizam a população e que estavam usando menores**, que estavam sequestrando trens, usando menores para fazer a entrega da droga para aqueles que sustentam o crime, comprando a droga. Então o círculo vicioso foi esse. Eu acho estranho, quando se critica um governador que fica do lado da polícia. Coisa mais óbvia do mundo o governador apoiar a sua polícia. Eu não padeço de “bandidolatria”. Em um confronto, e foi um confronto, porque não estavam esperando a operação; a operação foi exitosa, no sentido de que foi bem planejada, sem danos colaterais, e realizando bem seus objetivos (Gracia, 2021, grifo meu).

O jornalista destaca ainda que:

Os bandidos estavam armados de fuzis, foram capturados 06 (seis) fuzis, uma submetralhadora, 12 granadas, todos os bandidos surpreendidos armados. Todo mundo viu as imagens dos bandidos surpreendidos e correndo armados. Segundo a polícia, nenhum dos mortos estava desarmado. Então a polícia se defendeu. Foi recebida a bala. É uma organização criminosa que é mais letal. Mas ai fica essa história de que graças a uma ordem do Supremo eles puderam se preparar. Dentro de um cancro da Cidade do Rio de Janeiro, uma cidadela do crime com defesa. **Como pode um país conviver com uma coisa dessa? Essa foi uma operação de guerra urbana**, pra voltar a lei brasileira, pra dentro de um território liberado, de um santuário. Foi isso que aconteceu no Rio de Janeiro, até que se investigue mais, E todos vão investigar com um olho voltado para criminalizar a polícia (Gracia, 2021, grifo meu).

E finaliza:

Eu não sei qual é o objetivo de inverter as coisas nesse país. Inverte-se. As pessoas estão apoiando a corrupção, apoiando a bandidagem, apoiando o traficante; e contra a lei, contra a polícia, contra a justiça. Eu não sei se tem algum plano, se tem algum objetivo de destruir o país ou o quê? Que fazem essa inversão, como a gente ta vendo, no noticiário desse acontecimento do Rio de Janeiro. Obviamente, contra o pessoal da “bandidolatria”, **contra a democracia, que é o império da lei e da ordem, e não o império de quem ta com o calibre mais grosso e pode dominar a população** (Gracia, 2021, grifo meu).

Diante de todo esse cenário o grande questionamento é: Como reagir e combater o crime sem recuar? Sem que o Estado perca o controle de toda situação, cumprindo seu papel de guardião legal e proteção de seus cidadãos de bem?

O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Diz-se que todas as batalhas são vencidas ou perdidas não nas linhas de fogo depois que começam, mas atrás das linhas, por meio da verdadeira estratégia ou da falta dela (Hill, 2019, p.247).

⁵ Disponível em: <https://www.instagram.com/tv/COIqvNkHOZL/?igshid=14d3dwnib9lk>. Acesso em 08 maio de 2021

O cenário do crime, não é algo recente. Ao contrário, o crime, e tudo a ele relacionado, acompanha a história humana, surgindo simultaneamente ao aparecimento do homem sobre a terra.

Concomitante ao surgimento do crime, há o surgimento do Direito Penal. Conforme assinala Magalhães Noronha (1999, p.47) “A história do Direito Penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem, e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”.

Citando o escritor alemão *Günther Jakobs et al.* (2020, p.24):

Denomina-se “Direito” o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo direito, mas pela coação. No entanto, todo Direito se encontra vinculado à autorização para empregar coação, e a coação mais intensa é a do Direito Penal. Em consequência, poder-se-ia argumentar que qualquer pena, ou, inclusive, qualquer legítima defesa se dirige contra um inimigo.

A pena trata-se de coação, advinda de uma resposta ao fato ilícito cometido. Este fato, nada mais é do que uma desautorização, um ataque a própria lei. Nestes casos de aplicação da sanção, o autor é sempre considerado como pessoa, pois caso fosse considerado incapaz, não seria necessário negar seu ato.

Mesmo com aparência de uma argumentação nova, vários pensadores que muito influenciaram o Direito, já traziam a ideia da pena como forma de manutenção da obediência e coação de um povo a um determinado regime, visando a segurança comum; além de ter uma função intimidativa, que atingia cada cidadão em particular, para que ele não praticasse ato semelhante ao do condenado. A pena também servia para que o próprio infrator entendesse as consequências da reincidência.

Dessa forma, o aumento na probabilidade de punição desestimula o comportamento criminoso, pois o torna menos “rentável”, fato conhecido na literatura como efeito dissuasão. Além disso, possui também um efeito de incapacitação, pela retirada do criminoso de circulação (Jorge, 2015, p. 29).

Especialmente para aqueles autores que baseiam o Estado em um modelo estrito, funcionando por meio de um contrato, o infrator desse contrato, não mais pode usufruir de seus benefícios, pois encontra-se fora da relação jurídica.

Em correspondência com esse pensamento, o filósofo e teórico político, defensor do contrato social, Jean-Jacques Rousseau, afirmava:

Qualquer malfeitor que ataque o direito social, deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra este malfeitor. A consequência diz assim: ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo, que como cidadão (*apud* Jakobs, 2020, p.24).

Na mesma linha, Thomas Hobbes (1651, p. 107), deixa claro: “É da natureza das penas ter por fim predispor os homens a obedecer às leis, fim esse que não será atingido se os danos forem menores do que o benefício da transgressão, e redundará no efeito contrário”.

Como similaridade, o filósofo Johann Fichte argumenta:

Quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava

com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos. [...] A falta de personalidade, a execução do criminoso não é uma pena, mas um instrumento de segurança (*apud* Jakobs, 2020, p. 25).

Para o referido autor: “O *status* de cidadão, não necessariamente, é algo que não se pode perder” (*apud* Jakobs, 2020, p. 25).

Thomas Hobbes, foi não somente um teórico do contrato social, mas um filósofo das instituições. Ele traz em suas ideias o “contrato de submissão”, intrínseco ao contrato social, explicando que:

Seu contrato de submissão – junto a qual aparece, em igualdade de direito, a submissão por meio da violência – não se deve entender tanto como um contrato, mas como uma metáfora de que os (futuros) cidadãos não perturbem o Estado em seu processo de auto-organização. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma **rebelião, isto é, de alta traição**: ‘pois a natureza deste crime, está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... **E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos** (*apud* Jakobs, 2020, p. 27, grifo meu).

A diferenciação entre o estado de natureza e o estado de cidadania, se faz através das normas. No primeiro há predominância de um estado de ausência de normas, de liberdade e luta excessiva; e no segundo um estado governado por leis a serem seguidas por seus cidadãos.

O que se deve combater são aqueles indivíduos que por seu comportamento, de forma decidida, contínua e duradoura, têm se afastado do Direito e, por este motivo, possuem a garantia mínima necessária, a qual faria jus uma pessoa cidadã.

Mais uma vez ressaltamos a ideia de Kant, quando diferencia o estado de natureza, do estado de cidadania: “**não se trata, em primeira linha da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo**” (*apud*, Jakobs, 2020, p. 28, grifo meu).

Nos casos em que há predominância do estado de natureza, a luta excessiva perfaz a guerra. “Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação” (Jakobs, 2020, p.35).

Para Rousseau e Fichte: “todo delinquente é, *de per se*, um inimigo” (*apud*, Jakobs, 2020, p. 26).

O motivo pelo qual o indivíduo é considerado um “inimigo”, inicialmente deve ser a partir da sua autodeclaração de “ser inimigo do Estado”, ou fazer parte de um grupo nessa condição. A alta periculosidade e o comportamento duradouro, bem como a posição relevante e de comando nas grandes facções criminosas, não pode ser ignorada, uma vez que indivíduo é capaz de incitar a outros o cometimento de crimes violentos, utilizando-se de influência financeira e moral, bem como de habilidades de liderança, em casos de condutas fora da lei, expondo em perigo não apenas uma, ou algumas pessoas, de forma isolada, mas a sociedade, em um nível além da criminalidade comum. Como exemplos citamos os grandes líderes das facções criminosas brasileiras, que disseminam a violência com o intuito de reafirmação e aumento de poder e crescimento financeiro.

Sabemos que o “estado de guerra” significa suspensão de direitos comuns, mas não podemos ignorar que, para certos casos específicos, onde as facções tem causado verdadeiros caos, com elevados índices de violência e ataques ao Estado e ao povo, como se fossem desobrigados a obedecer às regras necessárias para um estado de cidadania, deve ser dado um tratamento diferenciado, quanto a punição de tais atos, que estão muito além de uma criminalidade comum.

Como muito bem colocado pelo autor alemão Jakobs (2020, p. 28-29, grifo meu):

Certamente, **o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos**. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: **os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm direito à segurança**. [...] O direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. [...] O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, **O Direito Penal do Inimigo** (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) **combate perigos**; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias.

Não se trata apenas da suspensão de direitos para um grupo de criminosos de alta periculosidade, mas da implementação de mecanismos que assegurem direitos aos cidadãos.

A essência do conceito de Direito Penal do Inimigo está em ser uma reação de combate do ordenamento jurídico, contra indivíduos especialmente perigosos. Com este instrumento, o Estado não fala com seus cidadãos, mas com seus inimigos, direcionado àqueles que persistem em afrontar as estruturas estatais, ameaçando a ordem e a coletividade. Como estratégia de ataque àqueles que ameaçam seus territórios e de defesa de seus cidadãos, o Direito Penal do Inimigo age no combate a condutas e indivíduos potencialmente perigosos.

No Brasil, a Lei de Crimes Hediondos (8.072/90) pode ser entendida como um dos exemplos de aplicação do Direito penal do inimigo. Na referida lei, em seu art. 2º, há previsão legal de que seus condenados, não compartilhem dos mesmos direitos dos demais - (I) anistia, graça e indulto; (II) fiança. Além da Lei de crimes Hediondos, apontamos também o caso do RDD, o Regime Disciplinar Diferenciado, que estabelece uma diferenciação de critérios ao preso submetido a esse regime.

Como exemplo mais remoto do pensamento de guerra preconizado pela Teoria, há em nosso arcabouço jurídico a Lei do Abate de Aeronaves [(Lei nº 9.614/98, que alterou o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86)], instituindo o chamado “tiro de abate” às aeronaves que entram no espaço aéreo brasileiro sem se identificarem; vindo a ser, após os procedimentos necessários, consideradas hostis ao Estado. O objetivo central da Lei é o combate ao tráfico (inter) nacional de drogas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de toda essa situação, é patente que o Estado, através de seu ordenamento jurídico e de seus entes legais, se estabeleça, tomando uma posição de combate nesta guerra contra as organizações criminosas, sem mais recuar ou camuflar o caos, sob um argumento de controle da situação.

Àqueles indivíduos que, reiteradamente, e de forma duradoura, se desviaram das normas e diretrizes do direito, permanecendo na prática de crimes relacionados ao tráfico de drogas, criminalidade organizada e seus crimes conexos, não somente contentando-se em estar fora da lei, mas levando a outros a incidirem nas mesmas condutas, enfrentado não só o Estado, mas a cada cidadão de forma particular, devem ser considerados não beneficiários do tratamento como pessoa; e sim como eles mesmos se autointitulam, devem ser tratados como inimigos do sistema, do Estado e de toda a sociedade.

Considerando o seu alto grau de periculosidade, tais criminosos, devem ter um tratamento diferenciado, no tocante a aplicação da lei. Constatadas tais circunstâncias, as normas devem se adequar à esses casos extremos; autorizando medidas diferenciadas e extremas do Direito Penal, para aqueles que, declaradamente, estão contra os cidadãos e contra seus governantes.

Por mais radical que possa parecer, o que se busca é a proteção e preservação da segurança dos cidadãos e de todo um povo, que espera de seus governantes e seu ordenamento jurídico lhe assegurem proteção e a garantia de uma vida com dignidade.

Não estamos nos insurgindo contra os casos em que a lei garante o direito a um julgamento justo e imparcial; apenas reforçamos a necessidade de uma aplicabilidade mais eficaz de regras mais rígidas para criminosos diferenciados, que com sua conduta, não demonstram qualquer predisposição para a ressocialização, que são perigosos, e afetam não somente suas vítimas diretas, mas a população, trazendo um estado de insegurança e perigo, ao povo de uma nação, o qual deve ser priorizado pela lei e por seus governantes.

Frise-se que não se trata de encarceramento massivo para pequenos infratores e traficantes varejistas, mas de leis que assegurem uma punição eficaz, que seja capaz de conter e punir grandes líderes criminosos, que buscam demonstrar força e afirmação, atacando o Estado, através de seu povo.

Ressaltamos a reflexão trazida na obra *Laços de Sangue: a história Secreta do PCC*:

Resta ao Estado agir com firmeza maior do que é feita até aqui. As medidas restritivas são demasiadamente lenientes, inferiores às dos países onde o crime organizado foi enfrentado com algum êxito, especialmente nos Estados Unidos. E a falta de desentendimento e da desumanidade de tais medidas, que, repito, são necessárias, resultará em cada vez mais cadáveres de Melissas. [Em referência ao crime bárbaro que envolveu a psicóloga Melissa; que desenvolvia um trabalho na Penitenciária Federal de Catanduvas, e mesmo sendo dentre todos os funcionários do presídio, a que mais se preocupava com o bem estar dos presos, foi fuzilada quando chegava em casa na companhia de seu marido e no momento em que estava com seu filho de 10 meses no colo; **apenas para que os servidores fossem intimidados e desestabilizados, como forma da facção mostrar sua força** (Christino e Tognolli, 2017, p.247, grifo meu).

Ao se autodeclararem inimigos do Estado e de seus cidadãos, o crime organizado e seus componentes, principalmente aqueles que estão no comando, devem ser tratados como tal. Eles nos ameaçam, e colocam em risco toda a ordem social e econômica da nação brasileira.

Assim são os ensinamentos do estrategista Sun Tzu:

Um bom comandante é capaz de avaliar sua própria força, ter visão total da situação do inimigo, conquistar o apoio e a lealdade de seus soldados e jamais subestimar seu inimigo, caso contrário, seria facilmente capturado por ele (Bushidô, 2007, p. 99).

Há um sentimento de revolta e descrédito, que atualmente predomina na maior parte da população, em relação a atuação do Estado e ordenamento jurídico frente ao combate contra o crime organizado. Esse sentimento de impunidade, traz revolta, aos que se veem como reféns e indefesos no meio de todo esse conflito imposto pelo crime organizado.

Essa fragilidade, fomenta um estado de segurança fragmentado, cujos serviços estão faturados e seletivos. O resultado é a reprodução das violações na sociedade, particularmente entre os setores mais pobres.

Não é somente uma questão da criminalidade violenta que atinge o povo. A falta de combate ao crime organizado, de uma forma mais intimidatória, repercute e favorece no fortalecimento de uma elite criminoso, ligada diretamente ao aumento da corrupção, com vantagens nas transações criminais, que além de enriquecerem esta elite criminoso, atinge também os menos favorecidos economicamente e mais expostos ao dia a dia das grandes facções.

Não se trata apenas da efetivação de um direito de combate, mas uma forma de se assegurar, através de mecanismos legais e efetivos, o bem estar e segurança de toda uma população cidadã.

REFERÊNCIAS

BUENO, André da Silva. **A Arte da Guerra: os treze capítulos originais**/ Sun Tzu; adaptação e tradução André da Silva Bueno. São Paulo: Jardim dos Livros, 2011.

BUSHIDÔ, Nikko. **A Arte da Guerra: os treze capítulos originais**/ Sun Tzu; adaptação e tradução de Nikko Bushidô. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

CHIROLI, Caroline Bianca de Almeida Vieira; ARAUJO, Jonas Duarte de. Inteligência no Brasil. In: CASTRO, Clarindo Alves de; RONDON FILHO, Edson Benedito (Org.). **Inteligência de Segurança Pública: Um xeque-mate na Criminalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

CHRISTINO, M. S. **A Máfia**. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

CHRISTINO, Marcio Sergio & TOGNOLLI, Claudio. **Laços de Sangue: a história secreta do PCC**. São Paulo: Matrix Editora, 2017.

GARCIA, Alexandre, **Liberdade de Opinião: Ação mais letal da história do Rio deixa 25 mortos, operação era de combate ao aliciamento de crianças**. CNN Brasil, 2021, Disponível em: <https://www.instagram.com/tv/COlqvNkHOZL/?igshid=14d3dwnib9lk>. Acesso em 08 maio de 2021.

HILL, Napoleon, 1883-1970. **A lei do triunfo: 16 lições práticas para o sucesso**; tradução Fernando Tude de Souza - 47ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2019.

HOBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo. Martins Fontes, 1651.

INFOPEDIA. **Dicionário da língua portuguesa**, 2021. Disponível em: <https://infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/fac%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manoel Cancio; org. e trad. CALLEGARI, André Luís & GIACOMOLLI, Nereu José. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020.

JORGE, Marco Antonio. **Homicídios no Brasil e em Seripe: uma análise sob a ótica da economia do crime**. Aracaju: Edise, 2015.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**; tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.

LESSING, Benjamin. **As Facções Cariocas em Comparativa**. Tradução Hélio de Mello Filho: Novos Estudos Cebrap 80, 2008.

NORONHA, E.M. **Direito Penal**. Vol 2. 8ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

PAES MANSO, Bruno & NUNES DIAS, Camila. **A Guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. São Paulo: Todavia, 2018.

PEARCE, Jenny. **Elites e violência na América Latina lógica do Estado fragmentado**. Violência, Segurança e Documentos de Trabalho para a Paz- Nº 01. Agosto 2018. Disponível em: <https://www.lse.ac.uk/lacc/publications/PDFs/VSP1-Pearce-Elites-Violence-Latin-America-web.pdf>. Acesso em: 15/11/2023.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e Sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2008.

Sigilo profissional do advogado e o crime de lavagem de dinheiro

Professional secrecy of the lawyer and the crime of money laundering

Daniel Rodrigues Santos Moura

*Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Tiradentes/UNIT.
Advogado*

Ronaldo Alves Marinho da Silva

*Pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).
Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito
pela PUC/PR. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade
Tiradentes. Delegado de Polícia no Estado de Sergipe. Membro do Conselho
Penitenciário Estadual e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*

RESUMO

O presente trabalho tem como o principal objetivo de discutir a possibilidade de responsabilização do advogado ao defender o suspeito da prática do crime de lavagem de dinheiro, previsto na Lei 12.683 de 2012. Ao guardar as informações adquiridas em decorrência de seu exercício referente ao crime, estaria assim o advogado praticando um delito? O estudo do trabalho é feito através de um método dedutivo, privilegiando a metodologia bibliográfica, com o intuito de analisar essas questões voltadas ao sigilo profissional do advogado e a sua relação como citado crime. Dessa forma, o presente trabalho desenvolvido pretende auxiliar para um melhor entendimento sobre o tema exposto, uma vez que é um assunto importante e que esse determinado questionamento é algo que está em evidência decorrente ao crescente aumento da presença desse crime no habitual da investigação criminal, principalmente com a presença de casos com uma grande visibilidade e repercussão política e social no país, como é o caso da Operação Lava-Jato.

Palavras-chave: advocacia; sigilo profissional; Ordem dos Advogados do Brasil; lavagem de dinheiro.

ABSTRACT

The main goal of this study is to discuss the possibility of holding the lawyer accountable when defending the suspect of the crime of money laundering, provided for in Law 12.683 of 2012. By keeping the information acquired as a result of their practice regarding the crime, would the lawyer



be committing a crime? The study of the work is done through a deductive method, favoring the bibliographical methodology, with the intention of analyzing these questions related to the professional secrecy of the lawyer and its relation with the mentioned crime. In this way, the main article carried out intends to help for a better understanding of the subject exposed since it is an important subject and that certain questioning is something that is in evidence due to the increasing presence of this crime in the usual criminal investigation, mainly with the presence of cases with high visibility and political and social repercussions in the country, as is the case of the Operation Car Wash.

Keywords: advocacy; professional secrecy; Brazilian Bar Association; money laundry.

INTRODUÇÃO

Em decorrência de casos que geraram bastante repercussão no país, tal como é o caso da Operação Lava-Jato, são comumente feitos questionamentos nas redes sociais e em outros meios de comunicação em relação a qual deve ser a conduta ética/moral que o advogado deve portar no exercício de sua função. O questionamento que vem com casos assim: quando se trata ao uso do sigilo do advogado, voltado para defesa de pessoas suspeitas da prática de delito, como o de lavagem de dinheiro, o advogado de defesa desses suspeitos estaria utilizando dessa prerrogativa para cometer um crime?

Sabe-se que em determinadas profissões o sigilo profissional é algo que está intimamente ligado ao seu ofício e a outros fatores, dentre eles pode ser citado a preservação de segurança e a intimidade do cliente, além da integralidade da confiança entre o advogado e o cliente. Profissões ligadas as áreas humanas são mais ligadas a esse tipo situação, devido a intimidade criada entre o cliente e o profissional.

O exercício de advocacia se encontra entre esse tipo de profissões, onde é de extrema necessidade para o seu ofício. A confiança recíproca formada entre o advogado e o seu respectivo cliente é de extrema importância para que haja um bom desempenho da atividade praticada em razão do que é almejado pelos envolvidos e pelo próprio constituinte. O sigilo do advogado é algo que está tão intrínseco a sua atividade que o Código de Ética da Ordem dos Advogados designou um capítulo inteiro relacionado a esse determinado tema.

Dessa forma, existe discussões voltadas ao sigilo profissional dos advogados em relação ao crime de lavagem de dinheiro. O advogado, ao defender o acusado suspeito de cometer esse determinado crime, estaria assim a cometer algum crime por causa do sigilo garantido a ele? Estaria ele ocultando as devidas informações que ele adquiriu com exercício de seu trabalho? Sendo assim, o principal objetivo do presente estudo é de discorrer a questão desse citado dever do advogado se tratando ao delito de lavagem de dinheiro.

Assim, a pesquisa do tema contribuirá para diversas áreas do direito, como principalmente nas áreas penais e nas de direito econômico, além de responder os questionamentos e indagações expostas a respeito da responsabilização penal do advogado pelo crime de lavagem de dinheiro, pelo recebimento de honorários vindo de origem ilícita.

Para um maior entendimento sobre o assunto explorado, o primeiro capítulo será encarregado demonstrar a origem histórica da Lei 9.613 de 1998, que tipifica o crime de lavagem de dinheiro, com a participação do país na Convenção de Viena e a sua atualização advinda com a promulgação da Lei 12.683 de 2012.

Já no segundo capítulo explorará sobre a relação do direito-dever do Advogado em contraste com o que prescreve a Lei 9.613 de 1998, encarregada de tratar sobre o crime em questão, que sofreu a reforma a partir da Lei 12.683 de 2012 que através do entendimento passou colocar o advogado no rol de sujeitos obrigados a comunicar quando tiver conhecimento de atividade suspeita em decorrência de sua atividade.

Por fim, no terceiro capítulo será tratado sobre o recebimento de honorários advocatícios advindo do dinheiro de lavagem de dinheiro, gerando a indagação se ao receber esse determinado dinheiro o advogado estaria ou não cometendo alguma espécie de crime.

A origem da ideia para este estudo adveio da curiosidade do autor a partir de atividades feitas durante o período em que estava na Pós-Graduação na Universidade Tiradentes relacionado sobre o tema mostrado, servindo de aprendizagem para o entendimento desse determinado tema e criação desse questionamento, motivando a busca de uma maior informação.

A técnica de pesquisa utilizada foi a análise bibliográfica de doutrina relacionada ao tema, através de acesso a sites e demais meios eletrônicos, bem como os dispositivos referentes ao assunto constantes na legislação pátria.

LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO E ENFRENTAMENTO ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A Lavagem de Dinheiro, como um delito em si, ainda é um assunto relativamente novo, sendo que as primeiras discussões internacionais sobre o crime foram realizadas há menos de 40 anos. Sendo assim, a participação de legislação contra essa transgressão penal levou tempo para alcançar as primeiras dimensões.

Rogério Aro (2013) indaga que o primeiro país que passou a legislar sobre o crime foi a Itália, em 1978, advinda da crescente força das Brigadas Vermelhas, um grupo armado com ideologia marxistas-leninistas que tinham o intuito de desarticular o poder político estatal do país. Logo após a Itália, veio os Estados Unidos, que, por causa do crescimento das máfias editou normas sobre o tema e buscou aprimorar o crime de lavagem de dinheiro.

O crime, em questão, só passou a ser algo que discutido internacionalmente a partir de 1988, com a Convenção de Viena, incorporado ao nosso ordenamento jurídico em 1991, através do Decreto nº 154. A partir deste momento os países passaram a fomentar leis que tratam do tema e, com o desenvolvimento do tema, foram formados órgãos internacionais com o objetivo de auxiliar os países com problemas legislativos (Brasil, 1991).

O Brasil procrastinou para criar uma lei específica sobre este determinado delito, somente o fazendo dez anos após a citada convenção, porque a criminalidade de colarinho

branco representa uma pequena parcela dos índices estatísticos de criminalidade e isso faz com que tenha pouca atenção dos órgãos de persecução penal¹.

Gerações da legislação contra o crime de lavagem de dinheiro

De acordo com Júlio Diaz-Maroto y Villarejo, lavagem de dinheiro é “o processo ou conjunto de operações mediante o qual os bens ou dinheiro resultantes de atividades delitivas, ocultando tal procedência, se integram ao sistema econômico ou financeiro” (*apud Sanctis*, 2015, p.2).

Feita a delimitação do conceito a ser utilizado deste trabalho e utilizando-se de uma análise sobre o crime, a partir da doutrina nacional e estrangeira, identifica-se três tipos de gerações sobre a legislações encarregadas de regulamentar a conduta criminosa de lavagem de dinheiro, branqueamento de capitais ou lavagem de capitais. Esta distinção em gerações indica, neste caso, um processo de evolução da norma para abarcar situações antes não atendidas e somente constatadas no desenvolvimento e aplicação das normas aos casos concretos, além da evolução tecnológica que impacta essa figura típica.

A primeira geração pode ser caracterizada pelas legislações que se antecediam a Convenção de Viena de 1988. Essa geração, em específico, diz respeito aos países que expunham sobre o tema em sua legislação nas leis que tratavam sobre o crime de tráfico de drogas, pois foram as primeiras leis que incriminavam esse tipo de conduta (Moro; Portella; Ferrari, 2019).

Após a definição estabelecida na Convenção de Viena, os países signatários começaram a tipificar o crime de lavagem de dinheiro e a ocultação de bens nesses parâmetros, aumentando a contenção do determinado delito.

A partir da Convenção de Viena surgiu a segunda geração, definindo o crime de forma mais efetiva e relacionando-o com um rol de crimes antecedentes, estabelecendo-o como um problema internacional e que exigia a atuação internacional para ampliar a proteção do bem jurídico e responsabilizar os autores que se aproveitam dos sistemas jurídicos diversos (Moro; Portella; Ferrari, 2019).

Por último, a terceira geração é composta de uma combinação de leis, sem um rol taxativo de crimes antecedentes e que, de uma maneira mais clara, estabelecem que qualquer ilicitude penal poderá se tornar um antecedente ao crime de lavagem de dinheiro. Os autores citam como exemplos a essa geração a legislação Argentina, Bélgica e a dos Estados Unidos, assim como também a legislação brasileira após a alteração imposta pela Lei 12.683 de 2012 (Moro; Portella; Ferrari, 2019).

Histórico e evolução da legislação brasileira contra o determinado crime

Em se tratando da evolução da legislação no Brasil, a sua origem histórica se dá a partir da abertura do país para o exterior, que ocorreu no período do governo Collor, e também com a estabilização dos preços ocorridas no Plano Real, tornando o país um

¹ “Essas condutas têm recebido pouca atenção dos órgãos de persecução criminal, seja na construção de políticas de repressão, seja na elaboração de políticas de prevenção destas práticas criminosas que “sic” tantos danos à ordem social e “a ordem econômica e, por tal motivo, pode passar despercebida aos olhos de grande parte da população” (MARINHO, 2019).

dos mais interessante para os criminosos envolvidos na prática do crime de lavagem de dinheiro.

Anteriormente, a dissimulação da origem dos ativos advindos de práticas criminosas era embarcada pelo artigo 180 do Código Penal, que caracteriza sobre a receptação culposa. De acordo com esse artigo, o crime de receptação pode ser caracterizado como qualquer ato que tenha como objetivo de adquirir, receber, transportar, ocultar ou conduzir, seja em proveito próprio ou de outrem, de coisa que se sabe ter origem de atividade criminosa ou influenciar que terceiro de boa-fé o adquira, receba ou oculte (Brasil, 1940).

Entretanto, essa tipificação penal se mostrava ser pouco eficaz para o enfrentamento de uma criminalidade que estava cada vez mais organizada e sofisticada na conduta de lavagem de ativos advindos de práticas criminosas.

Para resolver essa falta de efetividade, que gerava impunidade, primeiramente foi realizado um anteprojeto por um grupo técnico em conjunto com a coordenação da Casa Civil. Em seguida, o anteprojeto foi mandado para o Ministério da Justiça com o objetivo de ser feito uma análise por uma equipe de acadêmicos e técnicos, que modificaram o anteprojeto origina (Moro; Portella; Ferrari, 2019).

O texto realizado pelo Ministério da Justiça foi postado no Diário Oficial da União, com o intuito de receber críticas e sugestões que auxiliariam para o seu melhoramento. Ao mesmo tempo ocorreram discussões entre vários órgãos que se comprometeram com o tema, discutindo sobre os problemas e soluções para o projeto analisado.

Dessa forma, o Brasil, que já fazia parte da Convenção de Viena e tinha se comprometido com a criação do tipo penal de Lavagem de Dinheiro, teve a necessidade de criar uma legislação específica, promulgando a Lei 9.683, no dia 03 de março de 1998, dispondo sobre o crime de lavagem e ocultação de bens advindos de atividades criminosas (Brasil, 1998).

Em conjunto a promulgação da lei, também foi criado o Conselho de Controle de Atividades Financeiras, conhecido pela sua sigla COAF, no âmbito do Ministério da Fazenda, que serviria como a unidade de inteligência financeira do país. Esse conselho teria a principal missão de proteger a economia nacional contra o crime de Lavagem de Dinheiro e impedir o financiamento ao terrorismo.

O COAF, que é um órgão de prevenção (e não de repressão), foi criado a partir da Lei 9.683/98, com a finalidade de receber, examinar e identificar as suspeitas de lavagem de capitais; aplicar as penas administrativas correspondentes e disciplinar a matéria disposta na lei, tendo um papel de extrema importância no combate a lavagem de dinheiro (Fernandes, 2023).

A nova legislação, além de criar o COAF, tipificou a conduta de lavagem de ativos que seja produto de atividades ilícitas e estabeleceu as bases legais para uma realização de vários outros elementos do aparato institucional de combate a esse determinado delito no país.

Porém, nos anos seguintes a criação, as autoridades encarregadas tiveram algumas dificuldades na utilização dos dispositivos disponibilizados pela lei, impedindo que

o referido texto legal atingisse o seu objetivo de forma eficiente, que é o de prevenir e combater qualquer forma de lavagem de bens.

Por esse motivo, entrou em vigor a Lei 12.683, criada em 2012, com a ideia de atualizar a lei e garantir uma maior eficiência à persecução penal relacionada ao crime de lavagem de dinheiro, visto que a atividade criminosa é muito dinâmica e exige que a legislação acompanhe esse processo (Brasil, 2012).

Essa determinada ampliação fez com que qualquer delito ou contravenção penal pudesse ser caracterizada como conduta antecedente apta para configurar a lavagem de capitais advindos dessas infrações penais (Freitas; Moreira, 2020).

Percebendo a presença de pontos positivos e controversos advindos da nova edição da Lei 12.683, a sua redação realmente atualiza os mecanismos de persecução penal da Lei anterior contra um crime que gera muitos malefícios a economia do país, tocando sobre um aspecto que não pertencia ao período anterior à sua edição: o sigilo de informação na atividade de pessoas físicas e jurídicas que trabalham diretamente com suspeito desse determinado tipo de crime (Brasil, 2012).

Dentre os aspectos relacionados ao que foi introduzido com a nova lei, gerou uma certa controvérsia o Art. 17-B, que autoriza as autoridades encarregadas de investigação do crime terem acesso aos dados cadastrais do investigado, independente de autorização judicial, mantidos na Justiça Eleitoral, em empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito (Brasil, 2012).

Outra mudança advinda da promulgação da lei que trouxe controvérsias, se encontra no Art. 9, XIV da Lei 9.613 de 1998, ao adicionar um rol de pessoas que passaram a ser obrigadas a disponibilizar qualquer tipo de informação relacionada ao crime de lavagem de dinheiro (Brasil, 2012).

Com a aprovação e sanção da Lei 12.683 de 2012 é perceptível que há um desbalanceamento sobre as obrigações, deixando empresas e profissionais em uma posição desfavorável em relação aos seus clientes. Todavia, tal dever de informar pode ser estabelecido pelo Estado em atenção ao interesse coletivo e proteção dos princípios da livre concorrência e do equilíbrio do mercado, posto que sabemos que o mercado fica comprometido com a intervenção de recursos ilícitos capazes de mascarar custos e lucros reais e impedir *players* que não aceitem tais recursos (Brasil, 2012).

É perceptível que, apesar dos avanços gerados com a chegada da nova lei, ainda podemos encontrar uma carência da parte da legislação brasileira, visto que diz menos do que deveria dizer, se comparada com a legislação portuguesa, e por causa disso, se torna lacônica, o que vem a potencializar o surgimento de zonas de incertezas normativas (Lobato, 2014).

SIGILO DO PROFISSIONAL DO ADVOGADO EM CONTRATE COM A LEI 12.683 DE 2012

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 3º os seus objetivos

fundamentais e, dentre eles, se encontra um objetivo a uma sociedade que seja livre, solidária e justa, a garantia a um desenvolvimento social e também a promoção do bem para todos, independentemente de origem, raça, cor e outras formas de discriminação. Dessa forma, o Estado tem o intuito de defender a dignidade da pessoa humana de qualquer forma (Brasil, 1988).

A partir dessas garantias impostas se dará o trabalho do advogado, que terá o dever de garantir a efetivação dos direitos de seu cliente, que ao se submeter ao Poder Judiciário fará uma apreciação de lesão ou ameaça de um direito, gerando assim, a possibilidade de acesso à justiça que está disposta no referido artigo.

Essa importância do advogado para administração da lei é embarcada no artigo 133 da Constituição Federal de 1988 e pelo seu artigo 2º da Lei n. 8.906 de 1994 que colocam o advogado como um ator indispensável para a administração da justiça (Brasil, 1994).

Indubitavelmente, em relação ao que expõe a Constituição de 1988, a participação do advogado representa a defesa dos direitos fundamentais e, assim, a garantia de condições importantes que estão previstas na Carta Magna, como é o exemplo da liberdade, intimidade, privacidade, dentre outros, perante a atividade postulatória de representar seu cliente cedido a ele através de sua atividade.

Em razão a isso, entende-se que o sigilo profissional gerado entre o advogado e seu cliente não deve ser considerado como algo que possa ser descartado no exercício do direito. Ao invés disso, tal dever imposto nesse tipo de relação protege o Estado Democrático de Direito, pois impossibilita que o julgamento seja ferido. Sem a possibilidade de proteger as comunicações não haverá a relação de confiança entre o profissional e o cidadão com quem trabalha e, dessa forma, a falta de plenitude de defesa.

Por esse motivo, questionar os princípios que estão ligados a garantias a atuação do advogado em ofício causará um prejuízo na administração da justiça, além de afetar a ideia de dignidade da pessoa humana. É por esse modo que aparecem as prerrogativas profissionais, dentre elas, se encontra a garantia de sigilo de informações entre o consultante e o consultado.

Entende-se que o método de obtenção de informações trocadas, advindas da relação de confiança, afeta o âmbito de proteção dos direitos do consultante a sua privacidade, como também se fala do direito à autodeterminação informacional da parte. Presume-se, dessa forma, que a relação de confiança gerada é inserida dentro da esfera de privacidade, em se tratando de fins de personalidade, ou que o indivíduo tem o direito ao controle dos limites de divulgação de suas informações pessoais, com o objetivo de autodeterminação informacional (Góes, 2022).

Por esse motivo, o advogado ao utilizar as prerrogativas citadas acima, como a confidencialidade de informações entre o advogado e cliente, não poderia ter seu direito-dever desrespeitado em nenhuma hipótese, o que causaria a desfiguração de sua função constitucional de órgão indispensável a administração da justiça.

Contudo, em razão da alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro, feita pela Lei 12.683 de 2012, houve um aumento no rol de atividades que devem comunicar ao Conselho

de Controle de Atividades Financeiras (COAF) qualquer indício de atividade suspeita de lavagem de dinheiro que tomou ciência no desempenho de sua atividade (Brasil, 2012).

Com essa mudança, citando o inciso XIV do artigo 9º dessa lei, pode ser entendido que qualquer profissional que venha a exercer serviço em setores sensíveis ao crime de lavagem de dinheiro são sujeitos a obrigação de comunicar o órgão encarregado que tiver ciência em virtude de sua atividade (Brasil, 2012).

Essa mudança de lei criou um debate sobre a participação do advogado na entrega de informações ligadas a esse crime. Pois, apesar de não constar expressamente na lei a obrigação para o advogado, as condutas descritas e atividades desempenhadas pode estar ligada ao desempenho do mister do advogado, tornando-o sujeito obrigado a informar sobre as operações suspeitas.

Partindo da ideia da possibilidade da obrigação do advogado de cooperar em prevenir o delito de lavagem de dinheiro, vem o questionamento se todo o advogado será submetido ao que está imposto no regime do artigo 9º, inciso XIV da Lei n. 9.683 de 1998 (Brasil, 1998).

Dessa forma, é necessário que haja um questionamento sobre o melhor entendimento dessa lei específica. A partir disso, alguns juristas e mestres em direito indagaram sua ideia sobre essa determinada controvérsia estabelecendo sobre qual o ponto de vista que deve ser entendido ao colocar em prática em situações em que se abarca a nova Lei.

Teorias sobre a problemática

Beatriz Ricci Emerich e Sérgio Fernando Moro estabelecem uma visão sobre a dicotomia gerada a partir da Lei 12.683 de 2012, apresentando duas teorias sobre o tema, denominadas de *Solução Objetiva do Tipo* e *Solução Subjetiva do Tipo* (Emerich; Moro, 2019).

A *Solução Subjetiva de Tipo* se relaciona ao elemento anímico do delito realizado em comento seria o dolo, seja ele direto ou eventual, na manipulação de ativos e valores. Dessa forma é o desejo do autor esconder os bens relacionados, incapacitando a administração correta da justiça (Emerich; Moro, 2019).

Nesse viés, haverá uma imunidade de investigação ao advogado encarregado, devendo ele ter o direito de tranquilidade e confiança ao se tratar do caso em que envolva o crime de lavagem de dinheiro, dando ênfase em garantir o cumprimento das prerrogativas da defesa.

Sendo assim, em se tratando de sigilo do advogado e do agente público encarregado sobre caso que teria acesso a informação em razão de sua atividade, deverá obrigatoriamente manter esse segredo que adquiriu a partir desse método.

Já na *Solução Objetiva do Tipo*, como explica o autor, é referente a solução, utilizando como base o objeto jurídico do delito como também é utilizado as circunstâncias alheias ao aspecto subjetivo do crime exposto (Emerich; Moro, 2019).

Dessa forma, ao explicar as teorias, Emerich e Moro (2019) concluem que a

melhor forma de solucionar a *quaestion iuris* seria a forma híbrida, visto que o problema em si se pauta tanto por elementos objetivos, como subjetivos, e em conjunto excluiriam a antijuricidade do caso.

Entendimento da OAB sobre a dicotomia

Segundo posição consolidada pelo Conselho Federal da OAB, no que diz respeito a obrigatoriedade do advogado em conceder informações fornecidas pelo seu cliente, no desempenho de sua atividade, é incompatível o dever de fornecer as informações e o direito ao sigilo profissional previsto no Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei 8.906/1994, Art. 7º, inciso XIX), exigindo a recusa em fornecer tais dados ou depor sobre eles como testemunha no processo no qual funcionou ou que vá funcionar, ou sobre fato de quem foi ou será advogado (Brasil, 1994).

Nesse ponto, fica explicitamente mostrado que a obrigação do advogado a denunciar seu cliente, caso este perceba alguma ilicitude no caso em que trabalha é algo contrário ao Estatuto.

Avaliando em geral o entendimento da OAB no que se trata o tema, essa se posicionou indagando de que as alterações feitas na Lei de Lavagem de Dinheiro, através da Lei 12.683 de 2012, não tem a capacidade de atingir o direito do advogado, de forma que o que está estabelecido no Estatuto da Ordem dos Advogados não poderá ser revogado por uma Lei que refere sobre aspectos genéricos da profissão, resguardando, assim, o sigilo profissional do advogado e a sua imprescindibilidade perante a justiça.

Entendemos que assiste a razão a posição da OAB nesse quesito, posto que agindo no exercício da função, na defesa do seu cliente, não poderá utilizar dados ou informações que possam prejudicar seu cliente de qualquer forma, objetivando exercer com um dos aspectos inerente e básicos ao exercício da advocacia e administração da justiça, o sigilo entre o advogado e seu cliente, uma prerrogativa conectada ao direito de defesa do cidadão.

É importante expor que a Ordem dos Advogados entende que qualquer forma de interpretação que venha a considerar obrigatória a conduta do advogado em comunicar movimentações atípicas poderá ser declarado inconstitucional, por ferir o direito à ampla defesa e também o disposto no Art 2º do Estatuto da OAB, posto que o advogado é um sujeito indispensável para a administração da justiça, colocando em cheque a relação advogado/constituído ao gerar desconfiâncias que possam dificultar a ampla defesa, já que a participação do advogado é indispensável à justiça (Brasil, 1994).

ADVOCACIA E A VIOLAÇÃO DO SIGILO DA FONTE DE PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS

A discussão sobre o envolvimento do advogado e a sua relação ao crime de lavagem de dinheiro vai muito além do sigilo dele em sua atividade ao defender um suspeito, inclui o debate sobre os honorários maculados recebidos por advogados que tenham exercido sua atividade profissional em favor de clientes considerados como suspeitos ou investigados pela prática desse crime.

O questionamento voltado sobre a possibilidade de punição pelo recebimento de honorários pagos ao advogado é focado em dois principais questionamentos: A possibilidade de conhecimento da origem ilícita dos recursos pelo qual é usado para o pagamento do advogado e também qual será a tipicidade da conduta do profissional que receberá os honorários advindos de tal atividade. A participação do advogado em situações em que há o conhecimento da ilicitude do cliente.

Embora a legislação brasileira sobre esse crime não venha a criminalizar a posse de bens que tenham origem criminosa, a noção do advogado da ilicitude dos valores com qual foi pago é algo demasiadamente debatido em relação a cumplicidade do profissional na conduta de lavagem de dinheiro feito por seu cliente.

Porém, existem, alguns doutrinadores que têm admitido a utilização da configuração do crime de lavagem de dinheiro, através do entendimento da aplicação do dolo eventual, usando a explicação de que o legislador não restringiu a aplicação do dolo nesse tipo de modalidade.

É cada vez mais perceptível que alguns julgadores, com o objetivo de alcançar a sua busca individual pela punição ou mesmo pela influência do anseio social, decidem por se distanciar do que indaga a lei, sob a explicação de um melhor combate à criminalidade e repressão a ideia de impunidade presente no país.

Dado exemplo a esse tipo de influência, o Deputado Rubens Bueno (PPS-PR) elaborou um projeto de lei com o número 442/2019. Esse determinado projeto de lei tem o intuito de acrescentar ao inciso III do artigo 1º, § 2º da Lei 12.683 de 2012 configurando como crime a conduta do advogado que receba honorários advocatícios, caso tenha o conhecimento ou seja possível saber da origem dos recursos pelo qual está sendo remunerado. A pena seria a mesma de quem ocultou os bens, ou seja, uma pena de três a dez anos de reclusão, sendo iniciado em regime fechado, com multa (Emerich; Moro, 2019).

Através do ponto de vista desse projeto de lei, percebe-se que há diversas interpretações sobre a possibilidade de saber a origem ilícita do recurso. Essa parte da elaboração do projeto estabelece uma problemática em relação ao saber com a devida certeza se há uma possibilidade de punição em se tratando de título de dolo eventual por parte do advogado.

Além disso, com esse projeto de lei elaborado, cria-se outro tipo de polêmica que é sobre a possibilidade de fiscalizar sobre o pagamento de honorários que o advogado viria a receber. Seria obrigação do advogado encarregado de rastrear as atividades do cliente com quem trabalha, para que saiba sobre a origem dos valores que estaria recebendo ou deveria somente declarar os honorários com total sinceridade esperando uma origem lícita do capital recebido?

Fazendo uma determinada interpretação sobre o projeto de lei já citado acima, pode-se entender que este vem com o objetivo de punir o advogado que venha a receber os honorários advocatícios advindo de alguma forma de atividade ilegal, de forma que, caso este não venha a saber sobre as origens do dinheiro ou bens que sejam utilizados para o pagamento de sua atividade, poderia ser categorizado como a fase de integração dos valores à economia, ou seja, seria lavagem de dinheiro propriamente dita.

A participação do advogado, de forma dolosa, em situações em que há o conhecimento do objetivo do cliente em utilizar de determinados serviços oferecidos pelo profissional para que seja feita a ocultação ou dissimulação dos bens provenientes de atividade ilícita configura coautoria criminosa, mas essa não deve ser presumida ou extraída da dúvida sobre a origem dos recursos, posto que não cabe ao advogado perquirir a origem dos valores utilizados pelo seu cliente. Em face desta questão, será realizada uma breve análise sobre o ônus do advogado sobre a fiscalização dos honorários que recebe.

Ônus do advogado para receber os honorários maculados

Os honorários advocatícios são um direito que são devidamente garantidos através do caput artigo 22 do Estatuto da OAB que indaga que a prestação de serviço profissional feita pelo advogado assegura as pessoas inscritas na OAB o direito aos seus devidos honorários convencionados, que serão fixados através de arbitramento judicial e aos de sucumbência.

Além disso, também é embarcado no artigo 36 do Código de Ética e Disciplina da OAB sobre os determinados elementos para que os honorários do advogado sejam fixados. Embora a legislação brasileira se tratando sobre esse determinado crime não venha a criminalizar a posse de bens que tenham origem criminosa, a noção do advogado da ilicitude dos valores com qual foi pago é algo demasiadamente debatido em relação da cumplicidade do profissional em relação a conduta de lavagem de dinheiro feito por seu cliente.

Não deve o advogado ser obrigado a exercer a função de autoridade competente para julgar a licitude da origem dos recursos utilizados no pagamento pela prestação do serviço advocatício, bastando que ele simplesmente registre e declare sobre o recebimento dos honorários de uma forma clara e objetiva.

El abogado tampoco tiene un deber de dar aviso a la autoridad sobre el origen ilícito del patrimonio de su cliente en la medida que no es inherente a su estereotipo profesional el denunciar a su propio cliente ni ejercitar acciones de policía. Empero, todo esto no significa que el cobro de honorarios no tenga límite alguno porque tampoco existe un concepto de un "honorario privilegiado del defensor" que rija por igual y de manera irrestricta en toda situación (Caro John, 2015, p. 195).

Se a prática realizada pelo advogado, dessa forma, se encontra protegida pela legislação que garante o direito habitual sobre os honorários, não havendo nenhum desvalor sobre a administração jurídica, mesmo que causando riscos para o caso em questão, é entendível que haverá um afastamento sobre a tipicidade objetiva relacionada a conduta do profissional de receber os honorários que venham a ter algum tipo de dúvida sobre a sua determinada origem.

Possibilidade da aplicação da cegueira deliberada na jurisprudência brasileira

Ainda se tratando sobre esse assunto se vem em mente sobre a teoria da cegueira deliberada e a sua possibilidade de aplicação na doutrina brasileira. Essa teoria, advém da doutrina inglesa no século XIX, sendo após autenticada pela corte norte americana.

A teoria da cegueira deliberada, também denominada como doutrina das instruções do avestruz e doutrina da evitação da consciência, se trata em uma construção assemelhada à formulação do dolo eventual e por meio do qual se configura um possível enquadramento do crime de lavagem de dinheiro, daquele que mesmo ciente da elevada possibilidade de origem ilícita dos recursos, assume o risco de produzir o resultado ao agir, ainda assim, de modo diferente a este conhecimento (Magalhães, 2014).

Ao que se vem a perceber alguns julgadores brasileiros, usando como base a satisfação do desejo punitivo estabelecido em nossa sociedade, acabam por gerar um afastamento do que está estabelecido na legislação brasileira, sob o fundamento de um melhor combate a criminalidade e a impunidade que está presente no país.

A aplicação dessa teoria, ao ser aplicada em relação ao direito dos honorários recebidos pelos advogados, é quando o profissional aceitar uma causa em que o cliente está envolvido com o crime de Lavagem de Dinheiro, poderá utilizar a aplicação do dolo eventual, uma vez que pode ter o conhecimento da ilicitude da atividade do cliente poderá se afastar do caso, afetando o direito de ampla defesa garantido a todos.

Sendo assim, seria possível a intervenção estatal sobre os bens e capitais que fossem utilizados para o pagamento de honorários, podendo admitir o advogado a medidas assecuratórias.

Para que essa teoria possa ser aplicada é preciso que a situação apresente certos requisitos. O primeiro deles é que deve ser observada se há uma suspeita sobre o agente da ação, ocorre que no contexto apresentado, o agente não vem a possuir nenhum conhecimento acerca do fato, pois deixa de conhecê-lo de forma voluntária.

Além disso, é preciso que o agente da ação tenha noção que a ação que venha a praticar gerará a prática de um crime. Dessa forma, se o advogado em questão não tem ou não deseja tomar conhecimento da ilicitude da origem dos valores recebidos, ficará afastado a possibilidade de dolo eventual na situação apresentada.

A teoria apresentada é importada, mesmo que em parte, e se verifica a tentativa de equiparação de elementos justificantes da aplicação da teoria no âmbito jurisdicional norte americano com os elementos presentes no direito penal e processual do Brasil. Ocorre que, por se tratar de elementos distintos e com aspecto de formação igualmente distintos, tal equiparação se encontra como impraticável (Luchtemberg, 2023).

É perceptível que a jurisprudência brasileira vem cada vez mais aderindo essa determinada teoria. Porém, a doutrina indicada vem discutindo sobre a possibilidade ou não da aplicabilidade da teoria de cegueira deliberada para esse tema, o que deve ser sopesado em virtude de não ser dever do advogado denunciar o próprio cliente, sendo profundamente contraditório com o seu dever de sigilo profissional, tão caro na relação de confiança que deve ser estabelecido entre ele e seu cliente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem por objeto de estudo o crime de lavagem de capitais, dando ênfase no seu conceito e citando os dispositivos presente na Lei nº 9.613 de 1998, que foi modificada pela Lei nº 12.683 de 2012, e promoveu uma exposição sobre a denominação do crime citado e suas principais características.

Em destaque, pode se perceber que a legislação de enfrentamento ao crime de lavagem de dinheiro, com suas alterações advindas da Lei nº 12. 683 de 2012, trouxe uma discussão sobre o alcance do direito de sigilo profissional e o relacionamento presente entre o advogado e seu cliente, sendo que a legislação brasileira atual é considerada como muito enxuta, precisando um maior estudo sobre as problemáticas já citadas.

Além disso, fica perceptível a extrema importância do papel do advogado para atuação da administração da justiça de uma forma limpa e coesa, sendo assim, o direito ao sigilo de informações, que venham a ser adquiridas através de sua atividade, deve ser algo que tenha que ser garantido. Qualquer forma que venha a possibilitar o descumprimento desse determinado direito deverá ser considerado com ato inconstitucional.

Já em relação aos advogados que venham a receber os honorários que venham a ter algum tipo de origem desconhecida, é perceptível a falta de necessidade de obrigação a comunicar qualquer tipo de atividade suspeita de crime de lavagem de dinheiro que seja praticado por seus clientes. O direito de receber os determinados honorários pelo serviço prestado é algo que não deva ser discutido e é algo digno de sua profissão.

Tratando do fato da criminalização do advogado na participação do crime entende-se que, em determinados casos, pode se tornar um empecilho ao devido exercício de advocacia, chegando a criar uma punição desnecessária a um bom profissional que só gerar uma boa administração da justiça, sendo assim, a legislação penal brasileira tem a capacidade de punir qualquer autor e coautor do crime.

Com a utilização da teoria da cegueira deliberada, que está sendo cada vez mais utilizada, amplia a possibilidade de punir o advogado através do dolo eventual. Porém, vem se discutido sobre a possibilidade de aplicação dessa teoria, uma vez que está é uma teoria apropriada para uma doutrina estrangeira e a legislação brasileira não poderia embarcá-la.

Dessa forma, pode-se concluir que o assunto exposto é algo que ainda não foi pacificado, sendo objetivo deste trabalho ampliar o debate e buscar estabelecer limites de aplicação da norma que respeite os princípios constitucionais, enfrentamento o problema da lavagem de capitais e garantindo os direitos das pessoas físicas e jurídicas que venham a ser assistidas por advogados.

REFERÊNCIAS

ARO, Rogerio. **Lavagem de dinheiro – origem histórica, conceito, nova legislação e fases**. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, [s. l.], v. 3, ed. 6, p. 167-177, 14 jun. 2013. Disponível em: <https://l1nq.com/a11TL>. Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <https://acesse.one/YRUGC>. Acesso em: 09 ago.2023.

BRASIL. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <https://l1nk.dev/3M8xa>. Acesso em: 15 jun.2023.

BRASIL. **Lei nº 9.613**, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <https://l1nk.dev/FR5K4>. Acesso em: 15 jun.2023.

BRASIL. **Lei nº 12.683**, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <https://acesse.one/hDZOI>. Acesso em: 15 jun.2023.

BRASIL. **Decreto no 154**, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <https://acesse.one/Tu5Bq>. Acesso em: 22 mai.2023.

OAB. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília, DF - 2015. Disponível em: <https://encurtador.com.br/opzV7>. Acesso em: 18 fev.2023.

CALLEGARI, André Luís. WEBER, Ariel Barazetti. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Atlas. 2014. Disponível em: <https://l1nq.com/QLjx5>. Acesso em: 10 mar. 2023.

CARO JOHN, José Antonio. **Los abogados ante el lavado de activos: recepción de honorarios sucios y deber de confidencialidad**. In: AMBOS, Kai; CORIA, Dino Carlos Caro; MALARINO, Ezequiel (Coords.) *Activos y Compliance: Perspectiva internacional y derecho comparad*. JURISTA EDITORES E.I.R.L. Lima/Perú, 2015.

FERNANDES, Alessandro. **Guerra ao terror e lavagem de dinheiro: Evolução da legislação brasileira após atentado de 11 de setembro**. Revista Ibero – Americana de Humanidades, Ciências e Educação – REASE, São Paulo, v.9, n.01, jan. 2023. Disponível em: <https://l1nq.com/JbhqM>. Acesso em: 26 fev. 2023.

FREITAS, Laura; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. **A Possível Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada aos Crimes de Lavagem de Dinheiro**. Revista Toledo Prudente Centro Universitário, v. 16, n. 16, (2020). Disponível em: <https://l1nq.com/lbVbv>. Acesso em: 14 fev. 2023.

GÓES, Guilherme de Toledo. **O sigilo profissional no processo penal: uma proposta de reinterpretação**. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 395-433, 2022. Disponível em: <https://l1nq.com/Vbb7K>. Acesso em: 10 fev. 2023.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Ações neutras e teoria do abuso de direito: um elo para se compreender a relação entre lavagem de dinheiro e advocacia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 22, n. 111, p. 113-156, nov/dez. 2014. Disponível em: <https://l1nq.com/osNaM>. Acesso em: 27 jul. 2023.

LUCHTEMBERG, Anna Julia. **A origem da aplicação da cegueira deliberada no crime de lavagem de dinheiro e as consequências da sua incorporação através da jurisprudência brasileira**. Revista Científica do CPJM, Rio de Janeiro, v. 2, n. 7, p. 75-94, 2023. ISSN: 2764-1899. Disponível em: <https://acesse.dev/elrC9>. Acesso em: 10 fev. 2023.

MAGALHÃES, Vlamiir Costa. **Breves notas sobre lavagem de dinheiro: cegueira deliberada e honorários maculados**. Direito Federal: Revista da AJUFE, São Paulo, v. 27, ed. 94, p. 40-71, 2014. Disponível em: <https://encr.pw/c2LTC>. Acesso em: 21 jan. 2023.

MORO, Sérgio Fernando; EMERICH, Beathrys Ricci. **O Exercício da Advocacia e o Crime de Lavagem de Dinheiro**: Possibilidade ou não de Responsabilização dos Advogados pelo Recebimento de Honorários Advocatícios Maculados por Capital Ilícito. *Revista Relações Internacionais do Mundo Atual*, Curitiba, v. 2, n. 23, p. 373-389, 2019. DOI <http://dx.doi.org/10.21902/Revrima.v2i26.3905>. Disponível em: <https://encr.pw/O1Ooc>. Acesso em: 12 mai. 2023.

MORO, Sérgio Fernando; PORTELLA, Irene; FERRARI, Flávia Jeane. **Lavagem de Dinheiro e Suas Gerações**. *Revista Relações Internacionais do Mundo Atual*, Curitiba, v. 4, n. 25, p. 357-375, 2019. DOI <http://dx.doi.org/10.21902/Revrima.v4i25.3950>. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3950/371372279>. Acesso em: 27 jul. 2023.

SANCTIS, F. M. **Crime Organizado e lavagem de dinheiro**: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. São Paulo: Saraiva, 2015, p.2)

A utilização do *compliance* trabalhista como ferramenta na advocacia preventiva

The use of labor compliance as a tool in preventive advocacy

Taís Lorrane Ribas Moreira
Hewler Leonelli Rocha da Silva

RESUMO

O presente estudo busca apresentar o instituto do *Compliance*, e como a sua aplicação nas empresas pode colaborar como forma de prevenção em se evitar ações judiciais. A ferramenta possui diversas técnicas de aplicação que, se implementadas pelos empregadores, diminui o risco de uma futura demanda judicial em seu desfavor dentro da seara trabalhista. Para o empresário, um processo trabalhista pode ser sua ruína, além de gerar gastos em demasia, afeta também a reputação daquela empresa dentro e fora do meio comercial, assim, o *Compliance* tem meios para garantir a atenção à ética e às normas da empresa. Utilizaremos conceitos extraídos da doutrina bem como alguns fundamentos do *Compliance*, a fim de demonstrar que ao priorizar o investimento em pessoas e conscientização, estaria contribuindo para descongestionar o sistema judiciário brasileiro na esfera trabalhista.

Palavras-chave: direito trabalhista; *compliance*; aplicação; ética; advocacia preventiva.

ABSTRACT

The present study seeks to present the institute of compliance, and how its application in companies can contribute as a form of prevention to avoid legal actions. The tool encompasses various application techniques that, if implemented by employers, reduce the risk of future judicial claims against them within the labor sphere. For the entrepreneur, a labor lawsuit can be their downfall, not only generating excessive expenses but also affecting the reputation of the company both within and outside the commercial sphere. Thus, Compliance provides means to ensure attention to the company's ethics and norms. We will use concepts extracted from doctrine as well as some fundamentals of Compliance, in order to demonstrate that by prioritizing investment in people and awareness, one would be contributing to relieving the congestion in the Brazilian judicial system in the labor sphere.

Keywords: labor law; compliance; application; ethics; preventive advocacy.



INTRODUÇÃO

O contexto empresarial atual exige que se tenha como prioridade fundamental a conformidade legal e ética que, para além de ser simplesmente um requisito regulatório, também deve ser visto como uma estratégia de gestão de riscos e reputação. Em se tratando da seara contenciosa trabalhista, existem certas vulnerabilidades ainda mais preponderantes, entretanto a conformidade rigorosa pode mitigar o risco de demandas onerosas e prejudiciais, neste estudo exploraremos o instituto do *compliance* como instrumento para a advocacia preventiva em reduzir a quantidade de ações envolvendo relações trabalhistas.

É inegável a escalonada na conscientização dos indivíduos no que se refere aos direitos dos trabalhadores, de mesma sorte, a complexidade das leis trabalhistas e as altas expectativas para uma conduta ética nas empresas têm contribuído para o aumento significativo no número de processos trabalhistas, nesse cenário, empregadores se veem com a necessidade de implementar práticas robustas que assegurem a conformidade com a legislação e regulamentos trabalhistas, além da promoção de um ambiente de trabalho seguro e justo.

Nessa perspectiva abordaremos técnicas de *compliance* que podem ser utilizadas na esfera trabalhista e, como cada técnica pode contribuir com a empresa, bastando que sejam observadas as legislações vigentes, situações que serão analisadas por profissional em sede de advocacia preventiva.

Diante do exposto, exploraremos sobre a forma que cada técnica de *compliance* pode ser aplicada, tendo em vista que com os avanços da legislação, cada vez mais o empregador pode sofrer sanções judiciais, e, se não forem implantadas estrategicamente opções que fomentem a atenção à ética, a empresa pode se tornar inviável.

A ORIGEM DO COMPLIANCE

Compliance é um termo oriundo da língua inglesa, seu significado em português remete ao agir em conformidade com a lei, a ética e a integridade. Na esfera empresarial, o *compliance* objetiva criar e implementar ferramentas hábeis a prevenir e corrigir as condutas ilícitas, diminuindo riscos de prejuízos para o empregador.

Historicamente, a implantação do *compliance* se deu nos Estados Unidos, na virada do século XX, com a criação das primeiras agências reguladoras. Sentiu-se a necessidade de criação de um instituto que auxiliasse no controle do sistema financeiro, sendo capaz de gerar estabilidade e segurança, de forma a promover adequação às normas legais.

Desta maneira, promulgou-se a Lei Anticorrupção Transnacional Norte-Americana, posteriormente, foram criados outros mecanismos para aplicação dos princípios éticos dentro das empresas.

Assim ensina Hugo do Amaral Ferreira Trapp (2014):

A origem das primeiras noções de compliance data de 1913, quando os Estados Unidos criaram o Federal Reserve, o Banco Central norte-americano. O objetivo

seria construir um sistema financeiro mais flexível, seguro e estável, de sorte que dentre esses elementos, a busca pela segurança é o que está mais intimamente ligado à adoção de práticas de compliance.

No Brasil, no ano de 1998 já era notável a presença de práticas que dispunham sobre a implantação e implementação de sistemas de controles internos, como é o caso da resolução 2554 do Banco Central.

Com a promulgação da Lei 12.846/2013, chamada Lei Anticorrupção, que dispõe acerca da possibilidade de responsabilização objetiva administrativa e civilmente de empresas que praticam crimes contra a Administração Pública, ficou ainda mais notável a presença do *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro.

A referida lei, em seu artigo 7º, incisos VII e VIII, minimizou as sanções para empresas que comprovem a cooperação da pessoa jurídica para a apuração de infrações, bem como para as que demonstrem a existência de mecanismos internos que visem a integridade, como auditoria e canal de denúncias,

Compliance está relacionado principalmente à conscientização, sendo necessário que as pessoas entendam as regras e se adequem a elas, possuindo a visão de que tal comportamento, agrega valores para toda a sociedade.

Innocenti (2017) explana:

Partindo-se do significado da palavra, “ser compliance” é ser conhecedor das normas da organização, é seguir os procedimentos recomendados, é agir em conformidade e sentir quanto são fundamentais a ética e a idoneidade em todos os relacionados à empresa. E a empresa “estar em compliance” significa estar em conformidade com leis e regulamentos internos e externos. “Ser e estar compliance” é, acima de tudo, uma obrigação individual de cada colaborador dentro da instituição, daí a importância do compliance trabalhista.

O *Compliance* não se limita ao estrito cumprimento de regras, em termos práticos, sua aplicabilidade é mais ampla e deve ser entendida como uma ferramenta que busca além de mitigar os riscos, preservar os valores da corporação, priorizando a continuidade da exploração da atividade econômica e ainda o interesse das pessoas que usufruem dos bens e/ou serviços oferecidos.

A ferramenta se mostra de grande serventia para os empresários, principalmente quando seguido pelos líderes da organização, tendo em vista que estarão externando sua preocupação em seguirem as normas e padrões éticos, o que será seguido pelos empregados.

Explana o doutrinador Bertocelli (2021):

Podemos entender, portanto, que o *compliance* integra um sistema complexo e organizado de procedimentos de controle de riscos e preservação de valores intangíveis que deve ser coerente com a estrutura societária, o compromisso efetivo de sua liderança e a estratégia da empresa, como elemento, cuja adoção resulta na criação de um ambiente de segurança jurídica e confiança indispensável para a boa tomada de decisão.

Uma empresa com princípios éticos, não realiza exploração de seus fornecedores e colaboradores, tampouco comete crimes para angariar clientela e segurar empregadores, o que logicamente faz com que, se for demandada em juízo, o será em quantidade

inquestionavelmente menor do que empresas que não seguem um código de conduta ou até mesmo, o ordenamento jurídico.

A ADVOCACIA PREVENTIVA

No mundo corporativo, as decisões tomadas pelo empresário podem acarretar consequências que irão repercutir na esfera jurídica, sendo necessária a busca de um profissional qualificado do direito.

Entretanto, o exercício da advocacia não se limita apenas em resolução de litígios já existentes, mas sim, é previsto no Código de Ética da OAB, artigo 2º, § único, inciso VI, que é dever do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.”

Nesse sentido, a orientação jurídica de caráter preventivo se faz necessária desde antes do efetivo nascimento da pessoa jurídica, uma vez que todos os atos constitutivos da empresa deveriam passar pelo crivo técnico de um jurista, sendo certo de que tal ato por si só já reduziria as chances de uma falência prematura.

A importância da advocacia preventiva no mundo corporativo

É sabido que o poder judiciário brasileiro se encontra sobrecarregado de lides, principalmente, na esfera trabalhista, ao mesmo tempo, não dispõe de servidores suficientes para entregar a efetiva prestação jurisdicional observando o princípio da celeridade processual, em razão dos pequenos conflitos que são diariamente apresentados aos tribunais, e que, poderiam ser evitados em sua origem, com a análise de um estrategista jurídico.

Ao evitar a consultoria preventiva, o empresário está arriscando o futuro da sua atividade econômica, pois, ao procurar um profissional após a instauração de um litígio, o advogado ainda pode se deparar com falhar e erros grotescos que poderiam ter sido rebatidos ainda no início, evitando o problema.

Internacionalmente, alguns países localizados na América do Norte ou até mesmo na Europa adotam a advocacia preventiva como uma forma cultural, possuindo a visão de que um profissional do direito é tão importante quanto qualquer outro profissional especializado, ideia essa que vem sendo, gradativamente, implantada no mundo corporativo brasileiro.

Não apenas um litígio em desfavor da empresa é malvisto no ambiente corporativista como também gera um custo demasiado alto para o empresário, o que pode levar a um cenário indesejado de dificuldades financeiras, afetando o ambiente de trabalho.

Doutrinadores definem a prática da advocacia preventiva como sendo “Uma forma de prestação de serviço jurídico, que tem por objetivo maximizar lucros, evitando que o cliente venha a sofrer prejuízos ou danos em razão de decisões tomadas ou atos praticados sem a devida cautela.” (Mendes, 2016, s./p.).

Em resumo, uma orientação jurídica em caráter preventivo pode ser a chave para o sucesso de uma pessoa jurídica, assim como a sua ausência, pode ser a ruína da empresa, o que deve ser evitado pelo empresário.

Um advogado que atua em caráter de prevenção, busca a todo momento, encaixar as normas da CLT no dia a dia da empresa, de modo a garantir que o trabalhador assegure todos os seus direitos inerentes, mas também, blinda a empresa de sofrer eventuais represálias por descumprimento de normas.

Tal necessidade não atinge apenas empresas de grande porte, sendo também imprescindíveis para empresas menores, sendo que estas, ao realizarem o controle de riscos, estariam inequivocamente aumentando suas chances de crescimento dentro do mercado.

Demissões malconduzidas, inobservância de limites de carga horária, inadequação de cargos e funções, entre outros, são casos recorrentes que levam centenas de empresas ao judiciário diariamente, mas que poderiam ser evitadas com a simples consultoria recorrente de um jurídico.

IMPLANTAÇÃO DO COMPLIANCE NAS EMPRESAS COMO FORMA DE PREVENÇÃO DE LITÍGIOS

A estratégia em aplicar o *compliance* busca principalmente preservar a viabilidade da atividade econômica, ou seja, reduzindo o risco, aumenta-se as chances de sobrevivência da pessoa jurídica.

Para tanto, existem duas etapas cruciais para implementação da ferramenta: a investigação do histórico empresarial e a efetiva implantação de práticas específicas e de caráter preventivas.

Importante ressaltar o papel crucial da investigação da pessoa jurídica, pois assim será observado quais leis e regulamentos melhor se aplicam à atividade ali desenvolvida, além de promover uma melhor perspectiva acerca da conduta dos funcionários, possibilitando a criação de regras a serem seguidas por estes.

Expõem Alexandre Serpa e Daniel Sibille (2016):

É muito importante que antes de se falar em avaliação de riscos, se conheça os objetivos de sua empresa e do seu programa de *compliance*, pois este pilar é uma das bases do sucesso do programa de *compliance*, uma vez que o código de conduta, as políticas e os esforços de monitoramento deverão ser construídos com base nos riscos que forem identificados como relevantes durante esta fase de análise. A efetiva condução de uma análise de riscos envolve uma fase de planejamento, entrevistas, documentação e catalogação de dados, análise de dados e estabelecimento de medidas de remediação necessárias.

Nesse sentido, é nítido que o *compliance* comporta diversas técnicas de aplicação, entretanto, não se deve aplicar as mesmas técnicas em todas as empresas, logo, é necessário que o empresário trace seus objetivos e, busque um jurista a fim de realizar os levantamentos de riscos e analisar o melhor caminho a ser tratado.

Logicamente, as empresas irão utilizar as técnicas que lhes sejam mais apropriadas, e treinarão seus funcionários para que todos os seus atos atentem para a conformidade das normas e práticas instituídas.

Na esfera trabalhista, é importante se ater para duas primícias: criação de políticas e procedimentos internos de observância à legislação laboral e efetivamente realizar vigilância do cumprimento das referidas políticas.

Outra técnica que deve ser observada é o correto treinamento dos funcionários, sendo certo que tal treinamento deve ocorrer regularmente, e sendo adaptado para melhor atender as necessidades de cada setor.

Tal procedimento é necessário até mesmo como forma de defesa para o empresário, que, se demandado judicialmente, poderá demonstrar ao julgador que forneceu todo o aparato necessário para o cumprimento das normas vigentes, podendo se isentar de responsabilização legal.

A implementação de um canal de denúncias é de suma importância para o correto desenvolvimento do *compliance* na empresa, pois objetiva que os próprios funcionários possam relatar possíveis violações às políticas e normas da empresa, sem receio de sofrerem sanções.

Nessa toada já dispôs Breno Novelli (2016):

Devem, então, as empresas, promoverem treinamentos constantes, palestras explicativas, submeterem-se à auditorias de controle e, também, provarem a aplicação de penalidades (que obedecem a critérios objetivos) aos infratores das políticas internas criadas (sempre observando a razoabilidade e direito de defesa).

Desta forma, o *compliance* é plenamente cabível na seara trabalhista, de forma a englobar o desempenho das atividades dos funcionários, sócios e até mesmo clientes, como forma de prevenção de riscos.

Utilizando o *compliance* para evitar ações judiciais

Com o advento das leis 13.429/2017 e lei 13.467/2017, é inequívoco que o direito trabalhista sofreu modificações, e até mesmo, teve suas relações flexibilizadas, sem, contudo, perder o caráter de ser protetivo ao empregado.

Um exemplo é a lei de terceirização, nº 13.429/2017, que prevê a possibilidade de que um empregado terceirizado ajuíze ação em desfavor não só da contratante, mas também da empresa tomadora de serviços no caso de acidente de trabalho.

Aplicando técnicas de *compliance*, a empresa tomadora de serviços poderá fazer uma busca refinada acerca da empresa que pretende contratar, identificando sua reputação no mercado, ativos, formas de tratamento aos funcionários e até mesmo histórico de ações judiciais, diminuindo os riscos de estabelecer relações com empresa que não se qualifique nos padrões éticos da pessoa jurídica.

Ainda, casos de assédios podem ser reduzidos utilizando técnicas de *compliance* como palestras e cursos explicando sobre as consequências e repercussões jurídicas e sociais de cada ato, sempre demonstrando ao funcionário que a empresa se preocupa e valoriza os valores éticos, de modo que, o funcionário que não corresponda às tais expectativas comportamentais, poderão ser desligados da empresa sem que possuam munção para mover uma ação judicial.

Canais de denúncia e a observância às normas celetistas também fomentam a imagem de que a empresa possui conhecimento dos deveres e direitos garantidos ao empregado, e está disposta a respeitar os limites de cada um, criando um ambiente favorável para o desempenho da atividade econômica.

Desta forma, quaisquer técnicas implantadas em uma empresa que tenha o objetivo de adequar o trabalho às normas e padrões éticos, são importantes para manter a empresa fora do judiciário brasileiro e, inevitavelmente, promove o crescimento da pessoa jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas existem para serem cumpridas, e atualmente, com o aumento do alcance das redes sociais, as pessoas cada vez mais possuem formas de fiscalizar se as regras da sociedade estão sendo cumpridas.

Em uma empresa não é diferente, se as normas não forem seguidas e não forem observados os padrões éticos, abre-se espaço para a desonestidade e corrupção, o que pode gerar a falência de uma pessoa jurídica em razão de elevados gastos com ações judiciais.

Desta forma, técnicas de *compliance* servem para que as empresas gerem lucros de forma certa e legalmente blindados, gerando uma espécie de proteção que sequer abre espaço para discussões perante o judiciário.

A atuação de um jurista é crucial para realizar a implantação de tais técnicas de forma estratégica, sendo a advocacia utilizada como forma de prevenção de conflitos, e não apenas de resolução.

REFERÊNCIAS

ANTONIK, Luís Roberto. **Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial**. Rio de Janeiro, Alta Books, 2016.

BRASIL. **Conselho federal da ordem dos advogados do Brasil**. Código de Ética e Disciplina da OAB. Brasília-DF, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. (Acesso em: 08/05/2023).

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. (Acesso em: 08/05/2023).

BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. (Acesso em 08/05/2023).

CONSELHO Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Brasília, 1995. Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf>. (Acesso em 01/05/2023).

FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. **O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais**. In: Revice – Revista de Ciências do Estado, Belo Horizonte, v.3, n.1, p. 147-169, jan./jul.2018.

LOPPES, Filipe Charone Tavares. **Vantagens da advocacia preventiva para as empresas**. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/vantagens-da-advocacia-preventiva-para-as-empresas> (acesso em 01/05/2023).

NOVELLI, Breno. **Implementação de programa de compliance e seus impactos na área trabalhista**. Direito Net [site], v. 8, 2016.

SIBILLE, Daniel; SERPA, Alexandre. **Os pilares do programa de compliance**. Disponível para download em: LEC | Download: Ebook Pilares do Programa de Compliance (acesso em 30/04/2023).

TRAPP, Hugo Leonardo do Amaral Ferreira. **Compliance na Lei Anticorrupção: Uma Análise da Aplicação Prática do Art. 7º, da Lei 12.846/2013**. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3969>. (acesso em 20/04/2023).

Imposto sobre importação e extrafiscalidade no E-commerce: um estudo jurisprudencial no direito aduaneiro

Alex Andrade Alves

Especialista em Direito Previdenciário e Processo Previdenciário pela Faculdade FACUMINAS de Pós-Graduação. Bacharel em Direito pela Faculdade UNIME de Ciências Jurídicas. Advogado vinculado à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Inscrição nº 78469 OAB/BA

RESUMO

Tradicionalmente, as relações comerciais sempre estiveram sujeitas à tributação, sob o efeito de dois prismas, a saber: um fiscal e outro extrafiscal. Fiscal, quando o poder estatal visa à arrecadação dos cofres públicos, com vistas a subsidiar os bens-comuns da sociedade. Extrafiscal, quando esse caráter arrecadatório é colocado em segundo plano, ou seja, quando o poder estatal visa apenas regular o comportamento social de mercado, com vista a estimular ou desestimular o consumo de determinado produto. Desse modo, o presente estudo visa analisar como a jurisprudência brasileira tem analisado o Instituto da Extrafiscalidade no *E-Commerce*, presente no Imposto sobre Importações, especificamente por meio das decisões proferidas em torno dos casos da *Shopee*, *Ali Express* e *Shein*, e pacificadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Com vistas a atingi-lo, o estudo pode ser caracterizado metodologicamente como uma pesquisa bibliográfica, do tipo ensaio teórico, cujos referenciais foram escolhidos por critérios discricionários. Complementarmente, têm-se o entendimento jurisprudencial, orbitado nas decisões proferidas e, consequentemente, pacificadas por meio do STJ. Como resultados potenciais, as divergências das decisões exigiram do STJ a necessidade de uma postura pacificadora, frente ao que proponha o regramento legal. A isenção do Imposto sobre Importação nas relações comerciais, em nível do comércio eletrônico, admite normas próprias, mantendo-se um teto de US\$ 100,00 (cem dólares), em regra, e admitindo-se, em caráter excepcional, que o Ministério da Fazenda possa determinar um valor menor de US\$ 50,00 (cinquenta dólares) para tais isenções, desde que determinados requisitos sejam atendidos nessa relação comercial.

Palavras-chave: imposto sobre importação; extrafiscalidade; *e-commerce*; jurisprudência.



INTRODUÇÃO

As tecnologias digitais vêm ressignificando as relações sociais e, conseqüentemente, a forma como o indivíduo realiza as suas relações comerciais, potencializando relações comerciais por meio da internet. A comodidade dessas operações e sua expansão nos últimos anos são prova cabalística da necessidade de uma regulamentação jurídica para o comércio eletrônico, aqui entendido, panoramicamente, como *E-Commerce*.

Nas palavras de Bemvindo (2019, p. 55), “a atividade de comércio realizada pela internet é conhecida como *e-commerce* que significa comércio eletrônico”, ou seja, é nesse contexto que se situa o presente trabalho. Mais especificamente, ainda com fundamento nas palavras da autora, num contexto de atividade comercial realizada por meio de compras na internet.

As inovações trazidas por tal modalidade comercial produziram um aumento significativo de compras internacionais, inclusive de produtos estrangeiros. Desse modo, o Direito enquanto Ciência Social Aplicada vê na temática em tela a necessidade de uma promulgação de estudos que analisem sua regulamentação, de modo semelhante ao que ocorreu tradicionalmente quando foram implantadas, no passado, a tributação sobre as relações comerciais realizadas presencialmente.

Por sua vez, ao adentrar nas questões de natureza tributária, vê-se no Imposto sobre a Importação o instituto da extrafiscalidade, aqui entendida, com a função estatal de não arrecadação. Ou seja, com isso, o Estado se vê sem a necessidade de abastecer os cofres públicos para financiar o bem-estar comum, com vistas a estimular ou desestimular condutas econômicas, políticas e sociais do estado, colocando a arrecadação em segundo plano.

Frente a esse cenário, busca-se respostas para a seguinte questão de estudo, a saber: como a jurisprudência brasileira tem analisado o Instituto da Extrafiscalidade no *E-Commerce*, presente no Imposto sobre Importações, especificamente por meio das decisões proferidas em torno dos casos da *Shopee*, *Ali Express* e *Shein*, sintetizadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ)?

Com efeito, tais empresas foram escolhidas por meio da inspiração do estudo de Bemvindo (2023), já que as mesmas são as principais empresas asiáticas que operam relações, no âmbito do comércio exterior com o Brasil, trazendo hábitos inovadores no comércio eletrônico e exigindo regulamentação jurídica, no contexto do Imposto sobre Importações e sua Extrafiscalidade junto ao *E-Commerce*.

Nesse intuito, o presente estudo admite uma configuração preliminar, sistematizada conforme descrição a seguir: a) primeiro, serão apresentados os procedimentos metodológicos – com vistas a situar o estudo como uma pesquisa bibliográfica, do tipo estudo teórico, por meio dos referenciais escolhidos discricionariamente; b) segundo, serão apresentados os eixos teóricos principais – subsidiados nas discussões conceituais que envolvem o Imposto sobre Importações, à luz da doutrina tributária utilizada neste estudo; c) e terceiro, o entendimento jurisprudencial – na órbita dos casos da *Shopee*, *Ali Express* e *Shein*, sintetizadas na decisão pacificada no âmbito do STJ.

Por fim, têm-se as conclusões do presente estudo. E, desse modo, a seção seguinte é caracterizada pelas às discussões metodológicas, nos termos descritos em linhas pretéritas.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS: O CAMINHO PERCORRIDO NO DESENVOLVIMENTO DO ESTUDO EM COMENTO

Em regra, os procedimentos metodológicos utilizados num estudo científico revelam as trilhas, os caminhos e as escolhas difundidas pelos pesquisadores na composição de suas pesquisas. Por meio desses procedimentos, cada pesquisador traça a suas rotas, caminhos e itinerários capazes de mostram ao leitor as escolhas que compuseram um trabalho de pesquisa científica (Alves, 2022). Nesse ínterim, o presente estudo ganha contornos de uma pesquisa bibliográfica, entendida como “[...] um tipo de pesquisa que visa responder a um problema com a utilização de um material bibliográfico, estudos e análises científicas que, por conseguinte, passaram pelo crivo da Ciência para serem apresentados à sociedade” (Bastos, Ferreira, 2016, p. 140).

De tal interlocução, é possível compreender que uma pesquisa de cunho bibliográfico tem em si a composição de uma exposição que, fundamentada no que já foi estudado por outros pesquisadores, tem sumária relevância científica. Certamente, não consiste numa discussão empobrecida fundamentada numa “[...] mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre um determinado assunto, mas propicia exame do tema sob novo enfoque ou abordagem, o que favorece conclusões inovadoras” (Bastos, Ferreira, 2016, p. 140). Em completude, Barbosa (2018) acrescenta que uma pesquisa bibliográfica pode ser subdividida em uma síntese de literatura ou um ensaio teórico.

Nesse sentido, considerando o presente estudo e as limitações impostas numa escrita dessa natureza, situamos tal estudo como um ensaio teórico, haja vista não ser utilizado nenhum elemento metodológico sistematizador na construção do referencial adotado como fundamentação para esta pesquisa. Nas palavras do autor, “[...] trata-se [...] de uma exposição lógica, rigorosa, coerente e crítica de argumentação sobre um determinado tema” (Barbosa, 2018, p. 43), de modo a denotar duas diferenças específicas da síntese de literatura, a saber: a) “a primeira é que não há delimitação prévia de *corpus* da literatura, sendo que o pesquisador mobiliza a bibliografia conforme a necessidade para construir sua argumentação”; e b) “a segunda diferença é que o caminho metodológico é tácito” (Barbosa, 2018, p. 43).

Feitas as devidas considerações, é oportuno esclarecer ao leitor o aspecto tácito da escolha de nossos autores principais. Tal escolha, fundamenta-se discricionariamente, por meio da relevância de suas obras, no campo do Direito Tributário, em linhas gerais, e, especificamente, no Direito Aduaneiro, em nível nacional e, localmente, no âmbito do Estado da Bahia, terra de naturalidade do autor deste estudo. Desse modo, os trabalhos de Alexandre (2023, 2020, 2016) representam uma relevância nacional, haja vista que suas obras tratam com especificidade doutrinária os estudos acadêmicos, tanto nos cursos de Graduação em Direito, quanto na área dos Concursos Públicos, ambos em matéria tributária.

Por sua vez, os trabalhos de Minardi (2021a, 2021b) complementam majoritariamente a escolha acima, sem desmerecer outras discussões que serão apresentadas em seção específica, pois são de suma importância no âmbito regional, vinculados ao Estado da Bahia, por representar uma referência próxima, de estudos vinculados à cidade de naturalidade do autor deste texto, como já mencionado.

Sem sombra de dúvida, tais estudos trazem contribuições para lastrear os argumentos científicos aqui presentes. Certamente, outras contribuições acadêmicas serão incorporadas ao estudo, considerando sua pertinência em relação ao tema em comento, em especial ao estudo de Bemvindo (2023), o qual sistematiza as decisões jurisprudenciais analisadas e sua pacificação no âmbito do STJ. Assim, serão apresentados os fundamentos teóricos, na seção a seguir, discutidos de forma articulada, para uma melhor compreensão do leitor.

O IMPOSTO SOBRE IMPORTAÇÕES ENTRELACADO NOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS EM ESTUDO: LEGALIDADE E PERSPECTIVAS DOUTRINÁRIAS

A intencionalidade dessa seção é fazer uma discussão articulada sobre os fundamentos teóricos que este estudo apresenta. Nesse cenário, o foco da discussão é o Imposto sobre Importações e suas características, seguida de uma discussão acerca do comércio eletrônico realizado pela internet – centrado na figura do *E-commerce* – com vistas a balizar as questões referentes ao entendimento jurisprudencial, na qual orbitam os casos em estudo – *Shopee*, *Ali Express* e *Shein* –, que serão apresentados na seção seguinte.

Pelas questões decorrentes da delimitação de espaço, num texto dessa natureza, a opção foi de um texto corrente, subdividido em tópicos, para um melhor entendimento do leitor. Assim, como estruturação, sugere-se: 3.1 – Caracterização acerca do Imposto sobre Importações; 3.2 – *E-commerce*: um conceito, suas relações com o Imposto sobre Importações e suas Isenções Tributárias. Nesse esteio, passa-se a apresentar a seção 3.1.

Caracterização acerca do imposto sobre importações

O Imposto sobre Importações é um tributo de competência da União, cuja previsão legal está amparada no art. 153, inciso I, do texto constitucional, *in veris*: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I - importação de produtos estrangeiros [...]” (Brasil, 1988, s.p.). Como bem destaca Alexandre (2023, 2020, 2016) em suas obras, sua previsão legal admite exceção no que tange a alteração de alíquota pelo Poder Executivo, por meio de Decreto ou Portaria expedida pelo Ministro da Fazenda, nos limites fixados em lei.

Ademais, o Imposto sobre Importações não está sujeito aos Princípios da Anterioridade e da Noventena, conforme previsão constitucional, admitindo-se como exceção a tais princípios, haja vista sua característica voltada para a extrafiscalidade. Seu caráter extrafiscal não visa precipuamente à arrecadação financeira junto aos cofres públicos, mas sim tem como intencionalidade o controle das questões de mercado, junto à sociedade. Nesse sentido, como bem destaca Minardi (2021a, 2021b), é simplesmente

regular que produtos e mercadorias estrangeiras não ganhem protagonismo em relação à produção nacional, com vistas a equilibrar as relações comerciais.

Nesses termos, Bemvindo (2023, p. 17) acrescenta que “a extrafiscalidade é um instrumento para modelagem do comportamento humano. Sua lógica constitui em que se tribute mais o que se pretende desincentivar e tribute-se menos as atividades que se busca incentivar [...]”. Desse modo, o estado controla o comportamento da sociedade, em termos sociais e/ou econômicos, usufruindo de sua função extrafiscal, como uma ferramenta poderosa para implementação de seus interesses comerciais.

O fato gerador do tributo em comento está previsto no art. 19, do Código Tributário Nacional (CTN) (Rocha, 2019, p. 76), *in verbis*: “Art. 19. O imposto, de competência da União, sobre a importação de produtos estrangeiros tem como fato gerador a entrada destes no território nacional”. Por sua vez, o Decreto-Lei nº 37/1966, é norma infraconstitucional que regulamenta o Imposto sobre Importação, ao mencionar em seu art. 1º, *in verbis*: “Art. 1º. O imposto de importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no território nacional” (Brasil, 1966, s. p.).

Desse dispositivo legal, reside a primeira divergência doutrinária no entendimento do fato gerador do Imposto sobre Importação, haja vista que o referido Decreto menciona o termo *mercadoria*, em sentido contrário ao que mencionam o CTN e a Constituição Federal, como já destacado anteriormente, que vinculam o referido tributo ao termo *produto*. Tal discrepância é citada, nos termos a seguir:

Não são sinônimos os termos “produto” e “mercadoria”. Enquanto **produto** é todo bem móvel e corpóreo resultante de um processo produtivo, seja ele proveniente da ação da natureza ou da atividade humana, **mercadoria** é o bem móvel e corpóreo destinado ao comércio, ou seja, o produto que se encontra em circulação mercantil, objeto de venda ou revenda com o intuito de lucro (Alexandre, 2020, p. 670, grifo nosso).

Nas palavras do autor, embora as expressões sejam diferentes, quanto ao seu significado, seu embasamento para a pacificação da discussão é fundamentada no posicionamento do STJ. Embora a Suprema Corte também reconheça a diferença entre os termos, a mesma admite que ambos foram utilizados no mesmo sentido, no interior do referido Decreto. Como bem destaca o doutrinador,

O superior Tribunal de Justiça, mesmo reconhecendo a diferença conceitual entre “produto” e “mercadoria”, tem entendimento de que as expressões teriam sido utilizadas como o mesmo sentido, o mais abrangente, no contexto do Decreto Lei nº 37/1966 (REsp 392/RS). Portanto, para a Corte Superior, o tributo incide sobre a entrada de produtos estrangeiros em geral: produtos destinados ao comércio (mercadorias), produtos para o uso ou consumo, produtos para incorporação ao ativo fixo de empresas, produtos naturais, produtos manufaturados, produtos industrializados etc. (Alexandre, 2020, p. 676-677).

Frente ao desentendimento proposto, Minardi (2021) também reconhece como improcedente a distinção presente entre os termos produtos e mercadorias, nos dispositivos legais supramencionados. Para a autora, “compreende-se, no entanto, [...] que o legislador infraconstitucional prevê a incidência do Imposto de Importação sobre os bens objeto de comércio, bem como aqueles que destinados para outros fins” (Minardi, 2021, p. 1127).

Nessa seara, as discussões propostas por Alexandre (2023, 2020, 2016) e Minardi

(2021a, 2021b) são convergentes quanto ao esclarecimento do termo entrada em território nacional. Para os respectivos autores, o entendimento é que essa entrada dar-se-á em caráter definitivo. As permanências temporárias em território nacional não podem ser consideradas como instituidoras da cobrança do referido tributo.

Ademais, ambos os referenciais, também admitem que os produtos nacionais ou nacionalizados¹ que foram exportados e retornam ao país, tenham a incidência do referido Imposto, excetuando as condições estabelecidas no art. 1º, §1º do Decreto Lei nº 37/1966 e nos arts. 70 e 71, do Decreto nº 6.759/2009. Para os autores, em regra, essa cobrança é legítima haja vista que há uma tendência a desoneração das exportações e a entrada desses produtos, em território nacional, pelo viés de seu caráter definitivo, exige a cobrança do referido Imposto de modo que se equilibrem as relações tributárias com os produtos estabelecidos no curso interno da economia no Brasil.

Dito isso, reitera-se que o critério material da hipótese de incidência do Imposto sobre Importações reside na órbita da ação de importar “[...] todo e qualquer produto **exógeno** à economia nacional, e não apenas aqueles *fabricados ou montados no exterior* [...]” (Caparroz, 2020, p. 712, grifos meu). Isso porque os produtos nacionais ou nacionalizados que adentrarem novamente, em caráter definitivo, o território nacional, devem ser tributados no que compete ao referido imposto, como já destacado anteriormente.

As discussões previstas em Minardi (2021a, 2021b) estabelecem que o critério temporal da hipótese de incidência do Imposto sobre Importações ocorrerá na data de registro da declaração de importação da mercadoria, conforme previsão expressa no art. 73 do Decreto 6.759/2009 e do art. 23 do Decreto Lei nº 37/1966. Ademais, destaca a autora, que o critério espacial da referida hipótese de incidência é o território nacional, conforme previsão expressa no art. 19 do CTN. A composição do território nacional é dada pela “**porção terrestre, do mar territorial** de 12 milhas marítimas, medidas a partir das linhas de baixa-mar do litoral continental e insular, do **espaço aéreo** e do **subsolo** correspondentes aos limites da soma das extensões terrestres e marinhas” (Caparroz, 2020, p. 713, grifo meu).

Dando continuidade à caracterização do Imposto sobre Importações, o sujeito ativo do tributo é a União. O sujeito passivo encontra previsão legal no art. 121 do CTN (Rocha, 2019), na figura do contribuinte e/ou do responsável tributário. Minardi (2021a) também recomenda a leitura do art. 22 do CTN para uma compreensão do leitor acerca do sujeito passivo, *in verbis*: “Art. 22. Contribuinte do imposto é: I – o importador ou quem a lei a ele equiparar; II – o arrematante de produtos apreendidos ou arrematados” (Rocha, 2019, p. 80).

Ademais a autora também recomenda a leitura dos arts. 104, 105 e 106 para um entendimento de quem sejam os Contribuintes, os Responsáveis e o Responsável Solidário, respectivamente, nos termos do que expressamente contém o Decreto nº 6.759/2009, entendido como Regulamento Aduaneiro. Assim:

¹ Caparroz (2020) estabelece um esclarecimento entre a distinção exigida entre a natureza nacional e nacionalizada de uma mercadoria, em termos do Direito Aduaneiro e sua necessidade de tributação. Nas palavras do autor, “[...] nacional é a mercadoria produzida no Brasil, enquanto nacionalizada é a mercadoria originalmente produzida no exterior e à qual foram agregados os valores de todos os tributos devidos na importação, possibilitando sua integração e circulação pela economia doméstica [...]” (Caparroz, 2020, p. 713).

Art. 104. É **contribuinte** do imposto: I - o importador, assim considerada qualquer pessoa que promova a entrada de mercadoria estrangeira no território aduaneiro; II - o destinatário de remessa postal internacional indicado pelo respectivo remetente; e III - o adquirente de mercadoria entre postada. Art. 105. É **responsável** pelo imposto: I - o transportador, quando transportar mercadoria procedente do exterior ou sob controle aduaneiro, inclusive em percurso interno; II - o depositário, assim considerada qualquer pessoa incumbida da custódia de mercadoria sob controle aduaneiro; ou III - qualquer outra pessoa que a lei assim designar. Art. 106. É **responsável solidário**: I - o adquirente ou o cessionário de mercadoria beneficiada com isenção ou redução do imposto; II - o representante, no País, do transportador estrangeiro; III - o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora; IV - o encomendante predeterminado que adquire mercadoria de procedência estrangeira de pessoa jurídica importadora; V - o expedidor, o operador de transporte multimodal ou qualquer subcontratado para a realização do transporte; VI - o beneficiário de regime aduaneiro suspensivo destinado à industrialização para exportação, no caso de admissão de mercadoria no regime por outro beneficiário, mediante sua anuência, com vistas à execução de etapa da cadeia industrial do produto a ser exportado; e VII - qualquer outra pessoa que a lei assim designar [...] (Brasil, 1966, s.p., grifo meu).

Por sua vez, a Base de Cálculo do Imposto sobre Importações encontra previsão legal no art. 20 do CTN (Rocha, 2019), sendo admitidas alíquotas específicas – “a base de cálculo será a quantidade de mercadoria, expressa na unidade de medida indicada na tarifa” (Rocha, 2019, p. 78) – ou *ad valorem* – “a base de cálculo será o valor aduaneiro apurado segundo as normas do artigo 7º do Acordo geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (Gatt)”² (Rocha, 2019, p. 78) – e o preço da arrematação, quando se tratar de produto levado a leilão, conforme transcrição a seguir:

Art. 20. A base de cálculo do imposto é: I - quando a alíquota seja específica, a unidade de medida adotada pela lei tributária; II - quando a alíquota seja *ad valorem*, o preço normal que o produto, ou seu similar, alcançaria, ao tempo da importação, em uma venda em condições de livre concorrência, para entrega no porto ou lugar de entrada do produto no País; III - quando se trate de produto apreendido ou abandonado, levado a leilão, o preço da arrematação (Rocha, 2019, p. 78).

Feitos os devidos contornos, a fim de caracterizar o Imposto sobre Importações para o leitor, por meio de seus aspectos legais, subsidiados pelo entendimento doutrinário apresentado, passa-se a seção seguinte. Nela, a nossa intencionalidade é apresentar outros fundamentos teóricos que auxiliarão o leitor no entendimento do estudo que ora se apresenta. Assim, serão discutidos o conceito de E-commerce, sua relação com o Imposto sobre Importações e suas Isenções Tributárias, as quais apresentam os casos jurisprudenciais que serão analisados posteriormente.

***E-commerce*: um conceito, suas relações com o imposto sobre importações e suas isenções tributárias**

O estudo de Bemvindo (2023) é a inspiração inicial para as discussões apresentadas neste estudo. Nele, a autora caracteriza as questões tributárias na órbita do E-commerce e analisa as decisões jurisprudenciais que posteriormente foram pacificadas no âmbito do STJ. De início, com subsídio no estudo de Ramadas (2019) é importante esclarecer o que vem a ser E-commerce, ou melhor, em português, Comércio Eletrônico.

Para o autor, “as atividades de comércio realizadas pela internet são conhecidas como *e-commerce*, abreviação do inglês ***electronic commerce*** que significa comércio

² Gatt – General Agreements on Tariffs and Trade.

eletrônico. Sendo assim, fica claro que o *e-commerce* é a atividade comercial exercida através da internet” (Ramadas, 2019, p. 19, grifo meu). Desse modo, esse expressivo conceito reside nas transações comerciais que são realizadas por meio da internet, muito marcante atualmente.

Apesar de representarem uma inovação, tais transações vêm acompanhadas de algumas incógnitas, especificamente no que tange às questões jurídicas. Como bem destaca:

[...] essas relações que fogem do comércio tradicional ainda são incógnitas em relação a questões jurídicas, inclusive a tributação. Mesmo que as compras e vendas ocorram por meio de ambientes virtuais conhecidos como marketplace incidem diversos tributos nessas relações jurídicas. Alguns tributos que incidem são: o imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), Programa de Integração Social (PIS), Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (CONFIS), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto sobre Importação (II) (Bemvindo, 2023, p. 56).

Apesar da gama de tributos envolvendo as relações comerciais realizadas no âmbito da internet, por uma questão de delimitação, as discussões, aqui apresentadas, estarão representadas na figura do Imposto sobre Importações, por ser esse, obviamente, o estudo em epígrafe. Acerca das questões tributárias, também é importante ressaltar o instituto das Isenções Tributárias. Assim, conceitualmente nos inspira Alexandre (2020, p. 210, grifo meu): **“a isenção consiste na dispensa legal do pagamento do tributo. O ente político tem competência para instituir o tributo e, ao fazê-lo, opta por dispensar o pagamento em determinadas situações”**.

Desse modo, por meio do destaque feito pelo autor, é lícito dizer que o instituto da Isenção consiste no não-pagamento de tributo, com expressa dispensa legal, pelo ente político que o instituiu e, ao mesmo tempo, decide, por questões discricionárias, não o cobrar em algumas situações. Em síntese, tal perspectiva reside no mero não exercício da competência tributária (Minardi, 2021a, 2021b).

Por sua vez, estudo de Bemvindo (2023) sistematiza as questões implementadas acerca da isenção no Imposto sobre Importações. Segundo a autora, “[...] há que se destacar o Decreto Lei nº 1.804/1980 e a Portaria nº 156/1999” (Bemvindo, 2023, p. 59). À guisa de um detalhamento, a referida Portaria estabelece o Regime de Tributação Simplificada (RTS) instituído pelo supracitado Decreto. A Portaria prevê que o RTS pode ser utilizado no despacho aduaneiro das importações mediante remessa postal ou de encomendas áreas internacionais, no valor de até U\$\$ 3.000,00 (três mil dólares) (Bemvindo, 2023).

O imbróglio reside na discrepância que ambos os dispositivos legais estabelecem para a adoção da respectiva isenção. O Decreto Lei nº 1.804/1980 estabelece que as remessas postais de até U\$\$ 100,00 (cem dólares) são isentas do Imposto sobre Importações. Por sua vez, a Portaria 156/199 preconiza que tal isenção, obviamente no contexto do Imposto sobre Importações, é limitada a transações de até U\$\$ 50,00 (cinquenta dólares).

Como bem destaca Bemvindo (2023), a diferença presente em ambos os dispositivos conduziu inúmeras ações judiciais, exigindo do STJ um entendimento pacificador em torno do tema em tela. O detalhamento dessas discussões será tratado na seção seguinte. Até aqui, no encerramento da atuação seção, tínhamos como intencionalidade expor os

fundamentos que subsidiavam o estudo apresentado.

Destarte, passa-se à seção seguinte, na qual serão analisados os casos em comento, fundamentados no estudo de Bemvindo (2023), conforme já mencionado.

ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NOS CASOS EM ESTUDO: SHOPEE, ALI EXPRESS, SHEIN E A DECISÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ

O principal fundamento desta seção reside no estudo desenvolvido por Bemvindo (2023). Por ocasião da divergência entre o valor da isenção do Imposto sobre Importações, conforme menção anterior, presente no Decreto Lei nº 1.804/1980 e na Portaria 156/199 do Ministério da Fazenda, e centrada na extrafiscalidade do tributo em tela, a autora constrói seus argumentos. Nesse ínterim, a autora analisa três soluções jurisprudenciais, envolvendo compras de empresas *Shopee*, *Ali Express* e *Shein*, pois essas são empresas asiáticas que têm atraído boa parte da população brasileira às compras no mercado internacional, já que apresentam preços de mercadorias mais em conta que os produtos nacionais (Bemvindo, 2023).

O primeiro caso refere-se a uma compra junto à *Shopee*. Ele tramitou no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no âmbito do Rio Grande do Sul. Os fatos estão circunstanciados numa compra de R\$ 235,28 (duzentos e trinta e cinco reais e vinte oito centavos), os quais, convertidos em moeda estrangeira, totalizam US\$ 41,79 (quarenta e um dólares e setenta e nove centavos). Nos termos da inspiração em Bemvindo (2023), a sentença exarada concedeu isenção do Imposto sobre Importações, no caso em específico, com fundamento no Decreto Lei nº 1.804/1980, haja vista que o valor da compra está em torno de US\$ 100,00 (cem dólares).

A seguir, transcreve-se a Ementa do Julgado, para um melhor entendimento do leitor acerca da decisão proferida. Nesses termos:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. ISENÇÃO. REMESSA POSTAL. DECRETO-LEI N.º 1.804/1980. PORTARIA MF N.º 156/99 E IN SRF N.º 96/99. ILEGALIDADE. 1. Conforme disposto no Decreto-Lei nº 1.804/80, art. 2º, II, as remessas de até cem dólares, quando destinadas a pessoas físicas, são isentas do Imposto de Importação. 2. A Portaria MF 156/99 e a IN 096/99, ao reduzir o valor para cinquenta dólares e exigir que tanto o remetente quanto o destinatário sejam pessoas físicas, restringiram o disposto no Decreto-Lei nº 1.804/80. 3. Não pode a autoridade administrativa, por intermédio de ato administrativo, ainda que normativo, extrapolar os limites claramente estabelecidos em lei, uma vez que se encontra vinculada ao princípio da legalidade. (TRF-4 - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL: 50389231220204047000, Relator: ADRIANE BATTISTI, Data de Julgamento: 15/07/2022, SEGUNDA TURMA) (Brasil 2024).

Como visto, a decisão está amparada no âmbito do Decreto Lei nº 1.804/1980, de modo que a decisão proferida está vinculada ao princípio da legalidade, não podendo a autoridade administrativa, ainda de que por meios legais, no âmbito da expedição de uma Portaria, extrapolar o que expressamente está contido em ato legal, nos termos do supracitado Decreto.

Por sua vez, ainda com fundamento em Bemvindo (2023), o segundo caso refere-

se a um produto adquirido no âmbito da Ali Express. A parte autora adquiriu um produto advindo do exterior, no valor de U\$\$ 21,55 (vinte e um dólares e cinquenta e cinco centavos), o que seriam equivalentes, em moeda nacional, no câmbio da época, a R\$ 71,39 (setenta e um reais e trinta e nove centavos). Nesse caso, como bem destaca a autora, a questão central reside “[...] em relação a Portaria MF nº 156/99 e a Instrução Normativa da Receita Federal nº 096/99, se elas poderiam diminuir o valor de U\$ 100 (cem dólares) para US\$ 50,00 (cinquenta dólares), para fins de isenção” (Bemvindo, 2023, p. 61), no contexto do Imposto sobre Importação, conforme vimos discutindo.

Nesse sentido, a decisão proferida ganha baseasse no art. 2º do Decreto Lei nº 1.804/1980, o qual, in verbis:

Art. 2º - O Ministério da Fazenda, relativamente ao regime de que trata o art. 1º deste decreto-Lei [...] poderá: I - dispor sobre a isenção do imposto sobre a importação dos bens contidos em remessas de valor **de até** cem dólares norte-americanos, ou o equivalente em outras moedas, quando destinados a pessoas físicas (Brasil, 1980, grifo meu).

Desse modo, a decisão toma como pauta a possibilidade, expressa no referido Decreto, de que a autoridade competente pode isentar o valor do referido imposto, quando este atingir um valor de até cem dólares norte-americanos, conforme destaque atribuído anteriormente. Tal discricionariedade não fere nenhuma exigência legal, sendo admitida no caso concreto, nos termos especificados legalmente. Como bem destaca Bemvindo (2023, p. 61), “o entendimento é que, é possível dispor sobre isenção de até cem dólares, ou seja, a portaria pode tratar de isenção abaixo desse patamar, até por questão de interpretação gramatical e lógica”.

Ademais, como também ratifica nossa referência, o caráter de extrafiscalidade, presente no referido imposto, garante tal discricionariedade, por parte da autoridade administrativa, em questões que orbitem no interior do caso em tela (Bemvindo, 2023). Nesse sentido, a sentença exarada pela magistrada acolheu parcialmente o pedido formulado na Inicial, pois apresentou a seguinte ressalva:

[...] importações futuras não merecem ser acolhida se o pedido de isenção for com base no DL 1.084/80 buscando a isenção de U\$ 100,00 (cem dólares). Como já reprisado anteriormente, a magistrada entende que a isenção para remessa de valores pode ser de até 100 dólares e não necessariamente 100 dólares, e que atualmente a isenção apenas ocorre para importação abaixo de U\$ 50,00 (Bemvindo, 2023, p. 62).

Nos termos descritos acima, a decisão limita que as futuras importações, pautadas nas isenções fundamentadas no âmbito do Decreto em tela, sejam acolhidas apenas caso se enquadrem na perspectiva discutida acima. Ou seja, no olhar da referida decisão, os valores da remessa precisam estar situados em até 100 (cem dólares) e não necessariamente em seu valor exato.

Dando prosseguimento as discussões, passa-se a analisar o caso envolvendo a empresa Shein. Ele tramitou na 10ª Vara Cível Federal de São Paulo, por meio de um Mandado de Segurança. A parte autora impetrou Mandado de Segurança com vista a garantir, em caráter liminar, a suspensão da cobrança de Imposto sobre as Impostações e demais taxas pecuniárias, presentes no desembaraço aduaneiro da mercadoria envolvida (Bemvindo, 2023). No julgamento, a magistrada afastou o desembaraço aduaneiro porque

o § 2º do art. 7º da Lei 12.016/2019 – lei que disciplina o Mandado de Segurança – veda a entrega de mercadorias, advindas do exterior, em caráter emergencial.

Nesse esteio, a decisão levou em consideração que relativo à isenção fiscal:

[...] a partir da leitura do inciso II do artigo 2º do Decreto-lei n.º 1.804/80, verifica-se que o legislador optou por conceder uma isenção fiscal relativa ao imposto de importação sobre bens destinados a pessoas físicas, cuja remessa seja de até US\$ 100,00 (cem dólares americanos) ou o equivalente em outra moeda, mas por sua vez, o Ministério da Fazenda, ao regulamentar o Decreto-lei n.º 1.804/80, editou a Portaria MF n.º 156, de 24 de junho de 1999, que dispõe em seu artigo 2º, § 2º que “os bens que integrem remessa postal internacional no valor de até US\$ 50,00 [...] serão desembaraçados com isenção do Imposto de Importação, desde que o remetente e o destinatário sejam pessoas físicas” (Bemvindo, 2023, p. 63).

Apesar das assinalações feitas por Bemvindo (2023), na citação acima, a autora relata que os autos do processo não apresentaram prova documental do valor das mercadorias importadas. Também não apresentaram a comprovação de que a transação comercial estava se dando entre pessoas físicas, conforme destaque normativo expresso anteriormente. Esse fato só foi compreendido tacitamente pela magistrada por meio da leitura da exordial.

Uma análise do acórdão transcrito abaixo, fruto da decisão em tela, pode fazer com o leitor compreenda em maior riqueza de detalhes os subsídios utilizados na decisão em comento. Nele, é possível perceber que:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA POSTAL INTERNACIONAL. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O REMETENTE É PESSOA FÍSICA E DO VALOR DO PRODUTO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PREVALÊNCIA DO VALOR ARBITRADO PELA AUTORIDADE ALFANDEGÁRIA. 1. Rejeitada a alegação de ilegitimidade passiva da ECT, por se tratar de causa relativa à tributação em remessa postal internacional, regida pelo Decreto n.º 1.789/96. 2. O mandado de segurança objetiva a liberação de bem, recebido via postal, sem o recolhimento de qualquer tributo. 3. **A Portaria MF n.º 156/99, no artigo 1.º, § 2.º, determina a isenção do imposto de importação sobre os bens de remessa postal internacional, no valor de até U\$ 50,00 (cinquenta dólares) desde que o remetente e o destinatário sejam pessoas físicas.** 4. Não há prova pré-constituída de que o remetente é pessoa física. Nem sobre o valor do produto. 5. A Receita Federal, por ocasião da fiscalização aduaneira, reavaliou os bens para U\$ 250,00 (duzentos e cinquenta dólares). 6. No caso concreto, sem a prova das alegações da impetrante, pelo princípio da legalidade, há de prevalecer a valoração determinada pela autoridade alfandegária. 7. Matéria preliminar rejeitada. Apelação e remessa oficial providas. (TRF3 - Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 338155 XXXX-56.2011.4.03.6100, DESEMBARGADOR FEDERAL FÁBIO PRIETO, SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/06/2017) (Brasil, 2023, s. p., grifo meu).

Frente ao exposto, conforme destaque salientado por nós, o fundamento jurídico da decisão orbita na seara de que a Portaria nº 156/199 estabelece que a isenção do Imposto sobre Importação é para remessa de compras internacionais de até US\$ 50,00 (cinquenta dólares). Desse modo, diante de tantos entendimentos diversificados coube ao STJ tentar pacificar as discrepâncias nas decisões que envolviam a isenção do Imposto sobre Importação para a compra de mercadorias advindas do exterior e de pequeno valor comercial.

Nesse sentido, a Egrégia Corte pacificou a questão estabelecendo o teto de US\$ 100,00 (cem dólares) para as importações de pequeno valor e, conseqüentemente, sua isenção no que tange ao imposto devido. Ademais, como também ressalta Bemvindo

(2023), pode a autoridade alfandegária estabelecer valores menores para tal isenção, nos termos do que estabelece a supracitada Portaria. Assim, a pacificação da questão reside no que estabelece:

De acordo com o entendimento jurisprudencial da Corte Superior, a isenção ser fixada em bens avaliados em até US\$ 50,00 (cinquenta dólares) é válida. Além disso, é válido destacar que, para o Governo Federal, **a isenção prevista na Portaria nº 156/99 somente é válida se essa importação não caracterizar fins comerciais**, ou seja, mesmo que a transação ocorra entre pessoas físicas, se for operação comercial, o remetente é tido como pessoa jurídica e afasta-se a isenção aplicada aos cinquenta dólares (Bemvindo, 2023, p. 65, grifo meu).

Enfim, frente ao exposto, é importante estabelecermos uma síntese do que fora discutido nas linhas anteriores. Pelo entendimento da Corte Superior, fica entendido que o limite de isenção do Imposto sobre Importações é da ordem de US\$ 100,00 (cem dólares), nos termos do que recomenda o referido Decreto. No entanto, há a possibilidade de isenção do referido imposto pela autoridade alfandegária caso o valor da remessa seja de até US\$ 50,00 dólares, desde que não seja caracterizada como fins comerciais.

Com isso, passa-se a discutir as considerações do presente estudo, por meio das reflexões trazidas até então. Passemos a elas na seção seguinte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa das considerações, o presente artigo tinha como intuito analisar como a jurisprudência brasileira tem ponderado o Instituto da Extrafiscalidade no *E-Commerce*, presente no Imposto sobre Importações. Mais detidamente, como as decisões proferidas, em torno dos casos da *Shopee*, *Ali Express* e *Shein*, foram analisadas e pacificadas no âmbito do STJ. Para atingir tal intencionalidade, foi oportuna a construção de um itinerário, consolidada por meio de uma pesquisa bibliográfica, do tipo estudo teórico, a qual elegeu referenciais específicos por meio de critérios discricionários.

O referencial teórico adotado levou em consideração os regramentos legais acerca do Imposto de Importações e seus elementos característicos, com vistas a apresentar os entendimentos doutrinários atinentes. Dentre a doutrina presente nas discussões trazidas, houve um privilégio das obras de Alexandre (2023, 2020, 2016) e de Minardi (2021a, 2021b), levando-se em consideração a relevância que cada doutrinador tem nacional e regionalmente, no âmbito da Bahia.

Ademais, tais discussões foram complementadas pelo instituto jurídico da extrafiscalidade do Imposto sobre as Importações. Isso para reforçar seu aspecto não arrecadatário, ou seja, valorizando-se mais a forma como o poder estatal regula as ações de mercado, estimulando ou desestimulando o consumo de determinados produtos estrangeiros. Assim, foi admitido como contexto de estudo o comércio eletrônico, especificamente no que tange às decisões proferidas em torno dos casos da *Shopee*, *Ali Express* e *Shein*, considerando a importância de cada uma das empresas com o comércio de importação, no âmbito do Brasil.

Por meio das decisões preferidas e da pacificação estabelecida pelo STJ, é possível compreender que a sociedade brasileira, que já paga muitos impostos, teve uma

resposta plausível à celeuma estabelecida. Como são vigentes duas normas legais – a saber: o Decreto e Portaria – ficou estabelecido que o teto para a isenção do Imposto sobre Importações é da ordem de uma compra de até US\$ 100,00 (cem dólares), em consonância com o Decreto. Mas pode a autoridade alfandegária, analisando o caso concreto, estabelecer valor de isenção menor, da ordem de US\$ 50,00 (cinquenta dólares), caso a operação seja realizada entre duas pessoas físicas e não se estabeleça com caráter comercial, nos termos especificados na referida Portaria.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 17. ed. Rev., Atual. e Ampl. Salvador: Juspodivm, 2023.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário: esquematizado**. 10. ed. Rev., Atual. e Ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

ALVES, Alex Andrade. **A Aposentadoria de Professores (as) da Educação Básica no Regime Geral da Previdência Social (RGPS): manutenção do caráter especial?** 2022. 52f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Graduação. Faculdade UNIME de Ciências Jurídicas, Lauro de Freitas, 2022.

BASTOS, Maria Clotilde Pires; FERREIRA, Daniela Vitor. **Metodologia Científica**. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S. A., 2016.

BARBOSA, Jonei Cerqueira. Abordagens teóricas e metodológicas na Educação Matemática: aproximações e distanciamentos. In: OLIVEIRA, Andréia Maria Pereira de; ORTIGÃO, Maria Isabel Ramalho. (Org.). **Abordagens Teóricas e Metodológicas nas Pesquisas em Educação Matemática**. Brasília: Sociedade Brasileira de Educação Matemática, 2018. p. 17 – 57.

BEMVINDO, Jemima Feitosa. **Extrafiscalidade do Imposto sobre a Importação no E-Commerce**. 2023. 88f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 37/1966**, de 18 de novembro de 1966. Dispõe sobre o Imposto de Importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, [1966]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-37-18-novembro-1966-375637-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2024.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (4. Região) TRF-4 - Remessa Necessária Cível: 50389231220204047000**, Relator: Adriane BATTISTI. Rio Grande do Sul, 15/07/2022, segunda turma. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/1729572402/inteiro-teor-1729572403>. Acesso em 02 de mar. de 2024.

CAPARROZ, Roberto. **Direito Tributário Esquematizado**. 4.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Coleção Esquematizado, Coordenação Pedro Lenza).

MINARDI, Josiani. **Manual de Direito Tributário**. 7. ed. Rev., Atual. e Ampl. Salvador: Juspodivm, 2021a.

MINARDI, Josiani. **Tributário: teoria e prática**. 13. ed. Rev., Atual. e Ampl. Salvador: Juspodivm, 2021b.

RAMADAS, João Olivier da Costa. **A Tributação da Economia Digital: o IVA no e-commerce**. 2019. 61f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) – Mestrado. Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/handle/10400.14/30389>. Acessado em: 29 fev. 2024.

ROCHA, Roberval. **Código Tributário Nacional para Concursos**. 5. ed. Rev., Atual. e Ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

Direito de retirada do sócio da sociedade limitada e a tutela cautelar

Right of withdrawal of the partner from the limited liability company and previous protection

Stella Reis Schneider

*Mestranda em Direito Processual pela UFES. Pós-graduada *latu sensu* – Especialista em Direito Empresarial pela FGV, Pós-graduada *latu sensu* – Especialista em Direito Societário pela FGV, Pós-graduada *latu sensu* – Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva/ANAMAGES, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sete Lagoas (2004). Assessora de juiz no TJES. Advogada e Consultora Jurídica (2005, licenciada em 2023). Procuradora do Município de Sete Lagoas/MG de 2005 a 2008, Diretora do Departamento de Redação e Legislação, Diretora do Departamento de Execuções Fiscais e Corregedora Geral do Município no biênio 2007/2008. <https://lattes.cnpq.br/9619675399805601>*

RESUMO

Este estudo explora, em linhas gerais, o direito de retirada do sócio da sociedade limitada, distinguindo-o de outras formas de saída, apontando a norma autorizativa de direito material e o uso do direito processual – especificamente a tutela de urgência – como instrumento assecuratório do sócio retirante, assim como a posição Superior Tribunal de Justiça a seu respeito.

Palavras-chave: sociedade limitada; sócio; dissolução parcial; direito de retirada.

ABSTRACT

This study explores, in general terms, the partner's right to withdraw from a limited liability company, distinguishing it from other forms of exit, pointing to the authorizing norm of substantive law and the use of procedural law - specifically the guardianship of urgency - as a guarantee instrument of the withdrawing partner, as well as the position of Superior Justice Court in this regard.

Keywords: limited society; partner; partial dissolution; right of withdrawal.



INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico pátrio concebe diversas formas de sociedade, diversas formas de ingresso e diversas formas de dissolução parcial.

Uma das formas de dissolução parcial é o exercício do direito de retirada, que apresenta requisitos e formas distintas para ser operacionalizado, conforme os aspectos constitutivos da sociedade.

No presente ensaio, faremos um recorte a respeito do direito de retirada do sócio da sociedade limitada, buscando identificar muito especialmente i) a previsão legal; ii) distinções entre as formas de retirada do sócio da sociedade limitada; iii) a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça ao art. 1.029 do Código Civil Brasileiro; e, iv) a tutela cautelar como medida assecuratória do sócio retirante.

NOTAS PROPEDÊUTICAS

Reconhece-se a necessidade de criar uma pessoa jurídica para se estabelecer uma empresa; esse feito exige um processo de constituição. Adicionalmente, reconhece-se também que, em certos casos, a presença de sócios é imperativa.

Empresa denota uma atividade econômica que se desenvolve de forma organizada e profissional, contemplando a gestão de capital, força de trabalho, insumos e tecnologia. A finalidade subjacente a essa atividade é a produção ou circulação de bens e serviços, visando à obtenção de lucro.

A empresa é titularizada pelo empresário definido pelo art. 966 do Código Civil Brasileiro como sendo “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.”, excetuados aqueles que exercem “profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”¹

Os termos “empresário” ou “empresária” designam o sujeito investido de direitos e obrigações, podendo assumir a forma de pessoa física ou pessoa jurídica. Essa é uma perspectiva de Fábio Ulhoa Coelho², que ressalta ser impreciso identificar o sócio e o “empresário” envolvido na atividade empresarial como sinônimos, uma vez que essa designação condiz com a pessoa que conduz a atividade.

Nem todo sócio é automaticamente considerado um empresário, pois nem todo sócio participa da condução da atividade, a exemplo do sócio meramente investidor (ou de capital). Outra compreensão fundamental é a de que nem toda sociedade é empresária, como é o caso das sociedades simples, categoria da qual pertencem, por exemplo, os escritórios de advocacia.

Vale dizer, sociedade já foi conceito exclusivo da coalizão de duas ou mais pessoas

¹ NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*, 13ª ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, 2784 p., pp. 1401-ss.

² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: v. 1: direito de empresa*, 16 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012 p. 127.

compartilhando interesses mútuos na condução de uma atividade organizada com o propósito de auferir lucro. Essa condição foi modificada pela Medida Provisória da liberdade econômica, convertida na Lei Federal 13.874/2019, que autoriza também a criação de sociedades unipessoais, fazendo com que a ideia central de sociedade, enquanto união de duas ou mais pessoas, fosse mitigada na acepção empresarial.

Essa noção pavimenta o caminho para uma breve apresentação da diversidade de formas de sociedades, dentre as quais destacamos as mais comuns presentes no cotidiano: (i) sociedade simples; (ii) sociedade anônima; (iii) sociedade em conta de participação; (iv) sociedade limitada unipessoal; e, (v) sociedade limitada.

Falando em sociedade simples, sob o risco de incorrer em intolerável redundância, impõe-se destacar que não assume a qualidade de empresária. Seu registro é realizado em órgão específico ligado à sua área de atividade, geralmente um conselho de classe ao qual os profissionais que a integram estão vinculados. É importante salientar que não há distinção entre os bens sociais e bens dos sócios, o que implica que estes últimos respondem com seus bens particulares em caso de responsabilidades.

No que tange à sociedade anônima, cabe dizer que essa tem seu capital dividido em ações e a responsabilidade é definida pelo preço de emissão desses papéis que, quando puderem ser negociados em bolsa, estar-se-á diante em uma sociedade de capital aberto; caso contrário, será de capital fechado.

Tal qual a sociedade simples, da sociedade em conta de participação não é exigido registro em junta comercial. Tipicamente, essa sociedade é dissolvida quando o objetivo para o qual foi constituída é alcançado. Seus sócios podem ser classificados como participativos (empresário, aquele que efetivamente administra, trabalha o negócio) e ostensivos (sem responsabilidade direta, geralmente é um investidor).

A sociedade limitada unipessoal, instituída com o advento da chamada MP da Liberdade Econômica convertida na Lei nº 13.874/19³ e por intermédio de seu artigo 7º, incluiu o §1º no artigo 1.052 do Código Civil Brasileiro⁴.

Pelo menos até o advento da MP da Liberdade Econômica, havia no ordenamento a figura da EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, mais tarde extinta por determinação da Lei 14.195/21⁵: aqueles que antes empreendiam sob essa figura se tornaram automaticamente SLU (sigla de sociedade limitada unipessoal), regidas pela referida lei e pela regência legal das sociedades limitadas sobre as quais falamos a seguir.

AS SOCIEDADES LIMITADAS E A DISSOLUÇÃO PARCIAL

A regência das sociedades limitadas se dá pelo Código Civil Brasileiro entre o artigo 1.052 ao artigo 1.087, no capítulo denominado “Da Sociedade Limitada”, subsidiariamente

3 BRASIL. [Lei 13874/2019]. *Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica [...] [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 09.jun.2023.*

4 NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado, 13ª ed., rev., atual. e ampl.* - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, 2784 p., pp. 1460-1462.

5 BRASIL. [Lei 14195/2021]. *Dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários [...]; e dá outras providências., Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14195.htm. Acesso em: 09.jun.2023.*

por outros artigos esparsos no *Codex* nas hipóteses de omissão, por seu contrato social (alteração contratual quando houver) e de forma supletiva pela Lei das Sociedades por ações nº Lei 6.404/76⁶ (ou lei das S/As).

Inaugurando o capítulo, o art. 1.052 traz a definição de como se estabelece a responsabilidade dos sócios em uma sociedade limitada, evidenciando que está restrita ao capital social que estiver inteiramente integralizado, ao dizer que “a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas cotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social”.

Assim, constata-se que a sociedade limitada é a reunião⁷, o agrupamento, a congregação de indivíduos que compartilham objetivos comuns, cuja quantidade de participação de cada um é representada pela quantidade de quotas de capital que titularizar, sendo que a limitação das responsabilidades individuais está condicionada à efetiva integralização do capital por cada um dos sócios conforme subscreveram. Os sócios podem assumir a forma de pessoas físicas ou jurídicas. Dito de outro modo, não haverá sociedade limitada sem que seja integrada por, pelo menos, um sócio.

Somado à limitação da responsabilidade de seus sócios, mencionado tipo societário tem ainda como características: (i) capital social dividido em quotas; (ii) obrigatoriedade do uso da sigla LTDA em sua razão social; e (iii) não obrigatoriedade de um conselho fiscal.

Do mesmo modo que a sociedade limitada tem a ocasião de seu nascimento, de constituição, ela também pode ser dissolvida⁸ integral ou parcialmente das seguintes formas: (i) consensual, mediante alteração do contrato social; (ii) denúncia unilateral por sócio – artigo 1.029 Código Civil; (iii) recesso de sócio – artigo 1.077 Código Civil; (iv) exclusão de sócio – artigo 1.085 e 1.030, ambos Código Civil; (v) morte de sócio – artigo 1.028 Código Civil; (vi) liquidação de quota – artigo 1.026 e artigo 1.020 Código Civil; e, (vii) falência ou insolvência de sócio – artigo 1.030 parágrafo único Código Civil.

Algumas dessas formas de dissolução, especificamente a dissolução parcial, pode ser realizada com ou sem redução de capital: dentre elas, apenas a retirada constitui uma prerrogativa, ou direito de exercê-la, por parte de um sócio. A ocorrência do óbito de um sócio, por sua vez, implica automaticamente em uma dissolução parcial de caráter incontestável, e as demais formas de saída, à exceção da consensual – configuram mecanismos de exclusão do sócio.

Em todos os casos, recomenda-se a apuração de haveres que poderá ser extrajudicial – devendo o balanço ser entregue na Secretaria da Fazenda do estado em que a sociedade está registrada – ou judicial, conforme preconizado no artigo 1.031 do Código Civil, com ressalva de que se a apuração estiver relacionada ao sócio falecido, tramitará perante o juízo do inventário conforme o art. 620, §1º do CPC, conforme for o caso concreto, nos moldes do inciso II se for sociedade que não anônima.

6 BRASIL. [Lei 6404/1976]. *Dispõe sobre as Sociedades por Ações, Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 09.jun.2023.*

7 Após a criação das sociedades limitadas unipessoais, parece que se tornou inapropriado conceituar a sociedade empresarial como sendo uma associação ou agrupamento de pessoas, já que a sociedade pode ser constituída por uma única pessoa física ou uma única pessoa jurídica.

8 Com o presente estudo tem objeto específico o direito de retirada do sócio, os itens “a”, “d”, “e”, “f” e “g” não serão tratados, por ora.

Dissolução parcial por denúncia unilateral do sócio

A dissolução parcial da sociedade por denúncia unilateral e voluntária do sócio que, neste contexto, se resume à expressão clara de sua decisão de não integrar mais a sociedade, constitui genuíno direito de retirada, de natureza potestativa, vale dizer, único que pode ser feito espontaneamente, baseado exclusivamente na manifestação da vontade.

Como consequências imediatas do exercício desse direito, emerge a viabilidade de o sócio que está se retirando levar consigo a parcela do patrimônio da sociedade que equivale à sua participação no capital social, desde que haja recursos financeiros disponíveis para tal fim. Além disso, não se pode subestimar o ponto enfatizado no título desta seção, visto que o ato de retirada ocasiona a dissolução parcial da própria sociedade.

No entanto, o aspecto central deste tópico, que constitui requisito essencial da retirada, é o prazo de existência da sociedade, um elemento obrigatório dos autos constitutivos e que condiciona a forma de exercício desse direito. O prazo deve ser expressamente estipulado no contrato de constituição ou alterações contratuais da sociedade limitada, podendo ser estabelecido como certo ou indeterminado⁹; é essa previsão que definirá o modo de retirada, impondo uma ou outra postura do sócio retirante conforme o que estiver previsto.

O ponto também levanta uma questão que requer atenção: embora o sócio possua o direito de se retirar da sociedade, os outros sócios que remanescerão não desejam (ao menos em tese) a dissolução parcial, criando-se um cenário em que a dissolução, talvez, não ocorra de modo consensual. A solução dessa problemática exige a análise de três correntes interpretativas que tratam do direito de retirada.

A primeira corrente, à qual se filia Fabio Ulhoa Coelho¹⁰, está escorada no artigo 5º inciso XX da Constituição da República¹¹ que assegura o direito fundamental de que nenhum indivíduo será obrigado a associar-se ou a permanecer associado. Quando se pronunciou a respeito e filiando-se a essa corrente, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que “o termo ‘associar-se’ foi utilizado na redação da norma com intuito de referir-se a qualquer tipo de agrupamento, incluindo-se aí a composição das pessoas jurídicas empresárias”¹².

O autor evolui nessa linha de ideias e entende que existe a classificação das sociedades limitadas em subtipos, “Um, o das sociedades limitadas sujeitas ao regime de regência supletiva das sociedades simples (subtipo I); outro, o das sujeitas ao regime de regência supletiva das sociedades anônimas (subtipo II)” e que, seria o subtipo o que definiria qual o fundamento da retirada do sócio.

9 O Código Civil Brasileiro assinala a necessidade de previsão do prazo no contrato social, no artigo 1.029 ao prever que “além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa.”

10 COELHO, Fabio Ulhoa. Os sócios na sociedade limitada. In: (Org.). Tratado de direito comercial, volume 2: tipos societários, sociedade limitada e sociedade anônima. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194.

11 NERY JR., Nelson. Constituição comentada e legislação constitucional. 6ª ed. ampli e atual até a EC 95/2016 e Lei de Mandado de Injunção – Lei 13.300/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 1385 p.

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1602240/MG, Recorrentes. Carla Magalhães Pinto Andrade / Reauto Representações de Automóveis LTDA, Recorridos. Os mesmos, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 15/12/2016.

Já a segunda corrente, conforme ensinamentos de Tavares Borba¹³, tem como premissa a regência supletiva das sociedades limitadas pelas regras da Lei das Sociedades Anônimas nº 6.404/76 que admitem a retirada unilateral quando houver alteração contratual, incorporação, cisão, fusão ou transformação, de acordo com o que preveem os artigos 136, 136-A e 137. É que, ainda quando houver a previsão da regência supletiva, o direito da retirada pode ser exercido nas sociedades limitadas de tempo indeterminado, circunstância que é justificada pelo entendimento de que tais situações se tratam de hipóteses que o sócio dissidente poderia sofrer prejuízos caso permanecesse na sociedade.

Essa corrente também leva em conta a regência subsidiária da sociedade limitada, pelas regras das sociedades simples, quando as próprias forem omissas, segundo prevê o artigo 1.053 do Código Civil. Nesse caso, a retirada do sócio acontecerá conforme a disposição do artigo 1.029 ou nos casos previstos no artigo 1.077 e artigo 1.114, que tratam de hipóteses semelhantes às estabelecidas na Lei 6.404/76. É importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu um precedente em conformidade com essa corrente, ao julgar o Recurso Especial 1.839.078/SP¹⁴.

Esse entendimento é compartilhado por Rodrigo Reis Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves¹⁵.

Por fim, a terceira corrente, da qual se afiliam Gustavo Tepedino, Heloisa H. Barboza e Maria Celina B. de Moraes¹⁶, entende que o direito de retirada não comporta a regência subsidiária pelo art. 1.029.

De acordo com essa interpretação, a retirada do sócio não seria adequada a todas as situações, uma vez que a natureza do direito de retirada pressupõe a vontade individual irrestrita, o que é uma contraposição já que o direito se caracterizaria pela “relativa liberdade no que tange à cessão de quota (v. comentários ao art. 1.057) e pela responsabilidade dos sócios limitada a, no máximo, o valor do capital social não integralizado (v. comentários ao art. 1.052)”. A corrente propõe que “o direito de retirada não se afigura amplo, como nas sociedades simples, ou restrito a determinadas hipóteses, como nas sociedades por ações”.

É esse dissenso doutrinário que torna recomendável que o contrato social contenha a expressa previsão de que o sócio que não desejar permanecer na sociedade, possa dela se retirar mediante simples exercício da autonomia de sua vontade.

Apesar desse dissenso a respeito da possibilidade da denúncia unilateral e voluntária por parte do sócio da sociedade limitada, fato é que o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo dos dois julgados citados neste estudo, consolidou o entendimento a respeito da aplicabilidade do artigo 1.029 do Código Civil, escorado no artigo 5º inciso XX da Constituição da República. Trata-se de posicionamento que demonstra a adesão do Tribunal à primeira corrente exposta e, é com base nessa orientação, que este estudo prossegue.

13 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. p. 149

14 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1839078/SP, Recorrente. Alexandre Safatle Rezek, Recorrida. Premier Educacional LTDA, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 23/03/2021.

15 MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. *A dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015: pretensões veiculáveis, sociedades alcançadas e legitimidade*. Revista de Processo, São Paulo: Thomson Reuters, vol. 282/2018, p. 383-407, ago./2018

16 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. III. 2ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 122 e 240.

Sociedades por tempo indeterminado

As sociedades de prazo indeterminado podem ser estabelecidas de duas maneiras: **a)** mediante a estipulação de uma condição resolutiva para seu término, sendo essa condição a previsão de um evento futuro e incerto de ocorrer ou não ocorrer; ou **b)** mediante termo final incerto, que se refere a evento futuro incerto, perdurando a continuidade da sociedade até que o evento ocorra, indiferente de quando seja.

A primeira parte do artigo 1.029 do Código Civil foi concebida a partir da garantia constitucional de que ninguém pode ser obrigado a se associar ou a permanecer associado contra sua própria vontade.

Esse entendimento adere ao posicionamento que é sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça, que interpretou no sentido de que “o direito de retirada imotivada de sócio de sociedade limitada por tempo indeterminado constitui direito potestativo à luz dos princípios da autonomia da vontade e da liberdade de associação”¹⁷.

O exercício da retirada imotivada se dá mediante simples notificação¹⁸ extrajudicial¹⁹ aos demais sócios e da própria sociedade com a confirmação de ciência²⁰ por parte de todos²¹.

A retirada unilateral traz consigo outra implicação que afeta sócios remanescentes: o parágrafo único do artigo 1.029 do Código Civil contempla o direito de recesso dos demais sócios decidirem dissolver integralmente a sociedade, o que deve ser iniciado no prazo decadencial de trinta dias subsequentes à notificação efetuada pelo sócio que está se retirando.

Todavia, o STJ se posicionou no sentido de que o prazo mínimo deva ser de sessenta dias.²²

Sociedades por tempo determinado

No que diz respeito à sociedade por tempo determinado, a simples notificação dos demais sócios não é suficiente para que a retirada seja perfectibilizada extrajudicialmente.

Como há ali um propósito específico com prazo declarado para a sua consecução, a retirada, nesse contexto, pode não ser interesse da sociedade e tampouco da atividade em si, que foi planejada e projetada contando com o formato que foi constituída. Daí a

17 STJ - REsp: 1403947 MG 2013/0309555-2, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 24/04/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/04/2018

18 STJ - REsp: 1403947 MG 2013/0309555-2, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 24/04/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/04/2018

19 MAZZEI, Rodrigo Reis; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. A dissolução parcial de sociedade no Código de Processo Civil de 2015: pretensões veiculáveis, sociedades alcançadas e legitimidade. Revista de Processo, São Paulo: Thomson Reuters, vol. 282/2018, p. 383-407, ago./2018

20 Quando não for possível encontrar algum dos sócios que remanescerão, a notificação deve ser feita por edital publicado três vezes, em datas distintas, com tempo razoável entre uma publicação e outra, em Diário Oficial ou jornal de grande circulação no local em que a sociedade está estabelecida. O prazo de sessenta dias somente se inicia após a publicação do último edital, devendo as publicações serem arquivadas junto aos atos sociais na Junta Comercial à qual competir.

21 A notificação extrajudicial dos demais sócios será arquivada na Junta Comercial, no dossiê dos documentos e atos sociais da sociedade; a notificação deve ser feita com antecedência mínima de sessenta dias em relação à data em que pretende ter o seu desligamento definitivo; trata-se de uma providência que independe da vontade dos sócios remanescentes ou da sociedade como um todo, evidenciando o exercício extrajudicial do direito.

22 STJ - REsp: 1403947 MG 2013/0309555-2, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 24/04/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/04/2018

exigência de que o exercício do direito de retirada da sociedade de prazo determinado seja justificado.

Nessa hipótese, é imperativo que o sócio retirante ajuíze uma ação e nela demonstre a justa causa para a sua pretensão, conforme estabelece a parte final do artigo 1.029 do Código Civil. Trata-se de requisito sine qua non para que a retirada seja efetivada, já que o artigo prevê expressamente que o ato depende da tutela judicial.

Observe-se que a ação judicial que veicular o pedido de dissolução parcial poderá ter dúplice pretensão, que é a dissolução em si e a apuração de haveres. Admite-se também que os sócios possam estar de acordo com uma ou outra dessas pretensões, o que, por si só, não mitiga a necessidade do procedimento judicializado.

Dissolução parcial por recesso do sócio

Algumas abordagens interpretam o direito de retirada como disposto no art. 1.077 do Código Civil. Registramos que respeitamos essa visão sobre o tema, todavia discordamos: aderimos à doutrina que trata a previsão do art. 1.077 exclusivamente de recesso em que a opção do sócio de deixar a sociedade é condicionada, uma consequência. Na nossa visão, é hipótese distinta do direito de retirada potestativo previsto no art. 1.029.

Essa distinção encontra assento no art. 600, IV do CPC, que revela a existência concomitante de do direito de retirada e do recesso ao dizer que “a ação de dissolução pode ser proposta pelo sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso se não tiver sido providenciada, pelos demais sócios, a alteração contratual consensual formalizando o desligamento, depois de transcorridos 10 (dez) dias do exercício do direito”.

Segundo o artigo 1.077 do Código Civil, as modificações substanciais da sociedade autorizam o dissenso do sócio cabendo-lhe “o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subsequentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.” São os casos de fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra (como previsto no próprio artigo), dentre outros.

Modesto Carvalhosa²³ faz uma observação sobre esse ponto, no sentido de que a modificação deve ser substancial, que “diminuem os direitos patrimoniais ou sociais do sócio retirante, como será, v.g., o aumento ou a diminuição do capital social (arts. 1.081 e ss.).”

Noutras palavras, uma modificação para retificação de simples erro material na redação da alteração contratual não justifica o exercício do recesso.

Renunciabilidade do direito de retirada

Há consenso^{24,25,26} na doutrina de que o direito de retirada se trata de um direito disponível. Dessa forma, pode ser ampliado ou renunciado no próprio contrato social, sendo, contudo, vedado que a renúncia ocorra de forma abstrata e ilimitada.

23 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. V. 13. São Paulo – Saraiva, 2003, p. 245-246.

24 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. V. 13. São Paulo – Saraiva, 2003.

25 LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

26 LOBO, Jorge. *Sociedades Limitadas*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Trata-se de vedação que se justifica pelo fato de o sócio ser elemento que tem obrigações e direitos em relação à sociedade, como, por exemplo, a responsabilidade pelas obrigações sociais ocorridas em até dois anos anteriores da ocasião da retirada quando essa é oficialmente registrada ou, a responsabilidade posterior por dois anos em caso de retirada sem os registros e averbações necessários para tornar o ato concluído, perfeito e oponível a terceiros. Além disso, há também a responsabilidade solidária quanto à integralização total do capital social.

A responsabilidade tributária tem nuances próprias e a matéria é sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça nos enunciados 430 e 435.

A TUTELA DE URGÊNCIA NA DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE LIMITADA

O instituto da tutela de urgência tem capítulo próprio no Código do Processo Civil, localizado no Livro V, Da Tutela Provisória, Título II Da Tutela de Urgência, que é dividido em Capítulos I, II e III²⁷.

De acordo com Marcelo Abelha “o legislador colocou sob o tronco comum da tutela provisória as tutelas de urgência e da evidência. Expressamente disse que: ‘a tutela provisória pode fundamentar-se emergência ou evidência’ O autor ainda explica que “o tronco ontológico único tem a função de evitar que o tempo do processo seja um fator de injustiça na prestação da tutela jurisdicional.”²⁸. Prossegue lecionando que isso seria:

Parafraseando Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2023):

Somente a tutela imediata pode salvaguardar o direito, não se admitindo que o tempo de duração do processo traga danos ao litigante que se socorre no Poder Judiciário. A alternativa é, efetivamente, a tutela de urgência sem ouvir a parte contrária.

E prosseguem²⁹:

Vittorio Denti já deixou claro que a tutela urgente constitui um atributo fundamental da função jurisdicional, sendo que a Corte Constitucional italiana já afirmou que a tutela de urgência representa um componente essencial e ineliminável da tutela jurisdicional, nos limites em que é necessária para neutralizar um perigo na demora.

Segundo Fredie Didier Jr., a tutela de urgência pode ser conceituada como “a que não visa a satisfação de um direito (ressalvada, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o.”³⁰

Trata-se de técnica processual que, de acordo com Cassio Scarpinella, a “concessão pressupõe: (a) probabilidade do direito e (b) perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, *caput*).”³¹

A probabilidade do direito mencionado pelo autor não apenas está ligada à existência

27 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, 1252 p., pp. 398-ss.

28 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. [livro eletrônico] – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 400

29 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel., *Curso de processo civil : teoria do processo civil, volume 1 [livro eletrônico]* - 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020. pp 483/444

30 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v.2.

31 BUENO, Cássio Scarpinella, *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270.

do direito material em si e à sua aplicação em favor da parte requerente, mas também está associada às suas perspectivas de sucesso na obtenção desse direito e na capacidade de comprovação das alegações apresentadas. Scarpinella (2016, p. 270) ainda explica que:

(...) independentemente da natureza da tutela provisória, se cautelar ou antecipada (art. 294, caput), o magistrado deverá se convencer da probabilidade do direito do requerente da medida e, porque se trata de medida de urgência, do perigo do dano ou risco ao resultado útil do processo.

Na visão do autor, os requisitos cognitivos que definem a aparência do direito, predominantes no Código de Processo Civil de 1973, foram definitivamente descartados pelo Código vigente que prestigia, mais abrangentemente, as cautelares em geral.

Há consenso na doutrina a respeito da técnica antecipatória, sendo relevante mencionar os Professores Nelson Nery Jr. e Maria Rosa de Andrade Nery³².

Concluindo em concisas linhas, a tutela de urgência pode ser definida como técnica processual que tem por objetivo garantir a proteção de um direito ameaçado pelo decurso do tempo. Ao constatar-se a probabilidade do direito requerido e o risco de que ele venha a ser prejudicado pela demora, a tutela de urgência busca conceder medidas assecuratórias que tenham aptidão de garantir o resultado útil do processo, o que também evita que esse se transforme em um instrumento com finalidade em si próprio ou que seja constituído título ou obrigação inviável de ser cumprido.

A sintética exposição sobre a tutela de urgência, permite observar que quando se fala de exercício de um direito, eventualmente pode ser necessário o manejo do instrumento assecuratório que o resguarde em sua total extensão ainda que provisoriamente; sendo o sócio sujeito de direitos e deveres perante uma sociedade, terá o respaldo necessário para circunscreve-los à sua parcela de participação.

Até aqui já se sabe que, por expressa disposição da parte final do artigo 1.029 do Código Civil, o sócio retirante da sociedade limitada com prazo determinado de duração deverá provar judicialmente a justa causa de seu pedido e o caráter dúplice dessa ação poderá veicular também a apuração de haveres.

Entretanto, na previsão do recesso pelo artigo 1.077 inexistem quaisquer sinalizações de que a questão possa – no sentido de eventualidade, se *se fizer* necessário – ou deva ser judicializada. A questão se torna ainda mais problemática quando se está diante da hipótese do exercício do direito de retirada imotivado, quando a sociedade houver sido constituída por prazo indeterminado.

Isso ocorre porque, com a retirada da sociedade – independentemente se ela é de duração determinada ou indeterminada, o sócio retirante estará alijado da atividade, dos produtos que ela gerou até então, das atividades que ela realizará e dos atos que praticará dali em diante, sendo que o futuro de seu patrimônio se torna uma incerteza e uma preocupação.

Ao reconhecer que a tutela de urgência é uma técnica que não se vincula a um direito material específico e sim à ameaça que recai sobre algum direito que possa ser exposto pelo fator decurso de tempo, a pergunta que se faz é se seria possível o seu uso

³² NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado, 18ª ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 846/848

nos procedimentos relacionados ao direito de retirada do sócio da sociedade limitada.

A resposta a esse questionamento parece ser positiva: quando falamos da sociedade de prazo determinado, a judicialização é prevista na parte final do art. 1.029; é quase uma decorrência lógica ser antecedida ou concomitante com tutelas de urgência.

O ponto toma outros contornos quando falamos da sociedade de prazo indeterminado: a prudência e a casuística podem recomendar a adoção de medida cautelar para salvaguarda dos interesses da sociedade e do próprio sócio retirante. Esse posicionamento aparece nas lições de Tavares Borba que, filiando-se à segunda corrente, menciona que a “permanência na sociedade pode gerar prejuízos ao sócio retirante”.³³

Os prejuízos são quase sempre patrimoniais e pensamos que esse seja a questão mais tormentosa no contexto da dissolução parcial, tornando necessária a apuração de haveres e a avaliação (*valluation*) da empresa enquanto atividade, que pode se desenrolar de duas formas distintas, sendo uma ou outra aplicável conforme for o desfecho da manifestação da vontade do sócio em processo de retirada. Essa providência pode ser objeto de tutela cautelar.

Consideremos que os sócios remanescentes decidam prosseguir com a atividade e a sociedade: ela será dissolvida parcialmente com a redução ou não do capital social que pertenceu ao sócio retirante. Todavia, sua participação deverá ser restituída a ele corrigido, sendo recomendada a realização da apuração de haveres para que, verificado lucro e capacidade gerar fluxo de caixa e de expandir-se, a ele seja paga parcela em dinheiro correspondente à participação societária que está abdicando.

Trata-se de uma projeção vantajosa para o sócio retirante, caso a atividade seja saudável e se encontre em franco crescimento, porque na atribuição do valor econômico (*valluation*) à empresa enquanto negócio, lança-se mão de diversas técnicas ou métodos, tais como o NPV (*Net Present Value*, ou VPL – Valor Presente Líquido) que informa a riqueza, o IRR/MIRR (*Modified Internal Rate of Return e Internal Rate of Return*, ou Taxa Interna de Retorno Modificada e Taxa Interna de Retorno) que informam a rentabilidade, o ILL (Índice de Lucratividade Líquida) que informa a eficiência, e o PDB/PBS (*Payback Descontado e Payback Simples*) que informam o tempo de recuperação do investimento, calculado a partir do fluxo de caixa futuro projetado. Trata-se de avaliação que avança além do valor meramente patrimonial ou numérico subscrito e integralizado pelos sócios, e que pode ser adotada em quaisquer ocasiões de dissolução parcial.

Dito de outro modo, o sócio retirante nessa hipótese poderá ser restituído de sua participação societária conforme a riqueza, a rentabilidade, eficiência e recuperação de investimentos feitos projetada para o futuro.

Lado outro, se no decurso do prazo da notificação de retirada os demais sócios deliberarem pela dissolução integral da sociedade, efetuando a contranotificação com essa finalidade, a apuração de haveres recairá sobre o ativo e passivo, ou seja, somente sobre o resultado patrimonial, o que pode não ser economicamente interessante para nenhum dos envolvidos.

Num ou noutro caso, claro que é possível que o sócio retirante sofra prejuízos,

³³ BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. p. 149

inclusive durante o curso do processo judicial em que precisará provar a justa causa de sua retirada. Isso porque, em ele distanciando-se da sociedade, é improvável que conseguirá acompanhar todos os atos que ela continuar praticando – especialmente se for considerado que tais atos sejam contrários à sua intenção de retirada, sendo primordial a tutela de urgência para evitar que atos prejudiciais sejam praticados em sua ausência.

Em ambos os casos pode ser manejada a tutela cautelar de produção antecipada de prova consistente na própria avaliação: tem utilidade para que os interessados possam chegar à solução, inclusive extrajudicialmente.

Porém, se os sócios remanescentes optarem pela continuidade da empresa, evidentemente que suas atividades não podem ser paralisadas até que os haveres do retirante sejam apurados. Mais evidente ainda, se a retirada foi motivada por conflitos que se amoldariam no conceito da quebra da *affectio societatis*, o sócio retirante não acolheria a ideia de que a atividade continuasse sendo administrada pelo sócio remanescente, ou esse, pelo sócio retirante (o que nos parece, inclusive, ser uma incoerência com a intenção de se desvincular).

A título de exemplo, nesse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em caso no qual uma tutela foi deferida para fixar que a apuração de haveres somente poderia recair sobre as quotas do sócio retirante que não estivessem comprometidas e as comprometidas permaneceriam em tesouraria, para evitar a ingerência de terceiros estranhos à sociedade e sujeitar herdeiros e cônjuge de sócio que se separou judicialmente concorressem à distribuição periódica de lucros³⁴, tutela essa que, inclusive, foi requerida em sede de sustentação oral quando do julgamento de recurso de apelação e deferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Também pode ocorrer de os sócios remanescentes se omitirem na assinatura da alteração contratual correspondente à retirada. Nesse caso, a solução decorre da regra do art. 600, IV do CPC, que pode ser antecedida ou cumulada com tutela cautelar, seja para dar ciência pública da omissão, seja para fins de apuração de haveres e garantia de distribuição de dividendos mínimos enquanto a questão não tem solução definitiva.

É possível ainda se cogitar a hipótese de proteção da sociedade, por exemplo, em relação ao sócio onera patrimônio social unilateralmente, estando ele afastado das suas atribuições, com a fixação de limites do seu afastamento e os efeitos que decorreriam dessa tutela antes e depois da dissolução. Ou ainda, em caso de malversação, por parte dos sócios remanescentes, que justifique o pedido de retirada de um deles, caso que motivaria a concessão produção antecipada de provas.

Observa-se que há interesses e direitos a serem preservados tanto em relação ao sócio retirante quanto em relação à própria sociedade e os sócios remanescentes quando for o caso. E com vistas a isso, em sede de tutela de urgência pode, inclusive, ser determinada a nomeação de administrador judicial, que atuará em caráter temporário até que a controvérsia seja solucionada e tem por premissa a preservação, sem prejuízo da adoção de outras medidas que o magistrado entenda pelo cabimento, diante da análise do caso concreto, da parte que configurar como autora na ação e de qual pedido for nela

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1332766/SP, 2012/0135287-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 01/06/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2017

veiculado³⁵.

Como se nota, são incontáveis hipóteses em que é possível e recomendável a concessão de uma tutela de urgência em caso de exercício de direito de retirada de sócio. E os direitos a serem protegidos, além daqueles inerentes aos próprios direitos societários, também há consideração dos direitos associados ao produto do trabalho que foi empreendido pelo sócio até o momento em que manifestou sua intenção de se desvincular da sociedade.

Por fim, merece destaque que a flexibilidade e plasticidade do Código de Processo Civil trouxeram uma carga providencial àqueles que dependem de uma tutela de urgência, pois sendo impossível se prever inimagináveis situações deletérias e urgentes que podem decorrer da dissolução parcial de uma sociedade – motivada ou desmotivada, a capacidade do código de se adaptar de forma dinâmica e maleável pode retirar o invólucro hermético, aquele formato preestabelecido inicialmente para solução, permitindo ao julgador a liberdade de adaptar a medida a ser concedida à proteção e à quantidade que se fizerem indispensáveis à tutela do direito, mediante a adoção de princípios mais gerais que podem ser adaptados às particularidades de cada caso, moldando e acomodando diferentes abordagens para promover uma maior abertura a métodos que tornem agilizar a prestação jurisdicional, dando-lhe mais eficiência, mais efetividade, adequando-a às necessidades das partes envolvidas e revestida de proporcionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que existem 2 hipóteses de direito de retirada de sócio da sociedade limitada, sendo uma quando a sociedade for de prazo indeterminado, e outra quando a sociedade for de prazo determinado.

Conclui-se também que, apesar de haver dissenso na doutrina a respeito da possibilidade de retirada imotivada de sócio da sociedade limitada quando esta está sob a regência supletiva da Lei de Sociedades Anônimas nº 6.404/76, o Superior Tribunal de Justiça assentou o seu entendimento no sentido de que aplica-se o artigo 1.029 do Código Civil, em interpretação constitucional com o artigo 5º inciso XX da Constituição da República.

Ainda, observa-se também nesse estudo que aquilo que a doutrina chama de direito de retirada do artigo 1.077 do Código Civil se trata, na realidade, de direito de recesso, sendo a retirada um reflexo do exercício de dito direito que a precede. O recesso é hipótese distinta do direito de retirada, o que encontra aderência no texto do art. 600, IV do CPC.

Verificou-se que o cabimento de tutela de urgência pode ser configurado em hipóteses variadas que neste conciso ensaio é inviável se pensar em todas e trata-las de forma minuciosa.

Percebe-se, por fim, que o caráter de plasticidade e de flexibilidade do Código de Processo Civil, em certa medida, permite, inclusive, que, com criatividade, bom senso, respeito aos cânones da proteção dos direitos fundamentais, aos princípios da proporcionalidade, da efetividade e da eficiência processual, especificamente na proteção

³⁵ Na ação de dissolução parcial de sociedade, os legitimados são os sócios remanescentes, a sociedade e o sócio retirante. Numa exposição simplista, é possível dizer que dentre esses, aquele que não for requerente/autor, será requerido/réu.

dos interesses dos envolvidos, conforme a necessidade do caso concreto, permite a concessão de tutelas assecuratórias sem necessariamente que essas tenham um formato ou uma receita rigidamente delimitada, o que faz com que ela se amolde à genuína necessidade da proteção, valendo dizer que a lei “não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e nem “prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.³⁶

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo, **O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1994, disponível em <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1077> Acesso em em: 06.jul.2023.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

BRASIL. Lei 13874/2019. **Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica 2023**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 09.jun.2023.

BRASIL. Lei 14195/2021. **Dispõe sobre a facilitação para abertura de empresas, sobre a proteção de acionistas minoritários (...); e dá outras providências**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14195.htm. Acesso em: 09.jun.2023.

BRASIL. Lei 6404/1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações**. Brasília. DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 09.jun.2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1332766/SP, 2012/0135287-0, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 01/06/2017, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 01/08/2017

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1403947/MG, 2013/0309555-2, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 24/04/2018, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 30/04/2018

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1602240/MG, 2016/0123465-4, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 06/12/2016, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 15/12/2016 RB vol. 639 p. 34 RT vol. 978 p. 561

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1839078/SP, 2017/0251800-6, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 09/03/2021, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 26/03/2021

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270.

Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 798, p. 31 e ss., 2002

³⁶ NERY JR., Nelson. *Constituição comentada e legislação constitucional*. 6ª ed. ampli e atual até a EC 95/2016 e Lei de Mandado de Injunção – Lei 13.300/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 1385 p.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil**. V. 13. São Paulo – Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: v. 1: direito de empresa, 16 ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fabio Ulhoa. Os sócios na sociedade limitada. In: (Org.). **Tratado de direito comercial, volume 2: tipos societários, sociedade limitada e sociedade anônima**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 194.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela – 10 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, v.2.

LOBO, Jorge. **Sociedades Limitadas**. V I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, 1252 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil : teoria do processo civil**. volume 1 [livro eletrônico] - 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020. pp 483/444

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 13ª ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 18ª ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

NERY JR., Nelson. **Constituição comentada e legislação constitucional**. 6ª ed. ampli e atual até a EC 95/2016 e Lei de Mandado de Injunção – Lei 13.300/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, 1385 p.

OSNA, Gustavo. **Do “ceticismo moderado” ao “panprocessualismo”**: atando as pontas por um processo real. 2016. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito. Curitiba/PR, p. 256, p. 154/214

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. [livro eletrônico] – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 400

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. III. 2ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 122 e 240.

TROCKER, N. **From access to the courts to the right to an effective remedy: a European perspective of modern procedural challenges**. Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social, v. 216, 2021.

ZANETI JR., Hermes. **A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015.** 3ª edição, revista, atualizada e ampliada ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, 489 p.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** 5ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Juspodivm, 2021, 496 p.

Evolução do contraditório e da boa-fé no modelo cooperativo de processo

Isabella Amaral e Silva

RESUMO

O estudo propõe uma análise sobre a evolução histórica e processual do contraditório e da boa-fé nos modelos de processo hierárquicos ou assimétricos, paritários ou isonômico no direito romano e ítalo-medieval. Até o início do século XX, predominou uma visão de processo essencialmente individualista e patrimonialista, que se desenvolvia num ambiente dialético. Esse modelo processual era marcado pelo contraditório, como binômio informação- reação e como audiência bilateral, a fim de assegurar o direito de influência e de tríplice participação, isto é, pedir, alegar e provar. No contexto de uma democracia participativa e deliberativa, os objetivos sociais e políticos do Estado Democrático de Direito, insculpidos na Constituição Federal de 1988, concederam uma conotação mais publicista ao direito processual. Esse modelo de processo cooperativo consolidou-se com o Código de Processo Civil de 2015, cujo pilar essencial era o princípio da cooperação, previsto no art. 6º do CPC. Como esse paradigma não poderia ser exercido de forma ilimitada, a boa-fé, a regra *iura novit curia* e os princípios da demanda, da ampla defesa e do contraditório prévio constituem balizas ao modelo cooperativo processual. Dentre os métodos que envolvem as bases lógicas da investigação, foi utilizado nesse trabalho o hipotético-dedutivo. A pesquisa bibliográfica foi utilizada para obter informações a respeito do tema, mediante a utilização de referenciais teóricos, em obras nacionais e estrangeiras, constantes em livros, artigos e dissertações de mestrado e de doutorado a respeito do tema.

Palavras-chave: contraditório; boa-fé; modelo cooperativo.

ABSTRACT

The study proposes an analysis of the historical and procedural evolution of contradiction and good faith in hierarchical or asymmetrical, paritarian or isonomic process models in Roman and Italian-medieval law. Until the beginning of the 20th century, an essentially individualistic and patrimonial vision of the process prevailed, which developed in a dialectical environment. This procedural model was marked by contradiction, as a binomial information-reaction and as a bilateral audience, in order to ensure the right to influence and triple participation, that is, to ask, allege and prove. In the context of a participatory and deliberative democracy, the social and political objectives of the Democratic Rule of Law, enshrined in the 1988 Federal Constitution, gave a more public connotation to procedural law.



This model of cooperative process was consolidated with the 2015 Civil Procedure Code, whose essential pillar was the principle of cooperation, provided for in art. 6th of the CPC. As this paradigm could not be exercised in an unlimited manner, good faith, the *iura novit curia* rule and the principles of demand, broad defense and prior adversary proceedings constitute guidelines for the procedural cooperative model. Among the methods that involve the logical bases of the investigation, the hypothetical-deductive method was used in this work. Bibliographical research was used to obtain information on the topic, through the use of theoretical references, in national and foreign works, contained in books, articles and master's and doctoral dissertations on the topic.

Keywords: contradictory; good faith; cooperative model.

INTRODUÇÃO

Na língua latina, o termo “contraditório” pode ser literalmente traduzido como “contrariar”, que significa “expressar-se de forma contrária, no sentido oposto”¹.

No passado, o significado atribuído ao contraditório possuía uma conotação essencialmente individualista e patrimonialista. Constituído pelo binômio informação-reação, limitava-se a assegurar o direito à audiência bilateral.

Com a Constituição Federal de 1988, o contraditório passou a adquirir uma feição cada vez mais abrangente. À luz do princípio democrático aplicável ao processo, o contraditório deixou de ser apenas um instrumento para a concretização dos interesses e vontades dos litigantes para se tornar “instrumento de realização dos valores da pessoa humana”².

Para compreender como se deu essa evolução processual, faz-se necessário estudar os modelos processuais.

MODELOS PROCESSUAIS HIERÁRQUICOS OU ASSIMÉTRICOS, PARITÁRIOS OU ISONÔMICOS. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Em breve digressão histórica, nota-se que os sistemas jurídico- germânicos utilizavam o contraditório com uma conotação mais garantista, que mais se aproximava da ideia de inexistência de processo sem contraditório.³ Diversas constituições e sistemas processuais de vários Estados nacionais previam como regra a inexistência de julgamento sem contra-interrogatório⁴, como a Constituição alemã (*Grundgesetz*), que utiliza a expressão “direito a uma audiência legal”.

No direito romano, predominava o modelo hierárquico de processo, em que havia

¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contradditorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 1.

² *Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório*. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 45, n. 304, jun. 2020. p. 8.

³ CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contradditorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 1.

⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contradditorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 1.

uma relação vertical e assimétrica de poder entre governantes e governados, com uma radical separação entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado⁵.

O juiz estava em um patamar processual hierarquicamente superior às partes e possuía amplos e discricionários poderes para buscar a verdade, inclusive mediante iniciativa probatória para produzir e apreciar livremente as provas dos autos, interrogar as partes e investigar os fatos alegados⁶.

Com isso, houve o enfraquecimento do processo como fator de limitação da atuação arbitrária do juiz, o esvaziamento do contraditório, além da redução do poder das partes, cuja atuação no plano ético deveria ser pautada pela boa-fé subjetiva⁷.

No direito grego e ítalo-medieval, predominava o modelo de processo paritário ou isonômico, em que o juiz se encontrava no mesmo patamar que as partes e se limitava a conduzi-lo sem interferir na esfera jurídica particular, zelando apenas para que se desenvolvesse de maneira regular⁸.

Ao juiz não era permitida nenhuma iniciativa probatória, pois a tarefa de buscar a verdade era reservada exclusivamente às partes, cuja conduta deveria ser pautada pela boa-fé subjetiva no contexto da dialética processual, marcada pela racionalidade prática. A função do contraditório restringia-se a permitir o diálogo judicial no processo isonômico, em virtude da igualdade existente entre o indivíduo, a sociedade e o Estado⁹.

Ao longo do século XVI, diversos métodos das ciências naturais passaram a ser aplicados ao direito em busca da verdade. Já o século XVII foi marcado pela estatização do processo, na medida em que o soberano passou a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, em consonância com os ideais iluministas e da Revolução Francesa¹⁰.

No século XVIII, o modelo processual hierárquico ou assimétrico foi reproduzido pelos Estados nacionais modernos, marcados pela centralização política-administrativa e pelas legislações processuais influenciadas pelo iluminismo. Estruturado de forma inquisitorial, o processo tinha o juiz como vértice de uma relação jurídico-processual angular ou triangular, sobrepondo-se às partes¹¹.

MODELO DE PROCESSO INDIVIDUALISTA E PATRIMONIALISTA. CONTRADITÓRIO COMO AUDIÊNCIA BILATERAL. BINÔMIO INFORMAÇÃO-REAÇÃO

O século XIX foi marcado pelo predomínio do processo liberal, sob influência da

5 MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutorado. Porto Alegre, 2007. p. 45; 48; 72; 74.

6 MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutorado. Porto Alegre, 2007. p. 72.

7 MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutorado. Porto Alegre, 2007. p. 69; 74.

8 MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutorado. Porto Alegre, 2007. p. 46; 71.

9 MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutorado. 2007. p. 47; 57; 69; 70; 74

10 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *A garantia do contraditório*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Revista de processo, n. 71. São Paulo: RT, 1993. p. 3.

11 MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutorado. 2007. p. 48; 50; 51; 74.

filosofia do *laissez faire, laissez passer*. As partes possuíam plenos poderes processuais, com ampla liberdade para escolher de que forma poderiam agir ou reagir processualmente à atuação da parte contrária ou ao advento da decisão judicial. Poderiam optar, até mesmo, pela omissão, por exemplo, na hipótese de ausência de contestação ou de recurso¹².

Até o início do século XX, predominou o entendimento de que, nas palavras de Calamandrei, o processo consistia em um jogo, no qual os litigantes defendiam seus interesses pessoais ou patrimoniais através de alegações que poderiam ser refutadas ou não pelo adversário¹³.

Nesse cenário, marcado pelo predomínio de uma visão individualista e eminentemente patrimonialista, de cunho notadamente liberal, o processo se desenvolvia num ambiente dialético. Consistia em uma verdadeira ferramenta, com a qual os litigantes duelavam entre si na defesa dos seus direitos e interesses, com o intuito de se sagrarem vencedores nesta verdadeira arena processual.

Para tanto, as partes poderiam desempenhar um papel atuante no processo, manifestando-se sobre os atos processuais no momento anterior à decisão, por exemplo, peticionando nos autos, comparecendo às audiências, manifestando-se oralmente, examinando documentos, formulando perguntas às testemunhas e aos peritos, requerendo provas, pronunciando-se sobre os atos processuais praticados pelo órgão julgador, pelo outro litigante ou até mesmo por terceiro¹⁴.

Reagir a atos processuais para evitar julgamentos que lhes fossem ou lhes pudessem ser desfavoráveis compunham uma verdadeira vertente ativa do contraditório, denominada pela doutrina como direito de reação. Neste, havia a possibilidade, mas não a obrigatoriedade de reagir, observadas as esferas de liberdade e de disponibilidade na manifestação das partes.

Como pressuposto para assegurar o exercício do direito de reação, era necessário garantir que as partes fossem informadas de todos os atos processuais através do recebimento de comunicações processuais. A citação, para integrar a parte na relação jurídica processual e a intimação, para dar ciência dos atos processuais.

O direito de informação, na verdade, configurava um dever: era imperativo e representava um requisito de validade que deveria ser observado para permitir a possível reação dos litigantes, sob pena de nulidade dos atos.

Por exemplo, uma vez citado (direito à informação), o réu poderia optar por se omitir e não oferecer a contestação (revelia) ou reagir, apresentando a contestação e a reconvenção. Três possibilidades, dentro de um cenário jurídico-processual em que lhe cabia avaliar entre o silêncio ou a melhor conduta a ser adotada.

Assim, a garantia do contraditório consistia no direito a uma audiência bilateral, composta pelo binômio informação-reação. Enquanto o direito à informação era absolutamente necessário, sob pena de nulidade, o direito à reação seria apenas possível¹⁵.

12 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **A garantia do contraditório**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Revista de processo, n. 71. São Paulo: RT, 1993. p. 3.

13 CABRAL, Antônio do Passo. **Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito**. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 1.

14 CABRAL, Antônio do Passo. **Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito**. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 3.

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. **O princípio do contraditório e sua dupla destinação**. In: *Fundamentos do processo*

Excepcionalmente, existem situações de contraditório efetivo em que a reação é obrigatória, não mais como um direito, mas, sim, como um dever decorrente de uma exigência legal, como nas hipóteses de citação feita por meios precários, em que a comunicação não foi realizada de modo confiável. Como exemplo, é possível mencionar a nomeação do curador pelo juiz no caso de réu revel citado por edital, em que aquele possui o encargo de oferecer obrigatoriamente a defesa, não havendo margem de liberdade para avaliar e decidir se deseja ou não reagir¹⁶.

Desse confronto entre a tese sustentada pelo autor e a antítese apresentada pelo réu, o juiz extraía a síntese, que correspondia ao julgamento. Todavia, não sem antes permitir a manifestação das partes que poderiam ser afetadas pela decisão judicial, através da possibilidade de participar da audiência prévia, como derradeiro ato para legitimar a decisão final¹⁷.

Esse confronto de argumentos antagônicos acabava restringindo os poderes do julgador, que se limitava a assumir o papel passivo de mero destinatário das provas, produzidas exclusivamente por iniciativa e ônus das partes. A postura do órgão judicial era essencialmente passiva e neutra, resumindo-se apenas a examiná-las e a valorá-las na decisão final.¹⁸

Marcada pela ampla aplicação do princípio dispositivo, sobretudo, à atividade probatória, não cabia ao magistrado tomar a iniciativa reservada somente aos litigantes, sob pena de comprometer a sua imparcialidade. O juiz era apenas mero julgador, sem consciência da função pública que exercia no processo, semelhante a um árbitro nesta verdadeira arena processual, em que as partes litigavam entre si na defesa dos seus próprios interesses¹⁹.

PROCESSO COMO EXPRESSÃO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA E PARTICIPATIVA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. CONTRADITÓRIO COMO DIREITO DE INFLUÊNCIA. TRÍPLICE PARTICIPAÇÃO: PEDIR, ALEGAR E PROVAR

Limitado inicialmente ao processo penal no Brasil, o direito ao contraditório foi previsto pela primeira vez na Constituição de 1937 (art. 11)²⁰ e posteriormente mantido na de 1946 (Art. 141 §26)²¹ e na de 1967 (Art. 153 §16), alterada pela Emenda Constitucional

civil moderno, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 127.

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório e sua dupla destinação*. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 128.

17 DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório e sua dupla destinação*. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 126.

18 DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório e sua dupla destinação*. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 133.

19 CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 7.

20 "Art. 11: À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa". (BRASIL. Planalto. Disponível em <https://www.gov.br/planalto/pt-br>. Acesso em: 21/4/2024).

21 "Art. 141 §26º: não haverá foro privilegiado nem Juizes e Tribunais de exceção". (BRASIL. Planalto. Disponível em <https://www.gov.br/planalto/pt-br>. Acesso em: 21/4/2024).

n.º 1969²². Foi somente com a Constituição Federal de 1988 é que esta garantia foi ampliada para abarcar também os processos civis e administrativos (art. 5º, inciso LV).^{23 24}

Gradativamente, o direito processual foi abandonando a concepção individual, utilitarista e patrimonialista para adquirir cada vez mais uma conotação publicista, ou seja, voltada também para alcançar os objetivos sociais e políticos do Estado Democrático de Direito.

Com a consolidação da democracia participativa e deliberativa, assegurou-se maior participação popular, não apenas no processo coletivo (com a previsão de ação popular, ações coletivas, legitimação extraordinária, substituição processual, *amicus curiae* etc), como também no processo legislativo (através da previsão de maior participação política dos cidadãos na iniciativa popular para leis, plebiscito e referendo)²⁵.

Através da denominada tríplice participação – pedir, alegar e provar – passou-se a assegurar aos sujeitos processuais o direito de influenciar os atos decisórios estatais através do amplo debate participativo e pluralista capaz de, não apenas convencer o julgador, mas também de persuadir as próprias partes a realizarem a autocomposição²⁶.

MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO. A COOPERAÇÃO COMO UM DOS PILARES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Com a gradual evolução do direito processual, seu objeto, outrora atrelado a uma concepção individualista, utilitarista e patrimonialista do processo como instrumento para satisfazer os interesses dos litigantes no jogo processual, passou a constituir uma ferramenta essencial para servir a propósitos estatais mais amplos, numa perspectiva funcional da jurisdição²⁷.

No modelo cooperativo, o processo passa a ser visto como uma instituição estatal e o direito processual, um ramo do direito público. A atividade jurisdicional possibilitou a concretização de diversos objetivos sociais e políticos, inerentes ao Estado Democrático de Direito e que antecedem à efetivação dos interesses das partes²⁸.

Houve uma verdadeira mitigação do princípio dispositivo, na medida em que se tornou ultrapassada a ideia de contraditório destinado exclusivamente às partes, desconsiderando-se a participação do juiz. A postura inerte, passiva, estática e observadora do órgão julgador foi superada para dar lugar ao comportamento mais atuante na busca pela verdade²⁹.

22 “Art. 153 §16: a instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”. (BRASIL. Planalto. Disponível em <https://www.gov.br/planalto/pt-br>. Acesso em: 21/4/2024)

23 “Art. 5º, inciso 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.” (BRASIL. Planalto. Disponível em <https://www.gov.br/planalto/pt-br>. Acesso em: 21/4/2024).

24 CABRAL, Antônio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. In: *Revista de processo: RePro*, São Paulo, v. 30, n. 126, p. 1.

25 CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 3.

26 ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. *Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório*. In: *Revista de processo*, n. 304. São Paulo: RT, 2020, p. 126; 127.

27 CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 3.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. *O princípio do contraditório e sua dupla destinação*. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 133; 134.

29 Este autor distingue iniciativa de impulso oficial: enquanto aquela é privativa das partes, cabendo ao juiz dar a destinação final aos processos que tenham iniciado por iniciativa da parte. Já este representa o desdobramento que a participação

Com isso, o juiz passou a exercer o “poder-dever de direção do processo”, seja na fase de saneamento processual, seja no campo probatório. É possível, por exemplo, que o juiz designe audiência para realizar o saneamento em cooperação com as partes, privilegiando-se os debates orais e o esclarecimento das alegações fáticas para definir as questões controvertidas que deverão ser objeto de instrução processual³⁰.

O juiz também pode suprir as deficiências probatórias do processo, inclusive, determinando a realização de alguma prova, ainda que os litigantes não o façam, sem que isso comprometa a sua imparcialidade ou o torne protetor de alguma eventual parte negligente, tampouco prejudique a equidistância que deve manter dos litigantes³¹.

Este modelo processual de cooperação está pautado em objetivos constitucionais ligados à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da CR) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CR). Também está previsto como norma fundamental no CPC/15 em seu art. 6º, visando permitir a organização processual justa e idônea para alcançar, em tempo razoável, a decisão de mérito justa e efetiva.

Com fulcro nestas normas constitucionais e processuais, passou-se a estruturar um modelo cooperativo de processo, marcado pela participação e pelo diálogo entre as partes e o juiz, embora não estejam em situação de igualdade processual.

Neste modelo, o magistrado se encontra em dupla posição: paritária no diálogo com as partes e assimétrico na decisão. De um lado, há a divisão do trabalho entre o juiz e as partes, mediante a fixação de deveres cooperativos visando uma decisão de mérito justa e efetiva, valendo-se do caráter instrumental do processo.

De outro, existe a imperatividade da jurisdição e a necessária submissão dos litigantes à decisão judicial, observado o direito ao contraditório e respeitado o direito das partes de se manifestarem e influírem no julgamento das questões de direito.

O princípio da colaboração pressupõe a observância de regras e deveres que devem ser respeitadas pelo juiz. Entre eles, o dever de esclarecer às partes sobre os encargos probatórios, podendo até mesmo adverti-las sobre as consequências advindas a depender da conduta processual.³² Dever de diálogo, em que o julgador deve permitir o debate participativo e pluralista com os litigantes, possibilitando que tenham o direito de influenciá-lo com seus argumentos para posteriormente apreciá-los na decisão judicial³³. Dever de prevenção, sendo vedado ao juiz deixar de apreciar a alegação da parte sem lhe conceder a oportunidade de sanar vício processual sanável³⁴. Dever de auxílio que, em última análise, consiste no dever de cooperação que o juiz deve ter em relação aos ligantes

do juiz na garantia do contraditório lhe impõe quando determina ou realiza os atos necessários independentemente do requerimento das partes (DINAMARCO, Cândido Rangel. **O princípio do contraditório e sua dupla destinação**. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 132; 134).

30 ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. **Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório**. In: *Revista de processo*, n. 304. São Paulo: RT, 2020. p. 5.

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. **O princípio do contraditório e sua dupla destinação**. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 134.

32 CABRAL, Antônio do Passo. **Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito**. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 7.

33 CABRAL, Antônio do Passo. **Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito**. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 5. Além destes, há também o dever constitucional e legal de fundamentação das decisões judiciais (ver artigos da CF e do CPC), conexo ao direito das partes de terem a sua argumentação apreciada na prolação da decisão judicial.

34 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2019. p. 13.

para permitir a construção de um processo justo, preservando-se, todavia, os interesses antagônicos que existem entre as elas³⁵.

O princípio da colaboração almeja alcançar um redimensionamento de poderes no processo, possibilitando que o juiz e as partes conservem posições jurídicas equilibradas com o intuito de promover a participação destes sujeitos na organização de um processo cooperativo³⁶.

LIMITAÇÕES E BALIZAS AO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

Boa-fé

Inicialmente prevista no direito privado, a boa-fé posteriormente se expandiu para os demais ramos do direito público, inclusive para o direito processual. Os destinatários deste princípio passaram a não ser somente as partes, mas também o próprio órgão jurisdicional³⁷.

A boa-fé objetiva e a subjetiva não se confundem: a primeira corresponde a uma norma de conduta que deve ser observada nas situações jurídicas ativas e passivas, independente do elemento volitivo, ou seja, boas ou más intenções. A segunda não seria princípio, mas, apenas suporte de alguns fatos jurídicos e estaria relacionada à intenção do sujeito³⁸.

Para Fredie Didier Júnior, a boa-fé objetiva processual é considerada fonte para diversos deveres processuais, inclusive, o de não agir com má-fé³⁹.

Todavia, para Daniel Mitidiero, os deveres cooperativos entre os litigantes não se originam do princípio da boa-fé. Como o plano processual pressupõe ameaça ou efetiva crise na concretização do direito material, os interesses das partes, em regra, serão sempre divergentes⁴⁰. A colaboração no processo é do juiz para com as partes, não das partes entre si. É que elas possuem interesses processuais divergentes, inconciliáveis do ponto de vista da processual⁴¹.

Contudo, as partes continuam obrigadas a agirem com boa-fé, sendo este um dos princípios decorrente da cooperação processual, que, por sua vez, representa um dos pilares do CPC/15.⁴²

35 ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. **Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório**. In: *Revista de processo*, n. 304. São Paulo: RT, 2020. p. 127.

36 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2019. p. 7.

37 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão**: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista dos tribunais on line, Revista de Processo*. Thomson Reuters, vol. 171/2009, maio/2009. p. 2; 3.

38 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão**: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista dos tribunais on line, Revista de Processo*. Thomson Reuters, vol. 171/2009, maio/2009. p. 3.

39 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão**: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista dos tribunais on line, Revista de Processo*. Thomson Reuters, vol. 171/2009, maio/2009. p. 3

40 Acrescenta o autor que, no direito material, os interesses entre as partes são convergentes, não havendo qualquer crise que as afaste da finalidade comum, pois o adimplemento é o fim do processo obrigacional (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2019. p. 8-9).

41 MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2019. p. 8.

42 ZANETTI, Hermes. *Processo civil contemporâneo. Homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2018. p. 146.

Além da boa-fé, a doutrina identifica outros princípios ligados ao modelo cooperativo de processo: autoregramento da vontade (normas que incentivam comportamentos negociais entre os sujeitos do processo), primazia do julgamento de mérito (art. 4º do CPC⁴³) e vedação da decisão-supresa (art. 10 do CPC⁴⁴).

O dever de observar a boa-fé objetiva (art. 5º do CPC) e de não litigar de má-fé (arts. 79 a 81 do CPC) são identificados como espécies do gênero dever de lealdade, considerado um dos deveres positivados e que são apontados pela doutrina como obrigatórios de serem respeitados pelas partes⁴⁵.

Decisões-surpresa. Limitação da regra *iura novit curia*. Observância aos princípios da demanda, ampla defesa e contraditório prévio

Também denominadas decisões de terceira via, as decisões-surpresa são vedadas pelo ordenamento jurídico, sob pena de violação aos princípios da colaboração e do contraditório, bem como aos deveres judiciais de diálogo e de consulta processuais⁴⁶.

Embora seja inquestionável que as partes tenham a oportunidade de se manifestar antes da decisão judicial, excepcionalmente, em situações de emergência, existe a possibilidade da prolação de decisões *inaudita altera parte*. Posterga-se o contraditório e o direito de defesa, sem que isso represente uma hipótese de violação⁴⁷.

O princípio do contraditório não deve se exaurir na ciência dos atos processuais nem mesmo na possibilidade de contraditá-los. Deve também permitir a prévia oitiva das partes, para que não sejam surpreendidas por uma decisão, nem mesmo por novo enquadramento jurídico dado pelo magistrado, sem que lhes seja conferido o prévio direito de se manifestarem, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como aos deveres de diálogo e de cooperação⁴⁸.

É que alguns doutrinadores defendem uma reeleitura do princípio *iura novit curia*, que significa o juiz conhece o direito. Conquanto seja incontestado que o magistrado tenha o domínio das questões jurídicas, os litigantes possuem o direito de se manifestar sobre a valoração jurídica que lhes são atribuídas, ainda que o juiz possa delas conhecer de ofício, como no caso das questões de ordem pública (por exemplo a prescrição, prevista no art. 10)⁴⁹.

A máxima *iura novit curia* significa que o juiz não está vinculado à fundamentação jurídica da demanda proposta pela parte e, por isso, teria ampla liberdade para desconsiderá-la, alterá-la parcial ou totalmente, na medida em que o magistrado possuiria poderes para

43 "Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa." (BRASIL. Planalto. Disponível em <https://www.gov.br/planalto/pt-br>. Acesso em: 21/4/2024).

44 "Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício." (BRASIL. Planalto. Disponível em <https://www.gov.br/planalto/pt-br>. Acesso em: 21/4/2024).

45 ZANETTI, Hermes. *Processo civil contemporâneo. Homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. p. 147.

46 CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 3.

47 CABRAL, Antônio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 3.

48 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC (análise e proposta)*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 7, n. 38, p. 5-33, set./out. 2010. p. 7.

49 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC (análise e proposta)*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 7, n. 38, p. 5-33, set./out. 2010. p. 7.

interferir na qualificação jurídica de algum ou de todos os fatos narrados pelo demandante⁵⁰.

Para outros doutrinadores, embora o brocardo *iura novit curia* confira alguma margem de discricionariedade ao julgador, alterar a situação jurídica para a qual o autor requereu a tutela jurídica fere o princípio da demanda. Não é possível sustentar a ideia de que, ao mesmo tempo em que o juiz é livre para qualificar juridicamente os fatos narrados (porque *iura novit curia*), estaria também vinculado à narrativa fática descrita pelas partes⁵¹.

Há também quem defenda que a regra *iura novit curia* permanece válida e não configura nenhum instrumento de opressão nem de autoritarismo. O poder conferido pelo ordenamento jurídico ao juiz permite a alteração da qualificação jurídica dos fatos, desde que submetido ao prévio contraditório das partes como condição de validade para essa decisão judicial.

Assim, seria viável o reenquadramento jurídico sem incorrer no risco de decisão-surpresa, na medida em que deve ser observado o dever de prévia consulta aos litigantes para que, somente então, o juiz possa decidir⁵².

Harmonizando a máxima *iura novit curia* com os princípios da demanda e do contraditório, não haveria nenhuma incompatibilidade nem violação entre eles, desde que observado o contraditório prévio quando o juiz realizasse o enquadramento jurídico *ex officio* de forma diversa ao conferido pelas partes.⁵³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, ao realizar uma análise histórica e comparativa entre os modelos processuais hierárquicos ou assimétricos, paritários ou isonômicos, foi possível perceber a evolução da concepção de processo e dos institutos processuais do contraditório e da boa-fé.

Gradativamente, a visão de processo essencialmente individualista e patrimonialista, num ambiente dialético cedeu lugar a uma visão mais publicista do direito processual, em que a necessidade de um modelo mais cooperativo de processo tornou-se imperiosa.

Com o advento do Código de Processo Civil o princípio da cooperação, previsto no art. 6º do CPC/15, passou a ser um dos pilares do modelo cooperativo de processo, entretanto, com algumas limitações: a boa-fé processual e objetiva, bem como os princípios da demanda, ampla defesa e contraditório prévio às decisões-surpresa.

Dessa forma, inegável notar que o conceito de contraditório ganhou um significado

50 DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Org.). *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2015. p. 286.

51 DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Org.). *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2015. p. 253; 277.

52 ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise. ALMEIDA, Gregório Assagra. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, vol. 20, 2019. p. 220-221.

53 ZUFELATO, Camilo. *Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro*. Coleção Direitos fundamentais e acesso à justiça no estado constitucional de direito em crise. ALMEIDA, Gregório Assagra. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, vol. 20, 2019. p. 222.

mais amplo, em consonância com o contexto de uma democracia deliberativa e participativa, em detrimento de uma concepção notadamente individualista e patrimonialista.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. **Princípio do contraditório, cooperação e direito probatório**. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 45, n. 304, p. 17-37, jun. 2020.

BRASIL. Planalto. Disponível em <https://www.gov.br/planalto/pt-br>. Acesso em: 21/4/2024.

CABRAL, Antônio do Passo. **Il principio del contradditorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito**. In: Rivista di diritto processuale. Padova: CEDAM, 2005.

CABRAL, Antônio do Passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**. In: Revista de processo: RePro, São Paulo, v. 30, n. 126, p. 59-81.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil**. Revista dos tribunais on line, Revista de Processo. Thomson Reuters, vol. 171/2009, maio/2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **O princípio do contraditório e sua dupla destinação**. In: Fundamentos do processo civil moderno, t. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. **Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Org.). O Novo Processo Civil. São Paulo: Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2015. 319 p.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo- valorativo**. Tese de doutorado. Porto Alegre, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: do modelo ao princípio**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2019.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **A garantia do contraditório**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Revista de processo, n. 71. São Paulo: RT, 1993.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC (análise e proposta)**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 7, n. 38, p. 5-33, set./out. 2010.

ZANETTI, Hermes. Processo civil contemporâneo. **Homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior**. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2018.

ZUFELATO, Camilo. **Contraditório e vedação às decisões-surpresa no processo civil brasileiro**. In: ALMEIDA, Gregório Assagra (Org).

O precedente do tema 60 do STJ: suspensão dos processos individuais durante a pendência de ação coletiva de idêntico objeto

The precedent of STJ theme 60: suspension of individual proceedings during the pendency of a class action with the identical object

Stella Reis Schneider

Mestranda em Direito Processual pela UFES. Pós-graduada latu sensu – Especialista em Direito Empresarial pela FGV, Pós-graduada latu sensu – Especialista em Direito Societário pela FGV, Pós-graduada latu sensu – Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva/ANAMAGES, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sete Lagoas. Assessora de juiz no TJES. Advogada e Consultora Jurídica (2005, licenciada em 2023). Procuradora do Município de Sete Lagoas/MG de 2005 a 2008, Diretora do Departamento de Redação e Legislação, Diretora do Departamento de Execuções Fiscais e Corregedora Geral do Município no biênio 2007/2008

RESUMO

Este estudo examina o precedente do Tema 60 do STJ, que estabeleceu a possibilidade de suspensão de processos individuais na pendência da ação coletiva (prejudicialidade externa do art. 313, V do CPC). Abordaremos a formação do precedente, aplicação e impacto no sistema de justiça brasileiro, notadamente diante da coletivização de direitos, estabelecendo-se um diálogo com dispositivos do microssistema de tutela coletiva e os casos repetitivos. Partindo da análise do caso original, busca-se compreender os pontos que ensejaram sua aplicação em outros casos seguintes a ele, inclusive àqueles cuja macro-lide diversas, bem como compreender o papel desse precedente na gestão do sistema de justiça brasileiro e as implicações para futuras decisões judiciais.

Palavras-chave: Precedente, casos repetitivos, ACP, processo individual, expurgos inflacionários, proporcionalidade processual, case management



ABSTRACT

This study examines the precedent of STJ Theme 60, which established the possibility of suspending individual processes pending the class action (external harm from CPC, art. 313). We will address the formation of precedent, application, and impact on the Brazilian justice system, especially in the context of the collective rights, establishing a dialogue with provisions of the microsystem of collective protection and repetitive cases. Starting from the analysis of the original case, we seek to understand the points that led to its application in subsequent cases, including those miscellaneous macrolide, and to comprehend the role of this precedent in the management of Brazilian justice system and its implications for future judicial decisions.

Keywords: Precedent, repetitive cases, class actions, individual remedies, inflationary adjustments, procedural proportionality, case management.

INTRODUÇÃO

Os precedentes erguem-se como estruturas gerenciais pretensiosamente capazes de redimensionar¹ a concepção convencional² de processos e de redefinir o próprio âmbito social que envolve as disputas massivas.

Falar do Tema 60 do Superior Tribunal de Justiça³ originado do Recurso Especial 1.110.549/RS instiga e exige a análise sobre como ele se formou precedente⁴ e, nessa condição, como a fixação de sua tese tem utilidade na administração da justiça, enquanto fenômeno que representa uma evolução substantiva em resposta à convocação do devido processo legal⁵, essencial para o aprimoramento contínuo do sistema jurídico, e que, não apenas persista, mas evolua de maneira congruente com as demandas de uma sociedade em constante transformação.

¹ Hermes Zaneti Jr. observa que “a limitação aos direitos individuais, como corolário das regras do racionalismo e da autonomia da vontade, manteve-se na maioria das Constituições europeias do pós-Guerra. Mostra-se como a regra de que ao titular do direito cabe a plena disponibilidade da sua defesa, verdadeira golden rule da legitimação ativa. Contemporaneamente, contudo, os mecanismos processuais da substituição processual (LACP, CDC, etc.) permitem que a sociedade seja ‘representada’ por seus entes exponenciais, as associações civis, o Ministério Público etc.” ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, 489 p.

² O modelo processual codificado pelo CPC/73 adotou dogmática eminentemente de defesa patrimonial e individualista, fruto do momento histórico em que foi concebido.

³ O caso estudado envolve, também, ações coletivas com nuances de repetitividade.

⁴ Ao tratar o tema dos precedentes no seu “A constitucionalização do processo”, Hermes Zaneti Jr. explica que “o princípio da universalização das decisões (...) e a vinculação horizontal dos próprios órgãos de decisão aos seus precedentes, como premissas principais do modelo de precedentes se instalou dogmaticamente no Brasil”. ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, 489 p.

⁵ O devido processo legal, na concepção de Humberto Ávila, se refere respectivamente às conotações substancial (relacionados aos deveres de proporcionalidade e razoabilidade, cujos fundamentos são liberdade e igualdade) e procedimental (decorrentes do contraditório, ampla defesa, juiz natural e imparcial, publicidade e fundamentação dos atos). ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*: n. 163, Ano 33, set/2008, pp. 51/53.

APRESENTAÇÃO DO LEADING CASE RESP 1.110.549/RS: O CASO AFETADO COMO RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA DO ART. 1.036 §1º CPC

Na segunda metade do século XX, o Brasil foi marcado por transformações econômicas significativas, que incluíram a implementação de planos⁶ buscando estabilizar a economia e controlar a inflação que crescia vertiginosamente⁷: Planos Bresser (1987), Verão (1989), Collor I (1990) e Collor II (1991). Nessa ordem, os planos geraram prejuízos aos poupadores que tinham saldo em poupança: em 1987 entre 1 e 15 de janeiro até a remuneração do mês seguinte; em 1989 com aniversário a entre os dias 16 e 30; em 1990 saldo de valor inferior a NCz\$ 50 mil e aniversário na segunda quinzena de abril/1990 e abril e maio/1990; e, saldo com aniversário entre 1º e 31 de janeiro/1991⁸.

Ao se aproximar dos primeiros prazos prescricionais⁹, os poupadores afetados pelo Plano Bresser de 1987 ajuizaram milhares de ações no ano de 2007 (além daqueles que já haviam ajuizado anteriormente), sendo que em 2009 existiam aproximadamente 196.000¹⁰ novas ações individuais¹¹ ajuizadas em todo país¹², somente contra a Caixa Econômica Federal¹³: foi a litigância massiva jamais vista na experiência brasileira, provocada por atos do Poder Executivo e acarretando a inesperada e abrupta sobrecarga do Poder Judiciário e Sistema de Justiça, demandando atuação diferenciada do Poder Legislativo.

Nesse cenário caótico de disputas repetitivas (individuais e coletivas) sobre um mesmo assunto, uma sobressaiu e teve origem no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: uma poupadora ajuizou sua demanda em 19/06/2007, na comarca de Caxias do Sul, e teve um trâmite aparentemente imprevisto pela autora da ação, para atender ao Ofício Circular 318/2007, expedido pelos Juízes de Direito da 15ª e da 16ª Varas Cíveis do Foro Central de Porto Alegre que “recomendava a suspensão de todas as ações individuais que

6 SARDENBERG, Rubens. *Os Planos Econômicos e o papel das instituições financeiras*. Câmara dos Deputados, 2009, disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdc/apresentacoes-em-eventos/realizadas-em-2009/05-08-planos-bresser-e-verao/20081211%20Planos%20final.ppt>, consulta realizada em 22/12/2023 às 16hs05min.

7 O contexto do país, naquela época, era o da promulgação da Constituição da República, na vigência do Código Civil de 1916 e a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor de 1990.

8 ALVARENGA, Darlan. *Entenda os planos econômicos Bresser, Verão, Collor 1, Collor 2 e as perdas na poupança*. G1 Economia, 2017, disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/entenda-os-planos-economicos-bresser-verao-collor-1-e-collor-2-e-as-perdas-na-poupanca.ghtml>, consulta realizada em 22/12/2023 às 16hs38min

9 Prazo prescricional aplicado foi o vintenário, os termos do art. 177 do Código Civil de 1916, cujo entendimento foi firmado em sede de recursos repetitivos: STJ. REsp 1107201/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 08/09/2010, DJe 06/05/2011; e, REsp 1147595/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 08/09/2010, DJe 06/05/2011

10 Como se vê, apesar da legislação, jurisprudência e doutrina virem, ao longo dos anos, estudando, criando, aplicando e lapidando procedimentos, enfim, empreendendo esforços com objetivo de contingenciar a judicialização massiva, fato é que fenômenos externos influem decisivamente para desencadear o que pode ser comparado a uma implosão dentro do sistema de justiça.

11 Edilson Vitorelli informa que, ao todo, “foram ajuizadas quase um milhão de ações individuais e essas tramitaram concomitantemente com ações coletivas ajuizadas quase exclusivamente por associações de defesa do consumidor”, ao mesmo tempo em que teve duras críticas ao acordo que foi firmado no final de 2017 pelas associações, que permitiu que os litigantes individuais exercessem um direito opt in para também concluir seus processos. (VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. pp. 394)

12 Caixa Econômica Federal. *Expurgos inflacionários*. TRF1, 2009, disponível em https://trf1.jus.br/data/files/09/60/C6/85/E384B3103A8EE3B3942809C2/Expurgos%20Inflacion_rios%20nas%20Cadernetas%20de%20Poupan_a.pdf, consulta realizada em 22/12/2023 às 17hs38min.

13 Além da Caixa Econômica Federal, o Conselho Nacional de Justiça aponta também o Banco Itaú, Banco Bradesco, Banco Santander e Banco do Brasil como litigantes dos expurgos inflacionários. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/programa-resolve/resolve-poupanca-planos-economicos/>, consulta realizada em 22/12/2023, às 17hs43min.

coexistissem com ações coletivas, propostas com os mesmos objetivos e contra a mesma instituição financeira”¹⁴.

Naquele ano, 10 (dez) ações coletivas¹⁵ já tramitavam perante o TJRS, coexistindo com as milhares de ações individuais, e a ação de Caxias do Sul ganhou notoriedade após a sua suspensão conforme a “recomendação” dos juízos da Capital gaúcha.

O inconformismo com a suspensão da sua ação levou a poupadora à interposição de recursos até alcançar o Superior Tribunal de Justiça com o Recurso Especial 1.110.549/RS, selecionado na origem como recurso representativo de controvérsia e posteriormente afetado à 2ª Seção da Corte, na sistemática dos recursos repetitivos, ainda sob a égide do art. 543-C do CPC/73.¹⁶

Ao promover a afetação do caso, o relator, Ministro Sidnei Beneti, expôs que “o recurso é repetitivo, de caráter multitudinário, já tendo muitos recursos idênticos chegado a este Tribunal e noticiando-se que milhares de outros recursos estão a caminho, lidando com a mesma matéria”, inaugurando-se o Tema 60 em 27/03/2009¹⁷. E não somente a ação daquela poupadora foi suspensa já pela coexistência e prioridade de julgamento das ações coletivas, como também desencadeou a suspensão inerente da afetação à sistemática dos recursos repetitivos, alcançando, com isso, todo o grupo de litigantes dos Planos Econômicos.

Em pouco mais de 10 meses o STJ julgou o recurso especial 1.110.549/RS e, por maioria, lhe negou provimento, fixando definitivamente a tese proposta¹⁸:

Diante de ajuizamento de ação coletiva, pode o Juízo suspender, “ex officio” e ao início, o processo de ação individual multitudinária atinente à mesma lide, preservados os efeitos do ajuizamento para a futura execução. A suspensão, no caso de ação multitudinária, não ofende os dispositivos legais envolvidos (CDC arts. 103 e 104, § 3º; CPC, arts. 2º e 6º; e CC, arts. 122 e 166)

No corpo do voto vencedor, o relator pontuou que a ação coletiva 001/1.07.0104379-6 que tramitava perante 1º Juizado 15ª Cível Foro Central de Porto Alegre, movida pelo Ministério Público contra o Banco Santander Banespa S/A foi, especificamente, a que ensejou a suspensão da ação individual da poupadora, mas que “o pormenor não é relevante, no tipo de questão, pois o que importa é o tema central posto pelo presente recurso, ou seja, a suspensão”, ao se referir ao local, tempo e partes envolvidas, afirmando ainda que suspensão “harmoniza os recursos repetitivos com os julgados que asseguram o

14 *Ações Coletivas que buscam resgatar as perdas de planos econômicos serão priorizadas. TJRS, 2007, disponível em https://www.coad.com.br/busca/detalhe_1040/10267, consulta realizada em 22/12/2023 às 18hs48min.*

15 *TJRS Ação coletiva 001/1.07.0102594-1 ABN AMRO Real, 1º Juizado 16ª Cível Foro Central de Porto Alegre; TJRS Ação coletiva 001/1.07.0102566-6 Banco do Brasil, 1º Juizado 15ª Cível Foro Central de Porto Alegre; TJRS Ação coletiva 001/1.07.0102632-8 Banco Itaú, 2º Juizado 16ª Cível Foro Central de Porto Alegre; TJRS Ação coletiva 001/1.07.0102579-8 Banrisul, 1º Juizado 15ª Cível Foro Central de Porto Alegre; TJRS Ação coletiva 001/1.07.0102582-8 Bradesco, 2º Juizado 15ª Cível Foro Central de Porto Alegre; TJRS Ação coletiva 001/1.07.0102575-5 julgado extinto o processo HSBC, 2º Juizado 15ª Cível Foro Central de Porto Alegre; TJRS Ação coletiva 001/1.07.0104162-9 HSBC como sucessor de Bamerindus, 1º Juizado 16ª Cível Foro Central de Porto Alegre; TJRS Ação coletiva 001/1.07.0104379-6 Santander Banespa e Safra, 1º Juizado 15ª Cível Foro Central de Porto Alegre; TJRS Ação coletiva 001/1.07.0102637-9 Santander Meridional, 2º Juizado 15ª Cível Foro Central de Porto Alegre; TJRS Ação coletiva 001/1.07.0102625-5 Unibanco, 1º Juizado 16ª Cível Foro Central de Porto Alegre.*

16 *Atualmente, a previsão equivalente, mas aperfeiçoada, está nos art. 1.036, art. 1.037 e art. 1.041, todos do CPC*

17 *REsp 1.110.549/RS, Min. Rel. Sidnei Beneti, Decisão monocrática. 2007, STJ, disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=4752901&tipo_documento=documento&num_registro=200900070092&data=20090327&tipo=0&formato=PDF, consulta realizada em 22/12/2023 às 19hs02min.*

18 *Necessário esclarecer que precedentes não são teses, pois eles ensejam a compreensão e interpretação do direito mediante análise dos fatos.*

ajuizamento do processo individual na pendência de ação coletiva (...).¹⁹

FORMAÇÃO DE PRECEDENTE DO TEMA 60

Precedentes no cenário brasileiro

O sistema jurídico brasileiro é tradicionalmente apontado como pertencente ao *civil law*, embora já há bastante tempo existam nele instrumentos prestigiados²⁰ dentro do *common law*, aspecto já verificado desde a Constituição Republicana de 1891 que, nas palavras de Hermes Zaneti Jr., “por influência direta de Rui Barbosa, recepcionou o direito constitucional norte-americano”²¹.

A regra geral estabelecida como precedente²² permite a sua aplicação como tal, na solução de casos futuros. Trata-se do modelo de *stare decisis (et non quieta movere)*²³, que na concepção de Hermes Zaneti Jr. “*exige dois fatores*: a) sistema institucionalizado (...); b) existência de sistema de divulgação e publicação com autoridade e oficialidade das decisões”²⁴.

Apar disso, é interessante abrir um parêntese para parafrasear Hermes Zaneti Jr. que propõe classificar precedentes conforme sua força vinculativa em “i) precedentes normativos vinculantes cuja vinculatidade não obrigatória independe de existência de lei formal, é extraída da argumentação racional na interpretação/aplicação do direito horizontalmente (próprio órgão) e verticalmente (hierarquia dos órgãos, da maior para menor), dotada de presunção de cunho normativo, impugnável por recursos que apontem violação de lei²⁵, permitida a sua distinção ou superação sem quórum qualificado do caso-precedente do próprio tribunal; ii) precedentes normativos formalmente vinculantes, de vinculatidade imposta por lei e se distingue da proposta anterior pela obrigatoriedade formal (legal) de levar os casos-precedente em consideração e impossibilidade de superação por órgão de hierarquia inferior (tribunais regionais não podem superar precedentes de cortes supremas de vértice); e, *por fim*, iii) precedentes normativos formalmente vinculantes fortes, também de obrigatoriedade formal (legal) que, quando não guardada, é impugnável por recursos ou por via autônoma per saltum, mas a superação do caso-precedente só pode ser feita pelo próprio tribunal mediante quórum qualificado²⁶”^{27,28}

19 STJ REsp 1.110.549/RS – 2009/0007009-2, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 28/10/2009, S2 - Segunda Seção, Data de Publicação: DJe 14/12/2009 RSTJ vol. 217 p. 788

20 CHAVES, Marcelo Luz. Precedentes judiciais: conceitos e características, Revista ANNEP de Direito Processual: n. 2, vol. 2, art. 96, julho-dezembro/2021.

21 ZANETI JR., Hermes. A Constitucionalização do Processo. Do problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, 489 p., pp. 41

22 Daniel Mitidiero, sobre a finalidade dos precedentes. (MITIDIERO, Daniel. Processo Civil. – 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 393p., pp. 29)

23 Expressão latina, cuja tradução literal é “respeitas as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido”.

24 ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes (2015). 5ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Juspodivm, 2021, 496 p., pp. 335

25 Neste artigo, a expressão “lei” é usada como gênero, que comporta as diversas espécies normativas existentes no ordenamento jurídico

26 Vale acrescentar que os quóruns qualificados são expressamente previstos em lei, não sendo possível a ampliação das hipóteses, ao menos no cenário jurídico atual.

27 ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes (2015). 5ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Juspodivm, 2021, 496 p., pp. 359-360

28 Ainda sobre a vinculação vertical e horizontal, Mitidiero acrescenta que ela decorre do *stare decisis* umbilicalmente ligada à segurança jurídica, uma imposição da imediata “imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos” (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.

Aderindo ao pensamento do doutrinador, pode-se dizer que os precedentes são decisões que carregam os seguintes elementos: i) proferidas por órgãos especiais ou plenários das Cortes Supremas ou tribunais locais; ii) o julgamento deve ser unânime ou por maioria dos integrantes do colegiado; iii) sua origem é um caso concreto, com abstração dos elementos acidentais (pessoas, valores, tempo e lugar dos fatos), estabelecendo uma norma geral – *ratio decidendi*; iv) através das razões com grau de generalização que permita orientar casos futuros idênticos ou semelhantes²⁹.

Como o Tema 60 se estabeleceu como precedente

Voltando os olhos para o Tema 60 sob a perspectiva da exposição anterior, as perguntas que há para responder neste estudo é se ele formou um precedente³⁰ e como isso ocorreu.

a. O julgamento realizado por órgão especial

Esse ponto não é motivo de dúvidas, tampouco de controvérsias. A identificação do elemento “julgamento por órgão especial” no Tema 60 é uma tarefa que não exige esforço, já que a sua afetação decorre de expressa previsão regimental, quando o recurso seja proveniente de casos repetitivos, de caráter multitudinário.

Observa-se que o *leading case* se reveste desse elemento, já que ele foi julgado por órgão especial do Superior Tribunal de Justiça, a 2ª Seção que detém competência regimental para o julgamento da matéria³¹ sobre obrigações, ainda nos dias atuais.

b. Julgamento por maioria

A sorte do elemento seguinte não é tão óbvia. É, inclusive, natural que parem dúvidas sobre se o Tema 60 formou verdadeiramente um precedente, já que, apesar de o julgamento ter sido realizado por órgão especial, não foi unânime; de outro lado, nenhuma dificuldade haveria em se identificar o precedente quando a sua origem é uma decisão unânime. Aparentemente, a dúvida tem relação com a divergência entre o voto vencido e o voto vencedor.

Ocorreu que, depois de apresentado o voto do Ministro relator que firmou-se no sentido de suspensão das ações individuais multitudinárias, o Ministro Honildo Amaral inaugurou divergência no sentido de que “a admissibilidade por parte da titular do direito de ação à substituição processual, disciplinada na Ação Coletiva, tem natureza facultativa (...) não pode sofrer suspensão impositiva, se assim não o desejar o titular do direito material”, fundamentado na possibilidade de convivência entre ações individuais e coletivas.

Na realidade, o voto divergente se embasou nas mesmas razões do voto vencedor,

São Paulo: Revista do Tribunais, 2013 in NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. Precedentes: a mutação no ônus argumentativo. Revista CEJ, Brasília, Ano XXIII, n. 77, p. 142-146, jan./jun. 2019)

29 MITIDIERO, Daniel. *Ratio Decidendi: quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta?* [livro eletrônico] – 1ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, parte 2.1

30 Dentro da doutrina, Hermes Zaneti Jr. utiliza a terminologia de precedentes normativos formalmente vinculantes e Luiz Guilherme Marinoni usa a terminologia precedentes obrigatórios, o que nos parece se referir ao mesmo objeto.

31 De acordo com o art. 9º, II §2º c/c art. 12, X do Regimento Interno do STJ, disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>, consulta realizada em 31/12/2023 às 16hs05min. Ver também posição de Hermes Zaneti Jr., que entende que o rol do art. 927, V do CPC é cláusula aberta (ZANETI JR., Hermes. Artigos 926 a 928 do Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao novo código de processo civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1330).

para tão somente produzir um resultado diverso: vencedor e vencido justificaram seus posicionamentos no sentido da possibilidade da convivência das ações coletivas com as ações individuais, estabelecendo-se, com isso, o fenômeno da convergência mínima (necessária) – *narrowest grounds doctrine*³² – sobre os mesmos fundamentos, e nestes, o elemento que conduziu à conclusão diferente entre o Ministro relator e o Ministro convocado foi, tão somente, a inexistência de óbice à suspensão dos demais processos multitudinários, enquanto técnica de *case management*, sem interferir na análise de mérito ou de direito (material ou processual).

c. A *ratio* do Tema 60

Retomando Marinoni, o autor explica que a identificação da *ratio* passa por duas observações, uma que é a identificação dos fatos relevantes do caso e, outra, que é identificar a regra que deu a solução³³, constituindo exercício futuro da tarefa³⁴, explicado por Zaneti Jr. ao afirmar que “a *ratio decidendi* é extraída no momento da aplicação do precedente, analisando-se o caso atual, tratando-se da solução jurídica”³⁵.

O Recurso Especial 1.110.549/RS teve o provimento negado com base em entendimento que, “harmonizava a literalidade do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor com o disposto nos arts. 51, IV e §1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil”³⁶, que eram “razões necessárias e suficientes para a solução da questão devidamente particularizada do ponto de vista fático-jurídico”.³⁷ Sua especificidade e abrangência oferecem base jurídica suficiente para a tomada de decisão.

Descartados os “art. 51, IV e §1º do Código de Defesa do Consumidor, art. 122 e 166 do Código Civil; e art. 2º e 6º do Código de Processo Civil”³⁸ por serem periféricos no contexto da matéria que foi analisada, a *ratio* do caso não perde a substância e seria possível se chegar à mesma conclusão.

Sendo a sua *ratio* um fruto de ônus argumentativo formal, cujas premissas se escoram em normas previstas em lei e sem as quais se estaria diante de simples construção argumentativa racional, o Tema 60 pode ser classificado como um precedente normativo formalmente vinculante, vertical e horizontalmente, já que a matéria que dirimiu não exigia quórum qualificado, dentro da classificação proposta por Hermes Zaneti Jr.³⁹.

32 STEARNS, Maxwell. *Modeling narrowest grounds. Faculty Scholarship*, 1647, Maryland University, may/2021, vol. 89, n. 3.

33 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. [livro eletrônico] 6ª ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022, parte 2.1

34 A tarefa da identificação da *ratio* envolve sua interpretação para aplicar, para afastar ou para ampliar o seu núcleo. Nesse sentido, Marinoni explica que “a interpretação da *ratio decidendi* e que os julgados posteriores podem servir como instrumentos para o seu esclarecimento. Algo diferente ocorre quando, em razão do enfrentamento de outro caso, um julgamento posterior agrega conteúdo a *ratio decidendi*. Nesta hipótese não há interpretação da antiga *ratio*, mas formação paulatina ou incremento da *ratio*, que ganha corpo em virtude do julgamento de um novo caso. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. [livro eletrônico] 6ª ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022, parte 2.7)

35 ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes* (2015). 5ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Juspodivm, 2021, 496 p., pp. 327-328

36 Respectivamente, os artigos citados do Código de Defesa do Consumidor falam da coexistência entre ações individuais e ações coletivas, das obrigações iníquas, da coisa julgada nas ações coletivas e da litispendência entre ações individuais e ações coletivas. Já os artigos do Código Civil tratam, respectivamente de licitude de cláusulas contratuais e hipóteses de nulidade. Por fim, os artigos do Código de Processo Civil – lembrando-se que na ocasião do julgamento do Tema 60 estava em vigência o CPC/73 – tratavam do princípio da inércia de jurisdição e da legitimidade.

37 MITIDIERO, Daniel. *Ratio Decidendi: quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta?* [livro eletrônico] – 1ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, parte 1.

38 *Obiter dicta*

39 ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*

APLICAÇÃO DA *RATIO* DO TEMA 60 EM CASOS FUTUROS E A MACRO-LIDE DIVERSA: O CASO PLUMBUM E O CASO DO PISO SALARIAL

Para verificação da *ratio* não se exige que a identidade de caso necessária para a deflagração de recursos endereçados às Cortes Supremas recaia sobre os fatos delineados pelas partes e, tampouco, que seja absoluta.

Daniel Mitidiero aborda esse fenômeno em seu “Precedentes”, exemplificando com os casos *MacPherson v. Buick Motor Company* (New York Court of Appeals, 1916) e *Donoghue v. Stevenson* (House of Lords, 1932) e explica que “*neles o que realmente interessou foi o reconhecimento de um núcleo comum de fatos jurídicos essenciais (material facts) presentes nos casos comparados, não se exigindo identidade total entre os mesmos.*” E, naquele contexto, o núcleo foi a relação de consumo e produtos defeituosos.⁴⁰

Trazendo essa orientação para esta análise sobre o Tema 60, os fatos relevantes da sua formação e que podem ser extraídos de sua própria tese são i) ajuizamento de ação coletiva ligada a uma macro-lide⁴¹ geradora de processos multitudinários⁴²; e, ii) coexistência de ações individuais.

O grau de abstração e generalização dos fatos relevantes não lhes esvazia o significado jurídico, dando-lhes utilidade como uma espécie de molde vazado que possa ser aplicado a outros casos futuros a fim de que sejam identificados novamente em novas decisões, ainda que o conjunto do contexto seja outro; sobreposto esse molde em uma base maior, pressionado contra a base, somente os fatos relevantes passarão pelos furos vazados por terem o seu mesmo formato: usar esse molde vazado é atribuição, tanto das partes, quanto dos juízes, no exercício do ônus argumentativo, que nas palavras de Dierle Nunes Coelho “sofreu uma mutação, especialmente do advogado que hoje se vê incluído nas bases da argumentação jurídica processual”⁴³.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “a aplicação dos precedentes (...) exige juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de apreensão e universalização de razões e comparações entre os casos.”⁴⁴

Essa sensibilidade permitiu que a *ratio decidendi* do Tema 60 fosse aplicada em outros casos de macro-lides diversas: os Recursos Especiais 1.353.801/RS⁴⁵ e 1.525.327/PR⁴⁶.

O Recurso Especial 1.353.801/RS tratava da implementação de piso salarial

(2015). 5ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Juspodivm, 2021, 496 p., pp. 359-360

40 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [livro eletrônico] 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, parte 6.1)

41 Macro-lide corresponde a um fato ou conjunto de fatos que se caracterizam como problemas jurídicos. No caso dos poupadores, além do problema jurídico que foi a violação de seu direito material propriamente dito, também ensejou o problema jurídico de gestão dos casos: foi necessário pensar em uma medida que evitasse decisões conflitantes, otimização da aplicação dos recursos públicos e prestar-se a tutela jurisdicional adequada e tempestiva.

42 Fenômeno ligado a problemas jurídicos que desencadeiem milhares de ações individuais

43 NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Revista CEJ, Brasília, Ano XXIII, n. 77, p. 142-146, jan.-jun./2019

44 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, 1252 p., pp. 1093.

45 STJ, REsp 1.353.801/RS, Ministro Relator Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, data de julg. 14/08/2013, DJe 23/08/2013

46 STJ, REsp 1.525.327/PR, Ministro Relator Luiz Felipe Salomão, 2ª Seção, data de julg. 12/12/2018, DJe 01/03/2019

profissional nacional para professores da rede pública de ensino básico e o MPRS havia ajuizado ação civil pública nº 1.11.0246307-9⁴⁷ com essa finalidade. Paralelamente, cerca de 17.000 ações individuais com o mesmo objeto também foram ajuizadas, e a própria 2ª Turma do STJ decidiu afetar⁴⁸ o Recurso Especial 1.353.801/RS à 1ª Seção.

Já o Recurso Especial 1.525.327/PR – denominado pela doutrina como “Caso Plumbum”⁴⁹, originou-se numa ação individual com pedido de reparação de dano moral, em razão de “exposição a contaminação ambiental causada por rejeito, em níveis excessivos, de chumbo e outros dejetos de beneficiamento industrial de mineração a céu aberto” que, tendo sido proposta na pendência de duas ações civis públicas (5004891-93.2011.4.04.7000 e 2001.70.00.019.188-2), teve sua tramitação sobrestada até que as coletivas fossem julgadas.

Da mesma forma que no Tema 60, havia multiplicidade de ações individuais propostas e versando sobre a mesma questão de direito. O REsp 1.525.327/PR⁵⁰ foi afetado como recurso representativo de controvérsia, submetido à sistemática dos recursos repetitivos para julgamento da 2ª Seção. O resultado não foi outro: aplicou-se o precedente do Tema 60.

Como se vê, identifica-se ao menos 2 casos em que houve a aplicação do precedente do Tema 60, confirmando a sua natureza e sua força normativa formal vinculante.

DIÁLOGO DA COEXISTÊNCIA ENTRE AS AÇÕES INDIVIDUAIS E AS AÇÕES COLETIVAS

Falar do Tema 60 é interessante, pois é um debate que desborda um pouco da análise da formação do precedente.

Observou-se que, ao identificar a macro-lide geradora de processos multitudinários e a possibilidade de ajuizamento de ações individuais na pendência de ação coletiva (nada obstante as expressões adotadas pelo voto vencedor e pelo voto vencido sejam diferentes), o *leading case* revestiu sua fundamentação com as normas do microsistema da tutela coletiva⁵¹, ainda que o caso concreto em si se tratasse de uma ação individual. Diferente do que normalmente ocorre em função da prioridade que gozam as ações coletivas e mesmo protegendo essa priorização, a norma saiu de dentro da ação individual para gerar efeitos sobre as demais ações individuais e também sobre as ações coletivas propriamente ditas.

Quando o Tema 60 alicerçou suas razões em dispositivos normativos, especificamente os art. 81, art. 103 e art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, ele dialogou com a garantia constitucional do acesso à justiça e da inafastabilidade de jurisdição: o recurso representativo afetado não era apenas uma ação repetitiva. Ele demonstrava também a agregação de duas técnicas de gestão do sistema de justiça por coletivizar o caso com

47 TJRS ACP 1.11.0246307-9, ajuizada em face do Estado do Rio Grande do Sul.

48 STJ, REsp 1.353.801/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, data de julg. 14/08/2013, DJe 23/08/2013

49 LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 330 p., pp. 195.

50 STJ, REsp 1.525.327/PR, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, 2ª Seção, data de julg. 12/12/2018, DJe 01/03/2019

51 DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil – processo coletivo*. 11ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Juspodivm, 2017, 509p., pp. 56

a priorização da tramitação da demanda coletiva e com a formação do grupo por tornar o caso repetitivo⁵², coletivização que a autora da ação que originou o Tema 60 não tinha a percepção de que pudesse ocorrer.

Mas é de se notar que, em ocorrendo a repetição de casos num contexto em que coexistam as ações individuais e as ações coletivas – ainda que a tramitação dessas seja prioritária, se estará diante de um objetivo compartilhado da gestão da justiça – *case management*.

O que faz a técnica do Tema 60 é permitir “a suspensão dos processos individuais deve ser mantida (...) preservando-se o direito de ajuizamento da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o prosseguimento desses processos individuais”⁵³. É medida de garantia de segurança jurídica, para que casos iguais tenham solução igual, no menor espaço de tempo possível, com redução de custos e otimizando os recursos públicos: trata-se de medida escorada na proporcionalidade processual, *case management*.

RELEVÂNCIA DO TEMA 60 PARA A GESTÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA: UMA VISÃO DA PROPORCIONALIDADE PROCESSUAL E DE CASE MANAGEMENT

Destacando a complexidade intrínseca à gestão de litígios que permeia o cenário jurídico contemporâneo e, embora o Tema em questão tenha apresentado nuances de coletivização⁵⁴ do processo, verificou-se que o fenômeno que ele pretendeu desencadear trouxe consigo implicações substanciais para a administração da justiça, ao se considerar a premissa de que a justiça não se trata de uma entidade estática ou isolada, podendo-se afirmar que é uma simbiose entre direitos, sistemas e jurisdicionados, especialmente porque qualquer assunto pode se tornar uma macro-lide geradora de processos multitudinários.

Com isso, o precedente estudado criou um conceito jurídico indeterminado capaz de abrigar quaisquer casos que digam respeito a casos repetitivos muito diferentes do caso dos poupadores que, além de evidenciar o tratamento coletivo de casos repetitivos, congregou duas técnicas do microsistema de tutela coletiva⁵⁵.

52 Para Hermes Zaneti Jr., ambas as técnicas integram o microsistema da tutela coletiva conforme destaca. (ZANETI JR., Hermes. *Casos Repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes*. [livro eletrônico] SIMONS, Adrian; et al (organizadores). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, 1231 p., pp. 692. Ver também DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2016, n. 256.)

53 STJ REsp 1.110.549/RS, Min Rel. Sidney Beneti, data de julgamento 28/10/2009, DJ 14/12/2009

54 Desde a década de 70 que Barbosa Moreira indicava o caminho da coletivização dos processos e, naquela época, o autor “antevia o crescimento incessante de situações ‘em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas’, que Edilson Vitorelli referiu-se como sendo “discussões embrionárias, anteriores à aprovação da Lei de Ação Civil Pública”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil: primeira série*, in VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. pp. 22/23.

55 Hermes Zaneti Jr. defende que “sempre que possível, deverá ser escolhido um caso-paradigma, que tenha origem em uma ação coletiva, garantindo assim que, na formação da decisão e do precedente nos casos repetitivos, estejam presentes todas as garantias pensadas para a tutela dos direitos coletivos *latu sensu*, sabidamente mais amplas do ponto de vista processual que as tutelas individuais, ou seja, garantindo que será respeitado o devido processo legal para a tutela desses direitos. Parece-nos, portanto, que a combinação das técnicas das ações coletivas e dos casos repetitivos é a única forma de dar interpretação conforme à Constituição (art. 1º), garantindo o devido processo legal e evitando o retrocesso social na tutela destes direitos.” ZANETI JR., Hermes. *Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015. Comentários ao art. 928*. Rio de Janeiro, Revista Forense (Impresso), v. 421, 2015, p. 272.

Olhas para Tema 60 pode levar a acreditar que se trata de um flerte com a matéria do art. 333 do CPC – a coletivização dos litígios individuais, vetada em 2015⁵⁶. E é este ponto que cria a necessidade da análise pela abordagem coletiva, pois reunir indivíduos com interesses comuns ou lesados de maneira similar, proporciona não apenas eficiência processual, mas também uma plataforma para a expressão legítima e fortalecida das demandas coletivas, traduzida em uma dinâmica processual que transcende a mera resolução de disputas individuais, alinhando-se mais intimamente com a concepção de uma justiça focada no grupo⁵⁷ em seu todo.

Como bem observado no curso da fundamentação do Recurso Especial 1.110.549/RS, “Efetivamente o sistema processual brasileiro vem buscando soluções para os processos que repetem a mesma lide, que se caracteriza, em verdade, como uma macro-lide, pelos efeitos processuais multitudinários que produz”.⁵⁸

No entanto, não se pode subestimar os desafios inerentes a essa abordagem. A repetitividade, por sua própria natureza, exige uma reconfiguração nas estruturas tradicionais do sistema jurídico. O equilíbrio entre a eficácia do processo e a preservação dos direitos individuais é delicado e deve ser preservado, evitando-se a diluição dos princípios fundamentais do devido processo⁵⁹.

Na visão de Marcelo Abelha Rodrigues “o número de demandas no país é massivo e elevado e a técnica coletiva de repercussão individual, as ações coletivas da defesa de direito individual homogêneo, revelaram-se insuficientes.”⁶⁰ o que ele próprio parece sinalizar como sendo uma sequela do modelo individualista da regra fundamental do direito processual civil⁶¹, arrastada do CPC/73 para os dias atuais.

As circunstâncias que permearam o Tema 60 são a demonstração, ao mesmo tempo, do que o autor diz, de que o problema da pouca efetividade⁶² existe, mas ainda assim mais indica a adequação⁶³ da coletivização⁶⁴ como métodos ou critérios para o

56 Antes de ser encaminhada para a sanção presidencial, o Código de Processo Civil detinha expressa previsão de coletivização das ações individuais em seu art. 333, que recebeu a seguinte mensagem de veto: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.” Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015. Presidência da República, 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm. Acesso em 18/12/2023.

57 DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil - v. 4: processo coletivo. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. pp. 31

58 STJ REsp 1.110.549/RS, Min Rel. Sidney Beneti, data de julgamento 28/10/2009, DJ 14/12/2009

59 Partindo das lições de Humberto Ávila, percebe-se que a garantia do devido processo legal envolve o que aqui chamaremos de tratamento endoprocessual (tudo que se refere ou é praticado dentro do processo) e extraprocessual (tudo que se refere ou é praticado fora do processo e que seja a ele pertinente).

60 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Fundamentos da Tutela Coletiva. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 107

61 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública e o Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. in ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. REDP, Rio de Janeiro, Ano 11, Volume 18, nº 1, jan.-abr./2017

62 Sobre o assunto, ver também: ZANETI JR., Hermes. Processo coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção?. Civil Procedure Review. v. 10, n.2: mai-ago/2019; e, ZANETI JR. Hermes.; LINO, Daniela Bermudes. Os painéis do CNJ e os dados da efetividade das ações coletivas no Brasil. Consultor Jurídico, 20/03/2019. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2019-mar-20/opinio-dados-efetividade-aco-es-coletivas-brasil/>>, acesso em 30/04/2024

63 Bruno Dantas tece críticas a respeito da coletivização dos litígios, dando a ela contornos pejorativos como se houvesse a transferência da carga de culpa do Estado pela ineficiência para os ombros do cidadão. (DANTAS, Bruno. Jurisdição coletiva, ideologia coletivizante e direitos fundamentais, Revista de Processo, vol. 251, jan. 2016, pp. 341-358)

64 Consta em Nota Técnica do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde informa que o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público implementaram um Cadastro Nacional de Ações Coletivas – CACOL em 2011 e, na data da edição da Nota, o Cadastro contabilizava 287.896 ações coletivas em trâmite perante o Poder Judiciário nacional e 182.605 somente na Justiça Estadual. Em 1º de janeiro de 2024, esse número subiu para 307.356 federais

case management, já que as causas da pouca eficiência tem origens externas⁶⁵ e também relacionadas à morosidade do Judiciário que tem outras nuances que afetam a efetividade e que não são objeto de debate neste artigo.

O que deve ser sopesado aqui é que a pouca eficiência não é um defeito congênito das ações coletivas, até porque se o instituto em si fosse imprestável, estaria em desuso – ou pelo menos em declínio, noção referendada por Sérgio Cruz Arenhart: “o Judiciário se vale, sempre com maior intensidade, de instrumentos capazes de dar soluções coletivas a problemas individuais.”⁶⁶

Ademais, é necessário ir além da superfície da coletivização, adentrando nos meandros de casos jurídicos emblemáticos que ilustram e testam os limites dessa abordagem, já que a análise do Tema 60 não apenas ofereceu uma visão positiva e tangível dos impactos da coletivização dos litígios, mas também destacou a interseção complexa entre o coletivo e o individual no contexto jurídico para fins de gestão do sistema de justiça, tratado ostensivamente no referido precedente.

Boa parte desse efeito se deve à agregação de duas técnicas de gestão do sistema de justiça por coletivizar do caso com a priorização da tramitação da demanda coletiva e com a formação do grupo por tornar o caso repetitivo diante de um objetivo compartilhado, adotando-se a lógica direta e objetiva de que num contexto de recursos escassos não faz sentido algum julgar-se repetidas vezes o mesmo problema que, suprimidos os elementos acidentais do caso, pode ser resolvido com base em um caso que sirva como guia, como “modelo”.⁶⁷

O pensamento precisa ser direcionado para as perspectivas futuras e os desafios iminentes, já que as tendências emergentes na coletivização e seus avanços moldam o cenário jurídico ao mesmo tempo em que ainda são alvos de severas críticas⁶⁸ por parte da doutrina, provocando debates sobre as implicações teóricas e práticas da coletivização que incitam reflexões aprofundadas sobre os limites éticos dessa abordagem.

e 196.595 Estaduais e os 3 assuntos mais demandados são o dano ambiental, obrigações e dano ao erário, sendo que dentro da categoria das obrigações existem 232 ações coletivas que tratam dos planos econômicos distribuídas entre as etiquetadas como direito do consumidor e direito administrativo. (Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=1d54bc4d-81c7-45ae-b110-7794758c17b2&sheet=87f1a661-cf86-4bda-afe4-61dfc6778cd4&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel> Acessado em 04 de Jun/2022, in TJSP, Nota Técnica 01/2023, Centro de Inteligência, 12/04/2023, disponível em <https://www.tjsp.jus.br/Download/CentroInteligencia/NotasTecnicas.pdf>, consulta realizada em 22/09/2023). Ver também Painel do CNJ Disponível em <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=1d54bc4d-81c7-45ae-b110-7794758c17b2&sheet=87f1a661-cf86-4bda-afe4-61dfc6778cd4&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel>, consulta realizada em 1º de janeiro de 2024.

65 Remetem à problemas de origem panprocessuais, ou seja, de questões externas ao processo em si, mas afetam na sua tramitação e no bom desempenho das decisões judiciais.

66 ARENHART, Sérgio Cruz. O regime da prescrição nas ações coletivas. Disponível em https://www.academia.edu/219170/O_regime_da_prescri%C3%A7%C3%A3o_em_a%C3%A7%C3%B5es_coletivas, Academia.edu, consulta realizada em 03/10/2023 às 08hs25min.

67 Para Hermes Zaneti Jr. não se trataria de estabelecer um caso-modelo e tampouco o caso-piloto seria a técnica usada no Tema 60. Na visão do doutrinador, este tem mais relação com a ideia de prejudicialidade externa e proporcionalidade processual, enquanto que o caso-modelo e caso-piloto são discussões referentes aos casos repetitivos – IRDR e REER, não dizendo respeito à relação entre processos coletivos e processos individuais.

68 A exemplo de Bruno Dantas (DANTAS, Bruno. *Jurisdição coletiva, ideologia coletivizante e direitos fundamentais*, Revista de Processo, vol. 251, jan.2016, pp. 341-358) e Marcelo Abelha (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da Tutela Coletiva*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 107).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formação de precedente desempenha um papel crucial na garantia da estabilidade, integridade, coerência e unidade do direito, o que, sob a égide do *stare decisis*.

O Brasil é um país com dimensões continentais e população integrada por indivíduos de raças, culturas e crenças tão diversificadas que não somente povoam as fileiras dos jurisdicionados, mas também são as mesmas pessoas que ocupam as cadeiras do Poder Judiciário; manter uma linha coerente é um desafio constante, dada a complexidade dessas questões envolvidas.

Há de se ter em mente que a aplicação consistente do *stare decisis* objetiva mitigar possíveis variações interpretativas, natural da diversidade de pensamentos, promovendo normas consistentes e unificadas, guardando as atribuições dos tribunais brasileiros conforme sugerido por Mitidiero⁶⁹ no sentido de que “as Cortes Supremas devem dar unidade ao direito enquanto que uniformizar é tarefa das Cortes de Justiça, que têm o dever de controlar a justiça da decisão de todos os casos a elas dirigidos”.

O Tema 60 surgiu como ferramenta essencial para conferir segurança jurídica às situações onde coexistem ações coletivas e ações individuais versando sobre uma mesma matéria de direito, estabelecendo uma base firme para a previsibilidade e permitindo que os jurisdicionados antecipem as consequências do ajuizamento de ações individuais na pendência de ações coletivas que tenham no seu objeto uma macro-lide geradora de demandas multitudinárias.

A análise *leading case* leva à conclusão que ele formou um precedente normativo formalmente vinculante, seja porque a questão apreciada foi julgada por órgão especial do Superior Tribunal de Justiça não configurada hipótese legal de formação de quórum qualificado, seja porque foi afetada como caso repetitivo representativo de controvérsia, seja porque estabeleceu razões suficientes sobre a *ratio decidendi* – *narrowest grounds doctrine*.

A *ratio decidendi* formada foi aplicada posteriormente a dois outros casos distintos, para dirimir a questão de direito relativa ao sobrestamento do andamento das ações individuais enquanto as ações coletivas que tivessem o mesmo objeto tramitassem prioritariamente⁷⁰.

Ressalta-se que outros fundamentos do *leading case* deixaram claro que o Superior Tribunal de Justiça não estavam negando vigência ao artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor ou à garantia constitucional da inafastabilidade de jurisdição.

Finalmente, a análise do Tema 60 permitiu compreender que é possível a adoção (ou configuração) de mais de uma técnica de agregação de litígios em um mesmo caso.

69 MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [livro eletrônico] 4ª ed. rev. e amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, parte 3.

70 Hipótese de configuração de prejudicialidade externa, conforme previsto no art. 313, V do CPC – Hermes Zaneti Jr. menciona que a norma do referido dispositivo legal se justifica para evitar retrabalho (técnica de gestão processual para evitar repetitividade de casos com risco de decisões contraditórias).

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz. **O regime da prescrição nas ações coletivas**. Disponível em https://www.academia.edu/219170/O_regime_da_prescri%C3%A7%C3%A3o_em_a%C3%A7%C3%B5es_coletivas, Academia.edu, consulta realizada em 03/10/2023 às 08hs25min.
- CHAVES, Marcelo Luz. **Precedentes judiciais: conceitos e características**. Revista ANNEP de Direito Processual: n. 2, vol. 2, art. 96, julho-dezembro/2021.
- DANTAS, Bruno. **Jurisdição coletiva, ideologia coletivizante e direitos fundamentais**. Revista de Processo, vol. 251, jan.2016, pp. 341-358
- DIDIER JR. Fredie. **Conceitos fundamentais do sistema de precedentes judiciais**. 2020, in XVI Fórum Jurídico da UNIPAM, disponível em https://www.youtube.com/watch?v=_mTxqEYKcl8, consulta realizada em 22/12/2023 às 23hs13min.
- DIDIER JR. Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro**. Revista CEPEJ: Salvador, n. 8, p. 41–55, jul-dez/2007.
- DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no Direito brasileiro: aproximações e distinções**. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2016, n. 256.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil – processo coletivo**. 11ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Juspodivm, 2017, 509 p.
- LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. **Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, 330 p., pp. 195.
- MACCORMICK, Neil. **Why Cases Have Rationes and What These Are**. In: Goldstein, Laurence (coord.), *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 170. In: MITIDIERO, Daniel. *Ratio Decidendi: quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta?* – 1ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023 [livro eletrônico].
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 6ª ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022. (Razões para seguir os precedentes)
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, 1252 p.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013 in NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Revista CEJ, Brasília, Ano XXIII, n. 77, p. 142-146, jan./jun. 2019
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. [livro eletrônico] 4ª ed. rev. e amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil**. – 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 393p.

MITIDIERO, Daniel. **Ratio Decidendi: quando uma questão é idêntica, semelhante ou distinta?** [livro eletrônico] São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

NUNES, Dierle; VIANA, Aurélio. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo.** Revista CEJ, Brasília, Ano XXIII, n. 77, p. 142-146, jan./jun. 2019

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da Tutela Coletiva.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2017

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública e o Meio Ambiente.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. in ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. *Do processo coletivo das ações coletivas ao processo coletivo dos casos repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro.* REDP, Rio de Janeiro, Ano 11, Volume 18, nº 1, jan.-abr./2017

STEARNS, Maxwell. **Modeling narrowest grounds.** Faculty Scholarship, 1647, Maryland University, may/2021, vol. 89, n. 3.

STJ. Regimento Interno. disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>, consulta realizada em 31/12/2023 às 16hs05min.

STJ, REsp 1.110.549/RS, Relator Ministro Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 28/10/2009, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 14/12/2009 RSTJ vol. 217 p. 788

STJ, REsp 1.353.801/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, data de julg. 14/08/2013, DJe 23/08/2013

STJ. REsp 1.525.327/PR, Relator Ministro Luiz Felipe Salomão, 2ª Seção, data de julg. 12/12/2018, DJe 01/03/2019

TARUFFO, Michele. **Dimensioni del precedente giudiziario.** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Vol. 48. n. 2. Milano: Giuffrè, 1994.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Revista de Processo, vol. 199, p. 139, set.2011.

TJRS, Ofício Circular 318/2007, expedido pelos Juízes de Direito da 15ª e da 16ª Varas Cíveis do Foro Central de Porto Alegre

TJSP, *Nota Técnica 01/2023*, Centro de Inteligência, 12/04/2023, disponível em <https://www.tjsp.jus.br/Download/CentroInteligencia/NotasTecnicas.pdf>, consulta realizada em 22/09/2023.

THEODORO JR., Humberto. *Precedentes - A mutação do ônus argumentativo.* Rio de Janeiro, Forense, 2018

WATANABE, Kazuo. *Tutela jurisdicional de interesses difusos: legitimação para agir.* In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) *A tutela dos interesses difusos: doutrina, jurisprudência e trabalhos forenses.* São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 85. in VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo.* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. pp. 22/23.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo.* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

- ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015*. 3ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, 489 p.
- ZANETI JR., Hermes. *Artigos 926 a 928 do Código de Processo Civil*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1330
- ZANETI JR., Hermes. *Casos Repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes*. [livro eletrônico] SIMONS, Adrian; *et al* (organizadores). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, 1231 p., pp. 685-696.
- ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes* (2015). 5ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Juspodivm, 2021, 496 p.
- ZANETI JR. Hermes.; LINO, Daniela Bermudes. *Os painéis do CNJ e os dados da efetividade das ações coletivas no Brasil*. Consultor Jurídico, 20/03/2019. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2019-mar-20/opiniao-dados-efetividade-acoes-coletivas-brasil/>>, acesso em 30/04/2024
- ZANETI JR., Hermes. *Processo coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção?*. Civil Procedure Review. v. 10, n.2: mai-ago/2019.

O devido processo legal e o IRDR

The due process of law and the IRDR

Stella Reis Schneider

Mestranda em Direito Processual pela UFES. Pós-graduada latu sensu – Especialista em Direito Empresarial pela FGV, Pós-graduada latu sensu – Especialista em Direito Societário pela FGV, Pós-graduada latu sensu – Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva/ANAMAGES, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sete Lagoas. Assessora de juiz no TJES. Advogada e Consultora Jurídica (2005, licenciada em 2023). Procuradora do Município de Sete Lagoas/MG de 2005 a 2008, Diretora do Departamento de Redação e Legislação, Diretora do Departamento de Execuções Fiscais e Corregedora Geral do Município no biênio 2007/2008

RESUMO

O objetivo do presente artigo consiste em analisar o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), e observar se ele tem aptidão para se revestir do devido processo legal enquanto técnica de agregação de litígios. Para tanto, é apresentado um conciso histórico do IRDR, com subsequente exposição sobre o devido processo legal e o ambiente doutrinário e legal que lhes dá base. Ao final, os dois institutos são conjugados para verificar o objeto proposto.

Palavras-chave: IRDR; casos repetitivos; agregação de litígios; devido processo legal.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the Incident of Resolution of Repetitive Claims (IRDR) and assess its aptitude to adhere to due process while serving as a technique for aggregating disputes. To achieve this, a concise history of IRDR is presented, followed by an exposition on due process and the doctrinal and legal framework that underpins them. In conclusion, the two institutions are brought together to examine the proposed subject.

Keywords: IRDR; repetitive claims; aggregation of disputes; due process of law.



INTRODUÇÃO

Objetivando otimizar a gestão do sistema de justiça, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – ou, simplesmente, IRDR – foi introduzido no ordenamento brasileiro com viés pragmático e pretensamente solucionador daquilo que se revelou como um dos maiores desafios do Poder Judiciário: a litigiosidade em massa.

Um exemplo notável dessa avalanche de litigiosidade é o caso dos poupadores, que entre o final da década de 80 e o início da década de 90, se viram prejudicados pelos planos econômicos¹ lançados pelos governos de cada período, que visavam conter os estratosféricos índices inflacionários então vigentes².

Nesse aspecto, a doutrina aponta no sentido de que a tutela individual de interesses pelo Poder Judiciário vem se revelando insuficiente para tratar essa massificação dos litígios, fazendo com que a prestação jurisdicional se tornasse ineficiente e pouco efetiva.

Parte da doutrina, aliás, entende que a própria tutela coletiva não responde eficientemente à essa massificação desencadeada pela repetitividade dos casos³ e se percebe que a coletivização é um fenômeno que tende a crescer cada vez mais e a ocupar cada vez mais espaço dentro do sistema de justiça, nada obstante dispositivo específico do Código de Processo Civil tenha recebido veto à época de sua edição: a matéria do art. 333 do CPC⁴.

Em sentido contrário ao referido veto, foi criado um microsistema de casos repetitivos no CPC, dentro do qual se insere o IRDR e, sobre ele, muito se escreveu e se tem escrito. Naturalmente, há críticas⁵ e há aqueles que tem na técnica uma expectativa alvissareira de que importantes garantias do jurisdicionado sejam atendidas e, todavia, sem fechar os olhos para o risco inerente das “inovações”, embora sejam notórios vários benefícios que o IRDR traz com a sua aplicação, subsiste a indagação genuína se o instituto atende aos postulados do devido processo legal.

¹ Plano Bresser (1987), o Plano Verão (1989), o Plano Collor I (1990) e o Plano Collor II (1991). Nessa ordem, tais planos geraram prejuízos aos poupadores tinham saldo em poupança em 1987; saldo em poupança entre 1 e 15 de janeiro até a remuneração do mês seguinte; saldo em poupança com aniversário a entre os dias 16 e 30, de valor inferior a NCz\$ 50 mil e aniversário na segunda quinzena de abril/1990 e abril e maio/1990; e, saldo em poupança com aniversário entre 1º e 31 de janeiro/1991.

² SCHNEIDER, Stella Reis. *O precedente do tema 60 do STJ: suspensão dos processos individuais durante a pendência de ação coletiva de idêntico objeto*. Direito Contemporâneo: desafios e possibilidades. Ponta Grossa: Editora AYA, 2024.

³ Na visão do Professor Marcelo Abelha Rodrigues “É fato, incontestado, documentado e revelado pelo número de demandas individuais de massa em trâmite no nosso país, que depois de 25 anos de vigência, a técnica coletiva de repercussão individual, as famosas ações coletivas para a defesa de direito individual homogêneos, não foram eficientes no alcance do objetivo a que se propunham.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da Tutela Coletiva*, 2017, p. 107).

⁴ Antes de ser encaminhada para a sanção presidencial, o Código de Processo Civil detinha expressa previsão de coletivização das ações individuais em seu art. 333, que recebeu a seguinte mensagem de veto: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.” Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015. Presidência da República, 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm. Acesso em 18/12/2023.

⁵ Além de Marcelo Abelha, Georges Abboud parece também ver as técnicas de agregação de litígios com certo ceticismo. (ABBOUD Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório*. Revista de Processo, vol. 240, 2015, p. 221-242). Aqui discorda-se, respeitosamente, especialmente dos pontos abordados por Abboud, e referenda-se os motivos de discordância assinalados por Sofia Temer TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, 6. ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2023, 335 p., pp. 248-255.

Buscar-se-á apresentar, neste estudo, as visões doutrinárias que se entende como as que mais se destacam sobre o tema e de preleção para este debate, inaugurando-se a exposição com os pontos mais relevantes e já trabalhados anteriormente pelos autores citados, a respeito da origem, conceito, posituação e distinções necessárias à compreensão e precisa localização do IRDR no contexto do sistema processual pátrio, identificando-se os sujeitos vinculados à *ratio* de seu julgamento e o seu viés constitucional.

Na sequência, abordar-se-á o devido processo legal e, no encerramento, posicionar o IRDR em sua moldura.

O objetivo, evidentemente, não é esgotar o assunto – tampouco “inventar a roda” – já que existe sólida doutrina a seu respeito que pavimenta o caminho para os estudos. Como já afirmou Hermes Zaneti Jr., “o discurso teórico exerce sobre a dogmática um papel crítico e impõe um projeto a ser seguido”⁶ e as breves linhas deste artigo trazem singelas provocações que permitam visualizar, ao menos nesse momento de análise, o tema proposto.

O IRDR

Noções propedêuticas

Assim como a *Group Litigation Order* da Inglaterra, é possível dizer que o IRDR é um descendente do *Musterverfahren*⁷ alemão.

O legislador pátrio inseriu a origem do IRDR na exposição de motivos do anteprojeto de lei do Código de Processo Civil⁸ e, parafraseando a Comissão:

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito⁹.

6 ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, 489 p., pp. 475.

7 TEMER, Sofia Orberg; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo. vol. 243. p. 283 - 331. São Paulo: Ed. RT, 2015. *Aparentemente existe divergência a respeito da origem da técnica de agrupamento de litígios, sendo que Hermes Zaneti Jr. entende que seu precursor foi a Group Litigation Order introduzida no ordenamento inglês em 2000, partindo das reformas do código de processo civil de 1998 (ZANETI JR., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, n. 7, jan./jun. 2018. 286 p.)* Por hora, adotaremos os a posição de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes que entende que a técnica em questão já era positivada na esfera administrativa alemã desde o início da década de 1990, sendo que a Suprema Corte Alemã declarou a constitucionalidade do procedimento em 1980 relativamente à litigância massiva ocorrida em relação à construção do aeroporto de Munique, fazendo uma pequena síntese: “O Tribunal Administrativo de Munique, diante de 5.724 reclamações, resolveu inovar, selecionando 30 casos considerados representativos (modelo) da controvérsia, suspendendo os demais até o julgamento destes Musterverfahren (procedimentos modelo), cujo entendimento foi aplicado a todos os processos pendentes. A iniciativa do Tribunal de Munique provocou grande controvérsia jurídica, tendo em vista a falta de previsão, na Verwaltungsgerichtsordnung (Estatuto da Justiça Administrativa), do procedimento adotado. No entanto, a Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional) decidiu, em 1980, pela constitucionalidade da prática estabelecida. Como decorrência, o legislador alemão, ao editar nova versão do Estatuto da Justiça Administrativa (Verwaltungsgerichtsordnung), em 1991, incorporou dispositivos, dentre os quais o parágrafo 93º, com a previsão do Musterverfahren.”

8 Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil, Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, [2010]. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 06.jul.2023.

9 Tais medidas refletem, sem dúvida, a tendência de coletivização do processo, assim explicada por Rodolfo De Camargo Mancuso: “Desde o último quartel do século passado, foi tomando vulto o fenômeno da ‘coletivização’ dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentalizar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas. Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal (arts. 5o, XXI; LXX,

Nada obstante, a doutrina nacional aponta ser fundamental para o estudo do IRDR a compreensão da *Group Litigation Order* (GLO)¹⁰, que protagonizou a tutela dos direitos coletivos na Inglaterra exatamente com o olhar voltado para a eficiência da gestão processual¹¹ (*case management*), porquanto seja esse aspecto um dos principais fatores que motivaram a criação de um instrumento no ordenamento jurídico pátrio com aptidão de lidar com as demandas repetitivas resultantes da massificação e da homogeneização exponencial das relações jurídicas, aplicando-se-lhes “prestação jurisdicional isonômica e previsível”¹².

Com efeito, o IRDR foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição do Código de Processo Civil em vigência¹³ em 2015, tratado no art. 928¹⁴ e no art. 976 até o art. 987 e “assumiu características de alguns dos institutos já vigentes sob a égide do CPC/1973, notadamente dos recursos especial e extraordinário repetitivos, adaptando-se à realidade brasileira”¹⁵.

Inaugurando a exposição da tendência do pensamento doutrinário, o IRDR vem sendo tratado como a “complementação e o reforço da eficiência do julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, no juízo de primeiro grau e dos demais recursos extraordinários ou especiais”¹⁶.

E paralelamente ao fato de o IRDR se tratar de uma técnica de tutela coletiva de litígios agregados *opt in*¹⁷, ele também está inserido no contexto dos casos repetitivos¹⁸, mas

‘b’; LXXIII; 129, III) como na legislação processual extravagante, empolgando segmentos sociais de largo espectro: consumidores, infância e juventude; deficientes físicos; investidores no mercado de capitais; idosos; torcedores de modalidades desportivas, etc. Logo se tornou evidente (e premente) a necessidade da oferta de novos instrumentos capazes de recepcionar esses conflitos assim potencializado, seja em função do número expressivo (ou mesmo indeterminado) dos sujeitos concernentes, seja em função da indivisibilidade do objeto litigioso, que o torna insuscetível de partição e fruição por um titular exclusivo” (A resolução de conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 379-380).

10 ZANETI JR., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, n. 7, jan./jun. 2018. 286 p.

11 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 577.

12 TEMER, Sofia Orberg; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. vol. 243. p. 283 - 331. São Paulo: Ed. RT, 2015.

13 Deve ser observado que, decorridos mais de 8 anos desde a publicação da lei 13.105 em 17 de março de 2015 no DOU – Diário Oficial da União, e, portanto, aqui abandonaremos o uso de expressões como NCPD, ou Novo Código de Processo Civil ou até mesmo CPC/15.

14 O art. 928 estabelece premissas dogmáticas acerca da existência do microsistema do processo coletivo dos casos repetitivos, ao afirmar que a decisão proferida no IRDR, no recurso especial e no recurso extraordinário repetitivos “considera-se julgamento de casos repetitivos” e que o seu objeto é a questão de direito material ou processual.

15 TEMER, Sofia Orberg; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. vol. 243. p. 283 - 331. São Paulo: Ed. RT, 2015.

16 BRASIL, Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil, Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, [2010]. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 06.jul.2023.

17 A doutrina de Hermes Zaneti Jr. expõe que o IRDR se trata de uma técnica de tutela coletiva de litígios agregados *opt in*, no sentido de que “somente serão beneficiados e prejudicados pela ação aqueles titulares de Direito material que houverem proposto a demanda individual” e “aqueles grupos titulares de direitos individuais homogêneos, difusos ou coletivos em sentido estrito caso existam ações coletivas que veiculem a mesma tese jurídica geral”, diferenciando-a da tradicional tutela coletiva brasileira que é *opt out* já que nesta “todos os membros do grupo serão beneficiados, independentemente de terem ajuizado a ação”. (ZANETI JR., Hermes. Os casos repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes no CPC/2015. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, n. 7, jan./jun. 2018. 286 p. e ZANETI JR., Hermes, Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015. Comentários ao art. 928. Revista Forense (impresso), Rio de Janeiro, v. 421, fev.-jun./2015, p. 271.)

18 Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr. tratam como se fosse modelo ou microsistema, uma espécie de tutela coletiva

isso não o confunde com os recursos repetitivos em si^{19,20,21} e nem faz dele um braço dos precedentes. Essa distinção é fundamental para que não se caia na tentação de concluir que o IRDR seria uma espécie de precedente ou que teria o precedente como precípua finalidade.

Hermes Zaneti Jr. aponta que a circunstância do IRDR integrar o modelo²² dos casos repetitivos:

Impede, inclusive, que seja analisado individualmente sem a análise conjunta com recurso extraordinário, recurso especial e recurso de revista repetitivos, respectivamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho²³.

Marinoni²⁴ afirma que “um precedente fixa o sentido do direito, enquanto uma decisão resolve uma questão de direito e tem eficácia em relação àqueles que têm seus direitos discutidos, tornando-se necessário distinguir precedente de coisa julgada”, o que leva a entender que os precedentes guardam função interpretativa da lei, enquanto que o IRDR (e os casos repetitivos em geral) julga o próprio mérito do direito material ou processual, dizendo se ele é aplicável ou não no caso concreto subjacente e a todos os demais sobrestados ou pendentes (tramitando).

De fato, é inexorável que o estudo do IRDR pouse sobre os conceitos e distinções tratados neste capítulo de forma concisa, já que se tratam de premissas que permitem destacá-lo das demais tutelas coletivas, ao mesmo tempo em que esteja inserido no microsistema de casos repetitivos.

Como técnica de tutela de litígios agregados, é necessário que estejam estabelecidos os conceitos dos elementos que permitirão a vinculação dos casos repetitivos pendentes e futuros.

A quem o IRDR vincula

O IRDR fixa tese²⁵, valendo abrir um parêntese sobre o tema dos precedentes, em especial pelo fato de o IRDR estar inserido no microsistema de técnica de solução de casos repetitivos, chama atenção o fato de que o efeito vinculante já era um elemento consolidado no ordenamento jurídico pátrio muito antes da edição do Código de Processo Civil.

Ao tratar o tema dos precedentes no seu: “*A constitucionalização do processo*”²⁶,

19 ZANETI JR., Hermes, *Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015. Comentários ao art. 928. Revista Forense (impresso), Rio de Janeiro, v. 421, fev.-jun./2015.*

20 CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários aos art. 976, in Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª ed., coord. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1440) É possível observar dos comentários de Antônio do Passo Cabral que o IRDR se afasta dos recursos repetitivos em sua natureza, conquanto estes sejam vias de impugnação de decisões, e o IRDR é a provocação para obtenção de uma decisão.*

21 DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Conceito de processo jurisdicional coletivo. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2014, v. 229, p. 273-280.*

22 Fredie Didier trata o mesmo assunto como microsistema.

23 *Enunciado 345 FPPC. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.*

24 MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente. 3. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p.24.*

25 TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas, 6. ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2023, 335 p., pp. 69.*

26 ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.*

Zaneti Jr. explica que “o princípio da universalização das decisões (...) e a vinculação horizontal dos próprios órgãos de decisão aos seus precedentes, como premissas principais do modelo de precedentes se instalou dogmaticamente no Brasil”²⁷.

Não obstante o IRDR não se confunda com o conceito de precedente (embora tenha potencial para produzir um), a técnica parece guardar semelhança no aspecto do alcance de sua vinculação²⁸, pois a tese extraída do IRDR repercute em dois panoramas que aqui toma-se a liberdade de designar como sendo eles o da vertical-horizontalidade (institucional) e o da horizontalidade (subjéctiva) do IRDR.

Institucionalmente falando, a vertical-horizontalidade do IRDR vinculará os órgãos de mesma instância e de instância inferior exclusivamente dentro do próprio tribunal que fixou sua tese – podendo ter valor persuasivo em outros tribunais²⁹, obedecidos os critérios da territorialidade e material, resultando que a conclusão extraída de um IRDR se torna de observância obrigatória aos magistrados que tem dever de aplicá-la quando verificarem o litígio submetido ao seu crivo se amolda à tese firmada. Por ora, pode-se ser assim esquematizada:

- a) Turmas de Uniformização dos Juizados Especiais que vincularão a jurisdição hierarquicamente inferior a elas;
- b) Tribunais que vincularão a jurisdição hierarquicamente inferior a eles, inclusive os Juizados Especiais;
- c) Tribunais Superiores no que tange os casos de sua competência recursal ordinária e de competência originária, sendo este uma exceção aos critérios da fixação de competência, em face do carácter nacional da vinculação decorrente de seus julgados.

A competência dos Tribunais Superiores para instaurar IRDR não é pacificada na doutrina. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha defendem ser cabível a instauração e processamento do IRDR³⁰, no exercício originário da jurisdição; no sentido contrário, Luiz Henrique Volpe Camargo³¹, Fábio Victor da Fonte Monnerat³² (e o Supremo Tribunal Federal³³) entendem que elas “reserva-se a resolução de recursos extraordinários repetitivos que, conjugado com a repercussão geral, (...) selecionadas demandas de maior envergadura para formação de pautas de condutas vinculantes às instituições do sistema de justiça.”

27 ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 397.

28 Hermes Zaneti Jr. entende que é justamente esse o ponto no qual repousa a diferença entre IRDR e o conceito de precedente. Aparentemente o autor se refere a aspectos dogmáticos e a compreensão está na leitura conjunta de seus “O valor vinculante dos precedentes” e “A constitucionalização do processo”.

29 TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, 6. ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2023, 335 p., 248-255 pp.

30 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil – Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*, vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2016, 13. Ed., pp. 630/631.

31 VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique. *A centralização de processo como etapa necessária do incidente de resolução de demandas repetitivas. Tese de Doutorado em Direito – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2017, pp. 123/124.*

32 MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Súmulas e precedentes qualificados*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 331.

33 STF, Pet 8245/AM, Relator Ministro Presidente, data de julg. 11/10/2019, DJe 224 de 14/10/2019

No que tange à vinculação^{34,35} horizontal pura e simples, o mesmo resultado do IRDR vincula a todos os jurisdicionados que apresentarem seu caso ao Poder Judiciário, desde que esse caso consista em idêntica demanda, configure um litígio repetitivo e quando não existir ainda tese firmada que já tenha dirimido adequadamente a questão de direito veiculada; do contrário, haverá instauração de IRDR.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Geralmente a doutrina associa devido processo legal como tradução ou sinônimo de *due process of law*, que tem origem em uma modificação da Magna Carta realizada em 1354 quando a cláusula foi transportada para o número 29³⁶. Eduardo Couture³⁷ explica ter havido um equívoco de tradução da expressão *due process* que conduziu à conhecida expressão *processo devido*; entretanto, segundo o autor, ela se refere à forma – procedimento devido, ou *como ser/existir/praticar* – que o processo deve ter garantida; devido, em verdade, no sentido de forma e conteúdo mínimos.

Apesar de tradicionalmente o Brasil ser referenciado como um país integrante do sistema *civil law*, não há como negligenciar sua comunhão com o *common law*.

No âmbito do *civil law*, Vitorelli³⁸ dá destaque para a Assembleia Constituinte de 1790 na França que se valia a eletividade dos juízes, júri popular e “desformalismo” do sistema processual; ao *faire Verfahrensführung* na Alemanha, que se assentou na tríade informação-participação-proteção; e à proposta de Osvaldo Alfredo Gozaíni que afirma que os elementos substanciais do devido processo passam pelo direito do acesso irrestrito à justiça, com a efetiva participação e produção de provas, representação por um advogado e sentença motivada que corresponde à solução dentro da razoável duração.

Os traços do hibridismo³⁹ são notórios e o conteúdo do devido processo⁴⁰ é um dos que mais marca já que os elementos⁴¹ apontados por Friendly⁴² estão inseridos no contexto cultural jurídico do país – são os princípios que, na visão de Humberto Ávila, “tem no processo um instrumento para sua promoção, acaso algum comportamento inadequado, desnecessário, desproporcional ou irrazoável, os restringir”⁴³.

34 TEMER, Sofia Orberg; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. vol. 243. p. 283 - 331. São Paulo: Ed. RT, 2015.

35 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 474

36 VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 679 p., pp. 142-143.

37 COUTURE, Eduardo Juan. *Las garantías constitucionales del proceso civil*. In *Estudios de derecho procesal civil*, t. I. Buenos Aires: EDIAR, 1948, 542 p., pp. 58-59

38 VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 679 p., pp. 166-169

39 O hibridismo se refere ao paradoxo metodológico proposto por Hermes Zaneti Jr., “entendido como uma contraposição lógica de tradições jurídicas, consiste em termos adotado, ao lado da tradição constitucional norte-americana, a tradição processual civil da Europa continental, essa mais notadamente em 1973, com o Código Buzaid”. (ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, 489 p., pp. 51.)

40 Daniel Mitidiero informa que o “*due process* serviu de base para a construção do *giusto processo* italiano, cuja influência no processo civil brasileiro é igualmente notória. Tudo isso formou um caldo de cultura que tornou essa confluência possível”. (MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 393 p., pp. 109)

41 MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 393 p., pp. 108

42 FRIENDLY, Henry. *Some kind of hearing*. *University of Pensilvania Law Review*, n. 123, 1975, 51 p., pp. 1279-1304

43 ÁVILA, Humberto. *O que é devido processo legal?* In *Revista de processo*, nº 163. São Paulo: RT, 2008. p. 50-59.

Logicamente, tal visão passa pelo filtro da constitucionalidade, norma primordial da inserida no próprio Código de Processo Civil, positivada no seu art. 1^o⁴⁴, é lente obrigatória sob⁴⁵ a qual o processo deverá ser concebido, recebido e resolvido: “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Diversas foram as propostas de preenchimento do devido processo legal e até a sua conceituação a partir disso, e, há consenso na doutrina a respeito das perspectivas: em sentido substancial do devido processo, Nelson Nery Jr. afirma que o “*due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico”.⁴⁶

Na perspectiva processual, o autor adota também a proposta de devido processo de Friendly, afirmando que “bastaria que a CRFB/88 expusesse explicitamente o devido processo em seu texto, que teria economizado tantos outros dispositivos”⁴⁷, e arremata⁴⁸:

A amplitude da cláusula devido processo legal tornaria desnecessária qualquer outra dogmatização principiológica relativamente ao processo civil. Nada obstante, é importante fixarem-se os critérios de incidência do princípio em suas variegadas manifestações, notadamente no que respeita os limites dessa incidência, de sorte a não tornar os direitos e garantias fundamentais como direitos absolutos, oponíveis a tudo e a todos, pois tal irrestringibilidade não se coaduna com o estado de direito e nem atende ao interesse público.

Em sua dissertação de Mestrado, Paula Sarno⁴⁹ observou a mesma lacuna da cláusula *due process of law* e que a dificuldade dos tribunais brasileiros em conceituá-la é uma herança da influência da Suprema Corte norte-americana e afirma que há tendências de se adaptar as exigências a cada caso concreto, permitindo maior amplitude, adequação e justiça.

Essa leitura remete à flexibilidade do Código de Processo Civil apontada por Hermes Zaneti Jr. que alerta que “em reconhecimento da adequação não há quebra do ideal de segurança jurídica”. De acordo com o autor a flexibilidade seria uma garantida dada pelo próprio legislador ao juiz (art. 139, IV e VI, art 327 §2º e art. 1.049) como “técnicas jurídicas que exigem densificação”⁵⁰, o que conduz à conclusão de que não há uma forma estanque do devido processo legal. Não pode ser entendido como um pote em que se coloca conteúdos específicos e depois o lacra hermeticamente impedindo a oxigenação – flexibilidade –necessária para que o devido processo legal possa se moldar conforme o tipo de processo que é manejado, já que diferentes tipos de processos encerram conteúdos de garantias diferentes ou, senão, ao menos ensejam forma diferente de tratar tais garantias.

44 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, 1252 p.

45 BUENO, C. S., O “modelo constitucional do Direito Processual Civil”: Um paradigma necessário de estudo de Direito Processual Civil e Algumas de suas Aplicações, Disponível em <http://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/016.pdf>. Acesso em: 04.jul.2023.

46 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 13ª ed. São Paulo: RT, 2017, pp. 40

47 Op. cit. pp. 42

48 Op. cit. pp. 43

49 BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares* Dissertação [Mestrado em Direito] – Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2007, 234 p., pp. 156-158

50 ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, 489 p., p. 350-351.

Por exemplo, o mandado de segurança, que embora não seja dotado de uma tradicional fase de instrução, ele deve ter sua petição inicial instruída com prova documental da violação alegada – o indeferimento posterior de produção de outras provas não viola o devido processo legal, já que essa forma do mandado de segurança corresponde ao processo devido. Outro exemplo, é o IRDR, que dá cadência a este estudo, que também tem seu devido processo (ou devido procedimento): daí falar-se da flexibilidade⁵¹ e da aparentemente propositada lacuna de conteúdo do devido processo legal.

Todos os autores citados concordam que o devido processo legal deve se revestir, ao menos, do contraditório e ampla defesa, o juiz deve ser natural, deve haver tratamento igualitário entre as partes, e os atos praticados observando a proporcionalidade⁵² e razoabilidade - conteúdos mínimos cujo resguardo é de observância obrigatória (garantias constitucionais), levando a crer que, eventualmente se o caso concreto necessitar de outras garantias (ou *supressão* de alguma⁵³), o devido processo é aberto para admitir a adoção de outras medidas que tenham aptidão de garantir a melhor defesa do interesse tutelado.

UMA ANÁLISE DO IRDR SOB A LENTE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Estabelecidas as premissas, tem-se base suficiente para um ensaio expositivo sobre se o IRDR se reveste do devido processo legal (respeitadas as vozes críticas⁵⁴).

Cássio Scarpinella aponta que “acerta o CPC de 2015 ao reconhecer, como faz no parágrafo único do art. 928, a pertinência das discussões materiais e processuais no âmbito dos casos repetitivos”⁵⁵.

É fato que existem diversas técnicas de agregação de litígios pululando no CPC, todas convergindo para uma única conclusão e tendência que, cedo ou tarde, não será mais possível opor resistência⁵⁶. Se a agregação de litígios não fosse viável ou se de algum modo o seu desenho não atendesse ao devido processo legal, não haveria previsões a seu respeito e tampouco seriam cada vez mais utilizadas, como se observou nos painéis do CNJ⁵⁷.

A exemplo disso, basta pensar na conexão de ações prevista no art. 55, do CPC

51 ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo: Do Problema ao Precedente. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 350-351.

52 Paulo Bonavides explica que “a proporcionalidade é conceito em plena e espetacular evolução (...), acha-se ele, pelo dinamismo intrínseco com que opera, dado por sem dúvida a expandir-se” (BONAVIDES, Paulo, *O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1994, disponível em <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1077> Acesso em: 06.jul.2023. p. 285)

53 Ressalta-se que o conteúdo da publicidade não corresponde ao devido processo para todo e qualquer processo, excluindo-se de sua aplicação aqueles que tramitam em segredo de justiça que integra o devido processo próprio.

54 ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório*. Revista de Processo, vol. 240, 2015, p. 221-242.

55 BUENO, C. S., *O “modelo constitucional do Direito Processual Civil”: Um paradigma necessário de estudo de Direito Processual Civil e Algumas de suas Aplicações*, Disponível em <http://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/016.pdf>. Acesso em: 04.jul.2023.

56 Já exposto anteriormente, a coletivização que, na edição do CPC em 2015, foi alvo de veto presidencial no art. 333 pela Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015. Presidência da República, 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm. Acesso em 18/12/2023. Apesar disso, outras técnicas de coletivização foram mantidas no corpo do Código, o que indica ter se tratado o veto de exercício de poder político de forma contraditória.

57 A exemplo disso, veja-se painel do CNJ, disponível em https://painéis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qvw_1%2FPaineiCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos, consulta realizada em 03/01/2024 às 21hs50min.

e o julgamento conjunto do §3º de prescrição taxativa no sentido de que “serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.”, tratado conjuntamente com o art. 69 que trata do “pedido de cooperação jurisdicional e imediato atendimento do pedido de reunião ou apensamento de processos” e da “centralização de processos repetitivos” em seus incisos II e VI respectivamente.⁵⁸

Respondendo à pergunta, defende-se que o IRDR é sim uma ferramenta que atende ao devido processo legal, tanto na perspectiva substancial quanto na perspectiva processual.

Na *perspectiva substancial*⁵⁹ ainda que proporcionalidade não se trate de fundamentos do devido processo, é necessário falar do seu viés processual dela.

Parafraseando Santiago Pereira Campos, “proporcionalidade processual se trata de compreender que as formas de tratar uma demanda devem refletir a sua natureza, distinguindo-se as [demandas] mais sérias que podem ter impactos mais significativos para a sociedade, daquelas [demandas] mais triviais que talvez não acarretem impacto a qualquer pessoa”⁶⁰. Campos destaca que, na América Latina, o Brasil é o caso mais relevante na adoção dos critérios da proporcionalidade processual, sendo que suas previsões expressas no CPC podem ser exemplificadas pelos artigos 8º, 139, 190 e 191.⁶¹

A esse respeito, Temer⁶² faz uma colocação pertinente: “consequência lógica da segurança jurídica, da racionalidade, da isonomia e da previsibilidade” que observamos estarem intimamente dos à proporcionalidade processual, i) à segurança pois evita-se a ruptura da previsibilidade e coerência do sistema jurídico; ii) racionalidade pois os julgamentos ganham certeza do direito que passa a ser aplicado de forma mais eficiente e efetiva; iii) previsibilidade pois a tese de direito permite saber, de antemão, como casos presentes e futuros (idênticos ou semelhantes) serão tratados, tal como ocorre com os precedentes⁶³ nos casos repetitivos.

Ora, até a entrada em vigor do Código de Processo Civil, existiam técnicas que verdadeiramente restritivas do alcance da segurança jurídica, como destacou Cassio Scarpinella Bueno citando a Resolução nº 12/2009⁶⁴, regulamentadora das reclamações ao STJ tiradas em sede de juizados especiais, nas quais somente se permitia o tratamento

58 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Código de Processo Civil comentado*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, 1252 p.

59 É bem verdade que Humberto Ávila menciona que “os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo onde não haja qualquer previsão expressa ao ‘devido processo legal’”. Ainda na esteira de ideias do autor, “o uso da expressão devido processo legal substancial é uma inconsistência tripla, porque a uma faz parecer que o devido processo legal seria fundamento dos deveres a proporcionalidade e razoabilidade; a duas porque tais deveres incidem dentro e fora do processo; e, a três porque faz parecer que o devido processo legal procedimental não se reveste dos referidos deveres” (ÁVILA, Humberto. *O que é devido processo legal?* In *Revista de processo*, nº 163. São Paulo: RT, 2008. p. 50-59.)

60 CAMPOS, Santiago Pereira. *Proporcionalidad procesal y justicia civil: tempo de cambios*, Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022 *Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.)*. ISSN 1982-7636. pp. 1215-1238

61 CAMPOS, Santiago Pereira. *Proceso flexible y proporcionalidade procesal [Palestra]* In: *Novos Rumos do Processo – Jornadas Brasil-Peru-Uruguai de Processo Civil*, UFES, Vitória, 05/12/2023.

62 TEMER, Sofia Orberg; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*. vol. 243. p. 283 - 331. São Paulo: Ed. RT, 2015.

63 ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes* (2015). 5ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Juspodivm, 2021, 496 p., pp. 360-362.

64 BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Ed. Saraiva, 2016, 1014 p., pp. 746.

de questões de direito material, excluindo o tratamento de questões de direito processual. Tratava-se de uma restrição violadora do princípio da segurança jurídica, da própria isonomia, e mais ainda do devido processo legal, pois num universo de casos repetitivos (ainda que não recebessem esse nome), subsistia o tratamento desigual na medida em que aquele jurisdicionado que ostentasse idêntico direito material não pudesse ter um *error in procedendum* conhecido e anulado pelo STJ, enquanto que aquele cujo processo que não sofreu prejuízo de natureza processual – mas sim, material – poderia obter a tutela da corte superior.

Foi com o propósito de encerrar tais distúrbios – vale destaque, tratamentos desarrazoáveis, desigualitários – que o IRDR foi importado para o ordenamento jurídico brasileiro para entregar idêntica solução de direito material e de direito processual para todos os jurisdicionados que submetam seus interesses idênticos ao crivo do Judiciário, em quaisquer esferas em que ele seja provocado⁶⁵, para atender uma finalidade⁶⁶ que é a entrega da prestação jurisdicional⁶⁷ como resposta à tutela pretendida sem sujeitá-la ao risco de decisões contraditórias⁶⁸.

De nada adiantaria todo o esforço para ao menos compreender se o IRDR preenche o conteúdo do devido processo legal, se na prática, o incidente não demonstrasse aptidão de reconstruir esse caminho entre os problemas iguais (ou semelhantes) e a solução que fosse mais aderente à realidade e aplicável a todos. O esforço seria desperdiçado ainda caso se considerasse racional ou razoável julgar um milhão de vezes processos com causa idêntica (a exemplo do citado caso dos poupadores), *num contexto em que os recursos são escassos* (a atenção judicial, em referência à força/homem), o volume de processos cresce vertiginosamente dentro de um sistema que não tem engenharia para suportar a sobrecarga e ainda assumindo-se o risco de gerar decisões conflitantes que desencadeariam novos julgamentos para que as conclusões fossem uniformizadas⁶⁹.

Nessa esteira de ideias, observa-se que o IRDR é, em si, o devido processo – guardada a proporcionalidade e razoabilidade – para a solução de questão de direito em demandas repetitivas de determinado grupo de litigantes; na via inversa, não há devido processo ações individuais que tratem o mesmo problema um incontável número

65 O Enunciado FPPC 88 veda qualquer forma de restrição, firmando que “não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento.”

66 Isso significa dizer que os processos jamais podem ter finalidade em si mesmos, jamais podem ter serventia como simples concatenação de atos praticados para demonstrar a sua própria existência, esvaziados de seu objetivo primordial.

67 Deve-se reconhecer um curioso e não codificado reflexo do IRDR, diverso do preventivo, que tem caráter inibitório vocacionado a gerar dois resultados distintos que são o da solução do litígio antes mesmo de alcançar a esfera judiciária e abstenção da prática do ilícito. E isto porque, de antemão, não somente o jurisdicionado prejudicado conhecerá o exato tratamento que será dado ao seu direito violado; o jurisdicionado infrator também tem a previsão de qual impacto ele sofrerá caso a demanda adentre os sistemas de justiça e a proporção que o caso pode tomar conforme o conhecimento a esse respeito seja disseminado dentre aqueles que se sintam lesados.

68 Respeitosamente, discorda-se do posicionamento adotado por Sofia Temer em seu “Incidente de resolução de demandas repetitivas” especificamente no ponto (op cit, pp. 110) que a autora menciona sobre “ser aconselhável que o IRDR seja instaurado apenas quando houver efetiva repetição de decisões sobre a mesma questão jurídica”. Explicando de forma concisa, a uma, instauração do incidente acarreta a suspensão dos demais casos repetitivos até que a tese seja fixada e seja reproduzida nos suspensos, e para que isso ocorra, a matéria afetada não pode estar decidida, do contrário, deve ser impugnada por recurso. A duas, o IRDR não é meio de impugnação de decisão, mas sim um procedimento em que será fixada a tese a ser reproduzida. A três, a própria autora entende que a hipótese do IRDR é de procedimento-modelo e essa ideia parece não ser compatível com o aconselhamento por ela mencionado que a aproximaria mais da ideia de causa-piloto onde exige a decisão prévia. Por fim, para se falar de dispensabilidade de causa pendente em tribunal, deve-se aceitar que não cabe existência de decisões proferidas pois estas pressupõem a existência prévia dos correspondentes processos.

69 CAMPOS, Santiago Pereira. *Proceso flexible y proporcionalidade procesal [Palestra]* In: *Novos Rumos do Processo – Jornadas Brasil-Peru-Uruguai de Processo Civil, UFES, Vitória, 05/12/2023.*

de vezes – repetitivamente – e em que cada uma tenha a mesma decisão (expostas ao risco das decisões conflitantes) apenas alterando-se elementos acidentais e extraíndo as prejudicialidade externas (à semelhança da figura dos precedentes, mas sem com esses confundir o IRDR)⁷⁰.

Do ponto de vista *processual*, a constatação de que o IRDR atende ao devido processo legal⁷¹ é uma tarefa que perpassa por critérios objetivos do procedimento em si⁷² – a doutrina estudada autoriza assim dizer, tanto para formação, quanto para aplicação posterior da tese dele resultante, que assegure que as garantias constitucionais sejam exercidas sem obstruções: enquanto Luiz Guilherme Marinoni enumera pressupostos do incidente⁷³ informando que o objetivo é “facilitar e acelerar a resolução de demandas múltiplas (...), evitar decisões conflitantes⁷⁴ para a mesma questão (...) e resolve direito de muitos”, Sofia Temer identifica ainda que o procedimento – processo devido do IRDR é trifásico, enumerando as fases como sendo i) a primeira: iniciativa para instauração e admissão do incidente; ii) a segunda: instrução; e iii) a terceira: julgamento. A autora acrescenta ainda instância recursal⁷⁵, falando-se em instância e garantia constitucional – *judicial review*.

A doutrina presume em favor⁷⁶ do IRDR e sua tese de direito material ou processual formada em seu procedimento com amparo nos elementos mínimos do devido processo legal⁷⁷, especialmente porque ao incidente subjaz um caso concreto que se tornará um procedimento-modelo⁷⁸ deles revestido, e havendo análise de caso concreto, a reunião de processos que tratam matéria idêntica sempre foi corolário do sistema processual brasileiro.

Se há um procedimento-modelo ou causa-piloto⁷⁹, uma ação necessariamente foi ajuizada por uma parte, a parte contrária foi citada e apresentou sua defesa (se não incorreu em revelia), e o processo foi “instruído de forma a representar fidedignamente a controvérsia” para que o tribunal possa apreciar o IRDR, “se preocupando preponderantemente com a tutela do direito objetivo, com a resolução de um conflito normativo, com a coerência do

70 Ponto que Hermes Zaneti Jr. afirma repousar a diferença entre IRDR e o conceito de precedente. Como dito anteriormente, parece que o autor se refere a aspectos dogmáticos e a compreensão está na leitura conjunta de seus “O valor vinculante dos precedentes” e “A constitucionalização do processo”.

71 ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? In *Revista de processo*, nº 163. São Paulo: RT, 2008. p. 50-59.

72 É essa unificação que Humberto Ávila aparentemente propõe, referindo-se ao art. 5º, LIV da CRFB/88 (ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? In *Revista de processo*, nº 163. São Paulo: RT, 2008. p. 50-59.)

73 MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. 3. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, 300 p., pp. 103-119.

74 Há diferença em se afirmar que decisões são conflitantes entre si e que decisões são diferentes entre si, sendo que a diferença, por si só, não chega a ser um problema. É possível que haja decisões diferentes para casos idênticos (ou semelhantes) sem que sejam, necessariamente, conflitantes.

75 TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, 6. ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2023, 335 p., 104-298 pp.

76 A respeito da presunção em favor, ao tratar do valor vinculante dos precedentes, Hermes Zaneti Jr. menciona que ela tem origem “no ônus argumentativo previsto em lei, que reforça a obrigatoriedade de seguir um precedente”. Embora IRDR não se confunda com precedentes (mas tenha potencial para formar um), é cabível a aplicação da presunção, seguindo a esteira de ideias dogmática sobre a previsão legal dos institutos. (ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 5ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Juspodivm, 2021, 496 p., pp. 361-362.)

77 FRIENDLY, Henry. *Some kind of hearing*. *University of Pensilvania Law Review*, n. 123, 1975, 51 p., pp. 1279-1304

78 CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. *Revista de Processo*. vol. 147. p. 123-146. São Paulo: Ed. RT, 2007.

79 Segundo Antônio do Passo Cabral, “no procedimento-modelo são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário”, enquanto que nas “causas piloto” ou ‘processos-teste’, uma ou algumas causas que são selecionadas para julgamento, e cuja solução permite que se resolvam rapidamente todas as demais pela multiplicação da decisão.” (CABRAL, Antonio do Passo. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. *Revista de Processo*. vol. 231. p. 201-223. São Paulo: Ed. RT, 2014.)

ordenamento jurídico”⁸⁰.

O procedimento do IRDR deveria engendrar a identificação dos elementos concretos e objetivos do caso submetido a julgamento, conduzindo à uma conclusão específica em relação ao direito aplicável, seja ele de natureza material ou processual, o que viabilizaria a correta vinculação da tese resultante do IRDR aos casos atuais e subseqüentes, peça-chave para a efetividade desse mecanismo, apto a assegurar a uniformidade das decisões judiciais e a previsibilidade das soluções jurídicas, escorando-se aí o devido processo legal sob a perspectiva processual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conformidade com o estudo realizado, observou-se que existe ampla doutrina que trata do tema do devido processo legal, referências históricas que traçaram a sua compreensão no sentido de que o instituto é dotado de elementos mínimos, mas não deve ser encarado como um receptáculo de conteúdo estanque, imutável, não adaptável.

Ao contrário, o devido processo legal precisa ser dinâmico e adaptável a cada tipo de procedimento, já que cada procedimento tem uma necessidade específica e tem características peculiares que os distinguem uns dos outros.

O mesmo ocorre com o IRDR: amparado em suas peculiaridades, o devido processo legal tem conteúdo específico para o atendimento das necessidades do incidente, de modo que esse tenha aptidão de cumprir o seu objetivo próprio que, de acordo com o referendado por este estudo, corresponde ao gerenciamento de processos⁸¹ seja para garantia da isonomia, seja pelo aspecto econômico (voltado para gestão do sistema de justiça propriamente dito).

Para que o IRDR se revista do devido processo legal, é necessário que seus pressupostos de instauração estejam configurados, e no seu processamento – a além do conteúdo mínimo assinalado por Friendly⁸² – seja feita a identificação precisa dos aspectos objetivos do caso (novamente, desconsiderando-se os elementos acidentais e as prejudicialidade externas), a elaboração de uma decisão bem fundamentada em relação ao direito aplicável e a adequada vinculação dessa tese aos casos correntes e futuros.

Num contexto em que a litigância de massa não dá sinais de que seu crescimento irá arrefecer – uma realidade para a qual o Poder Judiciário e os sistemas de justiça não foram preparados e onde os recursos ainda são escassos (material, humano e tecnológico), a adoção do IRDR na busca da solução da questão de direito material ou processual desses casos repetitivos é, em si uma atitude, em verdade, que consubstancia a materialização do próprio devido processo legal.

Além disso, defende-se que ele assegura as duas garantias constitucionais, a uma à segurança jurídica porque dá ao jurisdicionado a exata medida de como a sua demanda será tratada o que facilita o seu acesso à solução, no menor espaço de tempo possível,

80 TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, 6. ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2023, p.335 p.81-82.

81 STJ REsp 1.798.374/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, j. 18/05/2022

82 FRIENDLY, Henry. *Some kind of hearing*. *University of Pensilvania Law Review*, n. 123, 1975, 51 p., pp. 1279-1304

pelo menor custo possível, e a duas ao devido processo legal, já que a matéria de direito já não sofre mais restrições como ocorreu outrora no CPC/73 (material ou processual) e que a apreciação somente ocorrerá se Poder Judiciário for provocado⁸³ (o modelo *opt in*).

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório.** Revista de Processo, vol. 240, 2015, p. 221-242.

ÁVILA, Humberto. **O que é devido processo legal?** In *Revista de processo*, nº 163. São Paulo: RT, 2008. p. 50-59.

BONAVIDES, Paulo, **O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, 1994, disponível em <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1077> Acesso em: 06.jul.2023.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares.** Dissertação [Mestrado em Direito] – Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2007, 234 p.

BRASIL, **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil.** Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, [2010]. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em: 06.jul.2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** 2ª ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Ed. Saraiva, 2016, 1014 p.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Os Princípios do Processo Civil Transnacional e o Código de Processo Civil Brasileiro: Uma Primeira Aproximação.** Revista dos Tribunais Online, v. 122, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. **A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos.** Revista de Processo. vol. 231. p. 201-223. São Paulo: Ed. RT, 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. **Comentários aos art. 976, in Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** 2ª ed., coord. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2016

CABRAL, Antonio do Passo. **O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas.** Revista de Processo. vol. 147. p. 123-146. São Paulo: Ed. RT, 2007.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A centralização de processo como etapa necessária do incidente de resolução de demandas repetitivas.** Tese de Doutorado em Direito – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2017, pp. 123/124.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no Projeto de novo CPC: a comparação entre a versão do Senado Federal e a da Câmara**

⁸³ ZANETI JR., Hermes, *Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015. Comentários ao art. 928.* Rio de Janeiro, Revista Forense (Impresso), 2015, v. 421, p. 271.

dos Deputados. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle, *et al* (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014. vol. III.

CAMPOS, Santiago Pereira. **Proceso flexible y proporcionalidade procesal** [Palestra] In: *Novos Rumos do Processo – Jornadas Brasil-Peru-Uruguai de Processo Civil*, UFES, Vitória, 05/12/2023.

CAMPOS, Santiago Pereira. **Proporcionalidad procesal y justicia civil: tempo de câmbios.** Rio de Janeiro. Ano 16. Volume 23. Número 2. Maio-Agosto de 2022 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira (in mem.). ISSN 1982-7636. pp. 1215-1238

COUTURE, Eduardo Juan. **Las garantías constitucionales del proceso civil.** In *Estudios de derecho procesal civil*, t. I. Buenos Aires: EDIAR, 1948, 542 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental guarantees of the parties in civil litigation: comparative constitutional, international, and social trends.** *Stanford Law Review*, vol. 25, n. 5, may/1973, pp. 651-715

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil – Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais.** vol. 3. Salvador: Jus Podivm, 2016, 13. Ed., pp. 630/631.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. **Conceito de processo jurisdicional coletivo.** *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 229, p. 273-280.

FRIENDLY, Henry. **Some kind of hearing.** *University of Pensilvania Law Review*, n. 123, 1975, 51 p., pp. 1279-1304

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado.** 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, 1252 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente.** 3. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, 300 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** [livro eletrônico] 6ª ed. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2022.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido processo legal e proteção de direitos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, 270 p.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 393 p.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Súmulas e precedentes qualificados.** São Paulo: Saraiva, 2019, p. 331

MOTT, Rodney L. **Due process of law: a historical and analytical treatise of the principles and methods followed by the courts in the application of the concept of the “law of the land”.** Indianapolis: The Bobbs-Merryl Company Publishers, 1926. P 10-14, in VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo.* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz;

MITIDIERO, Daniel (Coord.). 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 679 p., pp. 143.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 13ª ed. São Paulo: RT, 2017.

SCHNEIDER, Stella Reis. **O precedente do tema 60 do STJ: suspensão dos processos individuais durante a pendência de ação coletiva de idêntico objeto**. Direito Contemporâneo: desafios e possibilidades. Ponta Grossa: Editora AYA, 2024.

STF, Pet 8245/AM, Relator Ministro Presidente, data de julg. 11/10/2019, DJe 224 de 14/10/2019

TEMER, Sofia Orberg. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 6. ed., rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2023, 335 p.

TEMER, Sofia Orberg; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. vol. 243. p. 283 - 331. São Paulo: Ed. RT, 2015.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). 3ª ed. rev. e amp. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 679 p.

ZANETI JR., Hermes. **A Constitucionalização do Processo: do Problema ao Precedente**. Da Teoria do Processo ao Código de Processo Civil de 2015. 3ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, 489 p.

ZANETI JR., Hermes. **Casos Repetitivos no Brasil: notas sobre a agregação de litígios, o processo coletivo e os precedentes vinculantes**. [livro eletrônico] SIMONS, Adrian; *et al* (organizadores). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, 1231 p., pp. 685-696.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes** (2015). 5ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Juspodivm, 2021, 496 p.

ZANETI JR., Hermes, **Notas sobre o processo coletivo e os casos repetitivos no sistema do novo CPC/2015**. *Comentários ao art. 928*. Revista Forense (impresso), Rio de Janeiro, v. 421, fev.-jun./2015.

Competência adequada e cooperação judiciária interna (Res. 350/CNJ e decisão do CC 144.922/MG): uma reeleitura do princípio do juiz natural

Isabella Amaral e Silva

RESUMO

O estudo possui a intenção de analisar a competência adequada na tutela coletiva, bem como os critérios que devem ser observados para a aplicação do *forum shopping* e do *forum non conveniens* em situações como no caso do desastre ambiental causado pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana/MG (CC 144.922/MG). Propõe uma reeleitura do princípio do juiz natural, visando revelar a norma jurídica concreta para resguardar o direito do maior número de vítimas diretas ou indiretas dos danos coletivos, à luz dos princípios da efetividade, da oralidade e da instrumentalidade processual. Propõe também uma análise da cooperação judicial, objeto da Resolução CNJ n.º 350/2020, que regulamenta a cooperação judiciária, bem como sugere-se o debate em torno da garantia do juízo mais adequado ao caso concreto. Dentre os métodos que envolvem as bases lógicas da investigação, foi utilizado nesse trabalho o hipotético-dedutivo. A pesquisa bibliográfica foi utilizada para obter informações a respeito do tema, mediante a utilização de referenciais teóricos, em obras nacionais e estrangeiras, constantes em livros, artigos e dissertações de mestrado e de doutorado a respeito do tema.

Palavras-chave: competência adequada; juiz natural.

ABSTRACT

The study intends to analyze the appropriate competence in collective protection, as well as the criteria that must be observed for the application of forum shopping and forum non conveniens in situations such as the environmental disaster caused by the collapse of the Fundão dam, in Mariana/MG (CC 144.922/MG). It proposes a reinterpretation of the principle of natural justice, aiming to reveal the concrete legal norm to protect the rights of the largest number of direct or indirect victims of collective damages, in light of the principles of effectiveness, orality and procedural instrumentality. It also proposes an analysis of judicial cooperation, the object of CNJ Resolution No. 350/2020, which regulates judicial cooperation, as well as suggesting a debate around guaranteeing the most appropriate judgment in the specific case. Among the methods that involve the logical bases of the investigation, the hypothetical-deductive method was used in this work. Bibliographical research was used to obtain information on the topic,



through the use of theoretical references, in national and foreign works, contained in books, articles and master's and doctoral dissertations on the topic.

Keywords: adequate competence; natural judge.

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico processual brasileiro, assim como nos demais países onde tradicionalmente predomina o sistema *civil law*, existe uma rígida, prévia e detalhada organização de competências legislativas, com pouco ou nenhum espaço para a flexibilização normativa da tutela coletiva.

Contudo, existem determinados casos peculiares e complexos, que, na hipótese de foros abstratamente concorrentes, afigura-se inviável a mera aplicação de normas gerais de competência sem adaptá-las às vicissitudes do caso concreto. Como exemplo, podem ser citadas situações em que ocorreram extensos e graves danos coletivos decorrentes de desastres ambientais, como no caso da contaminação do Rio Doce, ocorrida em 2015, causada pelo rompimento da barragem de rejeitos de Fundão, localizada em Mariana/MG e pertencente à Samarco (CC 144.922/MG).

Nesses casos, torna-se imprescindível ressignificar o tradicional conceito de competência a fim de flexibilizar a aplicação das normas gerais e abstratas para adequá-las aos complexos conflitos coletivos, com o intuito de proporcionar uma adequada e eficaz tutela coletiva.

COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. TUTELA COLETIVA. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. CONCEPÇÃO TRADICIONAL

No microsistema da tutela coletiva, a doutrina entende ser cabível a regra prevista no art. 2º da lei n.º 7.347/85 (LACP) na hipótese de competência dos direitos e interesses difusos e coletivos, enquanto o art. 93 da lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) é aplicável para o caso dos direitos e interesses individuais homogêneos.

Assim, o art. 2º da lei n.º 7.347/85 estabelece o local do dano como critério para a fixação da competência na tutela coletiva. Como ensina Marcelo Abelha Rodrigues, adotou-se um marco territorial, em que o lugar, ou seja, o espaço geográfico seria determinante para a definição do foro competente nas demandas coletivas.¹

Embora a redação do art. 2º da lei n.º 7.347/85² estabeleça expressamente que a competência funcional do juízo é a do local do dano, a doutrina majoritária entende que se trata de competência territorial absoluta: territorial, porque segue o critério geográfico, isto é, do território, relacionado à competência relativa, e absoluta, pois o foro é improrrogável e inderrogável.

Assim, verifica-se que a lei n.º 7.347/85 adotou o híbrido conceito funcional e territorial, pois a competência permanece vinculada, ao mesmo tempo, tanto ao critério

¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Fundamentos da tutela coletiva*. Brasília: Ed. Gazeta jurídica, 2017, 1ª ed. p. 151.

² BRASIL. Planalto. Disponível em <https://www.gov.br/planalto/pt-br>. Disponível em: 30/4/2024.

territorial, de natureza relativa, quanto ao funcional, de natureza absoluta³.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N.º 144.922/MG

Conexão de ações civis públicas. Conflito positivo de competência. STJ: fixação da competência. Critérios

Em 5/11/2015, diversas ações civis públicas foram ajuizadas na Justiça Estadual e na Justiça Federal de Governador Valadares/MG, visando à reparação dos danos decorrentes da contaminação do Rio Doce, causados pelo rompimento da barragem de rejeitos de Fundão, localizada em Mariana/MG e pertencente à Samarco.

Verificando a existência de diversas decisões judiciais conflitantes, com a mesma causa de pedir e idêntico pedido e, ante a constatação de conexão entre as demandas, o Superior Tribunal de Justiça determinou o julgamento conjunto dessas ações com o intuito de garantir a segurança jurídica, a uniformidade e a coerência.

No Conflito positivo de competência 144.922/MG⁴, o STJ fixou a 12ª Vara Federal de Belo Horizonte como foro competente para julgar as ações civis públicas conexas, sob o fundamento de que este juízo teria melhores condições de decidir as demandas que tivessem como objeto a contaminação do rio Doce, isto é, bem público federal.

Sendo Belo Horizonte a capital de um dos estados mais atingidos pelo desastre ambiental, seria possível obter a visão macroscópica dos danos e, assim, garantir o ressarcimento ao maior número de atingidos.

Exceção à regra geral. Situações particulares e individualizadas

O julgado contempla causas específicas, que excepcionam a regra da competência do foro de Belo Horizonte, em observância à ampla e irrestrita garantia de acesso à justiça e de prestação jurisdicional. Há casos peculiares ou locais, que envolvem aspectos essencialmente humanos e econômicos do desastre ambiental, tais como o ressarcimento patrimonial e moral de vítimas e de familiares, o combate ao abuso de preços ou ao abastecimento de água potável.

Nessas situações particulares e individualizadas, excepcionalmente, o Superior Tribunal de Justiça admitiu o ajuizamento de ações individuais ou coletivas no foro de residência dos autores ou do dano, no julgamento do CC 144.922/MG.

Nesta decisão, o STJ fixou a competência do Juízo da 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, aplicando o princípio da competência adequada, na medida em que este foro foi considerado o mais apto para garantir a efetiva tutela jurisdicional aos interesses coletivos.⁵

Conforme observou Marcelo Abelha Rodrigues, a lama tóxica gerou dano

³ PUPRO, Thais Milani Del. *Características da competência nas ações coletivas*. Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2017. p. 416.

⁴ STJ - CC: 144922 MG 2015/0327858-8, Relator: Ministra Diva Malerbi (desembargadora convocada TRF 3ª região), Data de Julgamento: 22/06/2016, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 09/08/2016 (Superior Tribunal De Justiça. Disponível em: <https://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 30/4/2024).

⁵ PUPRO, Thais Milani Del, 2017, p. 422.

extrapatrimonial ambiental, pois percorreu toda a extensão do Rio Doce, contaminou diversas cidades de Minas Gerais e do Espírito Santo e comprometeu o equilíbrio ecológico dos ecossistemas e biomas. Além disso, provocou também danos individuais e coletivos, em virtude da contaminação da água e dos peixes, o que prejudicou a pesca, os restaurantes, os hotéis, as pousadas e as práticas desportivas⁶.

PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA ADEQUADA. REELEITURA DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

A complexidade dos conflitos coletivos associada às peculiaridades inerentes ao direito material coletivo, principalmente no que se refere às questões ambientais, vem suscitando não apenas a reeleitura, como também a ampliação do conceito de local do dano (art. 2º, da lei n.º 7.347/85)⁷.

Com efeito, a doutrina reconhece que o CPC/15 inaugurou uma nova ordem processual no ordenamento jurídico brasileiro. Em consonância com a CF/88, essa mudança no cenário jurídico vem provocando debates profundos sobre a ressignificação da dimensão espacial dos direitos e interesses coletivos, tendo em vista que a extensão dos danos pode ser rapidamente ampliada em curto espaço de tempo, sobretudo, nos casos de lesão ao meio ambiente e dos danos provocados a terceiros que são privados dos microbens ambientais.

Marcelo Abelha Rodrigues defende que não é adequado estabelecer um critério fixo e engessado para definir o juízo competente para processar e julgar as demandas coletivas. Em observância ao devido processo legal ambiental e aos princípios da oralidade e da efetividade, o órgão jurisdicional competente deve ser o mais próximo do local para garantir a proximidade do juiz em relação à atividade probatória, por exemplo, na realização de inspeção judicial no local do fato para colher elementos de prova.⁸

Embora o juízo competente do local do dano deva ser aquele que tem mais condições de salvaguardar os direitos coletivos, nem sempre o juízo da cognição será o mais adequado para revelar a norma jurídica concreta.

Essa regra não é novidade no ordenamento jurídico processual. O parágrafo único do art. 516 do CPC/15, por exemplo, excepciona a regra de competência prevista nos incisos II e III, ao autorizar que o exequente opte pelo cumprimento de sentença em juízo diverso.

No caso do desastre ambiental de Mariana, em que a lama tóxica percorreu milhares de quilômetros de distância, admitiu-se que o foro competente para o local do dano também compreenderia o da origem do dano. O objetivo era revelar a norma jurídica concreta e cumprir as decisões judiciais com maior eficiência, visando atingir o maior número de pessoas da coletividade⁹.

Assim, alguns autores defendem a impossibilidade de aplicar as normas gerais

⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha, 2017, 1ª ed. p. 152.

⁷ BRASIL. Planalto. Disponível em <https://www.gov.br/planalto/pt-br>. Disponível em: 30/4/2024.

⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha, 2017, p. 154.

⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha, 2017, p. 159.

de competência sem analisar as circunstâncias do caso concreto, considerando as peculiaridades da tutela jurisdicional coletiva. A competência deve ser interpretada de maneira mais flexível e de forma mais adequada às características próprias do processo coletivo.¹⁰

No processo civil clássico, predomina a tutela de posições individuais, que não podem ser simplesmente trasladadas para a seara dos megaconflitos sem as necessárias adaptações. O foro do local do dano deve ser priorizado em razão da proximidade física com os fatos ocorridos ou temidos ou pela facilidade na colheita da prova, em observância aos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo¹¹.

No caso de competência concorrente e havendo mais de um foro abstratamente competente, deve predominar o mais apto para julgar a causa. Um controle concreto de adequação da competência deve ser realizado para que as decisões judiciais sejam tomadas pelo juízo que detém as melhores condições de julgar, sem comprometer o direito a um processo devido e adequado, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa¹².

Antônio do Passo Cabral defende que a competência adequada possui natureza jurídica principiológica, pois se trata do resultado da conjugação dos princípios da adequação das formalidades processuais, do juiz natural e da eficiência processual. A compreensão do juízo mais adequado significa ampliar a perspectiva do “quem decide” para “quem decide melhor”. A resignificação do princípio do juiz natural perpassa pelo exercício responsável da competência, mediante emprego do princípio da adequação no exame da própria competência pelo juízo (*Kompetenz-Kompetenz*)¹³.

Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr ensinam que a competência não deve ser definida apenas num exame de legalidade estrita, na medida em que as regras legais só podem ser aplicadas após a realização de um juízo de ponderação a partir das peculiaridades do caso concreto. Assim, é possível extrair a competência adequada a partir do significado de “melhor jurisdição”, afastando-se esquemas abstratos rígidos de competência, inadequados concretamente, para valer-se do direito material adequado e dos instrumentos processuais que assegurem a efetividade da prestação jurisdicional¹⁴.

A competência adequada busca estabelecer uma relação de adequação legítima entre o órgão jurisdicional (competência) e a atividade por ela desenvolvida (processo), visando definir o órgão que poderá decidir melhor a causa. Assim, visa-se corroborar, e não afrontar, a força normativa da Constituição, a partir da proposta de uma releitura do juiz natural e de sua inflexibilidade¹⁵.

10 DEL PUPO, Taís Milani, 2017, p. 416.

11 MANCUSO, Rodolfo. *Ação Civil Pública* apud ROCHA, Cláudio Jannotti da Rocha; SILVA, Thais Borges da. *O Princípio da competência adequada e o processo coletivo*. Revista de Direito do Trabalho, vol. 218-2021, p. 275 – 292, Jul – Ago-2021. Disponível: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/190197>. Acesso em: 30/4/2024.

12 BRAGA, Paula Sarno Braga. *Competência adequada*. Revista de Processo I, vol. 219-2013, Maio-2013. Disponível: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7797246/mod_resource/content/1/BRAGA%20Paula%20Sarno.%20Compet%C3%Aancia%20adequada%20Revista%20de%20processo%20n.%202019%20mai.%202013%20p.%2013-42..pdf. Acesso em: 30/4/2024.

13 CABRAL, Antônio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências*. Slides. Grupo de pesquisa Transformações nas estruturas fundamentais do processo. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <https://docplayer.com.br/201932810-Juiz-natural-e-eficiencia-processual-flexibilizacao-delegacao-e-coordenacao-de-competencias-antonio-do-passo-cabral.html>. Acesso em: 30/4/2024.

14 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, 2020.

15 HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Competência no processo civil: da teoria tradicional à gestão judicial da competência adequada*. São Paulo: Ed. JusPODIVM, 2021.

Daniel Amorim Assumpção Neves lembra que a competência adequada acaba retirando a liberdade do autor sempre que um dos foros abstratamente competentes se mostrar o mais adequado para o caso concreto, seja em virtude do direito material discutido, seja pela matéria fática, admitindo-se, inclusive, a atuação de ofício do juízo¹⁶.

Por fim, o PL n.º 1.641/2021, que disciplina a nova lei da ação civil pública, embora não contemple expressamente a expressão “competência adequada”, estabelece que, na hipótese de conflito de competência, o critério de preferência na definição do juízo competente será o que possuir a melhor estrutura (art. 8º §1º, inciso I).

Caso haja órgãos jurisdicionais considerados igualmente adequados, o PL n.º 1.641/2021 estabelece os parâmetros que devem ser usados na hipótese de conflito de competência (§2º do art. 8º do PL n.º 1.641/2021).

Forum shopping

Existem situações em que, havendo mais de um juízo competente para julgar a demanda no caso de foros concorrentes, confere-se ao autor o direito potestativo de optar pelo juízo de sua preferência. O exercício do direito de escolha que melhor atenda às necessidades e aos interesses do demandante denomina-se *forum shopping*.¹⁷

Como acontece diversas vezes, o dano coletivo pode se espalhar por mais de um município e levar à concorrência de foros, situação na qual o autor da ação pode escolher um dos foros competentes de acordo com a sua conveniência, avaliando critérios, como, por exemplo, se em determinada localidade, suas chances de êxito seriam maiores ou até mesmo para dificultar a própria defesa do réu. A essa situação, dá-se o nome de *forum shopping*¹⁸.

Trata-se da escolha do foro competente quando o autor da ação identifica alguma possibilidade de alcançar vantagem estratégica, como nas hipóteses de competência concorrente, conforme critérios de conveniência, custos financeiros, duração do processo¹⁹.

Há autores que definem *forum shopping* como a possibilidade de exercitar a autonomia da vontade ao escolher a competência em hipóteses, como nos casos em que ela é concorrente, quando há alguma espécie da vantagem estratégica para o autor, conveniência dos custos financeiros, ciência de que, em um determinados locais, as indenizações são fixadas em patamar mais elevado, duração do processo, etc. Assim, o autor pode escolher livremente perante qual juízo deseja demandar, sem que haja qualquer limitação, cabendo ao magistrado apenas verificar, em abstrato, a sua competência, sem qualquer margem de discricionariedade.

Embora o termo *forum shopping* possa ser considerado por alguns como pejorativo ou até mesmo depreciativo, permite-se ao querelante escolher um “foro amigável”, no qual sua causa poderá ser julgada favorável e suas chances de êxito serão maiores.²⁰

16 NEVES, Daniel Amorim Assumpção, 2022.

17 BRAGA, Paula Sarno, 2013. Acesso em: 1/5/2024.

18 PEREIRA, Mateus Costa. Da competência: o calcanhar de aquiles da tutela coletiva, v. 22, n. 24, 2012, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

19 ROCHA, Cláudio Jannoti; SILVA, Thais Borges da. O princípio da competência adequada e o processo coletivo. Revista de Direito do Trabalho, vol. 218.2021, p. 275 – 292, Jul – Ago. 2021.

20 JUENGER, Frederich K. *Forum non conveniens - who needs it? Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness apud* BRAGA, Paula Sarno. *Competência adequada*. Revista de Processo I, vol. 219-2013, Maio-

Contudo, diversos doutrinadores são desfavoráveis à aplicação do *forum shopping*, na medida em que, em alguns casos, a oportunidade de o autor escolher o “foro amigável” que melhor atenda suas necessidades e interesses, de forma a aumentar as suas chances de êxito, pode configurar abuso de direito, com a finalidade de prejudicar o réu²¹.

O STJ já apreciou a aplicabilidade da teoria do *forum shopping*. Porém, recusou-a em algumas oportunidades, sob o fundamento de que não haveria previsão legal para a sua admissão no processo civil brasileiro: no julgamento da medida cautelar 15.398, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (publicado em 23/4/2009), e no Recurso Especial 1.633.275/SC²², cujo Relator foi o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (publicado em 8/11/2016).²³

Forum non conveniens

No início da década de 1860, surgiu, na Escócia, a teoria do *forum non conveniens*, na qual se reconheceu o poder das Cortes escocesas para, discricionariamente, renunciar a sua jurisdição quando a medida fosse do melhor interesse das partes e de acordo com os fins da justiça²⁴.

Essa teoria ganhou grande relevo nos países do *common law* (Estados Unidos, Inglaterra e Austrália), cuja doutrina e jurisprudência foram se desvencilhando gradativamente da exigência inicial da comprovação do abuso de direito para se vincularem cada vez mais à ideia de adequação do foro²⁵.

Em breve análise do direito comparado, percebe-se que a doutrina diverge quanto à origem do *forum non conveniens*. Embora haja autores que identificam as primeiras manifestações em decisões de Cortes escocesas no século XVII, para outros, estas não podem ser classificadas como exemplo de aplicação do *forum non conveniens*, pois se tratariam não da adequação nem do exercício da competência, mas sim da existência ou não da jurisdição escocesa. Alguns consideram como marco da criação dessa teoria a publicação do artigo Paxton Blair, em 1929, no qual houve a expressa utilização da expressão *forum non conveniens*²⁶.

Fato é que, atualmente, as Cortes dos Estados Unidos e do Reino Unido não têm mais exigido a demonstração de que a escolha do juízo foi abusiva, bastando estarem preenchidos os requisitos da adequação do foro escolhido pelo autor e da existência de uma jurisdição alternativa, apta para julgar o caso²⁷.

2013. Disponível: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7797246/mod_resource/content/1/BRAGA%2C%20Paula%20Sarno.%20Compet%C3%Aancia%20adequada%20Revista%20de%20processo%2C%20n.%20219%2C%20mai.%202013%2C%20p.%2013-42..pdf. Acesso em: 30/4/2024.

21 ROCHA, Cláudio Jannoti; SILVA, Thais Borges da Silva, 2021.

22 Recurso Especial 1.633.275/SC, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Publicação: 8/11/2016” (Superior Tribunal De Justiça. Disponível em: <https://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 1/5/2024.

23 RMS 64534 MT, Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, Publicação: 1/12/2020 (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 1/5/2024).

24 CAMPOS, Maria Gabriela. **O compartilhamento de competências no processo civil: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional**. Ed. JusPodium, 2020.

25 ROCHA, Cláudio Jannoti; SILVA, Thais Borges da, 2021. Disponível: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/190197>. Acesso em: 30/4/2024.

26 BARRETT JR., Edward. **The doctrine of forum non conveniens** apud PEIXOTO, Ravi. O forum non conveniens e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade. Revista de Processo, vol. 279-2018, p. 381 – 415, Maio. 2018.

27 PESCHE, Markus A. **What’s Wrong with Forum Shopping? An Attempt to Identify and Assess the Real Issues of a Controversial Practice** apud ROCHA, Cláudio Jannoti da Rocha; SILVA, Thais Borges da. O Princípio da competência adequada e o processo coletivo. Revista de Direito do Trabalho, vol. 218-2021, p. 275 – 292, Jul – Ago-2021. Disponível: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/190197>. Acesso em: 30/4/2024.

Feitas essas breves considerações históricas, convém notar que, nos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, a exemplo do brasileiro, predomina um sistema mais rígido de competências, tradicionalmente marcado pela indisponibilidade, tipicidade, rigidez e exclusividade. Nesses países, de tradição *civil law*, ainda prevalece a rígida concepção do juiz natural, com a previsão de que a competência é abstratamente prevista em lei, a qual cabe disciplinar a atuação dos órgãos jurisdicionais, distribuindo funções e estabelecendo limites de atuação²⁸

Alguns autores defendem que, inspirado no direito internacional, a tutela coletiva deveria incorporar a doutrina do *forum non conveniens* para temperar a concorrência dos foros competentes (*forum shopping*). O primeiro poderia ser o limitador do segundo, sendo permitido o controle da competência quando o foro escolhido demonstrasse ser inconveniente ou inadequado. Dessa forma, seria possível buscar um foro neutro, sem que uma das partes fosse excessivamente prejudicada, sendo outorgados poderes ao juízo da causa para fiscalizar a sua própria competência e avaliar se seria a mais adequada²⁹.

O *forum non conveniens* consiste na possibilidade de o juiz originariamente competente declarar que seria inconveniente julgar a causa em casos de competência concorrente.

A doutrina entende que a aplicação da *teoria do forum non conveniens* confere certa margem de discricionariedade ao julgador, na medida em que a competência legalmente atribuída pelo ordenamento jurídico não impede que o juiz disponha dela no caso concreto³⁰. Dessa forma, o próprio juiz, no controle de sua competência (*Kompetenzkompetenz*), estaria autorizado a evitar o julgamento de causas caso não fosse o mais adequado em virtude dos elementos subjetivos e objetivos da demanda³¹.

A regra geral é o respeito ao direito de escolha do autor e da própria organização legislativa, no arranjo de competências concorrentes. A atuação do *forum non conveniens*, com a conseqüente declinação da competência pelo juiz da causa, deve ocorrer apenas em situações que excepcionam a organização das competências legislativas, quais sejam, abuso do direito de escolha pelo autor ou quando a escolha legislativa não for minimamente adequada³².

Não obstante seja aplicável aos países do *common law*, esta doutrina não encontra correspondente na lei brasileira, que deriva dos Códigos civis francês (Código Napoleônico) e alemão³³. Além da ausência de previsão no plano legislativo, o Superior Tribunal de Justiça também rejeita a aplicação dessa teoria.

28 ROCHA, Cláudio Jannoti; SILVA, Thais Borges da Silva. O Princípio da competência adequada e o processo coletivo. Revista de Direito do Trabalho, vol. 218-2021, p. 275 – 292, Jul – Ago-2021. Disponível: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/190197>. Acesso em: 30/4/2024.

29 PEREIRA, Mateus Costa, 2012.

30 PEREIRA, Mateus Costa, 2012.

31 TAVARES, Sara. **A doutrina do forum non conveniens e o processo civil brasileiro**. Dissertação de Mestrado apud BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. Revista de Processo I, vol. 219-2013, Maio-2013. Disponível: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7797246/mod_resource/content/1/BRAGA%2C%20Paula%20Sarno.%20Compet%C3%A2ncia%20adequada%20Revista%20de%20processo%2C%20n.%20219%2C%20mai.%202013%2C%20p.%2013-42..pdf. Acesso em: 30/4/2024.

32 PEIXOTO, Ravi. O *forum non conveniens* e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade. Revista de Processo, vol. 279-2018, p. 381 – 415, Maio – 2018.

33 BATISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno de. **Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável: uma perspectiva do direito brasileiro**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 27-2010, p. 11 – 34, Out – Dez. 2010, Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, vol. 2-2014, p. 297 - 318, Set. 2014.

Freddie Didier e Hermes Zanetti Junior ensinam que o *forum non conveniens* trata-se de uma regra de temperamento, que confere ao arbítrio do juízo a possibilidade de recusar o exercício da prestação jurisdicional, caso constatada a existência de outra jurisdição internacional, concorrente e mais adequada para atender aos interesses das partes envolvidas³⁴.

Didier e Zanetti entendem, ainda, que esta teoria pode ser aplicada também aos processos coletivos quando o dano for de âmbito regional ou nacional. Nesses casos, o juiz pode declinar da sua competência, fixada pela prevenção, para a de um juízo mais adequado, considerando a maior aptidão na produção da prova e da defesa do réu, a publicidade da ação coletiva e a facilidade da notificação e conhecimento dos membros do grupo³⁵.

Como corolário do devido processo legal, o princípio da adequação da competência confere ao julgador certo grau de discricionariedade para aplicar o *forum non conveniens*. Na hipótese de competência concorrente legalmente prevista, esta doutrina consiste em um mecanismo de controle judicial da autonomia da vontade, expressa no exercício da escolha, característico do *forum shopping*. Compreende o poder de recusar o juízo internacionalmente escolhido, deixando ao seu arbítrio a possibilidade de negar a prestação jurisdicional caso constatada a existência de outro foro mais adequado para atender aos interesses públicos e privados. Sendo cabível o direito de escolha, o *forum shopping* não pode ser exercido de forma abusiva, atentatória à boa-fé objetiva nem prejudicial à parte adversa ou para embaraçar de alguma forma o devido processo legal³⁶.

Para Ives Gandra da Silva Martins, o cerne do poder discricionário que a doutrina do *forum non conveniens* confere ao julgador corresponde ao equilíbrio entre os interesses do Estado e o das partes litigantes. No Brasil, assim como nos demais países que adotam o sistema *civil law*, as extensões e limitações da jurisdição internacional encontram-se positivadas nas normas de competência geral ou internacional e, por conseguinte, não cabe ao juiz outra alternativa a não ser aplicá-las, sem opção para a atuação discricionária³⁷.

Nelson Nery Junior leciona que o *forum non conveniens*, instituto que serve como elemento norteador aos magistrados para, discricionariamente, fixar a competência para determinada causa quando ocorrerem certos pressupostos para a sua incidência, configura instituto de grande relevância no direito processual civil norte-americano. Lamenta que esta doutrina não tenha sido adotada expressamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois, a seu ver, muito contribuiria para a dignidade da justiça e para a efetividade do processo³⁸.

Em mais de uma oportunidade, o STJ já manifestou ser restrita a aceitação da doutrina do *forum non conveniens*, sob o fundamento de que não existe norma específica capaz de autorizá-la no ordenamento jurídico brasileiro.³⁹

34 DIDIER JR., Freddie; ZANETTI JR., Hermes, 2020.

35 DIDIER JR., Freddie; ZANETTI JR., Hermes, 2020.

36 BRAGA, Paula Sarno, 2013. Acesso em: 30/4/2024.

37 MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Jurisdição internacional: ajuizamento de ação no Brasil por força da aplicação da teoria do forum non conveniens por parte da justiça americana – hipótese que não se enquadra nos arts. 88 e 89 do CPC. Inexistência de jurisdição no Brasil. Indeferimento de inicial. Inocorrência de citação e de composição da lide. Falta de legítimo interesse dos pretensos réus para recorrer.** Revista dos Tribunais, vol. 855-2007, p. 57 – 76, Jan. 2007.

38 NERY JUNIOR, Nelson. **Competência no processo civil norte americano: o instituto do forum (non) conveniens.** Revista dos Tribunais, vol. 781-2000, p. 28 – 32, nov – 2000.

39 Resp n.º 1.633.275-SC, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, data de publicação: 14/11/2016). (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 1/5/2024).

COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNA. RESOLUÇÃO CNJ N.º 350/2020

Alguns autores entendem que as regras de competência abstratamente previstas na legislação, por diversas vezes, não são suficientes para definir previamente qual o órgão mais adequado ao caso concreto.

Nesse contexto, a cooperação judiciária apresenta-se como uma forma de colaboração entre órgãos que compõem o sistema jurídico, com o intuito de garantir a oxigenação das regras tradicionalmente rígidas de competência previstas no sistema processual. Não se trata de desconsiderar as regras de competência mediante livre arbítrio do magistrado, mas, sim, de realizar o ato processual por meio da cooperação do juízo mais adequado.

A cooperação admite um compartilhamento de competências visando o exercício da jurisdição pelo magistrado que possua as melhores condições para a prestação jurisdicional. Cabe ao juiz analisar se a sua competência é adequada à hipótese e, caso não seja, procurar a colaboração de outros que sejam mais adequados, para que a competência se ajuste às exigências específicas do caso concreto.

A cooperação judiciária busca conjugar as competências através do auxílio de outros juízos com o intuito de garantir maior eficiência processual mediante a flexibilização de algumas formalidades. A divisão legal de competências não deve implicar o isolamento dos órgãos jurisdicionais, pois uma rígida organização da jurisdição nacional traz consequências danosas à prestação jurisdicional⁴⁰.

A utilização dos mecanismos de cooperação judicial não se coaduna com a concepção clássica de rígida organização de competências do Poder Judiciário com base na territorialidade. Dessa forma, os juízos podem formular entre si pedidos de cooperação para a prática de quaisquer atos processuais, pois estes não possuem objeto pré-definido e podem ser executados de diversas formas, nos termos do art. 68 e 69, *caput* e seus incisos.⁴¹

De outro giro, o dever de recíproca cooperação judicial para incrementar a eficiência das atividades aliado à escolha adequada do juízo competente, à luz do princípio do juiz natural, foi regulamentado pela Resolução CNJ n.º 350/2020 (art. 1º, inciso I c/c art. 2º c/c art. 6º, inciso V)⁴².

Nesse sentido, destacam-se também alguns Enunciados aprovados pela II Jornada de Prevenção e solução extrajudicial de litígios do Conselho da Justiça Federal. Eles prevêm a cooperação judiciária nacional como forma de colaboração interinstitucional (Enunciado n.º 132⁴³), bem como a incidência dos princípios da boa-fé e da cooperação sobre o sistema Multiportas (Enunciado n.º 134)⁴⁴.

Por fim, a possibilidade de cooperação com outros juízos para permitir uma

40 ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. *Fundamentos da Cooperação Judiciária Nacional*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro, ano 2014, volume 21, número 3, setembro a dezembro de 2020.

41 CAMPOS, Maria Gabriela, 2020.

42 BRASIL. Planalto. Disponível em <https://www.gov.br/planalto/pt-br>. Acesso em: 1/5/2024.

43 II Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios. **Enunciados aprovados**. Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários). Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>. Acesso em 1/5/2024.

44 II Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios Acesso em 1/5/2024.

condução mais eficiente do processo está prevista no §4º do art. 8º do PL n.º 1.641/2021, que disciplina a nova lei da ação civil pública⁴⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em última análise, verificou-se que o espaço geográfico configura critério determinante e tradicional para a fixação de competência na tutela coletiva.

Embora o art. 2º estabeleça expressamente que a competência funcional do juízo é a do local do dano, a doutrina majoritária entende tratar-se de competência territorial absoluta.

Excepcionalmente, em algumas situações particulares e individualizadas, o STJ, no Conflito positivo de competência n.º 144.922/MG, admitiu o ajuizamento de ações individuais ou coletivas no foro de residência dos autores.

Na hipótese de foros concorrentes, a fixação do “melhor juízo” deve considerar aquele que possui melhores condições de salvaguardar os direitos coletivos em detrimento de observar tão somente critérios fixos e engessados. Assim, as normas gerais de competência devem ser interpretadas de maneira mais flexível, mediante análise das circunstâncias do caso e realizando-se as necessárias adaptações para revelar a norma jurídica concreta.

A competência adequada possui natureza principiológica, pois é resultado da conjugação dos princípios da adequação das formalidades processuais, do juiz natural e da eficiência processual.

Através da reeleitura do princípio do juiz natural para, à luz da CF/88 e do CPC/15, pretende-se ressignificar as características tradicionais da competência - territorialidade, exclusividade e inflexibilidade – e readequá-las às novas percepções da competência adequada: menos territorialidade, flexibilidade (flexibilização da *perpetuatio iurisdictionis*), funcionalidade e adaptabilidade.

A aplicação das noções do *forum shopping* e do *forum non conveniens* pela doutrina pátria e pela jurisprudência nacional, bem como seus respectivos desdobramentos ainda carece de maiores e mais maduras discussões, até porque não encontram amparo no ordenamento jurídico nacional.

A cooperação corresponde a uma promissora alternativa de colaboração entre órgãos judiciais com o intuito de garantir o compartilhamento de competências e buscar o auxílio do juízo que possua mais e melhores condições de propiciar uma eficiente, justa e adequada prestação jurisdicional diante do caso concreto.

A concepção de cooperação é capaz de permitir a oxigenação e a flexibilização da rígida organização de competências judiciais, em consonância com o CPC/15 e com a CF/88, amparadas por uma necessária reeleitura do princípio do juiz natural.

⁴⁵ BRASIL. Planalto. Disponível em <https://www.gov.br/planalto/pt-br>. Disponível em: 1/5/2024.

REFERÊNCIAS

- 1- ARAGÃO, Nilsiton Rodrigues de Andrade. **Fundamentos da Cooperação Judiciária Nacional**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro, ano 2014, volume 21, número 3, setembro a dezembro de 2020.
- 2- BARRETT JR., Edward. *The doctrine of forum non conveniens* apud PEIXOTO, Ravi. **O forum non conveniens e o processo civil brasileiro**: limites e possibilidade. Revista de Processo, vol. 279-2018, p. 381 – 415, Maio. 2018.
- 3- BATISTA, Luiz Olavo; MIRANDA, Sílvia Julio Bueno. **Convenção de arbitragem e escolha de lei aplicável**: uma perspectiva do direito brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 27-2010, p. 11 – 34, Out – Dez. 2010, Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, vol. 2-2014, p. 297 - 318, Set. 2014.
- 4- BRAGA, Paula Sarno Braga. **Competência adequada**. Revista de Processo I vol. 219-2013, Maio, 2013. Disponível: <https://edisciplinas.usp.br>.
- 5- BRASIL. Planalto. Disponível em <https://www.gov.br/planalto/pt-br>.
- 6- CABRAL, Antônio do Passo. **Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências**. Slides. Grupo de pesquisa Transformações nas estruturas fundamentais do processo. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <https://docplayer.com.br/201932810-Juiz-natural-e-eficiencia-processual-flexibilizacao-delegacao-e-coordenacao-de-competencias-antonio-do-passo-cabral.html>.
- 7- CAMPOS, Maria Gabriela. **O compartilhamento de competências no processo civil**: um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional. Ed. JusPodium, 2020.
- 8- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Princípio da competência adequada, conflitos coletivos multipolares e competências materiais distintas**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 128.2020, p. 403 – 414, Mar – Abr. 2020.
- 9- HARTMANN, Guilherme Kronenberg. **Competência no processo civil**: da teoria tradicional à gestão judicial da competência adequada. São Paulo: Ed. JusPODIVM, 2021.
- 10- JUENGER, Frederich K. Forum non conveniens - who needs it? Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness apud BRAGA, Paula Sarno. **Competência adequada**. Revista de Processo I vol. 219-2013, Maio, 2013.
- 11- MANCUSO, Rodolfo. Ação Civil Pública apud ROCHA, Cláudio Jannoti da Rocha; SILVA, Thais Borges da. **O Princípio da competência adequada e o processo coletivo**. Revista de Direito do Trabalho, vol. 218-2021, p. 275 – 292, 4) Jul – Ago-2021. Disponível: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/190197>.
- 12- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Jurisdição internacional**: Ajuizamento de ação no Brasil por força da aplicação da teoria do *forum non conveniens* por parte da justiça americana – hipótese que não se enquadra nos arts. 88 e 89 do CPC. Inexistência de jurisdição no Brasil. Indeferimento de inicial. Inocorrência de citação e de composição da lide. Falta de legítimo interesse dos pretensos réus para recorrer. Revista dos Tribunais | vol. 855/2007 | p. 57 - 76 | Jan / 2007.

- 13- NERY JUNIOR, Nelson. **Competência no processo civil norte americano:** o Instituto do *forum (non) conveniens*. Revista dos Tribunais, vol. 781-2000, p. 28 – 32, Nov – 2000.
- 14- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** Volume único. 14^a. ed. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2022.
- 15- PUPO, Thaís Milani Del. **Características da competência nas ações coletivas.** Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2017.
- 16- PEIXOTO, Ravi. **O forum non conveniens e o processo civil brasileiro: limites e possibilidade.** Revista de Processo, vol. 279-2018, p. 381 – 415, Maio. 2018.
- 17- PEREIRA, Mateus Costa. **Da competência:** o calcanhar de aquiles da tutela coletiva. v. 22, n. 24, 2012, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.
- 18- PESCHE, Markus A. *What's Wrong with Forum Shopping? An Attempt to Identify and Assess the Real Issues of a Controversial Practice* apud ROCHA, Cláudio Jannoti. SILVA, Thais Borges da. **O princípio da competência adequada e o processo coletivo.**
- 20- ROCHA, Cláudio Jannoti; SILVA, Thais Borges da. **O princípio da competência adequada e o processo coletivo.** Revista de Direito do Trabalho | vol. 218/2021 | p. 275 - 292 | Jul - Ago / 2021.
- 21- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Fundamentos da tutela coletiva.** Ed. Gazeta jurídica, 2017, 1^a ed.
- 22- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://portal.stj.jus.br/>. Acesso em: 30/4/2024.
- 23- TAVARES, Sara. A doutrina do *forum non conveniens* e o processo civil brasileiro. Dissertação de Mestrado apud BRAGA, Paula Sarno. **Competência adequada.** Revista de Processo I vol. 219-2013, Maio, 2013.
- 24- II Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios. **Enunciados aprovados.** Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários.

Cassação de William Parreira e Paulo Telles em primeira instância e o afastamento de litispendência em terceira instância: breves comentários

Cassation of William Parreira and Paulo Telles in the first instance and the dismissal of litispendence in the third instance: brief comments

Paulo César de Souza

Acadêmico de Ciências do Estado na Faculdade de Direito da UFMG. <http://lattes.cnpq.br/8539192938743166>

RESUMO

A presente pesquisa intitulada “*Cassação de William Parreira e Paulo Telles em primeira instância e o afastamento de litispendência em terceira instância: breves comentários*”, tem por base em analisar a decisão referente aos autos Pje nº 0600002-31.2021.6.13.0351, prolatada pelo Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, deu provimento ao agravo e ao Recurso Especial Eleitoral, a fim de reformar os acórdãos regionais, afastando o fundamento alusivo à litispendência e à perda superveniente de interesse, determinando o retorno dos autos ao Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais para novo julgamento do feito, formação de autos suplementares no caso de eventual interposição de novos recursos, viabilizando o imediato retorno dos autos ao TRE/MG. Em 16 de julho de 2021, o juízo de primeira instância julgou procedente a ação movida pela coligação *Confiança no Desenvolvimento*, Antonio Pinheiro e Alan da Música contra William Parreira e Paulo Telles, em impugnar os mandatos por abuso de poder político e econômico e fraude. Pesquisou-se: Gustavo Binenbojm; Ricardo Cunha; Instituto Brasileiro de Administração Municipal; jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, Tribunal Superior Eleitoral e trabalhos acadêmicos.

Palavras-chave: agente político; cassação; cesta básica; corrupção; eleições; fraude; Ibirité-MG; inelegibilidade; litispendência; obras; preliminar; prefeito; servidor público.



ABSTRACT

The present research entitled “*Cassation of William Parreira and Paulo Telles in the first instance and the dismissal of litispendence in the third instance: brief comments*”, is based on analyzing the decision regarding case file Pje no. 0600002-31.2021.6.13.0351, handed down by the Superior Electoral Court, unanimously upheld the appeal and the Special Electoral Appeal, in order to reform the regional judgments, removing the plea alluding to *lis pendens* and supervening loss of interest, determining the return of the case to the Regional Electoral Court of Minas Gerais for a new judgment of the case, formation of supplementary files in the event of any new appeals being filed, enabling the immediate return of the files to the TRE/MG. On July 16, 2021, the court of first instance upheld the action filed by the *Confiança no Desenvolvimento* coalition, Antonio Pinheiro and Alan da Música against William Parreira and Paulo Telles, challenging the mandates for abuse of political and economic power and fraud. Searched for: Gustavo Binenbojm; Ricardo Cunha; Brazilian Institute of Municipal Administration; jurisprudence of the Court of Justice of Minas Gerais, Regional Electoral Court of Minas Gerais, Superior Electoral Court and academic works.

Keywords: political agent; cassation; basic basket; corruption; elections; fraud; Ibirité-MG; ineligibility; *lis pendens*; construction; preliminary; mayor; public server.

INTRODUÇÃO

A Justiça Eleitoral é uma Justiça Especializada e a sua história deu-se início com a criação do Decreto 21.076/1932, intitulado Tribunal Superior de Justiça Eleitoral. Nesse sentido, as demandas relacionadas às Eleições Municipais são de competência da Justiça Eleitoral. Compreende-se que nos julgamentos, seja na Justiça Comum (Tribunal de Justiça de Minas Gerais) ou (Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais).

Na seara do Direito Eleitoral, a doutrina pátria classifica as fontes e de disposição. As fontes diretas e indiretas ou primárias e secundárias. Nessa direção, a Carta Magna de 1988 é a fonte maior do Direito Eleitoral Brasileiro, visto que é nela que se funda o processo da validação jurídica, ou seja, é na Constituição da República que as demais regras jurídicas encontram seu pressuposto.

Em vista disso, o Código Eleitoral, disciplinado pela Lei nº 4.737/1965 é uma das fontes do Direito, muito embora Código Eleitoral seja ordinária, em data posterior a Carta Magna Federal de 1988 conseqüentemente, a Lei nº 9.504/1997, conhecida como Lei das Eleições apresenta um compilado de regras aos agentes políticos como: convenções partidárias, arrecadação, coligações, campanha eleitoral, pesquisas eleitorais, propaganda eleitoral.

Isto posto, outra importante norma é a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (LOPP), onde traz de maneira mais clara as questões sobre a organização, fusão e extinção de partidos políticos. Nessa Direção, a lei das inelegibilidades, a 64/1990 prevê as hipóteses infraconstitucionais de inelegibilidades. Outra lei que tem sido objeto de estudos é a Lei complementar 135/2015, conhecida como lei da Ficha Limpa.

Noutro giro, observa-se como fontes indiretas as resoluções do Tribunal Superior

Eleitoral, as resoluções dos Tribunais Regionais Federais, visto que essas normas produzem efeitos. Explana a literatura a importância dos princípios do Direito Eleitoral, visto que são verdadeiras estruturas do ordenamento jurídico, contribuindo como motivação à criação e análise das normas, contribuindo em sua essência histórica de uma sociedade.

Em 2020, a eleição no município de Ibité/MG ficou marcado pelas quantidades de ações judiciais na Justiça Eleitoral, entre dois grupos políticos, de um lado: Antônio Pinheiro Júnior (Toninho Pinheiro) e Alan Fernandes Rocha (Alan da Música), coligação confiança no desenvolvimento, composta pelos partidos: PMN (Mobiliza), PMB, Patriota, (Partido Renovação Democrática - PRD), PSC, PSD, Solidariedade, PTB (Partido Renovação Democrática - PRD), Podemos, Democratas (União), DC, Progressistas e PSB e de outro William Parreira Duarte e Paulo Telles da Silva, coligação Ibité com a força do povo composta pelos partidos: Republicanos, cidadania, PRTB, PV, PC do B, Pros, PTC (Agir) e Avante.

As ações na especializada foram analisadas pelo Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais (TRE/MG), sendo a ação 0600001-46.2021.6.13.0351, movida pelo partido progressista contra William Parreira Duarte, Paulo Telles da Silva e Evando de Assis, por abuso de poder econômico e abuso de poder político com viés econômico, sendo julgado parcialmente procedente, afastando a culpa de Evaldo de Assis, cassando os mandatos de William Parreira e Paulo Telles, em segunda instância.

A quantidade de processos na Justiça Eleitoral envolvendo William Parreira Duarte e Paulo Telles da Silva sempre foi justificada em discursos para apoiadores como perseguição política. Inúmeras irregularidades foram levadas ao conhecimento do judiciário práticas de irregularidades a saber: abertura e asfaltamento de vias irregulares, desvirtuamento de programa de distribuição de cestas básicas, remessa à Câmara Municipal de projeto de lei para o pagamento de abono salarial e posterior retirada após o pleito, implantação do programa patrulha agrícola mecanizada e implantação do programa habitar são algumas das irregularidades não passaram despercebidos aos olhos da maioria dos julgadores do colegiado “adquem” do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais.

Lado outro, o partido progressista ajuizou outra demanda 0600002-31.2021.6.13.0351, julgada procedente contra William Parreira e Paulo Telles, em primeira instância, por abuso de poder econômico, tornando-os inelegíveis pelos prazos de 08 anos, porém, em segunda instância O Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, à unanimidade, acolheu a preliminar de litispendência parcial com as Ações de Investigação Judicial Eleitoral 0600557-82.2020.6.13.0351, 0600984-79.2020.6.13.0351, 0600565-59.2020.6.13.0351, 0600562-07.2020.6.13.0351, a fim de extinguir o feito, sem resolução de mérito.

Evidenciada a identidade de partes, pedidos e causas de pedir entre a ação anteriormente ajuizada pelos autores, exsurge configurada a litispendência, nos termos do art. 337, § 3º do CPC/2015, razão pela qual deve ser acolhida a preliminar arguida, atribuindo o efeito translativo ao recurso, para julgar extinto o processo sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, inciso V do CPC.

A alegação de William Parreira e Paulo Telles, ambos, na Justiça Especializada, convenceram os julgadores do TRE/MG, que a manutenção de processos idênticos poderia levar a decisões conflitantes, o que acarreta insegurança jurídica.

A consequência processual é a extinção de um dos processos, sem resolução de mérito. Para determinar qual será extinto, aplica-se a regra do artigo 219 ou do artigo 106, do CPC. Assim, caso as ações tramitam em comarcas diferentes, a ação será extinta.

A literatura pátria reconhece que em causas coletivas não é exigida a identidade da parte autora para a configuração da litispendência, bastando que haja identidade de pedido e da causa de pedir. Por outro lado, nem todos que defendem reconhecem os mesmos efeitos aplicados ao processo individual, ou seja, a extinção do processo litispendente.

Cumpra-se na literatura que não há qualquer razão para a manutenção de dois processos semelhantes, onde será despendida energia desnecessária com a duplicação de atos. Além disso, a manutenção de processos idênticos poderá levar a decisões contraditórias, o que acarreta desprestígio ao Poder Judiciário (Oliveira, 2013).

DESENVOLVIMENTO

O recurso manejado pelo partido progressista de Ibitaré/MG no Tribunal Superior Eleitoral, foi provido no sentido de reformar os acórdãos, em afastar a litispendência, ao ponto da Corte Regional de Minas Gerais ter que proferir novo julgamento.

Relator: Ministro Floriano de Azevedo Marques

Recorrentes: Progressista (PP) – Municipal e outros

Advogados: João Batista de Oliveira Filho – OAB: 20180/MG e outros

Recorridos: William Parreira Duarte e outro

Advogados: Wederson Advíncula Siqueira – OAB: 102533/MG e outro

ELEIÇÕES 2020. Agravo em Recurso Especial. provimento. análise do Recurso Especial. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Prefeito e Vice-Prefeito reeleitos. Abuso do Poder Político, econômico e fraude. Inexistência de litispendência. Análise do conjunto dos fatos. Gravidade. Ausência de falta de interesse. Retorno dos autos ao Tribunal de Origem. Provimento do Recurso (Brasil, 2020).

Contempla-se nas tramitações dos autos que os requeridos William Parreira e Paulo Telles alegaram litispendência devido a quantidade de ações demandada pelos autores, desconsiderando algumas diferenças entre os autos. Nesse sentido, a ação em primeira instância ajuizado pelo partido progressista foi julgado procedente - autos 0600002-31.2021.6.13.0351, em primeira instância (1º grau), noutro giro, em segunda instância o mérito não foi apreciado devido ao acolhimento de preliminar de litispendência apontada por William Parreira e Paulo Telles.

O Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, à unanimidade, acolheu a preliminar de litispendência parcial com as Ações de Investigação Judicial Eleitoral 0600557-82.2020.6.13.0351, 0600984-79.2020.6.13.0351, 0600565-59.2020.6.13.0351, 0600562-07.2020.6.13.0351, a fim de extinguir o feito, sem resolução de mérito, com relação aos objetos nelas apurados, e, de ofício, quanto aos fatos restantes, não conheceu do recurso eleitoral, em virtude da perda superveniente de interesse. 2. Na origem, os ora agravados ajuizaram ação de impugnação de mandato eletivo em desfavor dos agravados William Parreira Duarte e Paulo Telles da Silva, prefeito e vice-prefeito reeleitos no Município de Ibitaré/MG nas Eleições de 2020, para apurar a suposta prática de abuso do poder econômico, corrupção e fraude. 3. O Juízo da 351ª Zona Eleitoral de Ibitaré/MG julgou procedente o pedido da ação de

impugnação de mandato eletivo, com base no art. 14, § 10, da Constituição Federal, determinando a cassação do mandato dos agravados e declarando-os inelegíveis pelo prazo de 8 anos (Brasil,2021).

A Corte Regional acolheu a preliminar devido à quantidade de ações manejadas pelo partido progressistas de Ibitaré/MG. A quantidade de ações ofertadas pelo partido progressista de Ibitaré em desfavor de William Parreira e Paulo Telles, possivelmente, foram levados em consideração pelos os julgadores ao acolher a preliminar de litispendência.

O Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais negou seguimento ao recurso especial por entender que não houve a apontada violação aos arts. 275 do Código Eleitoral, 337, §§ 1º, 2º e 3º, e 996 do Código de Processo Civil, bem como pela incidência da Súmula 30/TSE. 5. Preenchidos os requisitos formais, devidamente impugnada a matéria e sendo relevante o fundamento do recurso especial, é o caso de provimento do agravo para submeter o apelo nobre a julgamento (Brasil,2021).


O retorno dos autos do TSE para TRE/MG, e novo julgamento, direciona aos requeridos William Parreira e Paulo Telles ao ponto da inelegibilidade. A litispendência nada mais é que uma defesa processual peremptória, fundada em dois princípios: economia processual e harmonização de julgados (Oliveira, 2013).

Observa-se que parte minoritária da literatura não vislumbra a possibilidade de se aplicar o instituto da litispendência, já que não existe a presença de todos os elementos da ação, tais como as partes, a causa de pedir e o pedido.

A litispendência é um pressuposto processual negativo, isto é, caso exista, a ação não poderá se desenvolver validamente. Portanto, a presença da litispendência levará a extinção do processo sem resolução do mérito. A litispendência ocorre quando existem duas ações idênticas em curso concomitantemente, ou seja, o requerente ajuíza duas ou mais ações contra o mesmo requerido e pelo mesmo motivo.

Quadro 1

| Quadro Sinóptico dos autos na Justiça Especializada | |
|---|--|
| 01 | 0600002-31.2021.6.13.0351 William Parreira e Paulo Telles (Em análise - cassados em 1ª instância) |
| 02 | 0600001-46.2021.6.13.0351 (Parcial proc. 2ª instância - revertido no C.TSE) |
| 03 | 0600984-79.2020.6.13.0351 (Pagamento de Multa) |
| 04 | 0600557-82.2020.6.13.0351 (Pagamento de Multa) |
| 05 | 0600565-59.2020.6.13.0351 (Em Análise) |
| 06 | 0600562-07.2020.6.13.0351 (Pagamento de Multa) |




Progressistas
Oportunidades para todos

Progressistas
(Toninho Pinheiro e Alan da Música)

x

William Parreira e Paulo Telles



Tribunal Superior Eleitoral


Elaboração: Paulo César de Souza - acadêmico de Ciências do Estado -UFMG

Fonte: Paulo César de Souza, 06/05/2024

A demanda, manejada pelo partido progressista foi julgada procedente - autos 0600002-31.2021.6.13.0351, em primeira instância (1º grau), porém, em segunda instância o mérito não foi apreciado devido ao acolhimento de preliminar de litispendência apontada por William Parreira e Paulo Telles.

Ao contrário da parcela da literatura que entende pela necessidade de extinção da ação litispendente com fulcro no processo civil clássico, outros autores, por sua vez, defendem a necessidade da reunião das ações, mesmo estando presentes os elementos identificadores nas duas demandas, o que evidencia a litispendência. Fundamentam tal posição na finalidade social do processo coletivo, bem como nos princípios que o regem. A distância que existe entre o resultado do processo e o aumento da valorização jurídica da cidadania, motiva o surgimento de movimentos doutrinários que estimulam o aplicador das normas a visualizá-las com características que refletem o valor da tutela jurisdicional pretendido em demandas postas em juízo.

Quadro 2

| Quadro Sinóptico do processo de cassação em andamento | | | | | |
|---|------------|--|--|---|--|
| PROCESSO | INÍCIO | PARTES | CAUSA DE PEDIR REMOTA | CAUSA DE PEDIR PROXIMA | ESTADO DE JULGAMENTO |
| Processo nº 0600002-31.2021.6.13.0351- Ibirité - Minas Gerais D.J.E do TSE - nº 58/2024. Publicado em em 16/04/2024 | | | | | |
| AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO (11526) Nº 0600002-31.2021.6.13.0351 / 351ª ZONA ELEITORAL DE IBIRITÉ MG | 07/01/2021 |  <p>PARTIDO PROGRESSISTA (PP). COLIGAÇÃO CONFIANÇA NO DESENVOLVIMENTO, ANTONIO PINHEIRO JUNIOR E ALAN FERNANDES ROCHAS</p> <p>x</p> <p>WILLIAM PARREIRA DUARTE PAULO TELLES DA</p> <p>e</p> | <ol style="list-style-type: none"> Doações financeiras por agentes políticos; Uso eleitoral do Jornal Ibirité em Ação; Reiterada realização de publicidade institucional em período vedado com extrapolação dos limites e restrições legais; Da contratação e afixação de engendos publicitários há poucos dias do período vedado; Criação da linha de ônibus 7070 com evidente finalidade eleitoral; Disponibilização de Wi-Fi gratuito em praças públicas com a exibição de vídeo institucional, em ano eleitoral – exibição de logomarca e do slogan da gestão; Apropriação do slogan oficial da administração na propaganda eleitoral; Distribuição de cestas básicas, durante a pandemia, com finalidade eleitoral; Distribuição de kits escolares às vésperas do pleito, com benefício eleitoral; Da concentração de obras urbanas nos meses que antecederam o pleito, com maciça exploração em propaganda eleitoral; Da prática reiterada, consciente e deliberada de propaganda eleitoral irregular | Abuso de poder econômico; fraude; corrupção e abuso de poder político entrelaçado com o econômico | <p>Em análise</p> <p>Julgado procedente na primeira instância – mandatos cassados; inelegibilidade declarada.</p> <p>Em análise</p> |

Fonte: Paulo César de Souza, 06/05/2024

Quadro 3

| Quadro Sinóptico do processo de cassação concluído | | | | | |
|---|------------|--|--|--|---|
| PROCESSO | INÍCIO | PARTES | CAUSA DE PEDIR REMOTA | CAUSA DE PEDIR PRÓXIMA | ESTADO DE JULGAMENTO |
| Processo nº 0600001-46.2021.6.13.0351 - Ibitaré - Minas Gerais D.J.E do TSE - nº 58/2024. Publicado em em 16/04/2024 | | | | | |
| William Parreira e Paulo Telles - 1ª Instância - improcedente CASSAÇÃO William Parreira e Paulo Telles - 2ª Instância - parcialmente procedente CASSAÇÃO (4 x 3) William Parreira e Paulo Telles - 3ª Instância - reverteram a cassação no TSE (7 x 0) | | | | | |
| Processo nº 0600001-46.2021.6.13.0351 - Ibitaré - MINAS GERAIS [Abuso - De Poder Político/Autoridade, Ação de Impugnação de Mandato Eletivo] | 02/01/2021 |  X WILLIAM PARREIRA DUARTE, PAULO TELLES DA SILVA e EVALDO ANTÔNIO DE ASSIS | 1. Realização de asfaltamento de vias irregulares com benefício eleitoral; 2. Distribuição de cestas básicas com benefício eleitoral; 3. Remessa de projeto de lei com abono salarial para funcionários vinculados à Secretaria de Saúde com benefício eleitoral; 4. Implantação do Programa Patrulha Agrícola Mecanizada, em ano eleitoral; 5. Implantação do cartão "auxílio construção", com benefício eleitoral; | Abuso de poder econômico e Abuso de poder político com viés econômico | A Corte deste Tribunal acolheu a preliminar de litispendência parcial entre a AIME e a AIJE 0600984-79 e extinguiu o processo, no que se refere às alegações decorrentes da distribuição das cestas básicas; e, no mérito, deu parcial provimento ao recurso, com a consequente cassação dos mandatos de William Duarte e Paulo Telles, mantendo-se a improcedência quanto a Evaldo de Assis. |
| Elab.: Paulo César de Souza - 06/05/2024 - Acadêmico de Ciências do Estado - UFMG | | | | | |

Fonte: Paulo César de Souza, 06/05/2024

A quantidade de ações ofertadas pelo partido progressista de Ibitaré em desfavor de William Parreira e Paulo Telles, possivelmente, foram levados em consideração pelos os julgadores ao acolher a preliminar de litispendência.

Quadro 4

| JUSTIÇA ELEITORAL (Especializada) | |
|--|--|
| Novo julgamento no TRE/MG (2024) afastamento de litispendência e à perda superveniente de interesse - Determinação TSE | William Parreira e Paulo Telles Reverteram no TSE - 7 X 0 Cassados TRE/MG 4 X 3 |
| Pje nº 0600002-31.2021.6.13.0351 Data: 16/07/2021 Juízo “aquou” (Monocratica - Ibitité/MG) | Pje nº 0600001-46.2021.6.13.0351 Data: 12/07/2022 Juízo “ad quem (Tribunal TRE/MG) |
| Polo Ativo: PP Ibitité, Coligação Confiança no Desenvolvimento, Antonio Pinheiro Junior e Alan Fernandes Rocha Polo Passivo: William Parreira Duarte e Paulo Telles da Silva | Polo Ativo: PP Ibitité, Polo Passivo: William Parreira Duarte Paulo Telles da Silva e Evaldo Antônio de Assis |
| Por todo o exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação para para os fins de IMPUGNAR os mandatos eletivos de William Parreira Duarte e Paulo Telles da Silva, eleitos respectivamente como Prefeito e Vice-Prefeito de Ibitité/MG nas Eleições Municipais de 2020, por abuso de poder político e econômico e fraude nos termos do art.14, §10 da CR/88, tornando-os inelegíveis pelo prazo de 08 (oito) anos. Determino, por consequência, a realização de novas eleições no município de Ibitité/MG , nos termos do art. 224, §3º do Código Eleitoral Brasileiro. 150. Comunique-se o Presidente da Câmara de Vereadores para que assuma, interinamente, a Prefeitura Municipal, bem como oficie-se o Egrégio Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais para que designe a data da nova Eleição. 151. Considerando o julgamento da presente AIME, determino o levantamento do sigilo dos destes autos, nos termos do art.17 da Resolução TSE nº23.326/2010. Ibitité, 16 de julho de 2021. | PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO, com a consequente cassação dos mandatos de William Parreira Duarte e Paulo Telles da Silva, respectivamente, Prefeito e Vice-Prefeito do Município de Ibitité/MG, mantendo-se, todavia, a improcedência do pedido em relação a Evaldo Antônio de Assis. Determinação, por fim, de convocação de novas eleições majoritárias, nos termos do art. 224, do Código Eleitoral, após a publicação do resultado do julgamento – caso prevaleça o entendimento deste vogal – e de eventuais embargos de declaração que porventura vierem a ser opostos, se desprovidos. Vistos, relatados e discutidos os autos do processo acima identificado, ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais em, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Juiz Guilherme Doehler, com voto de desempate do Presidente, Des. Octavio Boccalini. Belo Horizonte, 12 de julho de 2022. |

Fonte: Paulo César de Souza, 06/05/2024

Nesse sentido, pode-se apontar que, a litispendência é a repetição de ação, um mesmo fato poderá ser objeto à propositura de duas ações, para a tutela de direitos distintos. Já entre demandas coletivas, haverá litispendência quando presente e uniforme a causa de pedir e o pedido (Magalhães, Pereira e Barros, 2018).

REspEI nº 0600002-31.2021.6.13.0351/MG. Relator: Ministro Floriano de Azevedo Marques. Agravantes: Progressista (PP) – Municipal e outros (Advogados: João Batista de Oliveira Filho – OAB: 20180/MG e outros). Agravados: William Parreira Duarte e outro (Advogados: Wederson Advíncula Siqueira – OAB: 102533/MG e outro). Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deu provimento ao agravo e ao recurso especial eleitoral, a fim de: i) reformar os acórdãos regionais, afastando o fundamento alusivo à litispendência e à perda superveniente de interesse, determinando o retorno dos autos ao Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais para que proceda a novo julgamento do feito como entender de direito; ii) determinar a imediata formação de autos suplementares no caso de eventual interposição de novos recursos, viabilizando o imediato retorno dos autos ao Tribunal de origem, nos termos do voto do relator. Composição: Ministros Alexandre de Moraes (presidente), Cármen Lúcia, Nunes Marques, Raul Araújo, Isabel Gallotti, Floriano de Azevedo Marques e André Ramos Tavares. Vice-Procurador-Geral Eleitoral: Alexandre Espinosa Bravo Barbosa. Sessão virtual ordinária de 22.3 A 2.4.2024 (Brasil,2021).

Na ação nº 0600557-82.2020.6.13.0351, ajuizada em 07/10/2020, antes das eleições ocorridas em 15/11/2020, foi apontada na causa de pedir: divulgação de publicidade institucional com caracterização de abuso de poder, uso eleitoreiro do jornal Ibitité em Ação, uso de bens móveis e imóveis pertencentes à administração e lives exibidas em redes sociais com benefício eleitoral, criação da linha de 7070 e distribuição de WI-FI, gratuito em

ano eleitoral. A Corte Eleitoral aplicou a multa, porém, desprovido a cassação de diplomas e a não declaração de inexigibilidade de William Parreira e Paulo Telles.

Por outro lado, na demanda 0600002-31.2021.6.13.0351, Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME), ajuizada em 07/01/2021, foi apontado os pedidos em face de William Parreira e Paulo Telles: doações financeiras por agentes políticos; uso eleitoreiro do jornal Ibité em ação; reiterada realização de publicidade institucional em período vedado com extrapolação de limites e restrições legais; contratação de engenheiros publicitários há poucos dias do período vedado; criação da linha de ônibus 7070 com evidente finalidade eleitoral; disponibilização de WI-FI gratuito em praças públicas com a exibição de vídeo institucional; apropriação do slogan oficial da administração na propaganda eleitoral; disponibilização de cestas básicas durante a pandemia, com finalidade eleitoral; distribuição de kits escolares às vésperas do pleito, com benefício eleitoral; distribuição de kits escolares às vésperas do pleito com benefício eleitoral, concentração de obras urbanas nos meses que antecederam o pleito, com maciça exploração em propaganda eleitoral e a prática reiterada consciente e deliberada de propaganda irregular.

Constata-se que nas demandas, alguns pedidos são idênticos mas, não há identidade em todos os pedidos nas demandas. Nesse sentido, ao apreciar a ação 0600001-46.2021.6.13.0351, verifica-se que no polo passivo consta Evaldo Antônio de Assis, candidato ao cargo de vereador em 2020 pelo partido Republicanos, sob o número 10.888, sendo este inocentado pelo Colendo Regional. Em primeira instância, o pedido de cassação da chapa foi julgado improcedente, porém, em segunda instância, em votação apertada por 4X3, a maioria julgou parcialmente procedente os pedidos fincados: realização de asfaltamento de vias irregulares com benefícios eleitoral; distribuição de cestas básicas com benefício eleitoral; remessa de projeto de lei com abono salarial para funcionários vinculados à Secretaria Municipal de Saúde com benefício eleitoral; implantação do programa patrulha agrícola mecanizada em ano eleitoral e implantação do cartão auxílio construção com benefício eleitoral para cassar William Parreira e Paulo Telles, os mandatos de prefeito e vice-prefeito respectivamente. Nesse contexto, os agentes cassados interpuseram recurso em instância superior e conseguiram reverter a cassação.

TSE reverte cassação de mandatos e mantém nos cargos William Parreira e Paulo Telles, prefeito e vice-prefeito de Ibité/MG.

Os ministros do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), na sessão plenária desta terça-feira (7), decidiram, por unanimidade, manter nos cargos William Parreira e Paulo Telles, prefeito e vice-prefeito eleitos em 2020 para assumir a gestão do município de Ibité (MG). O Plenário da Corte deu provimento a recursos dos políticos, julgando improcedente ação de impugnação e revertendo a decisão do Tribunal Regional Eleitoral mineiro (TRE-MG) que cassou os mandatos de ambos por abuso de poder político e econômico, em razão de eventuais irregularidades durante a campanha eleitoral de 2020, quando concorreram à reeleição (Brasil, 2020).

Em conversas informais com agentes políticos em Ibité/MG, comenta-se em uma suposta interferência de Luiz Inácio Lula da Silva no Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento em que reverteu a cassação de William Parreira e Paulo Telles, em demanda 0600001-46.2021.6.13.0351, com votação apertada de 4 x 3 na Corte Regional de Minas Gerais.

A analogia de apoiadores de grupos políticos em Ibirité/MG seria a suposta ligação e amizade de Jair Bolsonaro com Toninho Pinheiro e William Parreira com Lula e o resultado do julgamento da demanda dependeria das eleições presidenciais de 2022.

Assevera Paulo César de Souza (2022, p. 725):

O Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais por maioria cassou os mandatos de William Parreira Duarte e Paulo Telles da Silva em 12/07/2022. De acordo com a inicial, o recorrido na condição de Prefeito, passou a determinar, a partir de agosto/2020, a realização de obras de urbanização em terrenos particulares, com abertura de ruas em imóveis individuais, em benefício de grupos determinados de eleitores integrantes dos mesmos grupos familiares. Foi reconhecida no bojo dos autos a litispendência parcial com o processo Pje nº 0600984-79.2020.6.13.0351 Ação de Investigação Judicial Eleitoral ajuizada em 14 de novembro de 2020, pela Coligação Confiança do Desenvolvimento e Antônio Pinheiro Júnior A justiça de primeira instância “aquo” julgou o pedido improcedente por entender que os motivos levados nos autos não seriam suficientes ao ponto de cassar os mandatos da chapa vencedora. Não obstante, o Tribunal por maioria reformou a sentença de primeiro grau.

Não obstante, a suposta interferência e contaminação política no julgamento do processo 0600001-46.2021.6.13.0351, não abarcou o processo 0600002-31.2021.6.13.0351, (inelegibilidade de William Parreira e Paulo Telles) vez que alguns dos Ministros são os mesmos como Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia.

Como mencionado na presente pesquisa, verifica-se a diferença que nos autos 0600001-46.2021.6.13.0351, em primeira instância o pedido de cassação foi julgado improcedente constando no polo passivo William Parreira, Paulo Telles e Vavá de Assis. O partido progressista manejou recurso em segunda instância e o recurso foi parcialmente provido, afastando Vavá de Assis. William e Paulo mantiveram recurso contra a decisão do TRE/MG e reverteram em instância superior.

Por outro ângulo, os autos 0600002-31.2021.6.13.0351, a ação ajuizada pelo partido progressista, dessa vez apenas William e Paulo foi julgada procedente nos pedidos formulados para cassar a chapa vencedora do pleito em 2020, porém o TRE/MG acolheu a preliminar de litispendência e não julgou o mérito. O recurso em instância superior movida pelo partido progressista foi provido por unanimidade para retornar os autos para TRE/MG e designar nova data para julgar o mérito do recurso, vez que em primeira instância William e Paulo, prefeito e vice-prefeito respectivamente foram cassados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que foi exposto, é possível extrair algumas conclusões a respeito do instituto da litispendência nas ações ajuizadas pelo partido progressista de Ibirite em desfavor de William Parreira e Paulo Telles. Aponta a literatura que uma ação é idêntica à outra quando os seus elementos identificadores são iguais, isto é, quando houver identidade de partes, causa de pedir e pedido.

Para que fique ainda mais claro vale juntar, na demanda, além do número do processo idêntico, cópia na íntegra da demanda, para que não reste dúvida e auxilie ainda mais no convencimento do juízo. Por fim, pugnam pela extinção do processo sem resolução do mérito.

Entende-se, que a coisa julgada, embora semelhante a litispendência no tocante a identidade plena entre processos, diferencia-se esta daquela pois, na coisa julgada, um dos processos já chegou ao cabo, com o trânsito em julgado.

Como já foi exposto, a expressão litispendência aceita dupla interpretação, podendo significar pendência da causa. E, a partir da propositura da demanda, a litispendência já existe, vez que exige a atuação do juízo no desenvolvimento do processo até seu término.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

BRASIL. **Lei n 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. CPC. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Recurso especial eleitoral N° 0600002-31.2021.6.13.0351, Ibirité/MG. Disponível em: < <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=tse/2024/4/14/15/4/48/2ae3d614b082f08d57f46128ab8168cc746ff2ebbcf9490aacdf01199c7dd913> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Recurso eleitoral. Processo n° 0600001-46.2021.6.13.0351. Ibirité/MG. Disponível em: < <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=pje1g/mg/2023/3/30/13/27/55/892cda8dfe4221c22a-865b9a3e24f4b99f8ac309620e8f636c1135ac5a499756> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Agravo em recurso especial eleitoral N° 0600001-46.2021.6.13.0351. Ibirité/MG. Disponível em: < <https://consultaunificadapje.tse.jus.br/consulta-publica-unificada/documento?extensaoArquivo=text/html&path=tse/2023/3/20/15/54/13/c2915aefc6b24f21c2356953f274d91a7fc7052ca5ba69f3b7a1f617457c5e1> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. Plano de Governo de William Parreira e Paulo Telles. Disponível em: < https://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2020/MG/45950/426/candidatos/802192/5_1601053390597.pdf > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Plenário mantém nos cargos prefeito e vice de Ibirité (MG)**. Publicado em 11/05/2023. Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Maio/plenario-mantem-os-cargos-de-prefeito-e-vice-de-ibirite-mg> > **acesso em:** 05 de maio de 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE reverte cassação de mandatos e mantém nos cargos prefeito**. Publicado em 08/02/2023. Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Fevereiro/tse-reverte-cassacao-de-mandatos-e-mantem-nos-cargos-prefeito-e-vice-de-ibirite-mg> > **acesso em:** 05 de maio de 2024.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral. TSE reverte cassação de mandatos e mantém nos cargos prefeito e vice de Ibirité (MG)**. Atualizado em 08/02/2023. No ano passado, o TRE mineiro

determinou o afastamento dos políticos por entender que houve irregularidades nas ações da prefeitura. Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2023/Fevereiro/tse-reverte-cassacao-de-mandatos-e-mantem-nos-cargos-prefeito-e-vice-de-ibirite-mg> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

ESTADO DE MINAS. **TSE reverte cassação de mandato e prefeito de Ibirité permanece no cargo.** TRE-MG cassou os mandatos do prefeito e vice-prefeito de Ibirité alegando “abuso de poder político”. Disponível em: < https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2023/02/09/interna_politica,1455395/tse-reverte-cassacao-de-mandato-e-prefeito-de-ibirite-permanece-no-cargo.shtml > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

ESTADO DE MINAS. **Justiça Eleitoral cassa prefeito de Ibirité por irregularidades na campanha.** Publicado em 17/07/2021. Disponível em: < https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2021/07/19/interna_politica,1287956/justica-eleitoral-cassa-prefeito-de-ibirite-por-irregularidades-na-campanha.shtml#google_vignette > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

IBIRITÉ. **Presidente da Câmara assume interinamente cargo de Prefeito de Ibirité.** Publicado em 28/09/2022 Disponível em: < <https://www.camaraibirite.mg.gov.br/noticia/89/Audiencia-Publica-Gratuidade-do-transporte-coletivo-em-Ibirite> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

IBIRITÉ. Município de Ibirité - **Estado de Minas Gerais.** Presidente da Câmara Municipal de Ibirité Assume a Prefeitura. Disponível em: < <https://www.ibirite.mg.gov.br/detalhe-da-materia/info/presidente-da-camara-municipal-de-ibirite-assume-a-prefeitura/37255> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

INSTITUTO brasileiro de administração municipal. **Manual do prefeito 16.** ed. rev. atual. - Rio de Janeiro: IBAM, 2020.

ITATIAIA. **Prefeito de Ibirité é cassado por abuso de poder nas eleições de 2020.** Por Lucas Pavanelli, Edilene Lopes. 12/07/2022. Disponível em:< <https://www.itatiaia.com.br/editorias/politica/2022/07/12/prefeito-de-ibirite-e-cassado-por-abuso-de-poder-nas-eleicoes-de-2020> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

ITATIAIA. **TRE rejeita embargos de declaração e confirma cassação do prefeito de Ibirité.** O prefeito já informou que vai recorrer ao TSE. Por 12/07/2022. Willian Parreira (Avante), prefeito de Ibirité. Disponível em: < <https://www.itatiaia.com.br/editorias/politica/2022/07/12/prefeito-de-ibirite-e-cassado-por-abuso-de-poder-nas-eleicoes-de-2020> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

MAGALHÃES, Jaqueline Silva; PEREIRA, Gladslayne Campos Drumond; BARROS, Marcelo Vilela Silva. **A litispendência e a conexão nas ações coletivas.** revista jurídica direito, SOCIEDADE E JUSTIÇA, [S. l.], v. 5, n. 6, 2018. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2281>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

MOREIRA, LIMA, TEIXEIRA e VELOSO. **Direito Eleitoral e Democracia:** estudos em homenagem ao Desembargador Cleones Carvalho Cunha / Organizadores: Eduardo José Leal Moreira; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Roberto Carvalho Veloso. – São Luís: EDUFMA, 2020. Disponível em: < https://www.edufma.ufma.br/wp-content/uploads/woocomerce_uploads/2021/03/LIVRO-DIREITO-ELEITORAL-E-DEMOCRACIA.pdf > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

OLIVEIRA, M. H. M. **Litispendência e conexão no processo coletivo brasileiro.** Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, Franca, v. 16, n. 24, 2013. DOI: 10.22171/rej.v16i24.507. Disponível

em: < <https://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/507> > **aces-**
so em: 06 de maio de 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo 9.** ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

OTEMPO.TRE-MG **rejeita recurso e mantém cassação do prefeito de Ibitité.** Por Pedro Augusto Figueiredo. Publicado em 20.09.2022. Disponível em: < <https://www.otempo.com.br/politica/tre-mg-rejeita-recurso-e-mantem-cassacao-do-prefeito-de-ibirite-1.2737015> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

PREFEITURA Municipal de Ibitité. **Pronunciamento de William Parreira.** Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=mzQDnHtK1xc&t=44s> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

RÁDIO ITATIAIA. TRE **rejeita embargos de declaração e confirma cassação do prefeito de Ibitité.** Publicado em 20/09/2022. Disponível em: < <https://www.itatiaia.com.br/colunas/edilene-lopes/2022/09/20/tre-rejeita-embargos-de-declaracao-e-confirma-cassacao-do-prefeito-de-ibirite> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

RODRIGUES, Reinaldo. **Prefeito de Ibitité é cassado.** Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=2BHix9OJTQw> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Cassação do Mandato do Prefeito e Vice-Prefeito de Ibitité Gera Controvérsia.** Disponível em: < <https://r2news.com.br/justica-eleitoral-cassa-mandato-de-prefeito-e-vice-de-ibiritemg> > **acesso em:** 05 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **A Inexistência de Publicação de Ata Das Comissões Permanentes e Temporárias da Câmara Municipal De Ibitité/MG e a Inércia do Ministério Público De Minas Gerais:** Breves Comentários. Disponível em: < <https://r2news.com.br/a-inexistencia-de-publicacao-de-ata-das-comissoes-permanentes-e-temporarias-da-camara-municipal-de-ibiritemg-e-a-inercia-do-ministerio-publico-de-minas-gerais-breves-comentarios> > **acesso em:** 05 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Política, saúde pública e as eleições 2022.** Estudos avançados em Direito Público e Direito Privado Nova Xavantina, MT: Pantanal Editora, 2022.

SOUZA, Paulo César de. **Política, saúde pública e as eleições 2022.** Estudos avançados em Direito Público e Direito Privado Nova Xavantina, MT: Pantanal Editora, 2022. Disponível em: < https://editorapantanal.com.br/ebooks.php?ebook_id=estudos-avancados-em-direito-publico-e-direito-privado&ebook_ano=2022&ebook_caps=1&ebook_org=1 > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. Estudos avançados em direito. Disponível em: < <https://jornaltribuna.com.br/wp-content/uploads/2023/03/Eleicoes-2022.pdf> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Cassação De William Parreira E Paulo Telles:** Breves Considerações. Publicado em: 29/10/2023. Disponível em: < <https://r2news.com.br/cassacao-de-william-parreira-e-paulo-telles-breves-consideracoes> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Justiça Cassa Mandato de Prefeito.** Disponível em: < <https://jornaltribuna.com.br/2022/09/justica-eleitoral-cassa-mandato-de-prefeito-e-vice-de-ibirite-mg/> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Contando os dias de William Parreira**: julgando recursos de um prefeito cassado em primeira e segunda instância. Disponível em: < <https://jornaltribuna.com.br/2022/08/contando-os-dias-de-william-parreira-julgando-recursos-de-um-prefeito-cassado-em-primeira-e-segunda-instancia-da-justica-eleitoral/> > **acesso em**: 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **As eleições suplementares de 2022 em Itatiaia/RJ e a resolução nº 1201/2021**. O Direito nas intersecções entre o fático e o normativo Ponta Grossa: Aya, 2022. Disponível em: < <https://ayaeditora.com.br/wp-content/uploads/2022/02/L119C20.pdf> > **acesso em**: 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **As eleições suplementares de 2022 e a resolução 23669/2021**. Diálogos em direito. São Paulo: Opção, 2022. Disponível em: < https://www.opcaoeditora.com.br/_files/ugd/d1f364_b3b7229591d94f0d8fdb61aa172f7910.pdf > **acesso em**: 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Três meia nove**: Discussão política. Disponível em: < <https://jornaltribuna.com.br/wp-content/uploads/2021/07/CICE-Final.pdf> > **acesso em**: 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Administração Pública em Ibirité e a Lei de Responsabilidade Fiscal**. Disponível em < https://institutoscientia.com/wp-content/uploads/2022/09/capitulo-humanas_sociais_2-71.pdf > **acesso em**: 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Administração pública brasileira e as modalidades contratuais**. São Paulo: Jornal Tribuna, 2022. Disponível em: < <https://jornaltribuna.com.br/wp-content/uploads/2022/11/Administracao-Publica-Brasileira-e-as-Modalidades-Contratuais-.pdf> . > **acesso em**: 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Cassação de William e Paulo**: Breves. Disponível em < https://institutoscientia.com/wp-content/uploads/2022/09/capitulo-humanas_sociais_2-70.pdf > **acesso em**: 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Cassação dos mandatos de William Parreira e Paulo Telles nos autos 0600001-46.2021.6.13.0351**. Disponível em: < <https://jornaltribuna.com.br/2022/07/cassacao-dos-mandatos-de-william-parreira-e-paulo-teles-nos-autos-0600001-46-2021-6-13-0351-reconhecimento-de-litispendencia-e-os-aspectos-relevantes-do-art-1022-do-cpc-2015/> > **acesso em**: 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Contando os dias de William Parreira**: julgando recursos de um prefeito cassado em primeira e segunda instância. Disponível em: < <https://jornaltribuna.com.br/wp-content/uploads/2022/08/CONTANDO-OS-DIAS-DE-WILLIAM-PARREIRA.pdf> > **acesso em**: 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Fórum Nacional Publicações 2023.V.I**. Disponível em: < <https://jornaltribuna.com.br/wp-content/uploads/2023/04/FORUM-NACIONAL-DE-PUBLICACOES-2003-Volume-I.pdf> > **acesso em**: 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Fórum Nacional 2023 – Volume II**. Disponível em: < <https://jornaltribuna.com.br/wp-content/uploads/2023/04/FORUM-NACIONAL-DE-PUBLICACOES-2023-Volume-2.pdf> > **acesso em**: 05 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. Anais – **Fórum Nacional** – Maio/2023. Disponível em: < <https://jornaltribuna.com.br/wp-content/uploads/2023/05/ANAIS-FORUM-NACIONAL-DE-PUBLICACOES-MAIO-2023.pdf> > **acesso em**: 04 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Atos de improbidade administrativa no legislativo municipal:** breves considerações da ACP 5000072-18.2017.8.13.0114 e a lei 14.230/2021. Data da submissão: 29 de dezembro de 2022. Trabalho acadêmico n°01. Home Editora - Belém/PA. Disponível em: < https://www.homeeditora.com/_files/ugd/f36809_b1cf9566e3d544cd96ae52231076c7df.pdf > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Eleição na câmara municipal de Ibitité biênio 2023/2024 e o tabuleiro político municipal: data da submissão:** 29 de dezembro de 2022. Trabalho acadêmico n°02. Home Editora - Belém/PA. Breves comentários. Disponível em: < https://www.homeeditora.com/_files/ugd/1044df_b9db4f4bc6af4b16b6828c9e69bb4f14.pdf > **acesso em:** 03 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Compilado de atividades dissertativas no ensino superior e o pensamento político-jurídico contemporâneo:** breves considerações. Data da submissão: 8 de janeiro de 2023 Trabalho acadêmico n°04. Home Editora - Belém/PA. Disponível em: < https://www.homeeditora.com/_files/ugd/1044df_7cbba33efeb9422393211e9a94f103c7.pdf > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Compilado de atividade acadêmica entre 2020/2023.**Data da submissão: 16 de janeiro de 2023. Trabalho acadêmico n°05. Home Editora - Belém/PA. Disponível em: < https://www.homeeditora.com/_files/ugd/1044df_aaa12dec71049d1ba61cc604166fdfd.pdf > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Poder Legislativo Municipal de Minas Gerais e São Paulo:** quadro comparativo entre regimentos de Francisco Morato, Franco da Rocha, Ibitité, Mantena, Taiobeiras e Salinas. Data da submissão: 20 de fevereiro de 2023. Trabalho acadêmico n°07. Home Editora - Belém/PA. Disponível em: < https://www.homeeditora.com/_files/ugd/1044df_46dffa49450e423a44bed95083022d82.pdf > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Eleições municipais 2024:** síntese das últimas eleições em Ibitité/MG. Data da submissão: 22 de fevereiro de 2023. Trabalho acadêmico n°08. Home Editora - Belém/PA. Disponível em: < https://www.homeeditora.com/_files/ugd/1044df_b7577deda08646c9945a172d87de17e2.pdf > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Artigo quarto da lei orgânica de Ibitité e a ineficiência do poder legislativo municipal: breves apontamentos.** Data da submissão: 6 de abril de 2023. Trabalho acadêmico n°15. Home Editora - Belém/PA. Disponível em: < https://www.homeeditora.com/_files/ugd/1044df_a91eef6573f041f3bd3b0cfe7d3f3a7.pdf > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **A atuação do parquet em Ibitité e o poder executivo:** a desorganização na procuradoria e o papel do sindicato dos servidores públicos. Data da submissão: 24 de abril de 2023. Trabalho acadêmico n°19. Home Editora - Belém/PA. Disponível em: < https://www.homeeditora.com/_files/ugd/1044df_a6c4729b18c3400e8ffee55ec7812c46.pdf > **acesso em:** 05 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Câmara municipal de Ibitité 2021/2024 e a planilha unificada: transparência no Poder Legislativo Municipal na relação de assessores por vereador.** Data da submissão: 10 de setembro de 2023. Trabalho acadêmico n°31. Home Editora - Belém/PA. Disponível em: < https://www.homeeditora.com/_files/ugd/ed1cc0_b227eae27c4e4959b735bb02690e3bed.pdf > **acesso em:** 05 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Unidade padrão de vencimento dos servidores e dos subsídios dos vereadores da câmara municipal de Ibitité:** breves digressões. Data da submissão: 9 de setem-

bro de 2023. Trabalho acadêmico n°32. Home Editora - Belém/PA. Disponível em: < https://www.homeeditora.com/_files/ugd/ed1cc0_708ad1e9039b4866b596eb32e569704c.pdf > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. Análise salarial dos vereadores de Ibitité/MG entre 2001/2004 A 2021/2024: breves comentários. Data da submissão: 10 de setembro de 2023. Trabalho acadêmico n°33. Home Editora - Belém/PA. Disponível em: < https://www.homeeditora.com/_files/ugd/a3edb3_6433ebe086b747dc9c62da70d07a7e84.pdf > **acesso em:** 04 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Código de endereçamento postal de Ibitité/Mg e a sua importância para fins judiciais: breves comentários.** Data da submissão: 04 de novembro de 2023. Trabalho acadêmico n°36. Disponível em: < https://www.homeeditora.com/_files/ugd/a3edb3_8570ea35f1f9482ab3dd15d9b781a79d.pdf > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Câmara Municipal de Ibitité/MG:** responsabilidade e transparência. Paulo César de Souza. Belém: Home, 2023. Disponível em: < https://www.homeeditora.com/_files/ugd/f36809_c8f4bb7718924a7d8098bc94d61c8bb8.pdf > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. Câmara Municipal de Ibitité/MG: responsabilidade e transparência. Paulo César de Souza. – Belém: Home, 2023. Disponível em: < https://jornaltribuna.com.br/wp-content/uploads/2023/12/Paulo-Cesar-de-Souza_PDF_publicado.pdf > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Eleições 2020 Em Ibitité/Mg:** cassação de William Parreira e Paulo Telles em primeira e segunda instância e o impacto na administração municipal. Disponível em: < <https://jornaltribuna.com.br/2023/12/eleicoes-2020-em-ibirite-mg-cassacao-de-william-parreira-e-paulo-telles-em-primeira-e-segunda-instancia-e-o-impacto-na-administracao-municipal/> > **acesso em:** 04 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Eleições 2020 Em Ibitité/Mg:** cassação de William Parreira e Paulo Telles em primeira e segunda instância e o impacto na administração municipal. Disponível em: < <https://www.homeeditora.com/ebook-2023/da58d24a-d1c8-4b8d-9730-4cd256ada002> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Cassação de William Parreira e Paulo Telles:** breves considerações. Disponível em< <https://jornaltribuna.com.br/2022/09/cassacao-de-william-parreira-e-paulo-telles-breves-consideracoes/> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Câmara Municipal de Ibitité/MG:** responsabilidade e transparência. Paulo César de Souza. Belém: Home, 2023. Disponível em: < https://www.ibirite.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx?cdLocal=4&arquivo={81C1A57A-CBEC-ADEA-D3CE-ABBD5EE3AA5}.pdf > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

SOUZA, Paulo César de. **Câmara Municipal de Ibitité/MG:** responsabilidade e transparência. Paulo César de Souza. Belém: Home, 2023. Disponível em: < <https://www.homeeditora.com/ebook-2023/dca08bed-d1c0-4c2a-87ba-9a1235d0f5cd> > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

UNIVERSIDADE Federal De Minas Gerais. **Faculdade de Direito.** Graduação em Ciências do Estado. Projeto político-pedagógico. Disponível em: < https://cienciasdoestado.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2022/09/PLANO-PEDAGOGICO-CE_Final.pdf > **acesso em:** 06 de maio de 2024.

O assédio sexual na relação entre professor e aluno

The sexual harassment in the relationship between teacher and student

Mel Assaf de Oliveira Araújo

Discente do 9º período do curso de bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Uninorte.

Arthur Braga de Souza

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Uninorte. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Servidor Público Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Coordenador-Adjunto e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Uninorte.

RESUMO

Introdução. Nos últimos anos práticas de assédio sexual têm se tornado frequentes em instituições de ensino, trazendo, dessa forma, uma série de implicações que se refletem nas esferas emocionais, sociais, acadêmicas e jurídicas. Ante ao exposto, torna-se necessário discutir a respeito do assunto. Objetivo. Desse modo, a presente pesquisa apresentou como objetivo averiguar como o ordenamento jurídico brasileiro trata os casos de assédio sexual que ocorrem na relação professor-aluno. Método. optou-se por utilizar uma abordagem metodológica baseada na revisão da literatura, na qual as informações foram obtidas por meio da avaliação de fontes como obras literárias, artigos acadêmicos, monografias e dissertações. Resultados. Assim, ficou constatado que ainda há divergências relacionadas à tipificação penal do assédio sexual nos casos da relação professor-aluno. Enquanto alguns doutrinadores salientam a importância de aplicação de sanções penais ao corpo docente que comete o assédio, outros discorrem que não cabe aplicação, pois no código penal está explícito sua aplicabilidade somente em casos que houver relação empregatícia. Conclusão. Dessa forma, há então a necessidade da conscientização, educação e políticas eficazes para prevenir e combater esse problema, garantindo um ambiente acadêmico seguro e respeitoso para todos os envolvidos.

Palavras-chave: assédio sexual; direito penal; professor; aluno.



ABSTRACT

Introduction. In recent years, sexual harassment practices have become frequent in educational institutions, thus bringing a series of implications that are reflected in the emotional, social, academic and legal spheres. In view of the above, it becomes necessary to discuss the matter. **Goal.** Therefore, the present research aimed to investigate how the Brazilian legal system treats cases of sexual harassment that occur in the teacher-student relationship. **Method.** We chose to use a methodological approach based on literature review, in which information was obtained through the evaluation of sources such as literary works, academic articles, monographs and dissertations. **Results.** Thus, it was found that there are still divergences related to the criminal classification of sexual harassment in cases of teacher-student relationships. While some academics emphasize the importance of applying criminal sanctions to teaching staff who commit harassment, others argue that it is not applicable, as the penal code makes its applicability explicit only in cases where there is an employment relationship. **Conclusion.** Therefore, there is a need for awareness, education and effective policies to prevent and combat this problem, ensuring a safe and respectful academic environment for everyone involved.

Keywords: sexual harassment; criminal law; teacher; student.

INTRODUÇÃO

Em primeiro viés, é extremamente pertinente destacar que a relação entre professor e aluno se caracteriza como sendo uma das mais importantes relações sociais e inerente a basicamente todas as pessoas. Concomitante a isso, é imprescindível delinear que deve ser sempre permeada pela confiança, respeito e, sobretudo, integridade, partindo do pressuposto que o professor também assume responsabilidade intraespecífica de formar cidadãos éticos (Gamboa-Solis, 2019).

Muito embora seja notório essas necessidades, é visível que em muitos casos nem sempre é assim que se procede essa relação, haja vista que, em muitas circunstâncias, essa aproximação estreita entre o corpo docente e discente pode fazer com que os professores adotem condutas de má-fé, assediando sexualmente estudantes, constrangendo-os e causando uma série de impactos de ordem negativa (Dias, Garcia e Caramaschi, 2019).

O assédio sexual é uma violação dos direitos fundamentais das pessoas e uma forma de discriminação baseada no gênero, onde o assediador utiliza-se de sua posição de autoridade para obter favores sexuais não desejados, mediante ameaças, coerção, intimidação. Ele cria um ambiente hostil, inseguro e desrespeitoso, afetando qualidades à saúde física, mental e emocional das vítimas, isto porque as vítimas geralmente se sentem desconfortáveis, ameaçadas, humilhadas, constrangidas ou até mesmo traumatizadas devido ao assédio sofrido (Mcewen, Pullen, Rhodes, 2021).

O assédio sexual na relação entre professor e aluno é um fenômeno complexo e multifacetado que tem suscitado crescente atenção em âmbito acadêmico, social e legal. É necessário salientar que este abala não apenas a integridade das instituições de ensino, mas também o emocional e a dignidade das vítimas (Souza, Silva e Peireira, 2020).

Diante do exposto, surgiu então uma problemática que norteou a presente pesquisa, a qual derivou-se do respectivo questionamento: quais as implicações jurídicas do assédio sexual na relação entre o professor e aluno? Dessa forma, foram determinados os objetivos gerais e específicos do presente trabalho.

Para tanto, a pesquisa objetivou-se em averiguar como o ordenamento jurídico brasileiro trata os casos de assédio sexual que ocorrem na relação professor-aluno. Seguido disso, os objetivos específicos foram: contextualizar o assédio sexual, analisar como o ordenamento jurídico brasileiro trata o assédio sexual e discutir a respeito do assédio sexual na relação professor-aluno e quais os impactos desse ato.

A pesquisa justifica-se por subsidiar um entendimento mais abrangente do assédio sexual na relação entre professor e aluno e, por conseguinte, para que a sociedade esteja cada vez mais consciente desse ato. Sendo relevante tanto para os acadêmicos do curso de direito como também para a sociedade de maneira geral, para que estejam cientes a respeito dos direitos garantidos constitucionalmente.

Nesse contexto, a metodologia utilizada nesta pesquisa foi principalmente baseada em pesquisa bibliográfica, de caráter qualitativo, enriquecida por meio de uma revisão ampla da literatura. Isso envolveu a análise de livros, artigos acadêmicos, dissertações e monografias que abordavam a temática em análise.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em primeiro viés, é extremamente pertinente destacar que, a relação entre professor e aluno caracteriza-se como sendo uma das mais importantes relações sociais e inerente a basicamente todas as pessoas. Concomitante a isso, é imprescindível delinear que, deve ser sempre permeada pela confiança, respeito e, sobretudo, integridade, partindo do pressuposto que o professor também assume responsabilidade intraespecífica de formar cidadãos éticos (Gamboa-Solís, Flor de María, Assédio sexual na Universidade: de protocolos e protocolos, p. 51).

Nesse sentido, o assédio sexual é uma violação dos direitos fundamentais das pessoas e uma forma de discriminação baseada no gênero, onde o assediador utiliza-se de sua posição de autoridade para obter favores sexuais não desejados, mediante ameaças, coerção, intimidação, etc.

Desse modo, ao analisar o assunto é necessário se aprofundar nos direitos fundamentais que a Constituição Federal traz ao ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o ministro do STF, Celso de Mello, dispõe o seguinte:

Não constitui demasia assinalar que a ideia de República traduz um valor essencial, exprime um dogma fundamental: o do primado da igualdade de todos perante as leis do Estado. Ninguém, absolutamente ninguém, nem mesmo aqueles situados nas mais elevadas posições e nos mais importantes cargos da organização estatal, tem legitimidade para transgredir e vilipendiar as leis e a Constituição de nosso País. Ninguém, absolutamente ninguém, está acima da autoridade do ordenamento jurídico do Estado (Ministro Celso de Mello, INQ 3983 / DF, p. 8, 2016).

Dessa forma, o entendimento exposto, pode ser unido ao mundo das ciências

jurídicas com aspectos relativos à matéria do Direito Constitucional, inclusive no que se diz respeito aos Direitos Fundamentais.

Os direitos fundamentais estão previstos no art. 5º da Constituição Federal como garantias coletivas e individuais que tem por finalidade proporcionar a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e outros princípios fundamentais da sociedade brasileira, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet, veja: “O termo ‘direitos fundamentais’ se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”(2017 p. 332).

Dessa maneira, o ministro Alexandre de Moraes, discorre da seguinte forma em sua obra:

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os *direitos e garantias fundamentais*, subdividindo-os em cinco capítulos: *direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos*. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero *direitos e garantias fundamentais*: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos (Moraes, 2023, p. 36).

À vista disso, no sistema jurídico pátrio, uma constituição representa o topo da pirâmide, representando a lei maior, estando em patamar superior quando relacionada às demais leis ou atos normativos (Albuquerque, Ytalo Fernandes de. Controle de constitucionalidade e o direito constitucional intertemporal: a possibilidade de decretação de inconstitucionalidade de lei anterior à CFRB/88 em sede de controle difuso, p.10).

Assim, é na constituição atual de 1988 que os direitos fundamentais se tornaram cláusulas pétreas. Desse modo, durante a concretização dos direitos fundamentais, surgiu-se uma classificação dos já mencionados: os direitos individuais, os direitos políticos e os direitos sociais, estando alguns dos principais direitos fundamentais presentes na Constituição Brasileira.

Outrossim, abrange também os direitos da mulher, que se iniciou com reivindicações e movimentos feministas, sucedendo um questionamento sobre as leis, estruturas sociais e econômicas. Assim, visando o gênero mulher, como possuidoras de direitos e deveres. Desse modo, existe a garantia da proteção contra violência doméstica e discriminação de gênero, além de medidas para promover a igualdade entre homens e mulheres.

Adiante, ressalta-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as mulheres, que entrou em vigor, para o Brasil, em 2 de março de 1984.

Diante do exposto, percebe-se que de forma positiva, o Brasil, no formato de suas leis, aglutina diversos tratados e decisões que influenciam a proteção e promoção dos direitos fundamentais no país. Desta forma, atualmente, uma das principais lutas da mulher é que a garantia direito fundamental à liberdade sexual deixe de ser um cenário utópico na sociedade brasileira. Em vista disso, a doutrinadora Maria Berenice Dias (2004), afirma:

Visualizados os direitos de forma desdobrada em gerações, é imperioso reconhecer que a sexualidade é um direito de primeira geração, do mesmo modo que a liberdade e a igualdade. À liberdade compreende o direito à liberdade sexual, aliado ao direito de tratamento igualitário, independente da tendência sexual. Trata-se, assim,

de uma liberdade individual, um direito do indivíduo, e, como todos os direitos do primeiro grupo, é inalienável e imprescritível. É um direito natural, que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza.

Por conseguinte, foi no ano de 2009 que a legislação penal deu a nova definição dos crimes contra a dignidade sexual.

Os direitos sexuais são integrantes dos direitos humanos e estão associados à liberdade, autonomia, igualdade e dignidade das pessoas em relação a questões de orientação sexual, identidade de gênero, relações consensuais, saúde sexual e reprodutiva, entre outros aspectos relacionados à sexualidade.

O papel epistemológico primordial de uma história do direito está na sua capacidade de atribuir historicidade aos fenômenos jurídicos considerados (Wehlig, Arno. *A História do Direito e a historicidade do fenômeno jurídico*. História do Direito, p. 150-166). Dessa forma, podemos perceber como as alterações de lei podem acontecer de acordo com o passar do tempo, por meio de situações marcantes na história, comportamentos sociais e decisões políticas.

UMA CONTEXTUALIZAÇÃO ACERCA DO ASSÉDIO SEXUAL

Nos últimos anos, tem sido perceptível uma demasiada necessidade de discutir a respeito do assédio sexual, levando em consideração que este ato tem se tornado cada vez mais frequente nos mais variados âmbitos e contextos, de tal forma que pode trazer riscos intrínsecos para a integridade física e psicológicas das vítimas.

Em primeiro viés, torna-se necessário delinear que o assédio sexual não é uma ocorrência recente. Quando consideramos a cultura e a sociedade brasileira, é comum associar imediatamente à sensualidade e ao erotismo presentes nas roupas, nas danças, na música e nas interações pessoais. Nessa cultura, as pessoas muitas vezes valorizam conversas provocativas e humor de conotação sexual, o que pode levar à prática de flertes em variadas situações (Gamboa-Solis, 2019).

O termo “assédio” é utilizado para descrever uma forma de comportamento no qual uma pessoa insiste ou age de maneira inconveniente em relação a outra pessoa. Isso pode incluir ações persistentes, incômodas ou até mesmo uma perseguição indesejada em relação a essa pessoa (Souza, Silva e Pereira, 2020).

Em outras palavras, o assédio envolve a continuidade de ações ou comportamentos que são inadequados e que causam desconforto, medo ou angústia na pessoa que está sendo alvo desse comportamento. O assédio pode ocorrer em várias formas, como o assédio sexual, o assédio moral ou o assédio cibernético, e é geralmente considerado uma violação dos direitos e do bem-estar da pessoa afetada.

Não obstante, torna-se necessário delinear ainda que, o assédio pode se manifestar de várias maneiras, incluindo verbal, física ou psicológica. Isso abrange uma ampla gama de ações, como contato físico não desejado ou forçado, questionamentos invasivos, comentários e insultos de teor sexual, gestos obscenos ou a exposição a conteúdo pornográfico (Dias, Garcia e Caramaschi, 2019).

Além disso, o assédio muitas vezes envolve o uso da posição de autoridade ou superioridade hierárquica por parte do agressor e pode incluir táticas como ameaças, persuasão, chantagem e intimidação para obter o que desejam. Em resumo, o assédio sexual abrange uma série de comportamentos inapropriados e ofensivos relacionados ao sexo que visam degradar, controlar ou prejudicar a vítima.

É importante destacar também que o sujeito passivo do crime de assédio sexual pode desenvolver uma série de consequências negativas em decorrência da violência sofrida. Isso inclui desde problemas de saúde física e mental, como depressão, ansiedade e transtorno de estresse pós-traumático, até dificuldades no ambiente de trabalho, como aumento no rendimento profissional, prejuízos à carreira e isolamento social (Machado e Costa, 2023).

ASSÉDIO SEXUAL COMO RELAÇÃO DE PODER

É importante entender que o assédio sexual não é apenas um ato isolado, mas sim uma relação de poder entre duas pessoas, em que o assediador exerce controle e dominação sobre a vítima. Ao analisarmos o assédio sexual como uma relação de poder, podemos compreender melhor suas origens e consequências.

A relação de poder presente no assédio sexual está intrinsecamente ligada à desigualdade de gênero. Historicamente, a sociedade tem sido organizada em torno de uma estrutura patriarcal, na qual os homens detêm a maior parte do poder e as mulheres são subordinadas. O assédio sexual, nesse contexto, é uma forma de reafirmar essa desigualdade, colocando as mulheres em posições de inferioridade e submissão (Mcewen, Pullen, Rhodes, 2021).

No contexto do ambiente de trabalho, o assédio sexual assume uma dimensão ainda mais complexa. A hierarquia existente nas organizações pode servir como um incentivo para o assediador, que se sente encorajado a exercer seu poder sobre a vítima. Além disso, o assediador muitas vezes se utiliza de seu *status* de superioridade para controlar a carreira e o desenvolvimento profissional da vítima, gerando um ambiente de medo e submissão.

A relação de poder presente no assédio sexual também é reforçada pela impunidade que muitas vezes o cerca. A falta de medidas efetivas para coibir e punir os assediadores, contribui para perpetuar essa relação de dominação. As vítimas, por sua vez, muitas vezes se sentem indefesas e têm medo de denunciar seus agressores, temendo represálias (Diniz, 2019).

É importante ressaltar que o assédio sexual não se restringe apenas às relações profissionais. Ele pode ocorrer em qualquer contexto em que haja uma dinâmica de poder entre as partes envolvidas, como em relacionamentos amorosos, na política, na educação, entre outros. Em todos esses casos, a relação de poder é utilizada pelo assediador como uma forma de obter controle e satisfação pessoal, em detrimento da liberdade e dignidade da vítima. Concomitante a isso, é ainda relevante o entendimento do assédio sexual do ponto de vista jurídico-legal.

Do crime de assédio sexual: uma análise da jurisprudência à luz do ordenamento jurídico brasileiro

O crime de assédio sexual muitas vezes é associado a comportamentos que não incluem todos os elementos definidos no texto do Código Penal. Essas ações podem, na realidade, se enquadrar em outros crimes relacionados à violação da dignidade sexual, como o caso da importunação sexual, ou até mesmo representar situações que não configuram crimes, dependendo das circunstâncias específicas. Apesar desse equívoco comum, tanto por parte da mídia quanto da sociedade, em relação ao que constitui o assédio sexual, é importante ressaltar que esse delito está definido no artigo 216-A do Código Penal, conforme segue:

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. [...]

§ 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos; (Brasil, 1940).

Em primeiro lugar, é importante destacar que o assédio sexual se distingue do chamado assédio moral, que também ocorre nas relações de trabalho, mas com características distintas. O assédio sexual é considerado um crime, ao passo que o assédio moral não é.

A principal diferença reside no fato de que o primeiro envolve comportamentos de natureza sexual, enquanto o segundo envolve a intenção do empregador de humilhar, difamar ou menosprezar o funcionário. Embora haja debates sobre a possibilidade de criminalizar o assédio moral, a posição adotada aqui é a de evitar uma adição desnecessária de infrações ao sistema jurídico penal do país (Souza, Silva e Pereira, 2020).

O assédio sexual, enquanto figura legal, é um ato criminoso com características de ser comum, formal e instantâneo. Isso significa que a consumação do crime ocorre em um momento específico e envolve causar dano à vítima. Embora seja difícil identificar uma tentativa de assédio sexual, ela é considerada válida devido à natureza plurissubsistente do crime, ou seja, ele pode ser dividido em várias partes distintas ao longo de sua ocorrência. No que diz respeito ao aspecto subjetivo do crime, ele é caracterizado pelo dolo, ou seja, a intenção deliberada do agente em obter alguma vantagem ou benefício de natureza sexual por parte da vítima (Diniz, 2019).

Entender o assédio sexual como crime é, sobretudo, levar em consideração que qualquer ação que seja inconveniente de maneira demasiada para alguém fere sua dignidade, principalmente, devido a todas as nuances psicológicas que são desenvolvidas quando o indivíduo é assediado. Quanto a isso, o doutrinador Carme Alemany traz um apontamento bastante pertinente a respeito do assunto, enfatizando o seguinte:

[...] todas as condutas de natureza sexual, quer sejam de expressão física, verbal ou não verbal, propostas ou impostas a pessoas contra a sua vontade, principalmente em seu local de trabalho, e que acarretam um ataque à sua dignidade. A maior parte desses comportamentos é dirigida contra as mulheres e constitui uma expressão do poder dos homens sobre elas (Alemany, 2009).

Não obstante, um dos pontos principais que estão relacionados ao crime de assédio, é sem dúvidas as relações de poder que o permeiam, onde as vítimas estão em posição desigual na relação com o assediador. Isto implica dizer que, o agressor caracteriza-se como sendo um indivíduo hierarquicamente superior à vítima, fato este que corrobora para a ocorrência do abuso de poder, sempre deixando a vítima omissa à situação (Mcewen, Pullen, Rhodes, 2021).

Ante ao exposto, é então extremamente pertinente partir do pressuposto de que o crime de assédio sexual atinge de maneira diretamente proporcional a integridade mental e a dignidade das vítimas afetadas, lesando então um dos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana garantido pela Constituição Federal de 1988. Muito embora os casos de assédio sejam muito frequentes, é perceptível que ainda enfrentam muitos desafios, os quais muitas vezes não chegam nem ao conhecimento das autoridades.

Sujeito ativo e passivo do crime de assédio sexual

Pôr o assédio sexual ser denominado como crime próprio, é possível então o entendimento de que o sujeito ativo seja uma pessoa que esteja em uma posição hierarquicamente superior a quem for assediado. Nesse tipo de delito, o sujeito ativo pode ser qualquer indivíduo, independentemente de idade, gênero ou posição social.

A principal preocupação do legislador ao introduzir o crime de assédio sexual no Código Penal foi proteger a parte mais vulnerável na relação hierárquica, que é a vítima do assédio. Já no que concerne ao sujeito passivo pode-se salientar que este é a pessoa que foi a vítima de assédio, estando em estado de vulnerabilidade em relação ao assediador. Neste contexto, o autor Girão traz um apontamento bastante pertinente relacionado ao assunto, destacando o seguinte:

Os subordinados são duplamente vítimas, pois além de ficarem inibidos pelo exercício desse poder, que os coloca numa situação indefensável, passam a culpar-se pela atitude do sujeito ativo, convencendo-se que suas próprias atitudes instigaram ou induziram a prática criminosa (Girão, 2004, p. 90).

Das espécies de assédio sexual

A doutrina aponta que são duas principais espécies de assédio sexual existentes, uma baseada na chantagem e a outra embasada na intimidação. Ante ao exposto, respectivamente, a primeira espécie caracteriza-se como sendo o assédio sexual por chantagem, sendo essa modalidade a que tem uma tipificação penal na legislação brasileira (Souza e Rocha, 2019).

Concomitante a isso, nesta espécie é necessário delinear que há a necessidade de existir intrinsecamente uma relação de subordinação, isto implica dizer que o agressor utiliza sua posição de poder ou autoridade na relação profissional para obter favores sexuais da vítima, condicionando benefícios no trabalho ou ameaçando consequências negativas, como a perda de emprego, promoções ou oportunidades de carreira, podendo ocorrer de forma semelhante em universidades, quando o docente ameaça a vítima de reprovação em casos de negação (Amorim, 2021).

Nesse contexto, o agressor está, de maneira inapropriada e criminosa, manipulando a vítima por meio de uma espécie de chantagem sexual, onde o cumprimento das demandas sexuais é trocado por vantagens ou a manutenção do *status* profissional da vítima. Essa prática é prejudicial tanto à integridade psicológica quanto à dignidade da vítima e é vista como uma grave violação de seus direitos.

Essa modalidade de assédio sexual é estritamente ligada à dinâmica de poder e é reconhecida pela legislação brasileira como uma infração penal quando a relação de subordinação é explorada de forma sexualmente coercitiva (Diniz, 2019).

Da ação penal e aumento de pena

O crime de assédio sexual é regulamentado no Código Penal brasileiro como parte do conjunto de crimes “Contra a Dignidade Sexual”. Uma consideração crucial a se destacar é que, segundo a lei, a ação penal relacionada ao crime de assédio sexual é de natureza pública incondicionada, o que implica que o processo judicial não depende de qualquer manifestação de vontade do indivíduo ou de terceiros.

No Brasil, a pena prevista para o crime de assédio sexual está estipulada no Código Penal, mais especificamente no artigo 216-A. De acordo com essa legislação, a pena para o assédio sexual pode variar de 1 a 2 anos de prisão. No entanto, essa pena pode ser aumentada em até 1/3 (um terço) se a vítima for menor de 18 anos.

Além disso, é importante ressaltar que, se a vítima for menor de 14 anos, a conduta configura-se como estupro de vulnerável. O estupro de vulnerável é um crime mais grave, pois envolve relações sexuais ou atos libidinosos com menores de 14 anos, que são considerados incapazes de consentir sexualmente devido à sua idade. A pena para o estupro de vulnerável é mais severa e pode variar de 8 a 15 anos de prisão, dependendo das circunstâncias do caso.

Do bem jurídico tutelado

É imprescindível delinear que a tipificação do assédio sexual visa, entre outras coisas, tutelar não somente a liberdade sexual, mas também outros bens jurídicos que são resguardados constitucionalmente. Inerente a isso, apesar da liberdade sexual ser de fato o mais relevante, mas, é preciso inferir que os outros também foram levados em consideração pelo legislador (Marzagão, 2006).

Concomitante a isso, é importante destacar que o respeito à liberdade sexual é um princípio inalienável decorrente da dignidade e personalidade humanas, com um caráter absoluto, ou seja, não sujeito a relativizações.

Além disso, a honra e a dignidade sexual também estão sob a proteção legal, embora de forma secundária, como mencionado anteriormente. Isso significa que, no contexto do assédio sexual, a preservação da honra e da dignidade sexual da vítima é outro interesse jurídico considerado importante. Quanto a isso, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, salienta o seguinte:

O respeito que cada indivíduo, homem e mulher, merece da coletividade como ente social, em geral, concebendo-o digno e honrado quanto a esse aspecto de sua personalidade; de outro lado, em particular, é o direito que o indivíduo tem de conceber, definir, desenvolver e exercer, respeitados os limites da moralidade pública, a sua atividade sexual, honradamente (Bitencourt, 2019).

De acordo com a análise de Silva (2002), o crime de assédio sexual é considerado pluriofensivo, o que significa que ele afeta vários bens jurídicos diferentes, dependendo das circunstâncias específicas em que ocorre. Além da óbvia violação da liberdade da vítima, que é constrangida a se submeter a comportamentos de natureza sexual indesejados, o assédio sexual também afeta a dignidade da pessoa envolvida.

Nesse contexto, quando alguém cria um ambiente de anormalidade por meio do assédio sexual, está expondo a vítima a uma situação que vai além da simples intrusão em sua liberdade sexual. Isso também atinge a dignidade da vítima, minando sua autoestima, autovalorização e autoimagem. A vítima pode se sentir diminuída, desrespeitada e até mesmo desumanizada, já que está sendo tratada de maneira inadequada e desrespeitosa.

O ASSÉDIO SEXUAL NA RELAÇÃO ENTRE PROFESSOR E ALUNO

Em primeiro viés, torna-se extremamente enfático esclarecer que, sem dúvidas, as relações sociais caracterizam-se como sendo demasiadamente complexas, sobretudo, devido às perceptíveis diferenças humanas. Mas, é necessário considerar que, em certas circunstâncias, existem relações consideravelmente mais próximas e que, em muitos casos, podem ocorrer abusos, causando constrangimento e danos significativos à vítima afetada (Dias, Garcia e Caramaschi, 2019).

Para Nucci, quando o Código Penal discorre sobre a palavra “constranger” não deixa claro a que tipo de situações a vítima estará exposta a fazer. Mas deixa claro o intuito do agente, que obter favores sexuais, valendo-se da sua posição superior à vítima assediada.

Concomitante a isso, entre as relações de grande proximidade estabelecidas entre os seres humanos, pode-se evidenciar a de professor-aluno, entendendo o professor como aquele sujeito que repassa conhecimentos e apresenta habilidades técnico-profissional para tal e o aluno na condição de aprendiz (Bezerra e Clipes, 2017).

No dicionário brasileiro, a palavra Professor está definida: aquele que ensina, que passa o conhecimento que possui acerca de um determinado assunto; docente; A população foi educada para entender que o professor detém de todas as informações ali prestadas, tornando-se, assim, um sujeito detentor de muito respeito e até muitas vezes temido por aqueles que são ensinados.

Percebe-se que a hierarquia é a palavra que se define sobre essa relação. Pode-se afirmar que hierarquia é a ordenação de elementos conforme sua importância, significando também, distribuição ordenada de poderes.

A dinâmica da relação entre professores e alunos é uma das mais influentes na vida das pessoas, pois desde a infância até a fase adulta, os indivíduos interagem com seus professores em um ambiente educacional, além das interações familiares. Os

professores desempenham um papel fundamental no processo de aprendizagem, pois têm a responsabilidade de orientar, ensinar e auxiliar os alunos em seu desenvolvimento intelectual e pessoal (Pedroso, 2022).

Devido à relevância desse papel, é crucial que a relação entre professores e alunos seja caracterizada pela profunda consideração e respeito mútuo, além de ser orientada por princípios éticos. Isso significa que os professores devem tratar os alunos com dignidade, ouvindo suas opiniões, respeitando suas diferenças individuais e promovendo um ambiente de ensino saudável (Dias, Garcia e Caramaschi, 2019).

Como parte do dever ético-profissional, espera-se que os professores protejam a integridade psicológica e moral de seus alunos. Essa responsabilidade é respaldada por dispositivos legais, como o artigo 227 da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Em outras palavras, os professores têm não apenas a função de transmitir conhecimento, mas também a de criar um ambiente educacional seguro e saudável para seus alunos. Isso implica em cuidar da integridade emocional e moral dos estudantes, garantindo que eles se sintam respeitados, valorizados e livres de qualquer forma de abuso, assédio ou discriminação.

Ante ao exposto, denota-se que nos anos últimos discussões correlacionadas à incidência de casos de assédio sexual decorrentes da relação professor-aluno tem sido cada vez mais notável no cenário acadêmico, de tal maneira que há uma usurpação daquilo que é juridicamente imposto a esses profissionais.

De acordo com Aguilar SJ, Baek C (2020) o assédio sexual na academia é subnotificado, especialmente por estudantes das áreas da vida e das ciências físicas, pesquisas têm demonstrado que aproximadamente metade das estudantes universitárias do sexo feminino enfrentaram algum tipo de assédio sexual ao longo de seus anos na universidade (Feldblum CR, Lipnic VA. *Selecione força-tarefa sobre o estudo do assédio no local de trabalho*. Washington: Comissão de Oportunidades Iguais de Emprego dos EUA, 2016). Muito embora seja denotado um alto índice de estatísticas correlacionadas ao abuso sexual, é perceptível que o número de denúncias ainda é baixo. Isso se deve, em grande parte, ao medo das vítimas, que é ainda mais evidente quando o agressor é um docente.

Esses dados ressaltam a importância de abordar e combater o assédio sexual nas universidades de maneira eficaz. É fundamental criar um ambiente onde as vítimas sintam-se seguras para denunciar esses casos, sem receio de retaliação. Além disso, é necessário implementar políticas e procedimentos que promovam a conscientização sobre o assédio sexual, eduquem a comunidade acadêmica sobre os direitos e responsabilidades e garantam medidas disciplinares adequadas contra os agressores. O objetivo final é criar um ambiente universitário onde todos possam estudar e trabalhar sem o temor de assédio sexual (Pedroso, 2022).

É comum que muitas histórias sigam um padrão semelhante: as vítimas de violência sexual denunciam os incidentes, mas as investigações e apurações que se iniciam frequentemente levam anos até serem finalizadas, se é que são concluídas de fato, às vezes acabando apenas arquivadas sem uma resolução. É importante destacar que há uma significativa subnotificação desses casos, o que significa que o número real de

incidentes de assédio sexual nas universidades é muito maior do que o número de casos oficialmente relatados e registrados (Aguilar e Baek, 2020).

Essa subnotificação pode ser atribuída a diversos fatores, incluindo o medo de retaliação por parte do agressor, preocupações com a privacidade, desconfiança nas instituições de ensino em lidar efetivamente com as denúncias e a falta de conscientização sobre os recursos disponíveis para as vítimas. Como resultado, muitas vítimas optam por não denunciar ou enfrentam barreiras significativas quando tentam fazê-lo.

Nas instituições de ensino superior, os estudantes frequentemente desfrutam de maior autonomia e independência em relação aos seus professores. Eles geralmente têm mais voz nas discussões acadêmicas e na condução de projetos de pesquisa. Essa dinâmica mais igualitária de poder e comunicação pode, por vezes, tornar as fronteiras entre o profissionalismo e as interações pessoais mais tênues e complexas (Souza e Rocha, 2019).

Assim, fica denotado que, esses casos revelam uma preocupação real e crescente com a conduta inadequada por parte de professores, que vão além de suas funções de ensino e prejudicam o bem-estar e a dignidade dos alunos. Essas ações são inaceitáveis e podem ter sérias consequências legais e disciplinares para os professores envolvidos.

Discorrendo sobre o cenário universitário e sua conexão com o assédio sexual, Linhares e Laurenti (2018) esclarecem que no âmbito educacional, influenciado por dinâmicas de gênero em que os homens detêm o poder sobre as mulheres, é possível identificar uma série de incidentes que abrangem desde rituais de recepção violentos até casos de assédio sexual e moral, inclusive situações de estupro. Em sua maioria, as principais vítimas dessas ocorrências são as mulheres universitárias.

De acordo com Bezerra e Clipes (2017) nas instituições de ensino superior, os professores desempenham um papel de autoridade e liderança, influenciando a avaliação dos alunos e participando ativamente do processo de aprendizagem. Consequentemente, suas ações são consideradas como um modelo a ser seguido pelos estudantes, influenciando a reavaliação de comportamentos machistas e sexistas. Assim, quando surgem situações em que professores assediam alunas(os), isso pode resultar na perpetuação dessas práticas, já que outros alunos podem considerá-las aceitáveis ou até mesmo imitá-las.

Além disso, é imprescindível constatar que, os docentes usufruem de certos privilégios correlacionados à sua profissão nas universidades, de tal modo que apresentam também uma maior influência coercitiva, dessa maneira, é perceptível que, eles podem, de certo modo, manipular incentivos e punições associados ao ambiente acadêmico, utilizando esses mecanismos para intimidar e coagir as alunas, tornando, assim, mais difícil para elas denunciar tais comportamentos.

Por outro lado, Basso, Fontana e Laurenti (2022) enfatiza que as situações de assédio sexual perpetradas por professores contra alunas são frequentemente abordadas de maneira excessivamente burocrática pela administração das universidades. Esse enfoque burocrático dificulta a adoção de medidas rápidas de punição e prevenção, resultando na percepção de que tais comportamentos ficam impunes e continuam a ocorrer.

Concomitante a isso, pode-se então delinear que o professor passar a utilizar de meios que são favorecidos pela sua profissão enquanto docente para que assim seja procurado um contato mais próximo com a vítima, McMahon *et al.* (2019) relata que, na maioria dos casos, os professores tornam a iniciar uma relação com maior grau de proximidade discutindo questões intimamente relacionadas a matéria, procurando contato para debater sobre questões de projetos de pesquisa e extensão, entre outras coisas.

Ante ao exposto, quando há a formalização dessa relação, é notório então que, na condição de dominador, ele tende então a propagar alguns comentários de cunho sexual, tomando, dessa maneira, proporções mais austeras.

Análogo a isso, o autor Costa (2016) enfatiza que é constante que os professores nos centros universitários aprovelem as alunas em troca de relações sexuais. Conforme explicado por esse autor, os docentes frequentemente desvalorizam as alunas no contexto acadêmico, sugerindo relações sexuais como uma contrapartida para obter notas melhores. Nesse cenário, as alunas muitas vezes se sentem pressionadas a aceitar o que o professor propõe, na tentativa de evitar consequências negativas ou situações aversivas que o professor possa manipular. Vale denotar que esses casos trazem um rol de impactos de ordem negativa.

Implicações jurídicas do assédio sexual na relação entre professor e aluno

No que tange a tipificação penal do assédio sexual entre a relação professor e aluno, é notório que ainda há uma significativa divergência no contexto jurídico. Alguns autores levam em consideração que deve ser um ato tipificado, e deve haver sanções penais para o agressor. Enquanto outros doutrinadores consideram que não é (Helmold, Ituassu e Olete, 2019).

No que concerne aos casos de assédio sexual que decorrem no ambiente da sala de aula, existem teorias que afirmam que a lei não deve se aplicar nesses casos, pois, não há um vínculo empregatício, com hierarquização de funções e superioridade de cargos, como é bem definido no Código Penal (Alberto, 2022).

Essa interpretação sugere que, para que o crime de assédio sexual seja configurado, é necessário que haja uma relação de poder hierárquico clara entre as partes envolvidas, como ocorre em um ambiente de trabalho tradicional, em que um superior hierárquico exerce influência sobre um subordinado. Na visão dessa corrente, as relações entre professores e alunos em sala de aula não se enquadram nesse contexto hierárquico, pois são, em sua essência, relações de ensino e aprendizagem, nas quais a autoridade do professor se baseia no conhecimento e na função educativa, não em uma posição de superioridade no sentido estrito.

De acordo com a perspectiva de Nucci (2020), as situações que envolvem professores e estudantes não se enquadram na definição de assédio sexual, pois os alunos não ocupam um emprego ou cargo na instituição de ensino que frequentam. Portanto, mesmo que haja uma relação de influência do professor sobre o estudante, essa relação não se baseia em um vínculo de emprego.

Em outras palavras, Nucci (2020) argumenta que a ausência de um contexto de emprego, cargo ou função entre os envolvidos torna inadequada a aplicação do crime de assédio sexual, conforme previsto no artigo 216-A do código penal. Embora o professor possa exercer uma influência pedagógica sobre o aluno, essa relação não é equiparada a uma relação de trabalho, na qual a hierarquia e a subordinação são elementos centrais.

Bitencourt (2019) compartilha da mesma perspectiva do autor mencionado anteriormente, concordando que o crime de assédio sexual pode se aproximar mais da configuração adequada quando envolve uma relação empregatícia.

Conforme a visão de Gomes (2002), o assédio sexual se configura somente em um contexto no qual existe uma ascendência intrínseca a algum emprego, de modo que a existência de uma relação de emprego ou subordinação é um elemento fundamental para a configuração desse crime, o que pode limitar sua aplicação em casos envolvendo professores particulares ou situações em que não existe um vínculo empregatício tradicional.

Capez (2019) apresenta uma interpretação diferente da aplicação do crime de assédio sexual em relação aos professores e alunos. Ele argumenta que um professor que assedia um aluno, ameaçando-o com o desempenho acadêmico e constrangendo-o com a possibilidade de lhe trazer prejuízos relacionados a reprovação, efetivamente comete o crime de assédio sexual. Nesse caso, a relação de sujeição entre o professor e o aluno se enquadra nos elementos típicos do assédio sexual, uma vez que o professor está usando seu poder para coagir o aluno.

Essas interpretações destacam a complexidade da aplicação do crime de assédio sexual em diferentes situações educacionais e sublinham a importância de analisar as circunstâncias específicas de cada caso para determinar se os elementos legais do crime estão presentes. A título de exemplo, o julgado abaixo tipifica o assédio sexual na relação entre professor e aluno.

RECURSO ESPECIAL. ASSÉDIO SEXUAL. ART. 216-A, § 2º, DO CP. SÚMULA N. 7 DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. PALAVRA DA VÍTIMA. HARMONIA COM DEMAIS PROVAS. RELAÇÃO PROFESSOR-ALUNO. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Na espécie, o debate se resume à aplicação jurídica do art. 216-A, § 2º, do CP aos casos de assédio sexual por parte de professor contra aluna. 2. O depoimento de vítima de crime sexual não se caracteriza como frágil, para comprovação do fato típico, porquanto, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, a palavra da ofendida, nos delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas que instruem o feito, situação que ocorreu nos autos. 3. Insere-se no tipo penal de assédio sexual a conduta de professor que, em ambiente de sala de aula, aproxima-se de aluna e, com intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, toca partes de seu corpo (barriga e seios), por ser propósito do legislador penal punir aquele que se prevalece de sua autoridade moral e intelectual – dado que o docente naturalmente suscita reverência e vulnerabilidade e, não raro, alcança autoridade paternal – para auferir a vantagem de natureza sexual, pois o vínculo de confiança e admiração criado entre aluno e mestre implica inegável superioridade, capaz de alterar o ânimo da pessoa constrangida. 4. É patente a aludida “ascendência”, em virtude da “função” desempenhada pelo recorrente – também elemento normativo do tipo –, devido à atribuição que tem o professor de interferir diretamente na avaliação e no desempenho acadêmico do discente, contexto que lhe gera, inclusive, o receio da reprovação. Logo, a “ascendência” constante do tipo penal objeto deste recurso não deve se limitar à ideia de relação empregatícia entre as partes. Interpretação teleológica que se dá ao texto legal. 5. Recurso especial conhecido e não provido. (STJ – REsp 1759135/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, Data de Publicação: DJe 01/10/2019)

Como se pode observar na decisão mencionada acima, o tribunal superior interpretou que o legislador, ao elaborar o tipo penal, tinha a intenção de punir também aqueles que se aproveitam de sua posição de professor para obter vantagens de natureza sexual.

A interpretação do tribunal ressalta que a lei visa a proteger os alunos, reconhecendo que a relação com seus professores é marcada por uma confiança especial e uma posição de autoridade do professor. Portanto, quando um professor se aproveita dessa posição para obter vantagens de natureza sexual, essa conduta é considerada passível de punição, de acordo com o tipo penal em questão.

Essa interpretação destaca a importância de proteger os alunos de abusos por parte de seus professores e de reconhecer a relevância da relação professor-aluno nas vidas das pessoas em diferentes estágios de sua educação e desenvolvimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da presente pesquisa foi possível constatar que o assédio sexual não é apenas uma violação da integridade física e psicológica das vítimas, mas também uma violação dos princípios fundamentais de igualdade, dignidade e respeito no ambiente educacional. As consequências desse comportamento afetam de maneira demasiada o bem-estar e o desenvolvimento acadêmico, psicológico e social das vítimas.

Ficou denotado que, o assédio sexual é consideravelmente incidente na relação entre professor e aluno no âmbito educacional. O qual propicia uma série de prejuízos nas mais variadas esferas da vida da vítima, de tal modo que, há a lesão direta a bens jurídicos tutelados e direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Neste contexto, é essencial enfatizar que a relação entre professor e aluno é intrinsecamente marcada por uma dinâmica de poder e influência. Os professores desempenham um papel crucial na formação acadêmica e pessoal dos alunos, exercendo autoridade e responsabilidade na transmissão de conhecimento e valores. No entanto, essa autoridade deve ser exercida com responsabilidade e respeito pelos limites éticos e legais.

Como destacado ao longo deste estudo, o assédio sexual representa uma violação grave dessa confiança e uma transgressão dos direitos individuais dos alunos. O assédio sexual pode assumir diversas formas, desde comentários inadequados até coerção sexual, e suas consequências podem ser devastadoras, afetando não apenas a vida acadêmica, mas também a saúde mental e emocional das vítimas.

Além disso, a análise das diferentes perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais revelou a complexidade na aplicação do conceito de assédio sexual nas relações professor-aluno. Houve divergências sobre quando o crime pode ser configurado, especialmente em contextos que não envolvem uma relação de emprego.

No entanto, a jurisprudência e a doutrina também apontaram para a importância de considerar a relação de poder inerente a essa dinâmica. Quando um professor utiliza sua posição para obter vantagens sexuais, isso representa um abuso de poder que merece punição. A reverência e a vulnerabilidade dos alunos nessa relação exigem uma proteção efetiva contra o assédio sexual.

Há então a necessidade de o sistema jurídico e as instituições educacionais estarem preparados para lidar de forma eficaz com casos de assédio sexual, garantindo que os agressores sejam responsabilizados legalmente e que as vítimas recebam o apoio e a proteção necessários.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Stephen J.; BAEK, Clara. **O assédio sexual na academia é subnotificado, especialmente por estudantes das ciências biológicas e físicas**. PloS um, v. 15, n. 3,

ALBERTO, Orla Sabina Ndala. **As Implicações Do Assédio Sexual No Processo De Ensino/ Aprendizagem:(Um Estudo No Complexo Bom Deus-Lubango)**. 2022.

ALBUQUERQUE, Ytalo Fernandes de. **Controle de constitucionalidade e o direito constitucional intertemporal: a possibilidade de decretação de inconstitucionalidade de lei anterior à CFRB/88 em sede de controle difuso**. 2018.

ALEMANY, Carme. **Assédio sexual. Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: EDUNESP, p. 25-29, 2009.

ALMEIDA, T. M. C. **Violências contra mulheres nos espaços universitários**. In S. Oliveira, C. Portela, E. Silva, C. Stevens, & V. Zanello (Orgs.). *Mulheres e violências: Interseccionalidades* (pp. 384-399). Brasília: Technopolitik, 2017.

AMORIM, Celeste Manuela Navega. **“Muitas vezes, nós não dizemos nada”:** representações, percepções e incidência do assédio sexual entre estudantes da Universidade do Minho. 2021. Tese de Doutorado.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASSO, Mariana Silva; FONTANA, Jordana; LAURENTI, Carolina. **Violência sexual e saúde mental universitária: uma sistematização da literatura brasileira**. Revista Psicologia, v. 2, pág. 385-411, 2022.

BEZERRA, Ana Carolina; CLIPES, Marcela. **O crime de assédio sexual no âmbito das instituições de ensino superior**. Revista Dimensão Acadêmica, v. 2, n. 2, p. 72-91, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado. 10. ed.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal-Volume 4-15ª Edição 2021: Parte especial-crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública: Parte especial-crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. Saraiva Educação SA, 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 20 de jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954. Brasília, DF, 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 21 de ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 de jun. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial**: arts. 213 a 359-H. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3. p. 148.

COSTA, Mariana Barroso da. (Re) **pensando o abuso sexual em contexto universitário: afeto, compartilhamento e a construção de fatos**. 2016.

DIAS, Jhenifer Prescilla; GARCIA, Luciana Marolla; CARAMASCHI, Sandro. **Assédio sexual: Uma análise do conceito entre o público universitário feminino**. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade sexual e direitos humanos**. Rio Grande do Sul, 2004.

DINIZ, Maria Ilidiana. **Quebrando o ciclo do silêncio: uma experiência extensionista sobre assédio sexual na universidade**. In: Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais 2019. 2019.

FELDBLUM CR, Lipnic VA. **Selecione força-tarefa sobre o estudo do assédio no local de trabalho**. Washington: Comissão de Oportunidades Iguais de Emprego dos EUA. 2016

GAMBOA-SOLÍS, Flor de María. **Assédio sexual na Universidade: de protocolos e protocolos**. *Nômad*, n. 51, p. 211-221, 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei do assédio sexual (10.224/01): primeiras notas interpretativas**. In: JESUS, Damásio de; GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Assédio sexual*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 76-77.

HELMOLD, Stefânia de Castos; ITUASSU, Cristiana Trindade; OLETO, Alice de Freitas. **A proposta indecente: o modus operandi do assédio sexual**. Anais do VI Congresso Brasileiro de Estudos Organizacionais. Universidade Federal de Minas Gerais. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/41253/2/A%20PROPOSTA%20INDECENTE.pdf>

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado. 14 ed.** São Paulo: Saraiva, 2010

MARZAGÃO, Laerte Idalino. **Assédio sexual e seu tratamento no direito penal**. Editora Quartier Latin do Brasil, 2006.

MCEWEN, Celina; PULLEN, Alison; RHODES, Carl. Assédio sexual no trabalho: um problema de liderança. **Revista de Administração de Empresas**, v. 61, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional. 27 ed.** São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. Rio de Janeiro: Forense, p. 222, 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional. 2**, rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 1706.

SARLET, Ingo Wolfgang, **Curso de Direito Constitucional - 6º edição**, São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA, Rebeca Hennemann Vergara; FRANÇA, Maria Paula; PEREIRA, Camila Macêdo. **Violência de gênero e assédio sexual em uma Universidade Piauiense: aproximações ao campo de estudo**. Brazilian Journal of Development, v. 6, n. 5, p. 26705-26721, 2020.

WEHLING, Arno. **A História do Direito e a historicidade do fenômeno jurídico. História do Direito**, v. 2, n. 2, p. 150-166, 2021, disponível em:<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/05/f7ad672182c2c958f3e16442ed1365af.pdf>.

Aprimoramento do plenário virtual no TCE MT viabilidade e adequação da medida

Improvement of the virtual plenary at TCE MT feasibility and adequacy of the measure

Carlos Alexandre Pereira

Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Unialfa – FADISP. Auditor Público Externo do Tribunal de Contas de Mato Grosso.

Vitor Gonçalves Pinho

Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Unialfa – FADISP. Auditor Público Externo do Tribunal de Contas de Mato Grosso.

RESUMO

Trata-se de estudo técnico, de natureza institucional, com produção de conhecimento, sobre a plausibilidade/exigibilidade do Tribunal de Contas de Mato Grosso aprimorar o Plenário Virtual, com base na legislação regente e nos princípios da segurança jurídica e da colegialidade plena, observado o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria.

Palavras-chave: direito administrativo; tribunal de contas; segurança jurídica; plenário virtual.

ABSTRACT

This is a technical study, of an institutional nature, with the production of knowledge, on the plausibility/enforceability of the Mato Grosso Court of Auditors, improving the Virtual Plenary, based on the governing legislation and the principles of legal certainty and full collegiality, presented the understanding of the Federal Supreme Court (STF) on the matter.

Keywords: administrative law; audit office; legal security; virtual plenary.



INTRODUÇÃO

Este estudo analisa o aprimoramento do Plenário Virtual no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), estabelecendo um precedente que poderá ser seguido por outros tribunais na melhoria de seus mecanismos para o julgamento de causas de sua competência.

O Plenário Virtual (PV) do STF possibilita o julgamento colegiado de processos e incidentes por meio eletrônico. Trata-se de um ambiente deliberativo remoto que permite a interação assíncrona dos Ministros, possibilitando o registro de votos e manifestações durante o período da sessão virtual.

Os pilares fundamentais dessa tecnologia são o acesso à Justiça e a transparência, que são normatizados constitucionalmente¹ (art. 5º, inc. XXXV da CF/88). Advogados e demais atores da Justiça podem participar dos julgamentos, apresentando sustentações orais, esclarecimentos de questões de fato e memoriais. A sociedade, por sua vez, pode acompanhar as sustentações orais, votos e manifestações dos Ministros online, por meio da página do STF na internet.

Em síntese, o Plenário Virtual do STF foi instituído como parte de um esforço para conferir celeridade à prática dos atos processuais, buscando alcançar rapidez e eficiência processual, bem como reduzir o número de processos julgados pelo Poder Judiciário no Brasil.

DESENVOLVIMENTO DO TEXTO

Plenário virtual do STF

A história do Plenário Virtual do STF está intrinsecamente ligada à promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual representou uma reforma no Judiciário na década passada. Essa emenda resultou de um esforço conjunto entre o Supremo Tribunal Federal, o Palácio do Planalto e o Congresso Nacional, conhecido como Pacto Republicano, visando aprimorar as instituições do país.

O primeiro Pacto Republicano concentrou-se em adotar medidas para tornar o Poder Judiciário mais célere e eficiente, buscando responder de maneira rápida e satisfatória às demandas dos jurisdicionados. A criação do Plenário Virtual ocorreu com a edição da Emenda Regimental n. 21 de 30 de abril de 2007, que regulamentou o procedimento da Repercussão Geral no STF e introduziu dispositivos no Regimento Interno.

Inicialmente, o Plenário Virtual restringia-se ao exame do requisito de cabimento do Recurso Extraordinário. Tratava-se de uma sessão remota, onde os ministros comunicavam seus votos por meio de um sistema eletrônico, sem a necessidade de presença física. A Emenda Regimental 42/2010 alterou a sistemática original, permitindo o julgamento do mérito dos Recursos Extraordinários com Repercussão Geral também por meio eletrônico.

Posteriormente, a Emenda Regimental n. 51 de 22 de junho de 2016 ampliou as atribuições do Plenário Virtual, possibilitando o julgamento de mérito de outras temáticas

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jan. 2024.

que envolvam o plenário ou uma das turmas, incluindo Agravos Internos e Embargos de Declaração.

Dessa forma, o STF aprimorou o funcionamento do Plenário Virtual, ampliando suas competências para proporcionar celeridade e reduzir a quantidade de processos analisados pela Corte, conforme notícia no site institucional do STF²:

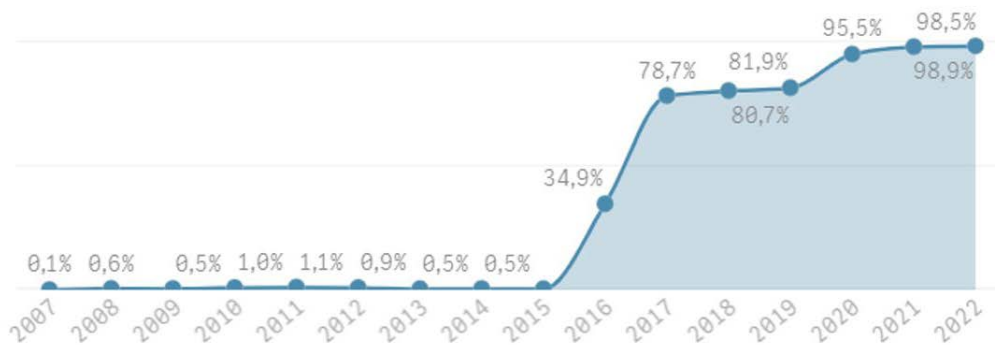
O Plenário Virtual funciona 24 horas por dia e é possível que os ministros o acessem de forma remota, permitindo a votação mesmo estando fora de seus gabinetes. Entre os principais temas com repercussão geral reconhecida estão as questões eleitorais, criminais e econômicas.

Uma reforma no Regimento Interno do STF em junho de 2016 passou a permitir também o julgamento de alguns recursos internos (Agravo Interno e Embargos de Declaração) por meio do Plenário Virtual da Corte.

O Plenário Virtual é um dos principais instrumentos de virtualização do Tribunal, por possibilitar a realização de julgamentos colegiados em ambiente inteiramente digital.

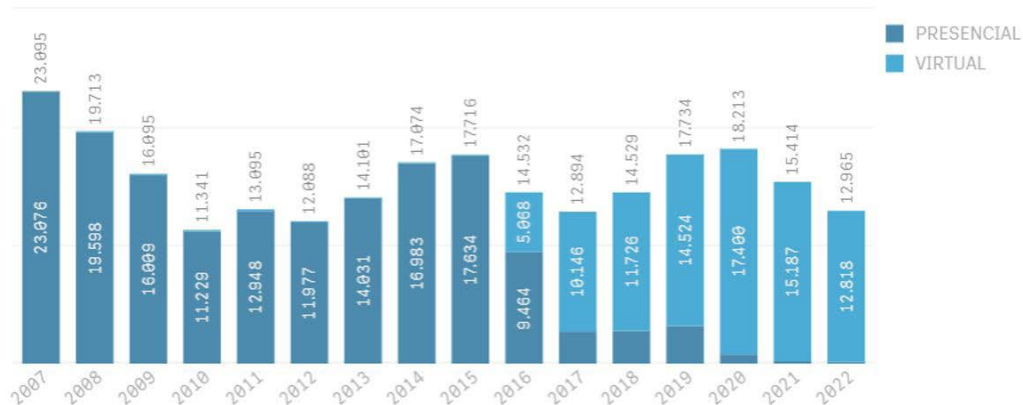
Aqui estão alguns dados relativos a esse êxito, conforme disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal (STF)³:

Figura 1 - Percentual de decisões virtuais por ano.



Fonte: STF (2007)

Figura 2 - Quantidade de decisões por ambiente de julgamento por ano



Fonte: STF (2007)

² https://www2.stf.jus.br/portaStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portaStfDestaque_pt_br&idConteudo=337069

³ <https://portal.stf.jus.br/hotsites/plenariovirtual/>

Plausibilidade e benefícios relacionados ao incremento permanente do rol de processos julgados no Plenário Virtual do TCE MT, à luz da experiência exitosa do STF

Em sessão administrativa ocorrida em 06/06/2019, os ministros do Supremo Tribunal Federal aprovaram uma proposta de emenda ao Regimento Interno do STF que ampliou o rol de processos que podem ser julgados em ambiente virtual⁴ (Plenário Virtual).

Criado em 2007, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) inicialmente possibilitava que os ministros deliberassem sobre a existência de repercussão geral e o mérito dos recursos com repercussão geral, nas situações de reafirmação da jurisprudência consolidada do STF. Posteriormente, uma emenda regimental aprovada em 2016 (Emenda 51/2016) ampliou o escopo para incluir o julgamento de agravos internos e embargos de declaração.

A justificativa da proposta aprovada em 2019, sob a presidência do então ministro Dias Toffoli, destacou que a expansão das hipóteses de julgamento em ambiente eletrônico, por meio de sessões virtuais, é benéfica para a gestão processual e a prestação jurisdicional. Esse enfoque destaca o princípio da duração razoável dos processos, otimizando as pautas dos órgãos colegiados da Corte, que enfrentam um grande número de processos pendentes.

O atual presidente do STF, ministro Luiz Fux, anteriormente presidente da Comissão de Regimento Interno, ressaltou os benefícios do Plenário Virtual para a atividade jurisdicional. Ele destacou que a adoção desse sistema se mostrou extremamente eficiente e benéfica à gestão processual, proporcionando ganhos significativos em termos de celeridade e eficiência na prestação jurisdicional.

A ministra Rosa Weber, também membro da Comissão de Regimento na época, assegurou que essa mudança não compromete de forma alguma as garantias processuais das partes, uma vez que observa as diretrizes estabelecidas para a prática eletrônica de atos processuais, conforme previsto nos artigos 193 a 197 do Código de Processo Civil.

Os resultados positivos da implantação e operacionalização do Plenário Virtual foram recentemente reafirmados pela Suprema Corte, evidenciando um aumento significativo no número de julgamentos realizados pelo plenário virtual durante a pandemia, como noticiado em 31 de dezembro de 2020, no site de notícia Jota Justiça⁵, na qual afirma: “com pandemia, STF duplica número de julgamentos no plenário virtual”.

Assim, com base nos argumentos expostos, é justificável, lógico e apropriado que o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE MT) implementasse e colocasse em funcionamento, para todas as categorias processuais, a metodologia do Plenário Virtual dentro de sua esfera de atuação, tomando como referência a eficaz prática adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

⁴ Nos termos de release institucional disponibilizado no site do STF. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413311>> Acesso em 4/12/2022.

⁵ <https://www.jota.info/stf/do-supremo/com-pandemia-stf-duplica-numero-de-julgamentos-no-plenario-virtual-31122020>

Plenário Virtual do TCE/MT

O Plenário Virtual do TCE/MT teve o seu funcionamento regulamentado pelas Resoluções Normativas nºs 28/2012, 29/2012 e 08/2013, conforme disposto abaixo:

RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 28/2012 –TP⁶

Art. 31. As sessões do Tribunal Pleno e das Câmaras poderão ser ordinárias, extraordinárias, especiais e virtuais.“

RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 29/2012 -TP⁷

Considerando o princípio da razoável duração do processo, com a finalidade de conceder celeridade aos julgamentos abrangidos pela presente Resolução, a fim de tornar a prestação do serviço público mais eficiente;

Considerando o princípio da economicidade, uma vez que a adoção do Plenário Virtual importará em economia de tempo e papel(

Considerando a necessidade de se racionalizar o tempo despendido durante as sessões de julgamento, bem como se otimizar a função desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso;

Considerando ser necessário adotar providências de ordem prática para julgamentos mais céleres, com economia de tempo para os julgadores, bem como para cumprimento de metas no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 8/2013-TP⁸

Art. 1º. Os assuntos processuais referentes a consultas, aposentadorias, pensões, reformas, reservas remuneradas e eventuais retificações desses atos previdenciários, homologações de julgamentos singulares para constituição de títulos executivos, bem como os assuntos previstos no artigo 90 da Resolução nº 14/2007, cujo entendimento do Relator divirja do parecer do Ministério Público de Contas, poderão ser julgados em sessão virtual.

Em consonância com o objetivo 9 delineado no Planejamento Estratégico, o Plenário Virtual figura como um dos elementos integrantes do projeto de Modernização Institucional inserido no âmbito do Programa de Desenvolvimento Institucional Integrado – PDI.

Por sua vez, as Câmaras de Julgamento do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE/MT) desempenham funções relativas aos processos concernentes aos órgãos da administração indireta, Câmaras Municipais e Fundos Previdenciários. Essas foram instituídas com o intuito de conferir maior celeridade às decisões do TCE-MT, permitindo que o Pleno se concentre em processos de maior complexidade.

Entretanto, tanto as Câmaras de Julgamento do TCE/MT quanto o Plenário Virtual compartilham objetivos semelhantes, visando agilizar o julgamento de processos menos intrincados.

Com o propósito de otimizar recursos e fortalecer a segurança jurídica, foi proposta

6 MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. Resolução Normativa nº 28/2012. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/conteudo/download/resolucao-normativa-no-282012-processo-no-1573172012/34856>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

7 MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. Resolução Normativa nº 29/2012. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/conteudo/download/resolucao-normativa-no-292012-processo-no-1918332012/34260>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

8 MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. Resolução Normativa nº 08/2013. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/conteudo/download/resolucao-normativa-no-82013-processo-no-1265192013/37205>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

a extinção das Câmaras de Julgamento, com a transferência de suas atribuições para o Plenário Virtual, por meio da Resolução Normativa nº 07/2021 TCE/MT.

Exposição dos motivos técnicos determinantes para a extinção das Câmaras de Julgamento do TCE/MT

Compete aos Tribunais, privativamente, eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (art. 96, I, “a”, da Constituição Federal de 1988 – CF/88).

Trata-se da garantia constitucional da autonomia funcional, de autogestão, de que gozam os tribunais, judiciários ou administrativos, como é o Tribunal de Contas de Mato Grosso. Por força do art. 73, caput, da CF/88, essa garantia de autogoverno é extensível aos Tribunais de Contas subnacionais, nos termos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 119-RO do Supremo Tribunal Federal⁹, a seguir colacionada.

As cortes de contas seguem o exemplo dos tribunais judiciários no que concerne às garantias de independência, sendo também detentoras de autonomia funcional, administrativa e financeira, das quais decorre, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e funcionamento, conforme interpretação sistemática dos arts. 73, 75 e 96, II, d, da CF.

O autor ataca trecho do art. 50 da Carta estadual que outorgou ao Tribunal de Contas do Estado, além da capacidade de autogestão, a autonomia de caráter financeiro. Constitucionalidade decorrente da outorga à Corte de Contas das mesmas garantias dadas ao Poder Judiciário (arts. 73 e 96 da CF/1988), o que inclui a autonomia financeira.

Nesse sentido, a Lei Orgânica do TCE/MT (LOTCE MT)¹⁰, Lei Complementar Estadual 269/2007, dispõe, em seu art. 87, como órgãos do Tribunal, entre outros, o Tribunal Pleno e as Câmaras de Julgamento (incisos I e II, respectivamente).

O referido dispositivo, no entanto, em relação à efetiva operacionalização do órgão fracionário, ressalva que “a formação de Câmaras dependerá de deliberação da maioria absoluta dos membros do Tribunal Pleno” (art. 87, § 2º, da LOTCE MT).

Portanto, o Tribunal Pleno, órgão máximo de deliberação do TCE/MT (nos exatos termos expressos no art. 89 da LOTCE MT), possui, pelo contido no art. 87, § 2º, da LOTCE MT, supra, autorização explícita para, a seu critério, materializando a garantia constitucional da autonomia funcional e do autogoverno de que dispõem as Cortes de Contas, decidir pela formação de Câmaras de Julgamento na Casa, ou, com fulcro no princípio jurídico do paralelismo das formas, pela extinção desses órgãos fracionários.

Grosso modo, o princípio do paralelismo das formas é um postulado existente em diversos ramos do Direito e amplamente utilizado pelo STF em seus decisórios; da aplicação desse princípio resulta que uma situação jurídica somente pode ser extinta ou modificada

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 119-RO. Impetrante: Governador do Estado de Rondônia. Impetrado: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF. Diário da Justiça, 28 de março de 2014.

¹⁰ MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. Lei Orgânica. Lei Complementar nº 269/2007. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/conteudo/download/lei-organica-do-tribunal-de-contas-do-estado-de-mato-grosso-atualizada-ate-26-de-dezembro-de-2023/130160>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

por outro instrumento jurídico que ostente a mesma forma daquele que a criou. É também chamado de homologia ou princípio da congruência das formas.

É soberano, portanto, o Plenário do Tribunal de Contas de Mato Grosso para dispor sobre criação, extinção ou mesmo atribuições de seus órgãos fracionários jurisdicionais, entre os quais se encontram as Câmaras e os Auditores Substitutos de Conselheiro (art. 87, incisos II e VIII, da LOTCE MT). Essa é a firme jurisprudência disposta no Mandado de Segurança nº 26411-DF do STF¹¹, *in verbis*:

É competência do próprio tribunal pleno a criação de órgão especial do tribunal e a definição de suas atribuições (a medida da delegação). (...) Não usurpa, desse modo, a competência privativa do órgão especial determinação do plenário de que aquele órgão especializado elabore o regimento interno do tribunal de justiça e o submeta à aprovação plenária; tratando-se, ao contrário, de decisão que se coaduna com a figura da delegação administrativa sobre matéria de competência do tribunal pleno (art. 96, I, a, da CF/1988).

Vencido o ponto, passa-se a apresentar os motivos que determinam ao TCE/MT concentrar seus julgamentos no Tribunal Pleno, por imperativo de segurança jurídica garantida legalmente aos jurisdicionados do Tribunal, destinatários de suas decisões.

A uma porque, ao contrário do que ocorre em relação aos órgãos fracionários de tribunais judiciais, a composição das Câmaras de Julgamento no TCE/MT não conta exatamente com os mesmos membros que compõem o Tribunal Pleno, circunstância que fragiliza, nos referidos órgãos fracionários da Casa, a harmonização de seus critérios decisórios com os emanados pelo Plenário, gerando danosa insegurança jurídica aos fiscalizados.

Não se trata de mera conjectura teórica. A título de exemplo, cita-se que, em agosto de 2019, a Segunda Câmara¹² assentou a incompetência do TCE/MT para determinar a gestores a instauração de processo administrativo disciplinar, quando o Plenário¹³ da Casa já havia, em outubro de 2018, manifestando-se em linha diametralmente oposta. Veja-se:

Processual. Competência. Tribunal de Contas. Determinação para instauração de PAD. O Tribunal de Contas possui competência para determinar à Administração a instauração de Processo Administrativo Disciplinar (PAD) visando apurar eventual transgressão de norma por servidor público, pois o texto constitucional expressamente lhe conferiu poder para assinalar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao cumprimento da lei, se verificada ilegalidade, conforme inciso IX, do artigo 71, da Constituição Federal. (Recurso Ordinário. Relator: Conselheiro Substituto Luiz Henrique Lima. Acórdão nº 443/2018-TP. Julgado em 09/10/2018. Publicado no DOC/TCE/MT em 26/10/2018. Processo nº 28.616-8/2017).

Processual. Competência. Tribunal de Contas. Determinação para instauração de procedimento administrativo. Irregularidades em certame licitatório. Não compete ao Tribunal de contas determinar à Administração que instaure procedimento administrativo disciplinar para apurar responsabilidade de agentes públicos por irregularidades em certame licitatório, por extrapolar os limites constitucionais de atuação do Tribunal. No entanto, é poder-dever do Tribunal de Contas determinar ao atual gestor, ou a quem lhe suceder, que promova a apuração dessa responsabilidade.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26411-DF. Impetrante: Governador do Distrito Federal. Impetrado: Advogado-Geral da União. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF. Diário da Justiça, 14 jun. 2018.

12 MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. Representação de Natureza Externa. Processo nº 18.737-2/2018. Relator: Conselheiro Substituto João Batista Camargo. Acórdão nº 91/2019- SC. Julgado em 01/08/2019. Publicado no DOC/TCE/MT em 02 set. 2019.

13 MATO GROSSO. Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. Recurso Ordinário. Processo nº 28.616-8/2017. Relator: Conselheiro Substituto Luiz Henrique Lima. Acórdão nº 443/2018-TP. Julgado em 09/10/2018. Publicado no DOC/TCE/MT em 26 out. 2018.

de, cabendo à Administração utilizar-se do procedimento que entender pertinente e legal. (Representação de Natureza Externa. Relator: Conselheiro Substituto João Batista Camargo. Acórdão nº 91/2019- SC. Julgado em 01/08/2019. Publicado no DOC/TCE/MT em 02/09/2019. Processo nº 18.737-2/2018).

A duas porque, considerada a insegurança jurídica real derivada da dessintonia judicante entre Câmaras e Tribunal Pleno – acima demonstrada – é dever das autoridades públicas (Conselheiros do TCE MT) “atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas” (art. 30, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB)¹⁴, in verbis:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

A ideia é elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público.

A três porque, considerando que o agente público somente poderá ser sancionado pela esfera controladora quando cometer irregularidade com dolo ou erro grosseiro (art. 28, caput, da LINDB), possuindo este último critério de penalização – erro grosseiro – conceito extremamente subjetivo, a coexistência de três órgãos julgadores no TCE/MT (Tribunal Pleno e Câmaras), com os órgãos fracionários compostos de membros não integrantes do Plenário, implica risco elevado de graus de sancionamentos distintos para idênticas situações fáticas examinadas, em desprestígio de valores como segurança jurídica dos fiscalizados da Casa e justiça material, submetendo os respectivos decisórios ao risco de nulificação no Poder Judiciário.

Ressalte-se que a extinção das Câmaras não tem o condão de afetar negativamente a produtividade julgadora desta Corte de Contas, visto que a realização de sessões virtuais de julgamento vem oportunizando a tribunais celeridade judicante, com segurança jurídica, aos moldes do que ocorre no STF, conforme evidenciado no item terceiro deste estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante disto, se demonstrou a necessidade do Tribunal de Contas de Mato Grosso em aprimorar o Plenário Virtual, com base na legislação regente e nos princípios da segurança jurídica e da colegialidade plena, observado o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria.

Portanto, pelas razões apresentadas, é plausível, razoável e adequado que o TCE/MT implantasse e operacionalizasse, em relação a todas as espécies processuais, a sistemática do Plenário Virtual no âmbito da Casa, tomando por modelo a boa prática adotada com êxito pelo STF.

Portanto, as recentes alterações normativas do TCE/MT foram aptas a aperfeiçoar a função judicante do Tribunal, a fim de se conferir celeridade, racionalização de recursos, segurança jurídica e, sobretudo, observância ao princípio da colegialidade plena aos decisórios desta Corte de Contas, por meio do incremento permanente do rol de processos

¹⁴ BRASIL, Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em 30 jan. 2024.

julgados no Plenário Virtual, instância na qual se concentrariam os julgamentos de todas as espécies processuais do Tribunal, após a extinção das Câmaras de Julgamento, cujos decisórios, como visto, não representam, no conjunto de seus respectivos membros componentes, a composição plenária do TCE MT.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL, **Decreto – Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942** – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em 30 jan. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 119-RO. Impetrante: Governador do Estado de Rondônia. Impetrado: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF. Diário da Justiça, 28 mar. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Emenda regimental amplia casos que podem ser julgados no Plenário Virtual. Portal do STF. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413311>>. Acesso em 30 jan. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança nº 26411-DF. Impetrante: Governador do Distrito Federal. Impetrado: Advogado-Geral da União. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF. Diário da Justiça, 14 jun. 2018.

MATO GROSSO. **Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso**. Lei Orgânica. Lei Complementar nº 269/2007. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/conteudo/download/lei-organica-do-tribunal-de-contas-do-estado-de-mato-grosso-atualizada-ate-26-de-dezembro-de-2023/130160>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

MATO GROSSO. **Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso**. Recurso Ordinário. Processo nº 28.616-8/2017. Relator: Conselheiro Substituto Luiz Henrique Lima. Acórdão nº 443/2018-TP. Julgado em 09/10/2018. Publicado no DOC/TCE/MT em 26 out. 2018.

MATO GROSSO. **Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso**. Representação de Natureza Externa. Processo nº 18.737-2/2018. Relator: Conselheiro Substituto João Batista Camargo. Acórdão nº 91/2019- SC. Julgado em 01/08/2019. Publicado no DOC/TCE/MT em 02 set. 2019.

MATO GROSSO. **Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso**. Resolução Normativa nº 28/2012. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/conteudo/download/resolucao-normativa-no-282012-processo-no-1573172012/34856>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

MATO GROSSO. **Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso**. Resolução Normativa nº 29/2012. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/conteudo/download/resolucao-normativa-no-292012-processo-no-1918332012/34260>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

MATO GROSSO. **Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso**. Resolução Normativa nº 08/2013. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/conteudo/download/resolucao-normativa-no-82013-processo-no-1265192013/37205>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

MATO GROSSO. **Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso**. Resolução Normativa nº 07/2021. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/conteudo/download/resolucao-normativa-no-72021-tp-processo-no-5419072021/102576>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

MATO GROSSO. **Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso**. Regimento Interno. Resolução Normativa nº 16/2021. Disponível em: <<https://www.tce.mt.gov.br/conteudo/download/regimento-interno-do-tribunal-de-contas-do-estado-de-mato-grosso-atualizado-ate-a-emenda-regimental-62023/129736>>. Acesso em: 30 jan. 2024.

POMPEU, Ana. **Com pandemia, STF duplica número de julgamentos no plenário virtual**. Jota Justiça. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/com-pandemia-stf-duplica-numero-de-julgamentos-no-plenario-virtual-31122020>>. Acesso em 30 jan. 2024.

O impacto da lei 13.429/17 para os concursos públicos na contemporaneidade

Cássio Mateus Vital de França

RESUMO

A Lei 13.429/17 entrou em vigor e trouxe em seu texto inovações no que concerne à aplicação do recurso da terceirização. É possível extrair de seus dispositivos que a referida prática poderá ocorrer até mesmo na seara das atividades-fim, admitindo-se, em tese, que a Administração Pública contrate servidores terceirizados, dispensando a realização do concurso público. Sabe-se que este instituto é elementar na busca da concretização do princípio da igualdade, uma vez que fornece as mesmas oportunidades a todos que desejam ingressar nos quadros públicos, tendo sua importância sido reconhecida pela própria Constituição Federal. O presente estudo possui o objetivo de analisar os impactos trazidos pela Lei 13.429/17 no âmbito dos concursos públicos. Para tanto, é relevante entender a evolução da terceirização e a forma como era aplicada antes da entrada em vigor da referida lei, pois, dessa forma, melhor se vislumbrará as consequências das inovações por ela trazidas. Em seguida, será feita uma análise dos principais dispositivos desse diploma que tratam sobre o tema, examinando a colocação dos termos empregados. Por fim, verificar-se-á os efeitos já produzidos pela norma na contemporaneidade, demonstrando as interpretações que têm sido feitas de seu texto e refletindo sobre sua constitucionalidade.

Palavras-chave: concurso público; terceirização; lei 13.429/17; constitucionalidade; impacto; trabalho; administração pública.

ABSTRACT

The Law 13,429/17 came into force and introduced innovations in its text regarding the application of the outsourcing resource. It is possible to extract from its provisions that the aforementioned practice may occur even in the field of core activities, assuming, in theory, that the Public Administration hires outsourced employees, eliminating the need for a public examination. It is known that this institute is essential in the search for the implementation of the principle of equality, as it provides the same opportunities to everyone who wishes to join the public sector, and its importance has been recognized by the Federal Constitution itself. This study aims to analyze the impacts brought by Law 13,429/17 in the context of public tenders. To this end, it is important to understand the evolution of outsourcing and the way in which it was applied before the aforementioned law came into force, as this way, the consequences of the innovations brought about by it will be better understood. Next, an analysis will be made of the main provisions of this diploma that deal with the topic, examining the placement



of the terms used. Finally, the effects already produced by the norm in contemporary times will be verified, demonstrating the interpretations that have been made of its text and reflecting on its constitutionality.

Keywords: public contest; outsourcing; law 13.429/17; constitutionality; impact; employment; public administration.

INTRODUÇÃO

O concurso público encontra fundamento na própria Constituição Federal e é um instituto altamente relevante para a manutenção da ordem democrática. Consiste em um processo seletivo que busca avaliar candidatos que disputam cargos ou empregos públicos na estrutura governamental de um país a fim de escolher aqueles que apresentem os melhores desempenhos.

Nos últimos anos, foi publicada a Lei 13.429/17, que traz, em seu texto, normas acerca da terceirização. Dentre as mudanças, constata-se a maior amplitude dada ao instituto, permitindo, em tese, a sua utilização em variadas espécies de atividade. Dessa forma, a contratação terceirizada de pessoal pelo Estado não foi uma inovação trazida por esta lei, mas ampliou-se as possibilidades em que pode ocorrer.

Diante desse panorama, o presente estudo trata de fazer uma análise sobre os impactos da Lei 13.429/17 – popularmente conhecida como “Lei da Terceirização” – para os concursos públicos na contemporaneidade. O referido diploma traz inovações que, a depender de como sejam interpretadas, podem possibilitar o emprego da terceirização pela Administração Pública no que concerne às principais atividades por ela desenvolvidas, atingindo, assim, o instituto do concurso público.

A supramencionada lei prevê que até mesmo as atividades-fim das empresas – ou seja, o objeto primordial de sua atuação – podem ser terceirizadas. Os limites anteriormente existentes quanto à contratação de pessoal terceirizado tão somente para desempenho de atividades não essenciais foram suprimidos por esse texto legal.

Desta feita, nota-se que o objetivo do tema aqui proposto é a exposição das inovações trazidas pela “Lei da Terceirização” que confrontam com o concurso público, investigando-as sob a ótica constitucional. Para tanto, far-se-á, ainda, um estudo acerca da constitucionalidade desse diploma, tendo em vista que toda norma infraconstitucional tem como parâmetro a Lei Maior, que irradia seus valores para toda a ordem jurídica.

ATIVIDADES QUE PODEM SER TERCEIRIZADAS

No ordenamento jurídico brasileiro, muito embora o instituto da terceirização seja utilizado há décadas, não há lei específica para regulamentar a matéria, motivo pelo qual esse tema passou a ser disciplinado pela súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho.

Nesse contexto, é importante destacar que a Lei 13.429/17 não tem por objetivo regulamentar minuciosamente a terceirização, mas apenas traz alguns conceitos e normas aplicáveis ao tema. Diante disso, enfatiza Sérgio Pinto Martins que o trabalho terceirizado

ainda carece de lei que o discipline satisfatoriamente, uma vez que a omissão legislativa é prejudicial para a sociedade e, principalmente, para o próprio trabalhador¹.

A súmula supramencionada estabelece que podem ser objeto da prática terceirizante serviços de vigilância, conservação, limpeza, bem como outros relacionados à atividade-meio do tomador de serviços. Ou seja, veicula uma nítida restrição no que concerne ao tipo de tarefa a ser realizada, não sendo possível abarcar as atividades consideradas como o objeto principal desenvolvido pela empresa, como esclarece Gabriela Neves Delgado².

No entanto, a Lei 13.429/17 trouxe uma redação vaga sobre o assunto. Ao fazer a interpretação de seus dispositivos, alguns entendem que tal diploma passou a permitir a terceirização tanto para atividades-meio quanto para atividades-fim, retirando os limites que antes vigoravam.

O art. 9º, § 3º, da referida lei assim dispõe: “o contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços³”. Embora tal dispositivo trate explicitamente do trabalho temporário, alguns autores defendem que a permissão se estende, também, para a terceirização de serviços gerais.

Discussão maior houve em relação a outro dispositivo do mesmo diploma, o qual foi redigido de forma ampla, possibilitando mais de uma interpretação. Trata-se do art. 4º-A, que estabelece: “empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos” (Brasil, 1974).

A lei não esclarece o que seriam “serviços determinados e específicos”, razão pela qual há quem entenda que até mesmo atividades-fim, desde que sejam devidamente especificadas e individualizadas, poderiam ser terceirizadas normalmente, já que o diploma não traz essa vedação de forma explícita, como concluiu Vólia Bomfim⁴.

Para quem apoia essa corrente, com o advento da Lei 13.429/17, a terceirização ampliou o seu alcance significativamente, podendo contemplar as mais variadas modalidades de tarefas e serviços desempenhados dentro de uma instituição. Essa expansão, no entanto, precisa ser analisada com cautela, pois pode gerar consequências drásticas.

Tome-se como exemplo uma escola. Antes da entrada em vigor da lei, apenas poderiam ser terceirizados serviços como vigilância, limpeza e conservação. Atividades importantes, mas que não se confundem com os objetivos principais de uma escola. Entretanto, de acordo com a nova interpretação dada aos termos vagos da lei, atualmente seria possível, também, terceirizar até mesmo os professores – que exercem o papel central da entidade.

Conforme se extrai das lições de Alice Monteiro de Barros, os trabalhadores

1 MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 103.

2 DELGADO, Gabriela Neves. *Os limites constitucionais da terceirização*. São Paulo: LTR, 2014, p. 32.

3 BRASIL, Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. In: PLANALTO. *Legislação Republicana Brasileira*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 25 abr. 2024.

4 BOMFIM, Vólia. Breves comentários à Lei 13.429/17 que altera a redação da Lei 6.019/74. In: *Gen Jurídico*, 03 de abril de 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/04/03/breves-comentarios-lei-13-42917-que-altera-redacao-da-lei-6-01974/>>. Acesso em: 23 abr. 2024.

terceirizados não são subordinados à tomadora de serviços e, sim, à prestadora de serviços. Assim, tais professores não estariam propriamente sujeitos às ordens da direção da escola, o que dificultaria o diálogo e a execução de seus ofícios no local de desempenho das atividades⁵.

É importante ressaltar que, em sua essência, a terceirização não foi criada para ser aplicada a todas as espécies de atividades, mas apenas a tarefas não fundamentais, de modo a permitir que a empresa pudesse concentrar seus esforços na realização de suas finalidades elementares, tal como explica Rubens Ferreira de Castro. Na hipótese de a empresa terceirizar todas as suas atividades, ela, de certo modo, perderia o controle sobre seu objeto de laboração, já que a execução da totalidade dos atos em seu interior seriam feitos por terceiros que nem mesmo estariam diretamente a ela vinculados⁶.

Diante desse cenário, parece mais prudente interpretar os conceitos abertos trazidos pela Lei 13.429/17 em concordância com o disposto na súmula 331 do TST, mantendo certos limites à aplicação da terceirização mormente ao que se refere às atividades-fim. Embora o assunto seja ainda controvertido, se a intenção do legislador fosse estender o instituto a todas as atividades, teria feito de forma clara e expressa, sem deixar margem para dúvidas.

E, ainda que o legislador tenha, de fato, pretendido ampliar a utilização da prática terceirizante abrangendo campos que antes não eram contemplados pelo uso do instituto, é preciso analisar as potenciais mudanças em conjunto com o ordenamento jurídico, tendo em vista que as alterações repercutiriam em várias áreas do direito e, ainda, diretamente no meio social.

QUEM PODE TERCEIRIZAR?

Inicialmente, a terceirização era voltada ao setor privado, tendo em vista que surgiu em um contexto de industrialização e as empresas viam nela uma válvula de escape para aumentar sua produção e, conseqüentemente, seus rendimentos, já que o instituto demonstrava otimizar os resultados finais obtidos pelas empresas, assim como sustenta José Luiz Ferreira Prunes⁷.

Alega Rodrigo Coimbra Santos que, com o tempo, a própria Administração Pública passou a enxergar benefícios do uso da terceirização e, assim, começou a empregá-la em determinados serviços não basilares. O Estado percebeu que, dessa forma, não precisaria se preocupar com a realização de certas tarefas como a limpeza do ambiente de trabalho, por exemplo⁸.

Hoje, a atual redação do art. 5º-A da Lei 13.429/17 disciplina que: “contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos”. O legislador, mais uma vez, optou por ser vago e impreciso, abrindo margem a interpretações dúbias.

5 BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª Edição. São Paulo: LTR, 2009, p. 83.

6 CASTRO, Rubens Ferreira de. *A terceirização no Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 75.

7 PRUNES, José Luiz Ferreira. *Terceirização do Trabalho*. Curitiba: Juruá, 1995. p. 182.

8 SANTOS, Rodrigo Coimbra. *Relações terceirizadas de trabalho*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 244.

Nesse diapasão, é pacífica a possibilidade de a pessoa física poder ser contratante, desde que, necessitando de trabalhadores terceirizados, celebre um contrato com a prestadora de serviços e especifique quais serão as atividades a serem desempenhadas por aqueles trabalhadores. A lei é clara quanto à necessidade de singularizar a tarefa a ser exercida de modo a assegurar que o terceirizado terá aptidão para executá-la.

Acerca dessa questão, é fundamental explicar que está intrínseco ao próprio instituto da terceirização a imposição de que os trabalhadores sejam especializados na incumbência a ser desenvolvida. Os terceirizados que atuam na área de limpeza, por exemplo, precisam ser qualificados para operar neste campo, de modo a produzir resultados satisfatórios à empresa tomadora de seus serviços.

Sobre a matéria, explica Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Para a empresa tomadora de serviço, existem várias vantagens nessa prática, pois, pelo menos teoricamente, a empresa contratada é mais especializada naquelas atividades, pois ela só faz vigilância, só faz limpeza, só faz auditoria. Sendo assim, a empresa tomadora desses serviços teria toda sua estrutura e todo o seu pessoal voltados mais especificamente para a sua atividade-fim⁹.

Uma das maiores problemáticas trazidas pela lei diz respeito às pessoas jurídicas. O dispositivo não explicitou quais pessoas jurídicas podem se utilizar da terceirização, razão pela qual muitos estão defendendo que qualquer pessoa jurídica pode fazê-lo, inclusive as de direito público.

Em relação às pessoas jurídicas de direito privado, não há sérias discussões, pois já empregavam livremente o instituto da terceirização, desde que obedecidos os requisitos expostos na súmula 331 do TST. O foco da prática terceirizante é, inclusive, as próprias empresas que visam lucro e se utilizam desse recurso para expandir seus proveitos, conforme destaca Percival Maricato¹⁰.

Embora a Administração Pública já aplique a terceirização em determinados setores, o novo diploma abre espaço para que o instituto seja concretizado de forma inédita, abarcando serviços que antes não eram atingidos. Caso as pessoas jurídicas de direito público entendam que, a partir de agora, podem terceirizar atividades vitais ao seu funcionamento, estar-se-á diante de uma verdadeira quebra de paradigma, capaz de gerar impactos inimagináveis.

A Lei 13.429/17 já está impactando na sociedade. Recentemente, o Governador do Mato Grosso do Sul publicou a Resolução nº 2.999, do dia 15 de setembro de 2017, com o objetivo de acabar com a realização de concurso público para professores e servidores da área administrativa da Educação estadual¹¹.

O plano do Governador é iniciar um processo de terceirização para gerenciamento educacional e contratação de professores e servidores de escolas públicas. Nesse caso, a prática terceirizante se dará em relação à atividade-fim de tais escolas e não somente a

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 66.

10 MARICATO, Percival. *Terceirização e desenvolvimento econômico*. In: Cebrasse, 28 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.cebrasse.org.br/materias.php?id_materia=2075&tipo=as>. Acesso em: 26 abr. 2024.

11 MATO GROSSO DO SUL, Resolução nº 2.999, de 15 de setembro de 2017. In: *Diário Oficial do Estado do Mato Grosso do Sul*, nº 9495, de 18 de setembro de 2017, p. 39. Disponível em: <http://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO9495_18_09_2017> Acesso em: 28 abr. 2024.

atividades-meio. A previsão é de que, em breve, a medida atinja, também, a Universidade Federal de Mato Grosso do Sul¹².

A população local já demonstrou insatisfação com a divulgação da medida, que, nitidamente, viola diversas normas constitucionais. Em defesa, o Governo Estadual afirmou que o projeto está amparado pela Lei 13.429/17 e, ainda, supostamente trará benefícios, pois visa a redução de gastos com a contratação de pessoal.

Antes de analisar esse cenário e decidir acerca de sua possibilidade jurídica, é preciso conjugar normas contidas em outras leis e na própria Constituição Federal. Assevera José Afonso da Silva que o ordenamento jurídico brasileiro é harmônico e suas normas precisam se complementar, não podendo haver conflitos diretos entre seus conteúdos, como está acontecendo no caso em tela¹³.

A VULNERABILIDADE DAS ESTATAIS ENQUANTO PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

Se há preocupação da sociedade com a aplicação da terceirização a pessoas jurídicas de direito público, o temor é ainda maior no que se refere às estatais – pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração Pública indireta.

Isso ocorre porque as estatais contratam empregados pelo regime da Consolidação das Leis Trabalhistas e são regidas tanto por normas de direito público quanto por normas de direito privado. Diante disso, empresas públicas e sociedades de economia mista, por exemplo, estão mais suscetíveis ao emprego da terceirização às suas atividades.

Embora o regime jurídico das estatais seja considerado híbrido, pela conjugação de variadas normas, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, II, estabeleceu que a investidura em emprego público depende de aprovação em concurso público. Assim, segundo conclui Carlos Ari Sudfeld, consolidou-se a necessidade de realização de certame público a fim de contratar empregados para desempenharem as atividades inerentes às estatais¹⁴.

Para tanto, um dos motivos que foram levados em consideração pelo constituinte foi o de que as entidades que compõem a Administração Pública indireta também prestam serviços à coletividade. Esclarece José Wilson Granjeiro que, mesmo que não seja o próprio Estado atuando por seus agentes, as tarefas desenvolvidas têm por escopo a satisfação das necessidades públicas. Nesse diapasão, a escolha dos funcionários que exercerão tais papéis precisa ser feita de modo a respeitar o mérito, a aptidão e o conhecimento dos interessados em ingressar nos quadros de tais entidades¹⁵.

O fato de os empregados públicos serem regidos pelo Consolidação de Leis Trabalhistas faz com que eles sejam, de certa forma, assemelhados aos demais empregados de empresas privadas, que são regidos pelo mesmo diploma. Assim, muitos defendem que

12 CHRISTIE, Diana. Governador de Mato Grosso do Sul cria comissão para terceirizar a educação. In: **ADUFMS**, 20 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://adufms.org.br/2017/09/20/governador-de-mato-grosso-do-sul-cria-comissao-para-terceirizar-a-educacao/>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

13 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 98.

14 SUDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 53.

15 GRANJEIRO, José Wilson. **Direito Administrativo**. 13ª ed. Brasília: Vestcon, 1999, p. 116.

existe uma espécie de aproximação entre as estatais e as empresas em geral. É importante ressaltar, no entanto, que as estatais e as pessoas jurídicas resultantes do direito privado não se confundem.

Acerca desse tema, enfatiza José dos Santos Carvalho Filho:

Como os órgãos estatais se encontram presos a uma infinita quantidade de controles, o que provoca sensível lentidão nas atividades que desempenha, essas pessoas administrativas, tendo personalidade de direito privado, embora sob a direção institucional do Estado, possibilitam maior versatilidade em sua atuação, quando voltadas para atividades econômicas. O Estado, através delas, se afasta um pouco de seu pedestal como Poder/bem-estar social para assemelhar-se, de certa maneira, a um empresário, que precisa de celeridade e eficiência para atingir seus objetivos. Outro ponto que deve realçar é de que o fato de terem personalidade jurídica de direito privado não as coloca no nível de exata igualdade com as pessoas nascidas da iniciativa privada. E nem poderia ser assim, vez que naquele é o Estado o grande comandante¹⁶.

Nesse cenário, o impacto trazido pela Lei 13.429/17 é sentido de forma mais intensa pelas pessoas jurídicas de direito privado, dentre elas as próprias estatais. Assim, baseando-se no disposto no diploma, há riscos de a terceirização ser amplamente utilizada nas estatais, já que existem dispositivos que, em tese, permitem essa prática, como já analisado anteriormente.

A concretização dessa realidade está cada vez mais próxima. Recentemente, a Caixa Econômica Federal – empresa pública – modificou o seu regulamento interno de modo a poder contratar bancários de forma temporária e sem a necessidade de realização de concurso público¹⁷.

Ao ser questionada sobre a medida, a referida empresa pública afirmou que a mudança no regulamento interno foi feita para adequá-lo à Lei 13.429/17. Nota-se que a interpretação dada à norma foi baseada em critérios políticos e de conveniência. Contratando terceirizados, a Caixa Econômica Federal reduz custos e acelera o processo de contratação, já que dispensa, para tanto, o concurso público.

Mais uma vez, a terceirização recai em uma atividade-fim. A função exercida pelos bancários reflete um dos objetos principais de um banco. Dessa forma, estar-se-á delegando o exercício de uma tarefa fundamental a um terceiro que não tem vínculo direto com a empresa pública, como observa Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁸.

Resta nítida a violação ao dispositivo constitucional que prevê a obrigação de concurso público para investidura em emprego público. Não mais se está diante de uma atividade secundária, mas sim do próprio ofício de um bancário. A Caixa Econômica Federal, no caso em tela, utilizou-se da margem dada pela Lei 13.429/17 para burlar imposições constitucionais e aplicar a terceirização extensivamente.

Após a divulgação da medida pela referida empresa pública, outras estatais já

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 538.

¹⁷ COELHO, Henrique. *Caixa pode contratar bancários temporários e sem concurso*. In: *Globo*, 04 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/caixa-pode-contratar-bancarios-temporarios-e-sem-concurso.ghtml>>. Acesso em: 25 abr. 2024.

¹⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Lei da terceirização não é clara quanto à permissão para atividade-fim*. In: *Consultor Jurídico*, 02 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>>. Acesso em: 28 abr. 2024.

se movimentam no sentido de seguir os passos daquela e implementar programas de contratação de terceirizados para o desempenho das mais variadas tarefas. A tendência é que a prática seja ampliada caso o diploma em comento seja mantido em vigor da mesma forma como foi publicado e como está sendo interpretado.

INTERPRETAÇÕES À LEI E POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS

Desde que a Lei 13.429/17 entrou em vigor, em 31 de março de 2017, surgiram muitas discussões acerca das interpretações de seus dispositivos. Como o legislador não foi detalhista na elaboração do diploma, deixou margem para dúvidas em diversos pontos.

Em primeiro lugar, é fundamental mencionar que, embora a referida lei tenha ficado popularmente conhecida como “Lei da Terceirização”, não é somente deste tema que ela trata. O diploma versa, também, sobre o trabalho temporário, trazendo alterações à Lei 6.019/74.

A terceirização de serviços gerais e o trabalho temporário, apesar de terem pontos em comum, não se confundem, como entende Valentim Carrion. São dois modelos de contrato distintos e que possuem numerosas diferenças. O trabalhador temporário, por exemplo, está subordinado à empresa contratante, não precisa ter especialização na tarefa a ser realizada (basta que cumpra os requisitos básicos para desempenhar a função) e o seu contrato de trabalho possui a duração máxima de 180 (cento e oitenta) dias com relação ao mesmo empregador¹⁹.

Ainda segundo Valentim Carrion, no caso do trabalhador terceirizado, há vínculo e subordinação diretamente com a empresa prestadora de serviços. Ademais, deve ser especializado na área em que vai atuar. Por fim, o seu contrato de trabalho não precisa ter prazo determinado, pois depende do acordo estabelecido entre as partes. Vale ressaltar que esse rol de diferenças apresentado é apenas exemplificativo, tendo em vista que ainda existem outras²⁰.

Como a Lei 13.429/17 não foi clara em relação à permissão de se terceirizar atividades-fim, é preciso que se interprete o que consta no diploma a fim de chegar a uma conclusão sobre o tema. Diante disso, examinando-o em conjunto com as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, parece mais acertada a posição de manter a terceirização apenas a atividades-meio, que não influenciem diretamente na dinâmica da empresa no que concerne aos seus objetos principais.

O reflexo da tomada de uma posição divergente acarretaria em consequências gravosas sob vários aspectos. A própria Administração Pública faz uso do instituto da terceirização, o qual, até o momento, tem sido proveitoso, trazendo benefícios ao Estado sem macular normas constitucionalmente previstas.

No campo da aplicação do direito, a nova lei já começou a surtir efeitos. Recentemente, um magistrado de Minas Gerais, fazendo uso da Lei 13.429/17, não reconheceu o vínculo de emprego existente entre uma atendente de telemarketing e o banco para o qual prestava

¹⁹ CARRION, Valentim. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136.

²⁰ *Idem*, *ibidem*, p. 137.

serviços. Para ele, a súmula 331 do TST não pode mais ser empregada tendo em vista que contraria o disposto na nova lei. Assim, segundo o juiz, não mais existe diferenciação entre atividades-meio e atividades-fim, uma vez que o supramencionado diploma permite a terceirização de serviços específicos e determinados, independentemente de quais sejam²¹.

Ademais, no mês de agosto do ano em curso, a Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do TST decidiu que, em relação aos contratos celebrados e finalizados antes de a Lei 13.429/17 entrar em vigor, continua a ser aplicado o disposto na súmula 331, item I, do TST. Ou seja, a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços²².

Nota-se, diante do exposto, que os próprios julgadores estão decidindo de forma diversa quando se deparam com a aplicação da referida lei. Isso gera, dentre outros problemas, insegurança jurídica, pois não se sabe como os dispositivos serão interpretados e aplicados. É preciso que haja uma uniformização da jurisprudência a fim de que melhor se possa compreender os objetivos do legislador com a elaboração da norma.

Com base na hermenêutica jurídica e seus métodos, quando há alguma nova norma infraconstitucional cujo conteúdo apareça de forma a trazer dúvidas, faz-se necessário interpretar tal norma tendo como parâmetro a Constituição Federal. Acerca da temática, Gilmar Mendes explana: “a oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição”²³.

Quaisquer interpretações que violem dispositivos, regras ou princípios previstos na Lei Maior são consideradas prejudiciais e devem ser expurgadas do ordenamento jurídico, mantendo-se apenas aquilo que possa conviver de forma harmônica com a diretrizes já existentes.

CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.429/17

Como a Constituição Federal é a principal norma de um sistema jurídico, faz-se necessário que se busque mecanismos para resguardá-la, preservando sua hegemonia e, por conseguinte, todo o conteúdo nela contido, conforme explana Humberto Ávila. No momento em que uma nova norma infraconstitucional surge no ordenamento jurídico, é preciso verificar se ela está de acordo com os ditames constitucionais. Somente em caso positivo, tal norma poderá continuar a produzir seus efeitos regularmente²⁴.

No que concerne ao princípio da supremacia da Constituição, tecem relevantes comentários Sylvio Motta e William Douglas, senão vejamos:

Este princípio é próprio de constituições escritas e rígidas (ou semi-rígidas), consistindo em elevar a Constituição ao ponto mais alto do ordenamento jurídico nacional, dotando-a de caráter soberano. Na concepção doutra de Georges Burdeau,

21 MARTINES, Fernando. Com base em nova lei juiz não reconhece vínculo de trabalhadora terceirizada. In: *Consultor Jurídico*, 29 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-29/base-lei-juiz-nao-reconhece-vinculo-terceirizada>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

22 BRASIL, TST. Recurso de Revista nº 1144-53.2013.5.06.0004. Rel. Min. João Oreste Dalazen. Publicado no DJ de 10/08/2017. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=178609&anoInt=2015>> Acesso em: 28 abr. 2024.

23 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 222.

24 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 98.

a superioridade do Poder Constituinte confere à superfície jurídica estatal dupla categoria de normas: constitucional e ordinária. É precisamente dessa superioridade da função constituinte em relação à função de revisão que surge a certeza de rigidez constitucional. Sem essa distinção hierárquica não seria possível um eficaz sistema de controle de constitucionalidade. Nunca será demais lembrar: o problema do controle de constitucionalidade só existe diante de constituições rígidas ou semi-rígidas, já que apenas nelas se considera que a constituição é superior, não podendo as demais normas contraporem suas determinações²⁵.

A redação da Lei 13.429/17 a tornou ambígua, permitindo variados entendimentos acerca de um mesmo dispositivo. Algumas dessas interpretações, que já estão até mesmo sendo postas em prática no país, vão de encontro a normas contidas na Constituição Federal.

Julgar como possível a terceirização de empregados públicos para realizarem a principal atividade de uma estatal viola diretamente o art. 37, II, da CRFB/88, que prevê a necessidade de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para que o indivíduo possa ser investido em determinado emprego público.

Tal norma constitucional é prestigiada e conhecida popularmente há décadas, razão pela qual se suspeita que algumas pessoas estão se utilizando de má-fé para transgredi-la, escondendo-se por trás da indeterminação trazida pela Lei 13.429/17 para tentar legitimar práticas inconstitucionais.

No âmbito da Administração Pública, não pode haver a terceirização de atividades-fim, pois, nesta seara, os servidores precisam passar por uma seleção pública que ateste suas capacidades, aptidões e conhecimentos acerca da matéria relacionada à tarefa a ser executada. Não é qualquer pessoa que pode atuar como agente público, o Estado precisa investir cada um em cargo ou emprego público e tal investidura se dá apenas após suas aprovações em concurso público.

As estatais, mesmo que sejam pessoas jurídicas de direito privado, compõem a Administração Pública indireta e, por essa razão, não são inteiramente regidas pelo direito privado. Diversas normas de direito público são a elas aplicadas e qualquer tentativa de burlar tais normas deve ser condenada, como destaca Marçal Justen Filho. Importantes princípios e valores constitucionais estão em jogo, não se pode permitir que interpretações levianas de uma lei ordinária possam violá-los tão abertamente²⁶.

De acordo com as lições de Hans Kelsen, no mundo do direito, para que uma norma jurídica seja considerada válida, ela precisa procurar seu fundamento de validade em uma norma superior. Como a Constituição Federal se encontra no topo da pirâmide normativa, é a Lei Máxima de um país, devendo todas as outras normas retirarem nela sua razão de existir. Caso uma norma infraconstitucional, seja ela qual for, esteja em desacordo com a Carta Magna, será declarada inconstitucional e, por conseguinte, retirada do sistema jurídico²⁷.

Não se faz necessário que todos os dispositivos de uma lei, por exemplo, sejam considerados inconstitucionais. É possível que a incompatibilidade entre a norma e a Constituição seja apenas parcial, recaindo em apenas parte do diploma. Desse modo,

²⁵ MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. *Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 39.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 145.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 216.

existe a possibilidade, também, de a incongruência não estar propriamente na redação da norma, mas na forma como ela é interpretada. O mesmo texto legal pode possuir uma interpretação constitucional e outra inconstitucional, depende da perspectiva empregada.

A constitucionalidade da Lei 13.429/17 está condicionada à interpretação que lhe é feita. A terceirização “irrestrita” seria prejudicial em diversos aspectos. No âmbito da Administração Pública, a terceirização pode ser aplicada, desde que se limite a atividades secundárias (assim como já era feito) e sem violar normas constitucionalmente previstas, mormente a que obriga a realização do concurso público.

OS CONCURSOS PÚBLICOS CHEGARAM AO FIM?

Embora a Lei 13.429/17 tenha trazido divergências e incertezas acerca da aplicação da terceirização no âmbito da Administração Pública, imaginar um cenário de extinção dos concursos públicos é depreciar a supremacia da própria Constituição Federal.

Como é sabido, a Carta Magna prevê, em seu texto, a necessidade de realização de certame público de provas ou de provas e títulos tanto para a investidura em cargos quanto empregos públicos. Diante disso, mesmo que surgisse uma lei infraconstitucional decretando, expressamente, o fim dos concursos públicos, tal diploma não poderia produzir efeitos por ser manifestamente inconstitucional.

A Lei 13.429/17 nem mesmo menciona explicitamente a problemática da seleção pública, silenciando completamente sobre o tema. No entanto, alguns operadores do direito, como o Procurador-Geral do Ministério Público do Trabalho, ao analisá-la, concluíram que a suposta abertura para aplicação da terceirização em atividades-fim acarretaria na aniquilação dos concursos públicos, tendo em vista que o Estado também se utiliza do instituto da terceirização²⁸.

Independentemente de como se dê, nesse contexto, a prática terceirizante no campo das empresas privadas, sabe-se que, no que concerne à Administração Pública, as normas empregadas são distintas, em razão das prerrogativas a ela inerentes. Não se pode tratar servidores públicos – em sentido amplo – e empregados do setor privado da mesma forma, até porque o diploma que os rege são diversos, já que no ramo privado os empregados são regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas.

Talvez o ponto mais controvertido do problema seja, de fato, as estatais. Por serem disciplinadas tanto por normas de direito privado quanto por normas de direito público, por vezes se equiparam a empresas civis e, por outras, ao próprio Estado. Por esse motivo, mesmo que sejam mais facilmente enquadradas no objeto principal da Lei 13.429/17, é importante ressaltar que a Constituição Federal lhes impôs, também, a obrigação de realizar concurso público para admissão de pessoal.

A seleção pública é uma das formas de concretização do princípio da igualdade, tendo em vista que garante a todos a oportunidade de participar do certame de forma equitativa. Nada mais democrático do que escolher os indivíduos que exercerão atividades

28 SILVA, Camila Rodrigues. *Lei da terceirização acaba com concurso público, diz Procurador-Geral do Trabalho*. In: *Brasil de Fato*, 23 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/03/23/lei-da-terceirizacao-acaba-com-concurso-publico-diz-procurador-geral-do-trabalho/>>. Acesso em: 25 abr. 2024.

públicas por meio de um processo seletivo em que cada um possa demonstrar seus níveis de conhecimento, aptidão e capacidade, sem que sejam concedidos privilégios de nenhuma espécie a nenhum dos candidatos.

Dada a importância que o concurso público assumiu no ordenamento jurídico brasileiro, é considerado como um direito individual, como defende José Joaquim Gomes Canotilho. Nesse diapasão, representa uma cláusula pétrea, somente podendo ser alterada mediante emenda constitucional e, ainda assim, jamais para abolir ou suprimir o instituto²⁹.

Não pode uma lei ordinária como a Lei 13.429/17 – norma infraconstitucional – extinguir ou mitigar o conteúdo de uma norma constitucional como a que prevê o concurso público, qual seja, o art. 37, II, da Carta Magna. Nenhum instrumento normativo inferior à Carta Constitucional pode se sobrepor às normas nela contidas. Ademais, a referida lei possui uma redação vaga, impossibilitando que se extraia com precisão a intenção do legislador.

Diante do exposto, percebe-se que os concursos públicos não chegaram ao fim e, enquanto a Constituição Federal de 1988 estiver plenamente em vigor, isso não acontecerá. Somente uma nova Constituição pode ter força normativa suficiente para modificar essa situação, introduzindo novos paradigmas e remodelando institutos já existentes. Como isso ainda não ocorreu, os direitos, valores e garantias consagrados pelo texto constitucional devem ser preservados e qualquer tentativa de violação precisa ser veementemente condenada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, restou evidenciado que a Lei 13.429/17, embora tenha trazido inovações acerca do fenômeno da terceirização, não acabou com o concurso público, e nem poderia. Tal instituto tem previsão na própria Constituição Federal, não sendo possível que nenhuma norma infraconstitucional o suprima ou mitigue seus efeitos.

Demonstrou-se que o referido diploma possui uma redação pouco clara, utilizando-se de termos vagos e indeterminados. Assim, surgiram diversas interpretações a respeito do mesmo dispositivo legal, o que gerou insegurança jurídica. Faz-se necessário que a análise da lei tome por base as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, de modo a harmonizá-las.

Restou claro que uma das principais problemáticas envolvendo o referido diploma diz respeito às interpretações que podem ser feitas de seus artigos, mormente aqueles que tratam especificamente da terceirização. Interpretações que vão de encontro ao disposto na Constituição Federal não podem prosperar, devendo ser declaradas inconstitucionais e, por conseguinte, retiradas da ordem jurídica. Apenas podem ser adotadas as linhas de raciocínio devidamente compatíveis com o texto constitucional.

Constatou-se, assim, que a terceirização, embora seja um recurso extremamente útil sob alguns aspectos, precisa ser operada com cautela. Independentemente de como se dê, na contemporaneidade, seu emprego em relação a empresas privadas, no âmbito

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 409.

da Administração Pública o processamento precisa ser diferente, de modo a observar a normas inerentes ao Estado.

Diante dos argumentos apresentados neste artigo, aparenta ser mais acertada a posição de que o instituto da terceirização pode continuar a ser aplicado no campo da Administração Pública, no entanto, restringindo-se a determinadas atividades consideradas secundárias. A contratação de pessoal para desempenhar as principais funções estatais deve ser precedida pela realização de concurso público, de modo a respeitar o texto da Constituição Federal, bem como as demais normas e valores presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Edição. São Paulo: LTR, 2009.

BOMFIM, Vólia. **Breves comentários à Lei 13.429/17 que altera a redação da Lei 6.019/74**. In: Gen Jurídico, 03 de abril de 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/04/03/breves-comentarios-lei-13-42917-que-altera-redacao-da-lei-6-01974/>>. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL, **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. In: Planalto. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL, TST. **Recurso de Revista nº 1144-53.2013.5.06.0004**. Rel. Min. João Oreste Dalazen. Publicado no DJ de 10/08/2017. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=178609&anoInt=2015>> Acesso em: 28 abr. 2024.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Rubens Ferreira de. **A terceirização no Direito do Trabalho**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CHRISTIE, Diana. **Governador de Mato Grosso do Sul cria comissão para terceirizar a educação**. In: ADUFMS, 20 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://adufms.org.br/2017/09/20/governador-de-mato-grosso-do-sul-cria-comissao-para-terceirizar-a-educacao/>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

COELHO, Henrique. **Caixa pode contratar bancários temporários e sem concurso**. In: Globo, 04 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/>>

noticia/caixa-pode-contratar-bancarios-temporarios-e-sem-concurso.shtml>. Acesso em: 25 abr. 2024.

DELGADO, Gabriela Neves. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTR, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Lei da terceirização não é clara quanto à permissão para atividade-fim. *In: Consultor Jurídico*, 02 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>>. Acesso em: 28 abr. 2024.

GRANJEIRO, José Wilson. **Direito Administrativo**. 13ª ed. Brasília: Vestcon, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARICATO, Percival. **Terceirização e desenvolvimento econômico**. *In: Cebrasse*, 28 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.cebrasse.org.br/materias.php?id_materia=2075&tipo=as>. Acesso em: 26 abr. 2024.

MARTINES, Fernando. Com base em nova lei juiz não reconhece vínculo de trabalhadora terceirizada. *In: Consultor Jurídico*, 29 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-29/base-lei-juiz-nao-reconhece-vinculo-terceirizada>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

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

MATO GROSSO DO SUL, Resolução nº 2.999, de 15 de setembro de 2017. *In: Diário Oficial do Estado do Mato Grosso do Sul*, nº 9495, de 18 de setembro de 2017, p. 39. Disponível em: <http://www.spdo.ms.gov.br/diariodoe/Index/Download/DO9495_18_09_2017> Acesso em: 28 abr. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. **Controle de constitucionalidade: uma abordagem teórica e jurisprudencial**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Terceirização do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 1995.

SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações terceirizadas de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Camila Rodrigues. Lei da terceirização acaba com concurso público, diz Procurador-Geral do Trabalho. *In: Brasil de Fato*, 23 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/03/23/lei-da-terceirizacao-acaba-com-concurso-publico-diz-procurador-geral-do-trabalho/>>. Acesso em: 25 abr. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Teoria da exceção de Romeu e Julieta no ordenamento jurídico brasileiro

Theory of the exception of Romeo and Juliet in the Brazilian legal order

Tátira de Barros Ferreira

Discente do 9º Período do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninorte

RESUMO

Introdução. A teoria da exceção de Romeu e Julieta, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, propõe uma análise peculiar das normas legais, destacando situações em que a aplicação da lei pode ser flexibilizada em razão de circunstâncias específicas. Inspirada na tragédia de William Shakespeare, a qual narra a história de amor proibido entre dois jovens de famílias rivais, a teoria busca refletir sobre a necessidade de adaptar as normas jurídicas às particularidades de cada caso, respeitando as peculiaridades e considerando as nuances das relações humanas. Objetivo. Este trabalho se propõe a explorar a aplicação e relevância da teoria da exceção de Romeu e Julieta no contexto jurídico brasileiro, examinando seus fundamentos, limites e implicações, e contribuindo para o debate sobre a flexibilidade do ordenamento jurídico diante das complexidades da sociedade contemporânea. Método. Através do embasamento teórico permitiu identificar as origens da Teoria da Exceção de Romeu e Julieta, explorando suas raízes teóricas e as influências no pensamento jurídico. Resultados. A revisão bibliográfica também evidenciou a diversidade de interpretações e perspectivas sobre a Teoria da Exceção de Romeu e Julieta, fornecendo uma visão crítica sobre sua viabilidade e adequação no sistema jurídico brasileiro. Conclusão. A pesquisa oferece uma contribuição significativa para o entendimento da Teoria da Exceção de Romeu e Julieta no cenário jurídico brasileiro, proporcionando uma base sólida para debates futuros e reflexões sobre a flexibilidade do ordenamento jurídico diante das demandas sociais contemporâneas. Além disso, a pesquisa evidenciou áreas em que a Teoria da Exceção de Romeu e Julieta pode contribuir para uma maior justiça e equidade, bem como possíveis desafios e críticas que merecem ser considerados.

Palavras-chave: teoria de Romeu e Julieta; flexibilidade do ordenamento jurídico; limites da aplicação legal.



ABSTRACT

Introduction. The Romeo and Juliet exception theory, in the context of the Brazilian legal system, proposes a peculiar analysis of legal norms, highlighting situations in which the application of the law can be made more flexible due to specific circumstances. Inspired by William Shakespeare's tragedy, which tells the story of forbidden love between two young people from rival families, the theory seeks to reflect on the need to adapt legal norms to the particularities of each case, respecting the peculiarities and considering the nuances of human relationships. **Goal.** This work aims to explore the application and relevance of the Romeo and Juliet exception theory in the Brazilian legal context, examining its foundations, limits and implications, and contributing to the debate on the flexibility of the legal system in the face of the complexities of contemporary society. **Method.** Through the theoretical basis, it was possible to identify the origins of the Romeo and Juliet Exception Theory, exploring its theoretical roots and influences on legal thought. **Results.** The literature review also highlighted the diversity of interpretations and perspectives on the Romeo and Juliet Exception Theory, providing a critical view of its viability and adequacy in the Brazilian legal system. **Conclusion.** The research offers a significant contribution to the understanding of the Romeo and Juliet Exception Theory in the Brazilian legal scenario, providing a solid basis for future debates and reflections on the flexibility of the legal system in the face of contemporary social demands. Furthermore, the research highlighted areas in which the Romeo and Juliet Exception Theory can contribute to greater justice and equity, as well as possible challenges and criticisms that deserve to be considered.

Keywords: Romeo and Juliet theory; flexibility of the legal system; limits of legal application.

INTRODUÇÃO

A Teoria da Exceção de Romeu e Julieta emerge como um fascinante campo de estudo no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se pela sua capacidade de transpor a rigidez normativa em favor de uma abordagem mais flexível e sensível às complexidades das relações humanas. Inspirada na lendária história de amor proibido entre dois jovens de famílias rivais na obra de William Shakespeare, essa teoria propõe uma análise crítica sobre a aplicação das normas legais, reconhecendo a necessidade de adaptar o direito às particularidades de cada caso.

O presente artigo busca explorar, de maneira aprofundada, os fundamentos, implicações e desdobramentos da Teoria da Exceção de Romeu e Julieta no contexto jurídico brasileiro. Ao mergulhar nas obras de renomados juristas, análises jurisprudenciais e contribuições acadêmicas, pretendemos oferecer uma visão abrangente sobre como essa teoria se insere e influencia o sistema normativo nacional.

Desta maneira, o presente trabalho está dividido em três capítulos, sendo o primeiro voltado para explicação acerca dos direitos fundamentais à liberdade sexual. Já o segundo capítulo, voltou-se a trazer à tona os principais crimes contra a dignidade sexual, quais sejam: o crime de estupro, estupro de vulnerável, o crime de violação sexual mediante fraude e o crime de assédio sexual. Por fim, no terceiro capítulo trata da Teoria da Exceção de Romeu e Julieta no ordenamento jurídico brasileiro e possibilidade de utilização da referida teoria para proteger a estrutura familiar.

A relevância dessa pesquisa reside na capacidade de enriquecer o debate sobre a flexibilidade do ordenamento jurídico, considerando não apenas a letra fria da lei, mas também as nuances e especificidades que permeiam as relações sociais. Ao longo deste trabalho, será explorado como a Teoria da Exceção de Romeu e Julieta pode oferecer alternativas e reflexões valiosas para a construção de um sistema jurídico mais justo e adaptado às demandas contemporâneas. A investigação, portanto, se propõe a lançar luz sobre esse fascinante aspecto do direito, convidando à reflexão sobre a sua aplicabilidade e contribuição para a efetividade do ordenamento jurídico brasileiro.

DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE SEXUAL

A convivência social tornou-se uma característica consolidada na história da humanidade, evoluindo junto com o aprimoramento das relações. Entretanto, diante da diversidade de formas e complexidades de interação, surgiram ao longo do tempo os conflitos de interesses, exigindo a necessidade de disciplinar as atividades humanas para assegurar a paz e a ordem social. Nesse contexto, emergiram as normas ou regras, convergindo na concepção do termo “Direito”.

Segundo Martins (2006, p. 3), a palavra “Direito” tem sua origem no latim, derivando do termo *directus*, sendo um termo que denota a qualidade de conformidade com as regras estabelecidas. É um produto enraizado na história e na cultura, refletindo a realidade política, econômica e ideológica de uma sociedade dentro da estrutura social global.

Como é amplamente reconhecido, o Direito surge juntamente com o desenvolvimento da civilização, e sua trajetória se entrelaça com a própria evolução da vida. Mesmo ao explorarmos o passado mais remoto, encontramos o Direito, ainda que em estágios iniciais, regulando as interações humanas.

Conforme observado por Diniz (2005), qualquer compreensão jurídica requer, inevitavelmente, a aplicação do conceito de Direito. Isso implica que a definição da palavra “Direito” está sujeita a diversos julgamentos, uma vez que não existe um conceito exclusivo e universal para ele. Apesar das complexidades inerentes à elaboração de uma definição que abarque interpretações variadas, é possível identificar elementos comuns entre os estudiosos, como juristas e doutrinadores.

As regras do direito quando descumpridas dão origem a uma sanção de ordem pública originada do Estado, visto que são obrigatórias e quando descumpridas, ensejam sentimentos de natureza íntima em cada indivíduo, isto é culpa, vergonha, arrependimento, censura pessoal e mesmo social, embora, não resultem em sanções aplicadas por autoridades legalmente constituídas (Almeida, 2011, p. 17).

Portanto, no entendimento do autor, o direito remete uma ideia ou noção daquilo que é certo, correto e justo. Sendo assim, entende-se o direito como a arte de procurar as condições por via de regras para a justiça e a equidade das condutas humanas, uma vez que, o direito pode ser visto como a busca do bem comum e justiça social.

Para Silva (2014) o direito, também, é discutido em diversas outras ciências como História, Filosofia, Sociologia, Política, etc. na sociedade primitiva o direito está diretamente interligado com a política e a religião, já que esta não tinha regras específicas para emanar as condutas humanas e aos legisladores.

Ao longo do processo histórico da civilização humana, as leis nem sempre foram as principais fontes reveladoras do direito, sendo, em vez disso, reflexo da opinião popular. Com o uso frequente, essas normas adquiriam caráter obrigatório, integrando-se às discussões e constituindo-se por meio de regras escritas a serem seguidas. Dois exemplos notáveis e recentes são a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Constituição Federal de 1988.

O Direito desempenha o papel de instrumento para medir, orientar e estabelecer parâmetros nas ações humanas em relação à natureza e aos demais seres. Portanto, sua finalidade reside em regular as relações humanas, visando à paz e prosperidade na sociedade, prevenindo a desordem e o crime. Conforme observa Melo Filho (2013), “sem o Direito, a sociedade estaria constantemente em processo de contestação, sujeita à lei do mais forte, resultando em verdadeiro caos”. Em geral, o direito surge com o propósito de criar condições igualitárias dentro de uma sociedade, garantindo justiça e equilíbrio.

Mediante as grandes mudanças em todas as áreas do conhecimento humano, o profissional ativo tem o desafio de oferecer o melhor de suas habilidades à sociedade. No campo de direito tal demanda parece ser mais desafiadora, como é o caso dos operadores do Direito Penal. É desafiante porque esses profissionais precisam mostrar que o elemento básico do Direito Penal é essencial para todo cidadão, neste processo que busca cumprir a sua função fundamental na Constituição Federal de 1988.

Segundo Melo Filho (2013), o sistema jurídico brasileiro classifica diversas modalidades de crimes, destacando leis específicas para cada delito. Dentre eles, os crimes sexuais são objeto de intensas discussões tanto no âmbito jurisprudencial quanto doutrinário, especialmente no que diz respeito à presunção de violência prevista no artigo 217-A do Código Penal (Brasil, 1940), referente ao estupro de vulnerável. No contexto dos crimes sexuais, um exemplo bastante conhecido é a análise da possibilidade da aplicação do *iuris tantum* à vulnerabilidade etária no crime de estupro de vulnerável no Brasil, fundamentando-se na chamada “Exceção de Romeu e Julieta”.

A Constituição Federal de 1988 adotou o regime democrático. Por meio deste, é revelada a preocupação em combater qualquer forma de discriminação, vislumbrando a liberdade, bem como a igualdade, dentro do âmbito familiar e em demais relações pessoais. Com fundamento no direito de liberdade, é assegurada a todas as pessoas a livre manifestação de sua orientação afetiva e sexual, sem que, para tanto, torne-se vítima de discriminações e violações físicas e psicológicas.

De acordo com Ribeiro (2019) a Constituição Federal do Brasil considera pessoas do sexo masculino e feminino como os mesmos valores e não deve haver qualquer superioridade de um para com o outro, embora tenham características distintas.

Os direitos fundamentais à liberdade sexual são o alicerce de valores garantidos e indissociáveis de qualquer pessoa, devendo ser assegurado e respeitado em qualquer ordenamento jurídico. Conforme afirmado por Dias (2013), a garantia do livre exercício da sexualidade é integrada aos postulados fundamentais da liberdade individual, igualdade social e solidariedade humana. Da mesma forma, a segurança da inviolabilidade da intimidade e da vida privada constitui a base jurídica para a construção do direito à orientação sexual, considerado um direito personalíssimo, inerente e inegável à condição humana.

Ao abordar o direito à liberdade e à sexualidade como princípios fundamentais da condição humana, Veloso (1999) enfatiza que esse princípio é inerente ao ser humano desde o seu nascimento, decorrendo de sua própria natureza. Como um direito individual, é natural, inalienável e imprescritível. A realização plena como ser humano fica comprometida se não houver garantia do respeito ao exercício da sexualidade, compreendendo a liberdade sexual e abrangendo a livre orientação sexual.

Direito à intimidade e à vida privada

A Constituição Brasileira de 1988 (art. 5º, inc. X) declara que: “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Isso implica que a Constituição assegura a proteção tanto da intimidade quanto da vida privada dos cidadãos. Embora haja uma distinção conceitual entre esses termos, os efeitos da tutela constitucional são, em essência, os mesmos, pois visam proteger aspectos fundamentais da individualidade e dignidade humana.

O direito à intimidade e a privacidade estão protegidos pela Constituição Federal do Brasil e todos os cidadãos brasileiros, residentes ou nacionalizados, devem obedecer a este princípio fundamental. Segundo Barroso (2009, p. 254), a doutrina extrai dos princípios fundamentais os direitos reconhecidos como personalíssimos, também conhecidos como direitos da personalidade. Ele destaca que “a dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física como moral” Barroso, 2009, p. 254).

Diniz (2013) esclarece que, apesar de privacidade e intimidade não serem termos intercambiáveis, a última pode ser compreendida como parte da primeira. Por essa razão, são tratadas de maneira distinta, apesar de a privacidade abranger aspectos externos da existência humana, como recolhimento na residência, escolha do modo de vida, hábitos, comunicação telefônica, entre outros. A intimidade, por sua vez, refere-se a aspectos internos da vida pessoal, como segredos pessoais, relacionamentos amorosos, situações de pudor, etc.

Para o autor, a intimidade consiste no resguardo dos sentidos alheios a informações que dizem respeito apenas ao titular, sem qualquer correlação com terceiros, sendo a preservação da individualidade mais do que necessária. O elemento fundamental do direito à intimidade, que é uma manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigência de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não deseja que certos aspectos de sua vida se tornem conhecidos por terceiros.

Os crimes contra a dignidade sexual no código penal

Os crimes contra a dignidade sexual, conforme delineados no Código Penal Brasileiro, atravessaram todo o processo histórico até os dias atuais. Segundo Benevenuto (2012), os povos antigos já puniam com severidade os crimes sexuais, destacando-se o delito de estupro. Os romanos consideravam estupro qualquer união sexual ilícita com mulher não casada, enquanto a conjunção carnal violenta, hoje denominada estupro, era punida com a pena de morte.

Toledo (2012) destaca que o Código Penal de 1940 estabeleceu o Título VI de Parte Especial, intitulado “*Dos Crimes Contra os Costumes*”, visando tutelar o bem jurídico da moral social sob a ótica da sexualidade. Com a promulgação da Lei nº 12.015/2009, esse título passou a proteger a dignidade sexual sob a denominação “*Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual*”, introduzindo novos tipos penais e alterando a perspectiva do bem jurídico protegido pelo legislador brasileiro.

No contexto dos princípios constitucionais aplicados à dignidade sexual, há um conflito entre a busca por justiça e o respeito ao direito. Benevenuto *et al.* (2018) enfatizam que nos processos dos Crimes contra a Dignidade Sexual, o princípio da dignidade da pessoa humana é preponderante, sendo um dos princípios mais importantes e internacionalmente reconhecidos.

Mazzuoli (2009) associa a expressão “dignidade sexual” à honra, liberdade e desenvolvimento sexual da pessoa humana, visando respeitar o indivíduo em assuntos relacionados à sexualidade, garantindo-lhe o direito à liberdade e à honra como valores fundamentais. Entretanto, para assegurar efetivamente a sexualidade como atributo da dignidade humana, especialmente no âmbito penal, é necessário enfrentar a persistente ideologia patriarcal, um obstáculo para a efetivação da proteção desejada e necessária, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988.

Bitencourt (2008) destaca que, considerando a importunação sexual como um crime recente no ordenamento jurídico, essa conduta sempre foi predominante, embora antes fosse tratada como contravenção penal, punida com multa. A mudança ocorrida em setembro de 2018 proporcionou a proteção e garantia de que qualquer indivíduo pode escolher como e com quem se envolver sexualmente.

Bitencourt (2008) ressalta que ao longo do tempo, as mulheres conquistaram espaços na sociedade, mas a violência de gênero teve um impacto direto no retrocesso histórico do sexo feminino. Quando foram retiradas da esfera do trabalho produtivo para serem confinadas em casa, as mulheres passaram a servir como reprodutoras de herdeiros para os homens que detinham os meios de produção. A violência sexual, como problema arraigado, acarreta inúmeros efeitos negativos para a saúde física e psicológica dos agredidos.

PRINCIPAIS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

A dignidade sexual está intrinsecamente ligada à sexualidade humana, abrangendo o conjunto de fatos, ocorrências e aparências que compõem a vida sexual de cada indivíduo. Conforme destacado por Nucci (2009), essa dignidade está associada à respeitabilidade e à autoestima, especialmente relacionadas à intimidade e à vida privada.

Isso sugere que as pessoas têm o direito de realizar-se sexualmente, satisfazendo suas inclinações lascivas e sensuais da maneira que desejarem, sem que haja intervenção estatal ou social. Tanto a atividade sexual individual quanto o relacionamento sexual com terceiros devem ser considerados elementos essenciais da intimidade e da vida privada, merecendo respeito e liberdade.

Crime de estupro

A busca pela satisfação sexual tem como objetivo o prazer, mas é crucial que os parceiros estejam em consentimento mútuo. Todo membro da sociedade possui direitos e deveres que demandam respeito, incluindo o direito à liberdade sexual, conferindo a todos o poder de tomar suas próprias decisões. Quando ocorre uma relação sexual e há violação da vontade, configura-se um crime de estupro. Quanto à origem etimológica do termo “estupro”, é relevante observar o seguinte:

Estupro vem de *stuprum*, que no direito romano equivalia a qualquer congresso sexual indevido, compreendendo inclusive a pederastia e o adultério. Não deixa de ser uma forma especial de constrangimento ilegal, em que a tutela recai, primordialmente, sobre os costumes. Tradicionalmente, caracterizava-se o estupro, o mais grave dos atentados contra a liberdade sexual, pela prática da conjunção carnal mediante violência. Conjunção carnal é a cópula sexual normal [...] (Costa, 2005, p.1).

Com a necessidade de inibir a prática do delito, faz-se necessária a imposição de normas para a sociedade para que estas sejam cumpridas. Assim ocorre com o direito penal que seleciona os atos mais graves e os transforma em delitos, como é o caso dos crimes sexuais. A concepção romana do estupro não tão diferente, da concepção que se tem hoje, com relação à preservação da dignidade da pessoa.

A Lei de 12.015/2009 introduziu alterações significativas na parte especial do Código Penal relacionadas aos crimes contra a liberdade sexual. Essa legislação promoveu modificações, criação e até extinção de tipos penais. Uma das mudanças mais notáveis foi a consolidação em um único tipo penal dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, estabelecendo-se o tipo único preconizado no art. 213 do Código Penal, denominado estupro.

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena- reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (quatorze) 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 (Brasil, 1940).

Segundo Greco (2010), o estupro pode ser caracterizado quando há constrangimento mediante violência ou grave ameaça. O tipo penal refere-se a qualquer pessoa, seja homem ou mulher, e tem como objetivo a prática de conjunção carnal ou a realização de qualquer ato libidinoso, seja praticado pelo agressor ou pela vítima. O autor destaca que a expressão “outro ato libidinoso” na parte final do art. 213 do Código Penal é utilizada porque a conjunção carnal é considerada um ato libidinoso.

Greco (2010) também aborda o chamado estupro de vulnerável, definido no art. 217-A do Código Penal Brasileiro. Esse crime é caracterizado pela conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, ou com indivíduos que, devido à deficiência mental ou outra causa, não possuam discernimento ou não possam oferecer resistência à prática

do ato sexual. Para contextualizar a condição de vulnerável, Capez (2012, p. 6) destaca que “vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo”.

O Código Penal conceitua o estupro de vulnerável como a conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso com menor de 14 anos, ou ainda, com aquele que por doença mental ou outra enfermidade seja incapaz de consentir com a prática do ato sexual. De todos os casos de violência contra crianças no Brasil, grande parte é caracterizada pelo estupro. De acordo com o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, houve um aumento de quase 14% dos casos de violação de direitos de crianças e adolescentes em 2019, se comparado a 2018. A violência sexual esteve presente em 11% das denúncias, o que significa um aumento de 0,3% em relação ao ano de 2018. A Lei nº 13.718/18, especialmente o §5º do artigo 217-A do Código Penal surgiu com intuito de atenuar as discussões sobre a relativização da vulnerabilidade, e fechar as lacunas deixadas pela Lei nº 12.015/2009 (Lucas; Sales, 2018, p. 4).

No contexto da vulnerabilidade, Nucci (2008) enfatiza que esse termo está estreitamente associado à ideia de pessoas que não possuem a aptidão psicológica necessária para compreender a natureza lasciva do ato sexual ou que, sequer, apresentam condições mínimas de normalidade psíquica para expressar livremente seu desejo em relação à prática da atividade sexual. A escolha desse termo não é aleatória, pois carrega consigo a conotação daquele que se encontra em posição frágil em uma questão ou é suscetível a ataques.

De acordo com Lucas e Sales (2018), no sistema anterior relativo aos crimes sexuais e atentados contra menores de catorze anos, prevalecia um critério baseado na presunção de violência ou grave ameaça, mesmo na ausência desses dois últimos elementos. Isso ocorria devido à consideração da incapacidade de discernimento dessas vítimas para consentir com a prática do ato sexual. No âmbito doutrinário e jurisprudencial, houve uma intensa discussão sobre a natureza absoluta dessa presunção, focalizando a controvérsia em torno da possibilidade de exceção à regra geral nos casos em que a vítima demonstrasse conhecimento e experiência em relação à prática sexual.

Dados apresentados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2022) revelam uma realidade alarmante e preocupante sobre a violência sexual, especialmente contra meninas menores de 13 anos, no Brasil:

[...] Desde 2019, quando pela primeira vez o Fórum Brasileiro de Segurança Pública conseguiu separar os dados do crime de estupro do crime de estupro de vulnerável, pudemos enxergar que 53,8% desta violência era contra meninas com menos de 13 anos. Esse número sobe para 57,9% em 2020 e 58,8% em 2021. De 2020 para 2021 observa-se um discreto aumento no número de registros de estupro, que passou de 14.744 para 14.921. Já no que tange ao estupro de vulnerável, este número sobe de 43.427 para 45.994, sendo que, destes, 35.735, ou seja, 61,3%, foram cometidos contra meninas menores de 13 anos (um total de 35.735 vítimas) (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022, p. 4).

O aumento contínuo no número de casos de estupro e estupro de vulnerável é um indicador claro da gravidade desse problema e da necessidade urgente de ações eficazes para combatê-lo.

A constatação de que mais da metade dos casos de estupro de vulnerável envolvem meninas com menos de 13 anos é chocante e demanda uma resposta imediata por parte das autoridades e da sociedade como um todo. Essas crianças estão entre os segmentos mais vulneráveis da população e precisam de proteção adequada contra essa forma de

violência tão traumática (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022).

Além disso, o aumento no número de registros de estupro e estupro de vulnerável de 2020 para 2021 sugere a necessidade de medidas mais eficazes de prevenção, punição e apoio às vítimas. É fundamental que haja uma resposta coordenada e abrangente por parte das instituições públicas, incluindo o fortalecimento dos sistemas de justiça criminal e a implementação de políticas de educação e conscientização (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022).

Ainda com base no que fora exposto no Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2022), dados também ressaltam a importância de uma abordagem multidisciplinar para lidar com a violência sexual, envolvendo não apenas a aplicação da lei, mas também o apoio psicológico, médico e social às vítimas. Somente dessa forma será possível criar um ambiente mais seguro e proteger efetivamente os direitos das crianças e adolescentes em nosso país.

Outro dado de suma importância discutido no Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2022), o local da violência permanece constante, com 76,5% dos estupros ocorrendo dentro de casa. Destaco aqui a importância da escola como elemento estratégico crucial para enfrentar o estupro de vulneráveis. Essa abordagem parece evidente, considerando a informação de que essa violência é predominantemente intrafamiliar e acontece no ambiente doméstico. Reconhecemos que o combate às violências não se restringe apenas ao âmbito da segurança pública, e acreditamos que este seja um exemplo representativo desse entendimento.

Segundo dados da UNICEF (2021), a maioria esmagadora das vítimas de violência sexual é do sexo feminino, alcançando quase 80%. Para as meninas, um número significativo de casos envolve vítimas com idades entre 10 e 14 anos, sendo 13 anos a idade mais comum. No caso dos meninos, o crime se concentra na infância, especialmente entre os 3 e 9 anos de idade. A residência da vítima é o local mais frequente para a ocorrência de casos de violência sexual, e, quando há informações sobre a autoria dos crimes, 86% dos autores eram conhecidos.

Crime de violação sexual mediante fraude

A violência sexual ainda hoje, constitui um dos maiores temores de mulheres brasileiras, sobretudo, em se considerando que estamos a falar de uma sociedade fincada em valores machistas, que ainda subjugam a figura feminina em detrimento de uma ordem, cuja manutenção se funda em valores de dominação masculina. Exemplos evidentes de tal afirmação, podem ser verificados todos os dias por mulheres que são alvos de reiteradas condutas assediadoras, seja em espaços públicos ou privados.

O crime de violação sexual mediante fraude é considerado um delito comum, pois pode ser perpetrado por qualquer pessoa, tanto em relação aos sujeitos ativos quanto aos passivos. Após a redação dada pela Lei 12.015/2009, o crime pode ser cometido tanto por homens quanto por mulheres, desvinculando-se da antiga redação que limitava a vítima do crime apenas ao sexo feminino.

Além disso, a nova redação possibilita a ocorrência do crime entre pessoas do

mesmo sexo. Greco (2017) destaca que, em relação ao elemento subjetivo desse crime, o dolo é essencial, não sendo admitida a modalidade culposa. O crime é passível de tentativa e consuma-se no momento da cópula pênis-vagina ou na realização de outros atos libidinosos.

O bem jurídico protegido penalmente é a liberdade sexual da pessoa humana, o que significa o direito da pessoa de dispor de seu próprio corpo conforme sua vontade, sendo essa vontade preservada contra o uso de fraude. Greco (2017) ressalta que a fraude é um dos meios empregados pelo agente para ter sucesso na prática da conjunção carnal ou de outros atos libidinosos, configurando o chamado estelionato sexual.

Segundo Jesus (2020), o crime de violação sexual mediante fraude, denominado pela doutrina como estelionato sexual, é caracterizado pela prática de conjunção carnal ou de outros atos libidinosos com alguém, utilizando-se de fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima. Nesse caso, o autor do crime emprega meios fraudulentos, sem recorrer à violência ou ameaça grave, para viciar a vontade de suas vítimas, visando obter vantagem sexual, induzindo-as ou mantendo-as em erro.

O delito de violação sexual mediante fraude se consuma, na sua primeira parte, com a efetiva penetração do pênis do homem na vagina da mulher, não importando que essa penetração seja total ou parcial, não havendo inclusive necessidade de ejaculação. No que diz respeito à segunda parte, o delito se aperfeiçoa quando o sujeito ativo (homem e mulher) pratica qualquer ato libidinoso com o sujeito passivo (que pode ser também um homem ou uma mulher) (Grecco, 2017, p. 1174).

Conforme ressaltado por Brasil (2009), antes da promulgação da Lei 12.015/2009, o Código Penal contemplava os crimes de posse sexual mediante fraude, especificamente no art. 215, que tratava da conduta de manter conjunção carnal com uma mulher mediante fraude.

Além disso, havia a disposição do atentado violento ao pudor mediante fraude (art. 216), que se caracterizava pelo uso de fraude para obter ato libidinoso distinto da conjunção carnal com alguém. Atualmente, os artigos 215 e 216 foram unificados e redigidos no art. 215 do Código Penal, por meio da lei 12.015/2009, que resultou no aumento da pena e na eliminação das qualificadoras anteriormente previstas.

Crime de assédio sexual

Assédio sexual refere-se a qualquer tentativa por parte de um superior hierárquico ou de alguém que tenha autoridade sobre um subordinado de obter favores sexuais mediante condutas condenáveis, indesejáveis e repulsivas, fazendo uso do poder que detém como meio de ameaça e condição para a continuidade no emprego. Pode ser caracterizado também por qualquer outra manifestação agressiva de natureza sexual com o objetivo de prejudicar a atividade laboral da vítima, independentemente da utilização do poder hierárquico, por parte de qualquer pessoa pertencente ao quadro funcional (Brasil, 2018).

Assédio sexual por chantagem (assédio *quid pro quo*) – definido como a exigência formulada por superior hierárquico a um subordinado, para que se preste à atividade sexual, sob pena de perder o emprego ou benefícios advindos da relação de emprego. Esta espécie de assédio é consequência direta do abuso de uma posição de poder da qual o agente é detentor. Assédio sexual por intimidação (assédio se-

xual ambiental) – é caracterizado por incitações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no ambiente em que é praticado. Nesta espécie de assédio sexual, o elemento poder é irrelevante, sendo o caso típico de assédio sexual praticado por companheiro de trabalho da vítima, ambos na mesma posição hierárquica no setor (Brasil, 2018, p. 9).

No contexto criminal, a Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, incorporou ao Código Penal o artigo 216-A, que criminaliza o assédio sexual nas relações laborais e de ascendência. Conforme definido por Brasil (2001), o assédio é caracterizado como “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função”.

TEORIA DA EXCEÇÃO DE ROMEU E JULIETA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Romeu e Julieta é uma das histórias de amor mais famosas do ocidente. Segundo Suassuna (1997), trata-se de uma peça teatral trágica escrita por William Shakespeare entre 1591 e 1595, que narra a história de um casal de adolescentes de famílias rivais em Verona que vivem um amor proibido.

Na época de Shakespeare e ainda hoje, é uma das peças mais conhecidas do renomado autor. Cada obra de Shakespeare aborda um tema distinto, e muitas delas se tornaram modelos para diferentes experiências humanas. Inegavelmente, Romeu e Julieta é considerado o protótipo do amor apaixonado juvenil.

Assim que Romeu viu Julieta dançando, foi arrebatado por sua beleza, sobre a qual teceu os mais poéticos elogios em voz alta. Em Dely, é mais comum que o amor seja descoberto aos poucos, uma vez que os protagonistas se conhecem desde a infância. Entretanto, é frequente acontecer que, durante a transição de menina a mulher experimentada pela mocinha, o mocinho esteja distante, estudando ou viajando. Quando ele retorna e a vê pela primeira vez como mulher, fica encantado e, a partir desse momento, se operam nele paulatinamente modificações relacionadas ao trato com a mocinha, a quem procurará agradar e tornar a vida mais feliz. Dessa forma, é possível dizer que também em Dely ocorre o amor à primeira vista se tornarmos como certo que é impossível que ele ocorra na infância e que é necessário o amadurecimento dos protagonistas. Entretanto, em seu afã de elogiar a donzela, Romeu foi ouvido pelo primo dela, Tebaldo, que o reconheceu como um Montecchio penetra e, se não fosse impedido pelo anfitrião, teria partido para cima de Romeu. A partir desse momento, Tebaldo guardará para si o desejo de lutar contra Romeu. Em Dely, raramente ocorrem lutas em que o mocinho precisará provar a sua destreza com as armas. Embora alguns sejam oficiais do Exército, as lutas não são narradas. Normalmente, o mocinho é tido como tão superior aos demais homens, quer fisicamente, quer intelectualmente, que nenhum se atreveria ir contra suas intenções (Cunha, 1999, s.p).

Atualmente, a grande maioria das pessoas não teve acesso ao texto original da peça; no entanto, por meio de diversas adaptações e apropriações do enredo em histórias em quadrinhos, filmes, desenhos animados, novelas, crônicas e na linguagem do cotidiano, quase todos têm o conhecimento mínimo necessário sobre a trama e compreendem quando um casal apaixonado é referido como “Romeu e Julieta”.

Conforme destacado por Suassuna (1997), em diferentes países e períodos, a

trágica história desse jovem casal apaixonado foi e continua sendo reescrita e encenada com interpretações diversas. No Brasil, por exemplo, Ariano Suassuna baseou-se em um folheto de cordel, o romance de Romeu e Julieta de João Martins Athayde, que, por sua vez, foi elaborado a partir da versão de Matteo Bandello, anterior à de Shakespeare. Suassuna enfatiza que sua obra é uma imitação brasileira de Bandello.

A Teoria da Exceção de Romeu e Julieta, defendida por parte da doutrina, argumenta que, havendo consentimento e uma diferença pequena de idade entre os parceiros, não seria razoável considerar o ato sexual como estupro. No entanto, essa compreensão não é predominante, nem na doutrina, nem na jurisprudência nacional. Vale ressaltar que, em outubro de 2017, reforçando a tendência mencionada anteriormente, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou o enunciado de Súmula 593, que estabelece que “o crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso com o agente”.

Teoria da exceção de Romeu e Julieta no ordenamento jurídico brasileiro

Constata-se que as leis buscam, ou deveriam buscar, acompanhar as mudanças da sociedade. Contudo, não obstante o Código Penal ter passado por muitas alterações diante da necessidade de acompanhar as mudanças sociais, há aspectos que anseiam por mudanças, principalmente, no que se refere à presunção da violência determinada no artigo 217-A do Código Penal.

A inserção do crime de estupro de vulnerável ocorreu através da Lei nº 12.015/2009, que o inseriu no rol dos crimes contra à dignidade sexual, abarcando, no grupo da vulnerabilidade etária, os indivíduos menores de 14 anos. A partir dessa significativa mudança, Rogério Greco afirma que não havia mais margem para a continuidade das discussões sobre a possibilidade de relativizar a presunção:

Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015 de 07 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de estupro de vulnerável, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos. [...]. O tipo não está presumido nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal. [...]. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, conjunção carnal, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não terem sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese de alguém menor de 14 (quatorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável (Greco, 2012, p. 532-534).

A Exceção de Romeu e Julieta, originária do ordenamento jurídico estrangeiro e inspirada na obra teatral de William Shakespeare, fundamenta-se no enredo no qual Julieta, com menos de 14 anos, mantém um relacionamento com Romeu, de 17 anos. Conforme informações do JUSBRASIL (2023), essa exceção, como tradicionalmente discutida no ordenamento jurídico nacional, tem como objetivo proteger relacionamentos consensuais

entre menores com uma pequena diferença de idade. Dessa maneira, a teoria busca abordar a divergência legislativa entre vulnerabilidade absoluta e relativa presente na esfera penal.

Em 2015, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), após questionamentos e debates sobre a relativização do estupro de vulnerável nos tribunais estaduais, estabeleceu em um recurso especial repetitivo:

Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da ação penal n. 0001476-20.20108.0043, em tramitação a comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art.217-A do código penal, as-sentando-se, sob o rito do recurso especial repetitivo (art.543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a experiência de relacionamento amoroso entre o agente e vítima não afastam a ocorrência do crime (Brasil, STJ, relator: Rogerio Schietti Cruz, julgado em 26/08/2015).

Conforme Saraiva (2010), se a legislação brasileira reconhece a condição de adolescente a partir dos doze anos, permitindo viagens desacompanhadas por todo o território nacional, autorizando privação de liberdade em caso de autoria de um delito, e concedendo diversas outras prerrogativas, como o direito de ser ouvido e ter sua palavra considerada, a norma exagera ao estabelecer a idade limite em 14 anos e não em 12, ao menos sem estabelecer uma regra como a Exceção de Romeu e Julieta.

Dessa forma, segundo Saraiva (2010), a Exceção de Romeu e Julieta consiste na descaracterização da culpabilidade presente em relações consentidas entre adolescentes, desde que a diferença de idade não seja significativa. Assim, considerando a maioria penal, esse instituto se aplicaria apenas aos indivíduos protegidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Possibilidade de utilização da teoria da exceção de romeu e julieta para proteger a estrutura familiar

Conforme Grego (2012), a “Exceção de Romeu e Julieta” estabelece que, se houver uma diferença de idade específica entre o autor e a suposta vítima, e for comprovado que o ato sexual foi consentido, a conduta não será criminalizada ou suas consequências serão atenuadas, como a aplicação de uma punição alternativa ou a não inclusão no cadastro de criminosos sexuais.

Essa exceção foi criada nos Estados Unidos com o propósito de despenalizar a intimidade sexual entre adolescentes, uma vez que nessa fase da vida a personalidade está em fase final de estruturação, e a sexualidade desempenha um papel crucial como elemento formador da identidade do adolescente.

Segundo informações do portal JUSBRASIL (2023), apesar de a “Exceção de Romeu e Julieta” ter surgido para despenalizar ou suavizar a punição para a prática sexual consensual entre adolescentes, existem critérios a serem seguidos para sua aplicação. Na legislação brasileira, há casos de jurisprudência que permitiram a aplicação da Teoria da Exceção de Romeu e Julieta visando preservar a família.

Contudo, recentemente, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou uma sentença que aplicou medida socioeducativa a um adolescente denunciado por ato equivalente a estupro. No caso, o casal tem um relacionamento amoroso e a relação foi consensual. Os desembargadores entendem que, devido às circunstâncias, mostra-se “descabida e desnecessária” a imposição de qualquer medida socioeducativa ao adolescente, por falta de necessidade pedagógica a ser atendida em sede judicial. O Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Lavras do Sul (RS) havia julgado procedente a representação e aplicou ao menor a medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de seis meses, à razão de oito horas semanais. A defesa do menor interpôs apelação no Tribunal de Justiça. Pugnou que o caso fosse analisado com cautela, pois, embora o fato se enquadre formalmente na figura típica de ato infracional equiparado a crime de estupro de vulnerável, é preciso considerar que o adolescente e a vítima têm pouca diferença de idade. Esse detalhe os coloca em situação de proximidade em relação ao desenvolvimento físico e psicológico (JUSBRASIL, 2023).

A compreensão da Teoria da Exceção de Romeu e Julieta não é predominante, tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacional. O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, em uma decisão de agravo regimental, estabeleceu o seguinte:

Agravo regimental em revisão criminal agravo regimental contra decisão que indeferiu a liminar crime de estupro de vulnerável condenação réu que namorou a vítima e constituiu família gerando um filho irrelevância social do fato (precedente do STJ) exceção Romeu e Julieta presença dos elementos autorizadores da concessão de liminar procedentes do TJSE e do STJ liminar deferida agravo regimental conhecido e provido decisão por maioria. - a irrelevância social do fato aliada à jurisprudência do STJ que consignou que a aplicação da súmula 593 depende de cada caso concreto, é suficiente para justificar o *fumus boni iuris*, autorizador da concessão de liminar. - a proteção constitucional à família coloca em xeque a condenação ou a apelação de um cidadão que praticou crime sem violência, ao contrário, foi criminoso com amor, dividiu o lençol com a vítima, juraram o enlace e tiveram um filho. Apenar o requerente, é punir a vítima e, mais ainda, punir o filho de ambos. A criança, filha do casal, conta hoje com quase 06 anos de idade e as partes, efetivamente, constituíram união estável, conforme escritura pública de união estável, conforme escritura pública de união pública juntada aos autos - liminar deferida para suspender a execução da pena até o julgamento da revisão criminal (JUSBRASIL, 2023).

O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe fundamenta sua decisão na perspectiva da constituição de matrimônio, na formação de uma família, no nascimento de um filho e nas possíveis repercussões que a prisão do condenado poderia acarretar para a vítima e as crianças envolvidas. Essa distinção é notável quando comparada ao drama de William Shakespeare, no qual não há o nascimento de uma criança, e o casal não permanece junto.

Assim, o cerne da decisão concentra-se mais nos potenciais impactos da prisão para a família do que no ato sexual com a pessoa vulnerável. Em outras palavras, a ênfase foi dada às consequências em detrimento das causas do evento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise do tema abordado, pode-se concluir que a Teoria da Exceção de Romeu e Julieta apresenta uma complexa interseção entre aspectos jurídicos, sociais e éticos no contexto brasileiro contemporâneo. A partir do estudo realizado, torna-se evidente que esta teoria, inspirada na tragédia de Shakespeare e aplicada em situações de relacionamentos amorosos entre adolescentes com uma pequena diferença de idade, tem gerado debates significativos no âmbito jurídico.

A pesquisa evidenciou que, embora a Teoria da Exceção de Romeu e Julieta não seja predominante na doutrina e na jurisprudência nacional, há exemplos de sua aplicação em decisões judiciais, especialmente quando se trata de proteger a estrutura familiar formada por casais envolvidos em relacionamentos consensuais, mesmo que enquadrados formalmente como estupro de vulnerável.

A análise das decisões judiciais destacou a importância de considerar não apenas a tipificação legal do crime, mas também as circunstâncias específicas de cada caso, incluindo o contexto familiar, o desenvolvimento psicológico dos envolvidos e as possíveis repercussões de uma condenação para a vida das partes interessadas, especialmente quando há a formação de uma família e o nascimento de filhos.

No entanto, é fundamental reconhecer que a aplicação da Teoria da Exceção de Romeu e Julieta ainda é objeto de controvérsia e debate, uma vez que sua adoção implica em uma revisão conceitual e interpretativa das leis penais vigentes, especialmente no que diz respeito à proteção de crianças e adolescentes contra abusos e exploração sexual.

Portanto, conclui-se que a Teoria da Exceção de Romeu e Julieta representa um desafio para o sistema jurídico brasileiro, exigindo uma reflexão cuidadosa sobre os limites da responsabilidade penal, a proteção dos direitos individuais e o papel do Estado na promoção da justiça e equidade social. A compreensão e aplicação adequada desta teoria requerem um equilíbrio entre a preservação da segurança jurídica e a garantia dos direitos fundamentais dos envolvidos, especialmente dos grupos mais vulneráveis da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Simone Oliveira de. **Direito e legislação [recurso eletrônico]** / Simone Oliveira de Almeida. – Dados eletrônicos (1 arquivo: 3 megabytes) – Curitiba: Instituto Federal do Paraná, 2011. Disponível em: <http://proedu.rnp.br/bitstream/handle/123456789/962/Direito%20e%20Legislacao%202011%20ISBN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10 mar. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENEVENUTO, Lucas; OLIVEIRA, Laura do Amaral *et al.* **A punibilidade no Brasil: Uma análise dos princípios do direito no efetivo cumprimento da pena**. Revista Jus Navigandi Teresina, ano 23, n. 5513, 5 ago. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67142/a-punibilidade-no-brasil>. Acesso em: 13 ago. 2023.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, parte geral**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20 ago. de 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 20 ago. de 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em 20 ago. de 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. **Subsecretaria de Assuntos Administrativos Assédio: violência e sofrimento no ambiente de trabalho: assédio sexual** / Ministério da Saúde. – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública**. V. 3. 10ª ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

COSTA JR., Paulo José. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: DPJ, 2005.

CUNHA, M. T. S. **Armadilhas da sedução: os romances de M. Delly**. Belo Horizonte: Autêntica, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual, o Preconceito e a Justiça**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 1: teoria geral do direito civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Teoria geral do direito civil**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FÓRUM Brasileiro De Segurança Pública. **Violência sexual infantil, os dados estão aqui, para quem quiser ver**. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/07/14-anuario-2022-violencia-sexual-infantil-os-dados-estao-aqui-para-quem-quiser-ver.pdf>. Acesso em 12 set. 2023.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 7 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. v. 3. p.451

JESUS, Damásio de. **Parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública** – arts. 184 a 288-A do CP. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUCAS, Gabriela Fradico in; SALES, Pollyana Maciel. **Estupro de vulnerável** – Uma análise do Estupro de Vulnerável à luz dos crimes contra a dignidade sexual, e da alteração trazida pela Lei 13.718/18. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br.pdf>. Acesso em: 12 set. 2023.

MARTINS, Sergio Pinto. **Instituições de direito público e privado**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MATIOLI, Aparecida Donizete Fernandes. **A concretização dos direitos fundamentais e inclusão social: a previdência social como possibilidade**. 2006. Disponível em :<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/45939/M681.pdf?sequence=1>. Acesso em 20 mar. 2023.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista direito e justiça: reflexões sociojurídicas, v. 9, n. 12, p. 235-276, 2009.

MELO FILHO, L. G. P. **O direito eleitoral e sua evolução histórica**. Conteúdo jurídico, Brasília, out., 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 42

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral, parte especial**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Murilo Guido. **Castração química para reincidentes em crimes contra a liberdade sexual**: (IN)constitucionalidade e (in)eficácia do projeto de lei n. 3.127 de 2019. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/.pdf>. Acesso em 12 ago. 2023.

SILVA, Emanuella Thayná Lima de. **Dificuldades enfrentadas pelo companheiro(a) na concessão de benefício previdenciário de pensão por morte**. 2018. Disponível em 18 fev. 2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. **UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância**. Nos últimos 5 anos, 35 mil crianças e adolescentes foram mortos de forma violenta no Brasil, alertam UNICEF e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/nos-ultimos-cinco-anos-35-mil-criancas-e-adolescentes-foram-mortos-de-forma-violenta-no-brasil>. Acesso em 10 set. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012.

JUSBRASIL. **Exceção de Romeu e Julieta**. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-camara-civel-tj-rs-livra-menor.pdf>. Acesso em: 12 set. 2023.

SUASSUNA, Ariano. **A história do amor de Romeu e Julieta**. Folha de São Paulo, jan.1997

VELOSO, Zeno. **Homossexualidade e Direito**. Jornal O Liberal, de Belém do Pará, em 22.5.1999.

Os efeitos jurídicos da objetificação do corpo feminino nas publicidades abusivas

The legal effects of the objectification of the female body in abusive advertising

Lais Diniz dos Santos

Acadêmica do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Imperatriz - Facimp Wyden

Rosyvânia Araújo Mendes

Professora Orientadora. Mestra em direito.

Erich Feitosa Gomes

RESUMO

O objetivo do presente estudo é abordar os efeitos jurídicos e, consequentemente, sociais, da objetificação do corpo feminino nas publicidades de caráter abusivo, bem como o quanto este tipo de publicidade influencia na disseminação da cultura machista, vez que aquela propaga a desvalorização e desrespeito às mulheres por parte da sociedade e até mesmo entre as próprias mulheres, dado que a auto objetificação também é consequência, bem como a perpetuação da violência e assédio. Para tanto, utiliza-se do método de análise dos estudos científicos, bem como das pesquisas bibliográfica e documental, baseado nas leis, decisões judiciais, artigos científicos e livros sobre o objeto do presente artigo. Nesse sentido, a presente pesquisa tem por finalidade informar e sensibilizar o público consumidor do quanto esse fato objetificador altera a sociedade negativamente, impondo estereótipos sobre a mulher, doutrinando o homem a visualizar o corpo feminino como produto, bem como alimenta a cultura do estupro que atenta contra a dignidade humana, por meio de publicidades que deturpam, sexualizam e desmerecem a imagem feminina.

Palavras-chave: publicidade abusiva; objetificação feminina; cultura do estupro.

ABSTRACT

The objective of the present study is to address the legal, and consequently social, effects of the objectification of the female body in abusive adverti-



sing, as well as how much this kind of advertising influences the dissemination of sexist culture, as it propagates devaluation and disrespect against women. given by society and even by women among themselves, given that self-objectification is also a consequence, as well as the perpetuation of violence and harassment. To this end, the method of analysis of scientific studies is used, as well as bibliographic and documentary research, based on laws, court decisions, scientific articles and books on the subject of this article. In this sense, the purpose of this research is to inform and raise awareness among the public and consumers of how this objectifying fact negatively alters society, imposing stereotypes on women, as well as teaching men to view the female body as a product, feeding the rape culture. Attending against human dignity, through advertising that distorts, sexualizes and belittles the female image.

Keywords: abusive advertising; feminine objectification; rape culture

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como objetivo abordar a objetificação do corpo feminino dentro das publicidades nos mais diversos meios de telecomunicação, bem como explorar os efeitos jurídicos causados por esses tipos de publicidades dentro do cenário brasileiro.

O respectivo tema foi escolhido, pois, como é sabido por todos, a luta feminina por espaço e respeito na sociedade é antiga. Desde os primórdios do patriarcado a mulher sempre esteve em um papel de submissão e inferioridade em relação ao homem. Também é sabido que esta situação se deu com base em questões extremamente culturais, machistas e misóginas, onde a capacidade intelectual, que é o fator primordial, não foi levada em consideração, causando a desvalorização e objetificação feminina. Em outros termos, o corpo objetificado faz com que a mulher não seja vista como sujeito de direitos.

Diante disso, percebeu-se que a indústria da publicidade teve uma colaboração e participação significativa para a propagação dessa ideia, visto que o corpo feminino, bem como a sua sexualização, tornou-se comum para determinados públicos consumeristas. Um exemplo disso está nas publicidades de cervejas, ao ser pronunciada a famosa frase “Vem, Verão!”, publicidade de uma determinada cervejaria, nos remete primeiramente a uma mulher bronzeada, correndo de biquíni, e em segundo plano, associamos à marca do produto anunciado.

Nesse sentido, é perceptível que a ênfase do corpo da mulher padronizado é superior à do próprio produto que está sendo ofertado, fazendo com que o consumidor associe o corpo ao produto, resultando, por consequência, na objetificação.

Após análise do “papel” da mulher na sociedade ao longo dos anos, percebeu-se que, conforme havia certa evolução em relação aos direitos e conquistas femininas, as indústrias do mercado também “atualizavam”, de forma sempre machista, as formas de anunciar seu produto, correlacionando este ao corpo da mulher.

No final do século XX, as indústrias foram fundamentais para a supervalorização dos corpos esbeltos em relação aos que são considerados fora dos padrões, perdurando esse pensamento até os dias atuais. Percebeu-se, sobretudo, que esta maneira de fazer

marketing destinou-se ao mercado masculino, gerando às mulheres o biótipo ideal que deveria ser alcançado. Mulheres que fugiam desse padrão, do perfeito inalcançável, eram excluídas, depreciadas e hostilizadas, desconsiderando-se qualquer capacidade intelectual.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro existem diversas medidas que coíbem a discriminação e desigualdade de gênero. A exemplo disso, tem-se a Constituição Federal de 1988 que garante, no caput do art. 5º e inciso I, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações sem distinção de qualquer natureza.

Além disso, a Lei 8.078 de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, aborda, em seu art. 6º, os direitos básicos do consumidor, elencando em seu inciso IV a proteção frente às publicidades abusivas. Todavia, a positivação de tais direitos não foi capaz de erradicar a sua prática.

Desse modo, o presente artigo foi dividido em 3 seções, os quais serão detalhados em seção posterior, contando com procedimentos sistemáticos que se apoiaram no raciocínio lógico e usou métodos científicos para encontrar soluções e discorrer sobre o problema da pesquisa por meio de uma abordagem qualitativa, uma vez que se buscou compreender os efeitos jurídicos causados por publicidades abusivas, bem como teve natureza de pesquisa básica através do método hipotético-dedutivo, pois essa análise objetivou gerar conhecimentos científicos para o avanço da sociedade e da proteção das mulheres.

A pesquisa científica tem em conta procedimentos sistemáticos, que se apoia no raciocínio lógico e usa métodos científicos para encontrar soluções ou discorrer sobre algum problema de pesquisa. Desse modo, a metodologia deve atender às perguntas: como? Com o quê? Onde? E quando? (Lakatos; Marconi, 2003, p. 221).

Nesse sentido, para Andrade (2010, p. 25):

A pesquisa bibliográfica é habilidade fundamental nos cursos de graduação, uma vez que constitui o primeiro passo para todas as atividades acadêmicas. Uma pesquisa de laboratório ou de campo implica, necessariamente, a pesquisa bibliográfica preliminar. Seminários, painéis, debates, resumos críticos, monográficas não dispensam a pesquisa bibliográfica. Ela é obrigatória nas pesquisas exploratórias, na delimitação do tema de um trabalho ou pesquisa, no desenvolvimento do assunto, nas citações, na apresentação das conclusões. Portanto, se é verdade que nem todos os alunos realizarão pesquisas de laboratório ou de campo, não é menos verdadeiro que todos, sem exceção, para elaborar os diversos trabalhos solicitados, deverão empreender pesquisas bibliográficas.

Por sua vez, será uma pesquisa descritiva meramente teórica, que requer obrigatoriamente um procedimento de revisão bibliográfico-documental, com embasamento em artigos, matérias jurídicas, livros, doutrinas, leis, entre outros.

ABORDAGEM TEÓRICA ACERCA DAS PUBLICIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Superadas as considerações iniciais, faz-se necessário entender, primordialmente, sobre os tipos de publicidades que são proibidas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, especificamente com base nos estudos da Lei 8.078 de 1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Nesse sentido, a publicidade pode ser compreendida como aquele anúncio que é veiculado nos diversos meios de telecomunicações, quais sejam: rádio, TV, redes sociais, *outdoors*, entre outros, cujo objetivo central é atrair o consumidor a um ato de consumo, podendo ser através da compra de um produto ou até mesmo da aquisição de uma prestação de serviço.

É de suma importância destacar que o termo publicidade, compreendido no CDC, se difere do termo “propaganda”, vez que esta última está correlacionada a conteúdos que transmitem difusão de ideias e ideologias, bem como propagação de valores e posições políticas, como, por exemplo, a transmissão da propaganda eleitoral.

Por outro lado, a publicidade possui cunho comercial, ou seja, visa um anúncio de determinado produto ou serviço. Para tanto, é de suma importância destacar que o CDC trata somente da regulação de publicidades, mesmo que em alguns momentos utilize o termo propaganda, consistindo apenas em mera atecnia por parte do legislador, de modo que esses termos não são tratados como sinônimos.

Além disso, vale destacar que a publicidade possui duas espécies, quais sejam a publicidade institucional e a publicidade promocional. Os anúncios expostos com base institucional referem-se apenas a conteúdos que não visam vendas e promoção de um produto/serviço, mas apenas em institucionalizar e promover uma determinada marca, ou até mesmo como forma de retratação diante do mercado, isto é, busca-se, nessa publicidade, resultados a longo prazo.

A segunda espécie é a promocional, base central do estudo desse trabalho. O anúncio dessa espécie possui como objetivos, a venda do produto ofertado ao mercado de consumo ou a promoção de um serviço oferecido pela empresa anunciante, ou seja, busca-se resultados a curto prazo por meio do convencimento da população consumidora daquele produto, sendo este o principal problema da presente pesquisa, vez que inúmeras empresas se utilizam de ferramentas e estratégias de convencimento e persuasão, visando movimentar seu produto no mercado. Entretanto, acabam por ignorar diversos direitos intrínsecos ao ser humano que estão garantidos pela Constituição Federal de 1988, regulados e protegidos no ordenamento jurídico.

Destarte, convém ressaltar a importância do CDC nesse contexto, cujo objetivo primordial é a proteção e defesa dos consumidores frente aos abusos praticados pelas empresas dentro do mercado de consumo, motivo pelo qual, embora as empresas tenham o direito de atrair o consumidor à aquisição de um produto ou serviço por meio da publicidade, jamais poderão fazê-lo em desobediência aos ditames legais e constitucionais.

Dessa forma, o CDC veda, de forma expressa, dois tipos de publicidades: a enganosa e a abusiva, conforme preceitua o art. 37, *caput* onde determina que, “é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva” (Brasil, 1990). Ademais, o mesmo diploma determina, em seu §1º do artigo supracitado que, “é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor [...]” (Brasil, 1990).

Nesse sentido, a publicidade enganosa, que é regida pelo princípio da veracidade, deve ser caracterizada quando o anunciante omitir informações as quais são necessárias

para que o consumidor decida se efetuará a compra ou não. Ocorre, portanto, quando a informação é revelada no produto, porém de uma forma distorcida e mentirosa, fazendo com que o consumidor o adquira erroneamente, isto é, induzido o mesmo ao erro. Por outro lado, também pode haver a enganiosidade por omissão, quando o fornecedor deixa de informar um dado essencial sobre o produto que, se evidenciasse, o consumidor provavelmente não o compraria. Vale destacar, no entanto, que nem toda omissão incorre na publicidade enganosa, vez que as informações que obrigatoriamente devam estar expostas dizem respeito apenas à qualidade essencial do produto ou serviço ofertado.

Portanto, os anunciantes possuem, obrigatoriamente, o dever de prestar informações adequadas ao consumidor. Nesse sentido, as diversas modalidades de publicidades enganosas sejam de caráter comissivo, omissivo, inteiramente falsa, parcialmente falsa ou até mesmo exagerada, desde que induzam o consumidor a erro, são vedadas pelo CDC com pena de detenção de seis meses a dois anos cumulada com multa (Brasil, 1990).

Também é vedada pelo CDC, conforme supramencionado, a publicidade abusiva, o objeto central deste trabalho. Está disposta no §2º do artigo 37 do CDC, da seguinte forma:

É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (Brasil, 1990).

O inciso supracitado, que versa sobre essa prática abusiva, compõe um rol aberto, ou seja, meramente exemplificativo, pois discorre sobre um conceito jurídico indeterminado, de forma plenamente genérica, de modo que a análise da abusividade se dá em abstrato, quando um anúncio violar a Constituição Federal ou qualquer diploma legal, por exemplo.

Conforme mencionado, o legislador positivou como prática abusiva a publicidade discriminatória, ou que incite a violência, bem como aquela que desrespeita valores e induz o consumidor a agir de forma prejudicial dentro da sociedade (Brasil, 1990).

Ao caracterizar um anúncio como abusivo ou não, devem-se levar em consideração os aspectos que ultrapassam os valores aceitáveis dentro da respectiva sociedade, como também se deve observar se aquela publicidade exposta nos canais de comunicação ofende direitos, incita a violência ou o desrespeito contra indivíduos ou grupos sociais.

Dessa forma, o presente trabalho pretende discorrer apenas em relação à publicidade abusiva de caráter discriminatório, vez que as formas mais comuns desta espécie de abusividade são compostas por discriminação contra raça, gênero, idade, crença entre outros. Com base nisso, é perceptível que a utilização do corpo feminino sexualizado, nos mais diversos tipos de publicidades, evidencia uma conduta totalmente discriminatória e atentatória à dignidade da pessoa humana, valor consagrado como fundamento do estado democrático de direito brasileiro, conforme art. 1º, III da CF/88.

Mecanismos de Regulamentação e Controle de Publicidades Ilícitas

Durante um momento da história, as empresas viram na publicidade uma forma de propagar sua marca e vender mais produtos por meio da comunicação em massa. Perceberam, dessa forma, que o mercado de consumo poderia ser movido pela publicidade

e os consumidores, atraídos por meio delas.

Com isso, as empresas começaram a investir fortemente na indústria publicitária através de jornais, revistas e meios de telecomunicações disponíveis à época. Com a propagação da internet, as empresas começaram a veicular suas ofertas, de modo que os anúncios de produtos e serviços cresceram exponencialmente.

Contudo, com as demasiadas publicidades em todo lugar, percebeu-se uma série de problemas sociais e jurídicos causados dentro da sociedade pelos anúncios direcionados ao mercado sem os critérios devidos. Isto porque, não existiam mecanismos que regulamentassem e protegessem o consumidor frente às publicidades enganosas e abusivas. Todavia, com o passar dos anos e com a evolução social, foram percebidos vários abusos praticados pelas empresas que desrespeitavam fortemente a dignidade humana, devido à ausência de controle estatal.

A vulnerabilidade do consumidor frente às empresas e a previsão de sua proteção, foi incluída na constituição federal de 1988 no inciso XXXII do artigo 5º, onde prevê os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos. Somente em 1990 surgiu uma lei infraconstitucional garantindo e protegendo os direitos dos consumidores, conhecida como Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, dispõe o art. 1º do mesmo dispositivo:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias (Brasil, 1988).

Todavia, antes disso, em 1980 fora criado o Código Brasileiro de Autorregulamentação publicitária (CBAP). Logo em seguida, com a função complementadora, foi criado o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) cujo objetivo é executar o disposto no CBAP e fiscalizar a garantia ao respeito a dignidade humana e valores éticos, através de sanções administrativas, no entanto, essas sanções não possuem caráter coercitivo, causando, de certa forma, ineficiência de suas medidas. Segundo Hermann e Possamai (2021, p. 49):

As sanções impostas pelo Conar, ainda que, por vezes, atendidas pelos infratores, não possuem, como dito alhures, caráter coercitivo, não se mostrando suficientes para coibir a abusividade nas criações publicitárias. O Conar não tem o poder de retirar do mercado um anúncio publicitário considerado abusivo. Em que pese prevista a sanção ética de desagravo público, que pode implicar no descrédito do anunciante e da agência de publicidade frente aos consumidores e ao mercado publicitário, a penalidade imposta pelo Conar não impede a reiteração dos abusos.

Portanto, percebe-se que o CONAR não visa proteger o respeito à dignidade humana do consumidor alvo das publicidades, mas proteger a sociedade da má publicidade com o fim de manter a integridade e a credibilidade publicitárias. Pode ser que nesse ínterim, ideologias de valores éticos possam ser propagadas, mas, na prática, não se percebe atuação na proteção do consumidor.

UMA ANÁLISE ACERCA DA IMAGEM DA MULHER NAS PUBLICIDADES AO LONGO DOS ANOS

Como inicialmente abordado, o caminho que as mulheres tiveram que percorrer ao longo de todos esses anos, em busca de respeito e direitos, foi árduo. Durante muito tempo eram impostos pela sociedade os papéis que o homem e a mulher deveriam desempenhar, vez que caberia ao homem o sustento da casa, enquanto a mulher seria responsável pelos cuidados domésticos e dos filhos. Nesse sentido, entende-se que:

Meninos e meninas são inegavelmente diferentes em termos biológicos, mas a socialização exagera essas diferenças. E isso implica a autorrealização de cada um. O ato de cozinhar, por exemplo. Ainda hoje, as mulheres tendem a fazer mais tarefas de casa do que os homens – elas cozinham e limpam a casa. Mas por que é assim? Será que elas nascem com um gene a mais para cozinhar ou será que, ao longo do tempo, elas foram condicionadas a entender que seu papel é cozinhar? (Adichie, 2015, p.37).

Obviamente que durante toda a existência feminina, as mulheres foram ensinadas a se comportarem de acordo como o que o patriarcado exigia, isso porque, se utilizavam desses mecanismos para que a autoridade e poder fossem estabelecidos sobre elas.

Nesse sentido, as publicidades têm uma alta colaboração para que esses tipos de ideologias fossem e sejam propagadas até os dias atuais, tendo em vista o alcance gerado por ela. No que tange à cultura machista existente desde os primórdios da civilização, é perceptível a alteração do modo como os anúncios e suas mensagens são elaboradas e transmitidas ao longo do tempo.

Na década de 50, uma marca de gravatas (figura 1) da marca *Van Heusen*, emitiu anúncio de sua marca contando com uma imagem publicitária onde há uma mulher submissa ao homem, enquanto este está deitado utilizando o produto da marca do anunciante sendo servido pela esposa.

Figura 1 - Anúncio Van Heusen.



Fonte: publicidade, 1950

Além disso, na década de 60, a marca *Mr. Leggs* anuncia seu produto, também de uma forma machista, contando com a figura de um homem, utilizando o produto da marca, pisando em cima de um tapete feito pelo corpo de uma mulher, com a seguinte frase “É bom ter uma garota ao redor da casa”.

Figura 2 - Anúncio “Mr. Leggs”,



Fonte: publicidade Mr. Leggs, 1950

Ademais, recentemente no ano de 2024, uma determinada loja do ramo de confecções na cidade de Imperatriz, Maranhão, realizou campanha publicitária para vendas de calças jeans, que consistia em manequins femininos com suas calças abaixadas e o anúncio com a seguinte redação “Baixamos as calças, estamos quase dando”.

Figura 3 - Anúncio “Miller Jeans”. Ano 2024.

Fonte: publicidade Miller, 2024

As imagens acima expostas são exemplos de variados tipos de publicidades abusivas de caráter discriminatório, vez que coisifica a mulher, transmitindo a mensagem de poder e autoritarismo e sexualização sobre a figura feminina.

A publicidade invade o nosso meio, sem a necessidade de autorização dos consumidores, fazendo com que seu alcance não seja medido. Considerando, assim, o seu alcance, explicam os autores:

Não temos dúvidas de que a mídia é um dos grandes responsáveis – ao comunicar, o tempo todo, valores, comportamentos e necessidades que impactam toda a sociedade – pelo fenômeno de produzir regimes de verdade e compreensão dos códigos sociais, entre eles a lógica perversa de submissão feminina, característica do patriarcado (Gonçalves, Neves, Neves. p. 16).

No decorrer da história, e diante das lutas femininas visando o tratamento igualitário entre os gêneros, bem como a luta por direitos básicos como respeito à dignidade humana, os quais só foram previstos na Constituição Federal de 1988, as publicidades passaram por um processo de alterações e adaptações. Isso porque, através dos gritos de indignação

levantados pelas mulheres, vítimas do sistema patriarcal, algumas mudanças vêm acontecendo nas publicidades, em especial naquelas que pretendem a venda de bebidas alcoólicas, tais como cerveja, por exemplo.

Constata-se que as cervejarias, em sua grande maioria, para atingir seu maior público alvo, os homens, expõem em seus anúncios o corpo feminino como objeto de atração para que seu público consuma ainda mais seu produto.

Em 2006 a marca de cerveja Skol lançou uma publicidade visando a promoção do seu produto. O vídeo publicitário divulgado pela marca contava com a “musa do verão 2006”, onde a modelo está em uma praia e ao seu redor inúmeros homens a desejando. Momento este em que a modelo é transportada automaticamente para uma espécie de laboratório, sendo objeto de clonagem. Após, em outra cena, os clones feitos em laboratórios são entregados por homens, em uma espécie de delivery, à residência dos consumidores (homens) da marca.

Figura 4 - Musa do verão.



Fonte : publicidade Skol, 2006

O Procon considerou a publicidade abusiva, pois relacionava a mulher a uma lata de cerveja, objetificando-a, motivo pelo qual aplicaram apenas uma pena de multa. A empresa, inconformada, recorreu. Porém, o judiciário manteve o valor determinado pelo Procon. Todavia, a empresa não foi obrigada a fazer nenhuma contrapropaganda, tornando a medida, de certa forma, ineficaz, pois a respectiva publicidade é facilmente encontrada na internet por qualquer um que puder acessar.

É claro que a multa tem o caráter punitivo e pedagógico, entretanto, seria coerente, também, que houvesse a retratação, tendo em vista a ofensa à valores sociais, expondo uma mensagem claramente sexista.

Além disso, a referida publicidade foi objeto de Ação Civil Pública, movida pelo Ministério Público do estado de São Paulo, requerendo o pagamento de indenização a título de danos morais coletivos. Contudo, o Tribunal de Justiça do estado não entendeu que na publicidade caracterizava-se como abusiva, pelo contrário, alegou que houve a valorização feminina. Vejamos:

Ação civil pública visando indenização (dano moral coletivo) em virtude dos efeitos nocivos da campanha publicitária de cerveja (“Musa do Verão 2006”) que, empregou a mulher como objeto sexual em conduta discriminatória (modelo de biquíni sendo fabricada em série ou “clonada” para entrega ao domicílio de diversos homens) Prescrição do art. 206, § 3º, V, do CC, afastada, em virtude da aplicação do CDC diante de suposto discurso depreciativo (art. 27 e art. 37, § 2º), com rejeição do pedido, ao fundamento de que, mesmo considerando a hipótese de anúncio de mau gosto e até repulsivo aos intérpretes radicais, não ficou claro ou de maneira subliminar, propósito de ofender ou “mercantilizar” gênero ou grupo social, a ponto de causar dano moral coletivo Recurso parcialmente provido, para rejeitando a prescrição, julgar a ação improcedente (TJ-SP - AC: 90000054520098260100 SP 9000005-45.2009.8.26.0100, Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 26/04/2012, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/05/2012).

Percebe-se que não é incomum, além de anúncios, ofertas e publicidades abusivas, com a objetificação do corpo feminino. Encontra-se também decisões extremamente machistas, lavradas pelo Poder Judiciário, justamente por estar enraizada uma cultura que desrespeita as mulheres de todas as formas, mas não visualizam (ou se recusam a visualizar), por estar mascarado pela jocosidade.

Nesse sentido, o erotismo é banalizado nas mais variadas publicidades, seja em anúncios de *lingerie*, bebidas alcoólicas, roupas, carros, produtos de emagrecimento e estético, entre outros. Naomi Wolf entende que:

A prática da exibição de seios, por exemplo, em contextos nos quais a exibição de pênis seria inimaginável, é descrita como sem importância porque os seios não são “tão nus” quanto pênis ou vulvas. E a ideia de expor os homens parcialmente de forma semelhante é discutível porque os homens não possuem partes do corpo comparáveis aos seios. No entanto, se considerarmos a forma pela qual os órgãos genitais femininos são fisicamente ocultos, ao contrário dos órgãos masculinos, e como os seios femininos são fisicamente expostos, ao contrário dos masculinos, podemos ver tudo de um ângulo diferente. Nesse caso, os seios femininos correspondem ao pênis masculino como a vulnerável “flor do sexo” no corpo, de tal forma que exibir uns e ocultar o outro torna o corpo feminino vulnerável enquanto o do homem é protegido. Em muitas culturas, a nudez desigual quase sempre exprime relações de poder. Nas prisões modernas, os presidiários são despídos diante de carcereiros vestidos. No Sul dos Estados Unidos, antes da Guerra de Secessão, jovens escravos negros serviam, nus, os senhores brancos, vestidos, à mesa. Viver numa cultura na qual as mulheres estão rotineiramente nuas enquanto os homens não o estão equivale a aprender a desigualdade aos pouquinhos, o dia inteiro. Portanto, mesmo que concordemos que as imagens sexuais são de fato uma linguagem, ela é nitidamente uma linguagem já fortemente editada de forma a proteger a confiança sexual — e social — masculina enquanto prejudica a feminina (Wolf, 2020, p. 204).

Assim, a forma como o corpo feminino ainda é utilizado nas publicidades em geral, mostra o quanto a sociedade ainda está atrasada em relação a valorização da mulher como um ser dotado de sentimentos, personalidade e, sobretudo, capacidade intelectual.

UMA ANÁLISE DOS EFEITOS CAUSADORES DA CULTURA MACHISTA

Os efeitos deste tipo de publicidade são diversas, pois ela ensina a sociedade a visualizar a mulher da forma como os anúncios as colocam. Conseqüentemente, fomentam a violência, bem como a cultura do estupro, vez que a autoridade sobre a mulher ainda é enraizada, ou seja, fixa-se a ideia de que a mulher é um objeto, devendo ser levado em consideração apenas o seu corpo e todo o prazer que ela pode oferecer. Dessa forma, publicidades deste tipo fazem com que seja estimulado o desrespeito e propaga a violência. Para Rodrigues (2017, p. 2):

A cultura do estupro se caracteriza pela normalização da violência sexual contra mulheres diante da sociedade e da mídia que pressupõe o crime que atualmente é considerado estupro; constranger, ameaçar gravemente, violentar com conjunção carnal ou todo e qualquer ato libidinoso praticado, ou induzido, previsto em lei N° 12.015 artigo 213.

O poder do discurso e da imagem podem acarretar comportamentos e efeitos negativos na coletividade. Pois estes tipos de publicidades abusivas hipersexualizam, objetificam e incitam a violência contra a mulher. Contudo, alguns comportamentos que atacam a dignidade feminina, às vezes passam despercebidos, justamente pelo enraizamento da cultura machista e patriarcal.

Ainda com relação ao fundamento do provimento jurisdicional da ACP promovida pelo Ministério Público em decorrência da publicidade da musa do verão, o relator, Ênio Santarelli Zuliani, representa a cultura de considerar jocosa e criativa publicidade que utilizam como objeto central o corpo feminino. Vejamos:

A propaganda em questão, ainda que possa ter gosto duvidoso e não consiga agradar a todos, não denigre a imagem das mulheres, ao contrário do que foi alegado. Mesmo aproveitando um estereótipo de mulher que não corresponda à realidade e uma espécie de desejo masculino que também não seja louvável ou generalizado, não há intenção de menoscabar o sexo feminino. Perceba-se que a exacerbada valorização de um modelo de mulher bonita e sensual nessa modalidade de propaganda, busca atrair a atenção de homens e mulheres para o produto, constituindo o script um segundo plano ou a cortina pela qual se permitirá visualizar o intuito da mensagem publicitária. O negócio é vender um tipo de cerveja e mais nada. [...] Porém, verifica-se, no caso, mais uma sátira com humor do que qualquer intenção pejorativa ou discriminatória. Chega a ser absurdo cogitar que o que se pretendeu foi convencer o telespectador de que a compra da cerveja “Skol” acarreta a distribuição de mulheres bonitas “clonadas” aos seus consumidores. A propaganda não faz essa ligação inverossímil e não estimula que as pessoas sejam mais ou menos machistas. Todos sabem ou deveriam saber (independentemente do anúncio) que o consumo de bebida alcoólica não produz o brinde informado, até porque a figura da moça de biquíni como sendo a figura perfeita escapa da realidade (TJ-SP - AC: 90000054520098260100 SP 9000005-45.2009.8.26.0100, Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 26/04/2012, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/05/2012).

Nesse sentido, é possível perceber que os fundamentos da decisão que não deram provimento ao requerimento da ação por danos morais coletivos, advindo da publicidade abusiva, é um exemplo totalmente prático dos efeitos da cultura machista. Isto é, o relator entendeu que “A intenção do comercial, ao contrário do caráter ofensivo que se pretendeu impor, é a de promover criatividade ou brincadeira que associa a beleza, o clima quente e as vestes reduzidas, o bom humor, a alegria e o verão [...]”

Essa cultura do estupro sempre foi marcante durante toda a história, mas somente

no século 70, com o início dos movimentos feministas, é que passou a ser mais difundida na sociedade. Infelizmente, esses tipos de decisões, que são proferidas por juízes, em geral homens, evidenciam a necessidade da luta contínua contra a discriminação de gênero.

Importante ressaltar que o relator ainda fundamenta sua decisão dizendo que a publicidade em questão não internaliza no consumidor (homem) a ideia de que ao comprar a referida cerveja, receberá de brinde a “musa do verão”. Todavia, interpretar a publicidade de forma literal, faz com que sejam fechados os olhos aos assédios, violências e feminicídios praticados contra a mulher em razão de ser mulher, devendo ser analisado os impactos causados dentro da coletividade, especificamente ao grupo feminino, isto é, observar se a publicidade gerará aos consumidores ideais misóginos e machistas, bem como, por consequência, comportamentos que submeterão a mulher em situação de risco.

Faz-se necessário ressaltar que os efeitos também abrangem a própria mulher, causando, dessa forma, a auto objetificação e a normalização, pois, segundo Rodrigues (2017, p. 7), “A busca pelo ideal estético representado, começou a coagir as mulheres a buscar um padrão perfeito para seu corpo, em seu modo de vestir e até em seus comportamentos”.

Nesse sentido, as mudanças de conduta geradas pelas mídias, também fazem com que as mulheres se comportem de modo hipersexualizado, buscando ainda mais aproximação com os padrões e estereótipos de beleza para se tornarem desejadas, fazendo com que não se percebam como indivíduos. Para Saurbronn, Tonini e Lodi (2011, p. 08):

O corpo da publicidade materializado e difundido em diversas linguagens, expressa os significados de uma cultura, pois as representações criadas para o corpo descrevem os indivíduos que compõem a sociedade como são ou gostariam de ser.

Além disso, a publicidade, cujo objetivo se relaciona a vendas, é transmitida em canais abertos, frequentemente em jornais, internet, redes sociais, programas televisivos, entre outros. Logo, pode e é absorvida por qualquer pessoa que esteja submetida aos meios de telecomunicação.

Partindo desse pressuposto, as crianças e adolescentes se tornam uma das principais vítimas de publicidades abusivas, pois nenhum ser humano nasce com caráter formulado, sendo desenvolvido de acordo com o seu ambiente, bem como àquilo que está exposto seja direta ou indiretamente. As publicidades, por sua vez, influenciam indiretamente seu público, incluindo crianças e adolescentes. Para Oliveira e Paulo (2008, p. 4):

Os meios de comunicação levam à padronização de necessidades, desejos e fantasias sexuais e enfatizam sentimentos e comportamentos de inadequação, e baixa autoestima corporal decorrentes de comparações com os padrões de estética e beleza ditados por eles. A hipervalorização da sexualidade revela a constante presença do apelo sexual como recurso de persuasão, implícito em situações estereotipadas, alimentando uma visão ilusória do prazer sexual como panaceia para todos os problemas econômicos e sociais, criando um campo propício à frustração crônica.

Destarte, a publicidade abusiva deve ser combatida fortemente, uma vez que, se ainda existe a cultura machista dentro da sociedade, é por consequência do seu ensinamento às crianças e adolescentes, pois, é manifesto e notório a impossibilidade, por parte dos pais ou responsáveis, o controle de conteúdo consumidos por elas. Dessa forma, crianças, que estão em fase de desenvolvimento e formação de caráter, são reféns de publicidades que objetificam e sexualizam o corpo feminino.

Esse público é exposto diariamente por enxurradas de conteúdos publicitários machistas, eróticos e sexistas, implicando na doutrinação e normalização da sexualização, objetificação e submissão da mulher em relação ao homem, os quais, na verdade, deve ser afastado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que fora exposto, conclui-se que a mulher ainda continua em grau de desigualdade social em relação ao homem, vez que reconhecida a cultura machista, entende-se que, no que tange às publicidades, são consideradas como abusivas aquelas, dentre outras, a de caráter discriminatório. Compreende-se como tal as publicidades que objetificam o corpo feminino, o comparando com o produto ofertado.

Atualmente existem mecanismos mistos de controles de publicidade abusivas, alternando-se entre o próprio Código de Defesa do Consumidor, trazendo vedações expressas a esse tipo de publicidade, bem como o combate à distinção entre gêneros previsto na Carta Magna. Além disso, a implementação do CONAR e CBAP, que atuam de forma a reprimir publicidades abusivas e enganosas, coíbem a circulação destas. Todavia, concluiu-se que o instituto do CONAR não atua de forma coercitiva, isto é, as medidas adotadas por ela não obrigam a empresa a cumprir.

Ademais, por meio de análise de caso, percebe-se que o judiciário, ferramenta que também tem como objetivo o combate da discriminação de gênero, ainda possui decisões fundamentadas no machismo, isso porque tal cultura está enraizada na sociedade brasileira e, por isso, condutas como tal passam por despercebidas por meio da jocosidade.

Portanto, conclui-se que os efeitos da objetificação do corpo feminino consistem na deturpação e hipersexualização, fomentando a cultura do estupro, a auto objetificação e, principalmente, a adultização infantil e de adolescentes.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos todos feministas**. 1 edição. São Paulo: Companhia das letras, 2015. P.37.

ANDRADE, M. M. **Introdução à metodologia do trabalho científico: elaboração de trabalhos na graduação**. São Paulo, SP: Atlas, 2010.

BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. BRASIL, Senado Federal. Constituição da república federativa do Brasil. **Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico**, 1988.

GONÇALVES, Ingrid Fabíola. NEVES, Rita de Araujo. NEVES, Helena de Araújo. **a representação opressora do gênero feminino na publicidade uma reflexão a partir da imagem**. Rio Grande do Sul, 2017. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/imagensdajustica/files/2018/06/A-REPRESENTA%C3%87%C3%83O-OPRESSORA-DO-G%C3%8ANERO-FEMININO-NA-PUBLICIDADE-UMA-REFLEX%C3%83O-A-PARTIR-DA-IMAGEM.pdf>>.

HERMANN, Christina de Moraes, POSSAMAI, Daian. **o controle da publicidade e a proteção integral à criança**. RS: Revista da defensoria pública, 15ª edição. 2016. Disponível em: < <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/203/188>>.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Marisa Cristina Aparecida Manchini de, PAULO, Marta Mantovanelli de. **Influência da mídia no processo de desenvolvimento do adolescente**. Editora FAEF. Revista científica eletrônica de psicologia – ISSN: 1806-0625. São Paulo, 2008. P.04. Disponível em: < http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/XkpqdiJSzOMHIXI_2013-5-10-16-42-21.pdf>.

RODRIGUES, Milene dos Santos. **A influência da mídia na cultura do estupro e seus efeitos sociais**. Paraná, 2017.p. 2. Disponível em: <https://www.fasul.edu.br/projetos/app/webroot/files/control_e_eventos/ce_producao/20171025-105744_arquivo.pdf>.

SAUERBRONN, João Felipe Rammelt, TONINI, Karla Andrea Dulce, LODI, Marluce Dantas de Freitas. **Um estudo sobre os significados de consumo associados ao corpo feminino em peças publicitárias de suplementos**. Editada pela Escola de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 8 REAd. Rev. eletrôn. adm. Porto Alegre. 2011.p.08. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1413-23112011000100001>>.

TJ-SP - AC: **9000054520098260100 SP 900005-45.2009.8.26.0100**, Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 26/04/2012, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/05/2012.

WOLF, Naomi. **O mito da beleza: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020. P. 204.

A ascensão dos crimes cibernéticos e a ineficácia da legislação brasileira

The ascension of cybercrimes and the inefficacy of brazilian legislation

Daniela da Silva Lima de Azevedo

Graduanda em direito pelo Centro Universitário do Norte - UNINORTE

Elisangela Raposo Teixeira

Graduanda em direito pelo Centro Universitário do Norte - UNINORTE

Wanessa de Sá Cancela

Graduanda em direito pelo Centro Universitário do Norte - UNINORTE

Wellington Silva de Lima

Advogado criminalista, professor de Direito na instituição de ensino Centro Universitário do Norte - UNINORTE, especialista em Direito Penal e Processo Penal

RESUMO

O presente estudo tem como tema de estudo a evolução dos crimes cibernéticos e da legislação vigente no Brasil, visto que a monopolização dos meios tecnológicos sobre a vida cotidiana das pessoas foi integrado de maneira célere e facilmente assimilado pela maior parte da população nas últimas décadas, por conseguinte a legislação brasileira precisou tomar novas formas para lidar com situações que antes não haviam sido previstas no ordenamento jurídico, busca-se, portanto, fazer uma análise do desenvolvimento tecnológico na era digital e sua relação com a ascensão dos crimes virtuais, além de fazer apontamentos sobre as dificuldades de aplicação da legislação, quais os obstáculos enfrentados para sua devida aplicação, assim como trazer questionamentos sobre a eficácia das leis e os meios de combate utilizados para essa modalidade criminal. O presente estudo busca abordar o tema através de métodos exploratórios e documentais, através de revisão bibliográfica, utilizando legislação, dados numéricos e informativos e casos práticos no que se refere aos crimes digitais. Desse modo, observa-se que as leis têm sido uma eficácia significativamente reduzida e muitas vezes encontram dificuldades de aplicação por não acompanhar o rápido desenvolvimento e mutabilidade da cibercriminalidade.

Palavras-chave: evolução tecnológica; crimes cibernéticos; legislação brasileira; internet; ineficácia.



ABSTRACT

This study subject of study is the evolution of cybercrimes and the current legislation in Brazil, since the monopolization of the technological means over people's everyday lives and how it has been integrated in a swift way and easily assimilated by the majority of the population in the last decades, consequently brazilian legislation had to take new methods to deal with situations that had not been foreseen on their legal system, therefore, aims to do an analysis of the technological developments in the digital age and it's connection with the rise of virtual crimes, also to take notes regarding the difficulties for the application of legislation, which obstacles are to face for their proper enforcement, as well as to raise questions about the efficacy of the laws and the combat means that are being utilized for this criminal modality. This paper aims to present the topic through exploratory and documentary methods by means of bibliographical reviews, by using the legislation, numerical and informative data concerning digital crimes. Thereby it is noticeable that the laws have significantly reduced effectiveness and often finds difficulty in its application for not being able to keep up with the fast development and mutability of cyber criminality.

Keywords: technological evolution; cybercrimes; brazilian legislation; internet; inefficacy.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que à medida que a tecnologia se desenvolveu, trouxe benefícios e vantagens para as pessoas, tornando as relações cada vez mais dependentes desses avanços tecnológicos. Por outro lado, as ferramentas inovadoras contribuíram também para a prática de ações criminosas.

Infelizmente, os crimes cibernéticos só aumentam, em especial, no Brasil. Dar-se a isso, a dificuldade de identificação dos autores, por isso é comum eles se manterem no anonimato, bem como a falta de especificidade da legislação, dificultando a punição dos responsáveis pelos delitos.

O intento desta pesquisa é procurar aprofundar-se na legislação em vigência atualmente e demonstrar as lacunas e dificuldades apresentadas na aplicação do disposto em lei e em como sua inobservância em fortalecer o atual entendimento jurídico pode acabar por mitigar a aplicação das penas e prejudicar as vítimas desses crimes.

Desse modo, o trabalho tem como objetivo geral, analisar a eficácia da legislação vigente contra crimes cibernéticos e proteção de dados. Já os objetivos específicos, verificar se o propósito de criação das legislações está sendo devidamente cumprido, como também pontuar as dificuldades de aplicação das penas previstas em lei, e ainda, elencar os motivos necessários para fortalecimento da legislação específica para esses crimes.

O tema aqui abordado procura contemplar uma linha de raciocínio lógica, dando o devido contexto ao surgimento desses crimes seguindo desde a criação da internet, elencando fatos e dados relacionados aos crimes digitais e seu aumento nos últimos anos, além de ressaltar os fatores que influenciam nessa eclosão de crimes informáticos, como por exemplo, as redes sociais, assim procuramos salientar a importância de fortalecer os meios de combate e desse modo amenizar os seus estarrecedores efeitos.

Este trabalho tem como objetivo metodológico o uso das técnicas exploratórias e documentais, por meio do uso de legislação, dados numéricos e informativos e casos práticos obtidos em notícias que demonstram o crescimento desses crimes virtuais, além de mostrar que a legislação não tem conseguido acompanhar a rápida metamorfose que os crimes cibernéticos passam desde seu surgimento. O presente estudo abordará a ineficácia das leis nos meios digitais e como se relacionam com esses crimes de maneira improdutiva, sem que acarretem os efeitos e objetivos legislativos esperados.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INTERNET E DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

O surgimento da internet

Para Giles (2010), a internet emergiu no contexto da Guerra Fria na década de 1960, a partir de um projeto do exército norte-americano. Corrêa (2013), aponta que o principal objetivo do projeto era a comunicação interativa, dinamizando a informação e as formas de comunicação.

Na época, a internet recebeu o nome de Arpanet (*Advanced Research Projects Agency Network*). Seu intuito era descentralizar as informações, já que o cenário era de guerra e envolvia as grandes potências (Rússia e EUA). Por temer supostos ataques, os Estados Unidos entendiam que seus dados estariam mais seguros e protegidos se espalhados em vários centros computacionais da sua nação, em vez de um único centro. Assim, com essas premissas, a internet teve seu início.

Devido ao seu crescimento exponencial, ela se expandiu para grande parte do Planeta. Os primeiros passos da internet no Brasil ocorreram ao final da década de 80, onde alguns professores universitários de São Paulo e Rio de Janeiro providenciaram as primeiras tentativas de conexão a Internet, de modo específico, em 1987, a Fundação de Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) e a LNCC (Laboratório Nacional de Computação Científica), conectaram-se a instituições norte-americanas, assim como em 1988, a UFRJ conectou-se a UCLA. (Adachi, 2009, p.36).

Essas primeiras conexões funcionavam como trocas acadêmicas e para atividades não comerciais e estavam restritas apenas às comunidades acadêmicas e de pesquisa no Brasil, fato que perdurou até 1995. Ainda nesse ano houve a criação de um comitê gestor da internet no Brasil (CGI.br), onde era responsável por gerir as tentativas de implantação da internet e propagação de seus serviços. (Adachi, 2009, p.37).

A rede se desenvolveu rapidamente com a criação de novos programas e formas de uso, chegamos ao modelo atual da internet. O Brasil acompanhou esses avanços tecnológicos e essenciais para ampliação do sistema. Estudos apontam que cerca de 84% das habitações brasileiras estão conectadas à rede. Por outro lado, o percentual de usuários no mundo é próximo de 5 bilhões de pessoas, quase 63% da população mundial.

Dessa forma, fica demonstrado que o acesso à internet vem atingindo cada vez mais um número maior de pessoas. Com essa popularização da tecnologia da informação elevou-se também a prática de ações prejudiciais, novos crimes surgiram nesse ambiente. A

internet é um paraíso de informações, e, pelo fato de estas serem riquezas, inevitavelmente atraem o crime. Onde há riqueza há crime” (Côrrea, 2022, p. 42).

De certo é que, o advento da internet possibilitou muitas vantagens sociais, trouxe grandes benefícios para milhares de pessoas, como também colaborou para a difusão da conduta criminosa, originando os denominados crimes cibernéticos. Os crimes digitais são crimes perpetrados em ambientes que permitem a ausência física do sujeito ativo, e devido a isso ficaram usualmente conhecidos como delitos virtuais (Terceiro, 2009, p. 2).

Definição de crimes cibernéticos

É importante dizer que não existe uma única forma de nomenclatura para os crimes que ocorrem no contexto virtual, são várias denominações para relacionar os crimes nos sistemas de informática.

Os crimes virtuais, também chamado de crimes de computador, podem ser definidos como uma conduta humana, caracterizada no direito penal como fato típico, antijurídico e culpável, em que a máquina computadorizada tenha sido utilizada facilitado a execução ou a consumação da figura delituosa, causando um prejuízo a outras pessoas, beneficiando ou não o autor do ilícito (Fiorillo, 2016, p. 58).

Dentro desse conceito, também se entende que crimes virtuais são fatos típicos e antijurídicos cometidos por meio da, ou contra, a tecnologia da informação, ou seja, um ato típico e antijurídico cometido através da informática em geral, ou contra um sistema, dispositivo informático ou rede de computadores (Jesus e Milagres, 2016, p. 9).

Nos crimes de informática, a ação típica se realiza contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou a sua transmissão. Ou seja, a utilização de um sistema de informática para atentar contra um bem ou interesse juridicamente protegido, pertence à ordem econômica, à integridade corporal, à liberdade individual, à privacidade, à honra, ao patrimônio público ou privado, à Administração Pública, etc. (Rosa, 2002, p. 53).

Dessa forma, observa-se que é possível os crimes cibernéticos apresentarem-se contra diversos institutos e de várias maneiras, sobretudo, invariavelmente operam no contexto virtual e acontecem por intermédio tecnológico.

Os primeiros registros da Cibercriminalidade no Brasil

No Brasil os crimes virtuais acompanharam a revolução da era digital, quanto mais a tecnologia virtual avançava, logo começaram a surgir também maneiras de “burlar” os sistemas digitais, desse modo começaram os registros de tais crimes, segundo Sandra Gouvêa, o primeiro registro de criminalidade digital se deu com a destruição dos computadores da EMBRAPA (Empresa Brasileira de Agropecuários), o que ocasionou diversos danos e prejuízos, além de que ficou conhecida como a primeira ação de hackers no Brasil (Gouvêa, 1997, p. 26).

Em dezembro de 1997, houve outro registro dessas atividades criminosas onde um técnico de informática da PRODAM (Processamento de Dados do Município de São Paulo) teria inserido imagens de cunho sexual sem autorização no site da Secretaria de Saúde,

segundo o jornal Folha de São Paulo, o culpado foi preso.

Outro marco importante foi publicado pelo jornal Folha de São Paulo em novembro de 1997, onde pela primeira vez na história da Justiça Brasileira, um homem recebeu uma sentença condenatória pela prática de um crime via e-mail através da Internet, no qual esse homem se utilizava deste meio para enviar ameaças a uma jornalista.

Já em 22 de novembro de 1998, o jornal Folha de São Paulo, anuncia que: “Ladrões virtuais usam micro para furtar contas bancárias”, na matéria temos a apresentação de um novo tipo de criminoso chamado de “neoladrão” com a habilidade de invadir bancos à distância, a reportagem apresenta uma nova modalidade de crime que é “remota e silenciosa.”

Nos anos 2000, a cibercriminalidade atingiu novas dimensões, em fevereiro deste ano foi noticiado no jornal Folha de São Paulo que a Credicard S/A teve que cancelar cerca 900 cartões de brasileiros que fizeram compras em uma loja virtual norte-americana, a loja sofreu um ataque de Hackers e teve por volta de 300 mil números de cartões roubados. Em outubro desse mesmo ano, foi comunicado que o candidato Paulo Maluf seria o primeiro político brasileiro a sofrer sabotagem digital nas eleições daquele mesmo ano, uma corrente falsa circulou entre os inscritos de seu website onde propagava informações danosas a carreira política do candidato, se passando pelo website oficial.

Com propagação e popularização da tecnologia digital no fim dos anos 90 e início dos anos 2000 e sua rápida ocupação e monopolização em diversas áreas da sociedade, começaram também as preocupações em relação aos dados compartilhados e sua segurança em meios virtuais, conforme os fatos citados acima, é inegável que os crimes informáticos parecem caminhar lado a lado com o avanço tecnológico, dessa forma, fez-se necessário buscar meios de prevenir e evitar o progresso dessa nova modalidade criminal.

O desenvolvimento da legislação brasileira sobre o direito digital

Com o crescimento e divulgação de conteúdo associado a uma falsa garantia de anonimato, a internet parece ser uma “terra sem lei” para crimes cibernéticos. Dessa forma, as autoridades encontraram dificuldades de identificar os crimes cometidos no mundo digital, muitos dos casos são de ameaças, incitação e apologia a crimes, violação de direitos autorais, ofensas à honra, estelionato, entre outros, na maioria das vezes o autor se esconde em perfis fakes, retardando sua identificação.

Assim, alguns projetos de leis criados pelo estado que tramitam no Brasil com a finalidade de combater e diminuir esses tipos de ações criminosas, bem como garantir segurança no ambiente virtual, nos anos de 2012 e 2014 foram sancionadas as primeiras leis sobre crimes virtuais no Brasil, esse seria o início da prevenção e repressão a crimes cibernéticos no país.

No ano de 2012, foram aprovadas duas leis que tipificam sobre os crimes cibernéticos: a Lei nº 2.735/12 e a Lei nº 12.737/12, essa, popularmente nomeada como a Lei Carolina Dieckmann, que caracterizar quais os princípios e garantias para os usuários da internet no Brasil, em homenagem a atriz Carolina Dieckmann, que acabou sendo vítima de roubo de dados e arquivos digitais privativos.

Com uma tutela legal específica em 2014 passou a estar em vigor a lei 12.965, foi nomeada como o Marco Civil da Internet tem o intuito de regulamentar o modo como a “internet” é usada, e ainda, para estabelecer princípios que visam tornar a rede de tráfego de computadores mais segura e democrática no País.

Logo com o passar dos anos a expansão da internet no Brasil trouxe inúmeras ferramentas visando facilitar a vida para seus usuários, todavia crimes em potencial também surgiram nesse contexto, desabrochou a necessidade imprescindível de proteção de dados dos usuários. Por isso, no Brasil foi criado um sistema protetivo de dados pessoais inspirado no Regulamento Geral de Produção de Dados Pessoais da União Europeia (General Data Protection Regulation GSPR), dando origem a lei 13.709/2018 batizada com o nome de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Com esse novo dispositivo é possível observar com maior efetividade a garantia dos direitos fundamentais em conformidade com a Constituição Federal de 1988.

Ademais, a lei traz modificações no Código Penal vigente analisando cada detalhe para que possa demonstrar a gravidade que acometem os crimes de violação aos dispositivos virtuais, como o furto, estelionato, cometidos através da internet ou não. Além de modificar também o Código de Processo Penal definindo assim, a sua jurisdição nas modalidades de estelionato virtual.

O AVANÇO DA CIBERCRIMINOLOGIA VERSUS A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A legislação vigente no Brasil

A atual legislação jurídica no Brasil tem como finalidade coibir a práticas de crimes cometidos através do meio virtual, com o passar dos anos a tecnologia e a globalização vem avançando a cada instante, por constantes evoluções e transformações a humanidade vem passando e as informações vem se tornando mais ágeis e práticas. Fomentado pela agilidade e praticidade em obter informações, o mundo está cada vez mais sintonizado digitalmente. Diante disso, com tantos avanços tecnológicos, as variedades de crimes cibernéticos infelizmente vêm avançando com o passar dos anos.

É importante destacar, que com a globalização houve uma revolução tecnológica, e trouxe a facilidade de acesso ao meio digital, através de um computador, tablet ou um celular, com apenas um “click” é capaz de fazer uma transação bancária, comprar e vender produtos e serviços, marcar reuniões, produção e divulgação de conteúdo, e etc. Ferramentas essas poderosas e eficazes para resolver e trazer resultados positivos.

Entretanto, com esses avanços tecnológicos, vêm se intensificando as ocorrências de crimes virtuais, atualmente conhecidos como Cybercrimes, em meio a esse cenário, a internet se tornou um terreno fértil para a prática desses crimes no mundo virtual. Krieguer, Ceron e Marcondes (2021 *apud* Alexandre, Araújo, Rabelo, 2023) argumentam que o gap entre a evolução social e tecnológica global e a resposta legislativa tem permitido que crimes cibernéticos proliferam em um cenário de relativa impunidade.

Vale ressaltar que a legislação brasileira vem enfrentando um dos maiores desafios

do XXI com evolução dos crimes digitais, no Brasil as Leis nº 12.735/2012, 12.737/2012 e 13.709/2018 representa marcos legais indispensáveis na tentativa de reprimir tais práticas, mas a criação dessas leis não é suficiente para combater e lidar com os crimes cibernéticos. É essencial que também haja uma análise e entendimento adequado sobre a materialidade da prova nesses crimes do mundo digital.

Os tipos de crimes cibernéticos não só aumentam como também se modificam, retratando as mudanças e inovações no mundo digital, trazendo a sensação de impunidade, o que vai contra os direitos previstos na Constituição Federal e que estão relacionados a dignidade humana, podemos encontrar no artigo 5º, X, a garantia do direito à intimidade e a vida privada. As ações penais no que diz respeito aos crimes digitais é uma das maiores questões para o sistema judiciário brasileiro.

Os crimes cibernéticos após a legislação brasileira

Inicialmente, cabe salientar que os crimes cibernéticos acontecem desde a criação da internet, entretanto, não existia tipificação no código penal para esses delitos. Dessa forma, com a ausência de norma para punir, os criminosos atuavam recorrentemente, vitimizando pessoas comuns a todo tempo.

Nos dias de hoje, nota-se que os crimes virtuais têm tomado grandes proporções e se tornado cada vez mais conhecidos. No Brasil, ganhou destaque quando a atriz Carolina Dieckmann, no ano de 2012, teve seu computador invadido e suas fotos íntimas foram roubadas. Somente após a popularidade dessa notícia foi que o ordenamento jurídico observou o quão necessário era tipificar os crimes que aconteciam nesse cenário.

Em resposta a esses desafios, foi criada a Lei 12.737/2012 que modificou o Código Penal trazendo avanços legislativos para o País. Somou-se a isso, o surgimento de outras leis com o objetivo de garantir os direitos e deveres do cidadão, bem como combater os criminosos cibernéticos. À vista disso, convém ressaltar que as Leis são limitadas, pois apresentam poucas tipificações para as condutas criminosas e estão aquém dessas ações, evidenciando, com isso, que os crimes cibernéticos podem ser facilmente cometidos e para os criminosos não há conduta em desconformidade com a Lei, já que algumas práticas dos delitos não estão instituídas nas normas.

Nesse sentido, pesquisas demonstram que a propagação da conduta criminosa se potencializou no período da Pandemia (2020), conforme noticiado no jornal O Globo. Muitas empresas foram forçadas a transferir seus funcionários muito rapidamente para o trabalho à distância, sem terem tempo para garantir a existência de medidas de segurança adequadas. Isto deixou-as mais suscetíveis a este tipo de ataque, porque seus colaboradores precisam acessar os recursos da empresa a partir dos seus computadores domésticos, que, muitas vezes, estão ligados a redes com pouca proteção (Kaspersky, 2021).

Segundo relatório global publicado pela *Symantec Endpoint Protection*, antes da pandemia, em 2019, o Brasil ocupava a terceira posição dos países que sofrem mais ataques virtuais, ficando atrás unicamente da China e dos Estados Unidos. Entretanto, no ano de 2020, os números de casos de ciberataques aumentaram, significativamente. Ainda, conforme a *Fortinet Threat Intelligence Insider Latin America*, em publicação sobre

ciberataques no Brasil, demonstrou que o país sofreu mais de 3,4 bilhões de tentativas de ataques na internet, de janeiro a setembro de 2020, conforme o site Crypto ID (Procon Alagoas, 2022).

Um estudo anunciado pela Trend Micro, uma empresa de soluções em cibersegurança, indicou que o Brasil é o segundo país do mundo mais suscetível aos ataques virtuais. Segundo os dados da pesquisa, somente os Estados Unidos tiveram um número maior de ameaças bloqueadas no primeiro semestre de 2023.

Esse número crescente de investidas digitais sofridas faz do país um dos principais alvos de ciberataques no mundo e o principal na América do Sul, ficando na frente de países como a Colômbia (20 bilhões) e Peru (15,4 bilhões) (Fortinet).

Dessa feita, pode-se extrair, portanto, que o surgimento das normas, por si só, não foi suficiente para inibir essas ações nem mesmo diminuí-las, causando a sensação de impunidade para as vítimas, além do grande impacto social.

Crimes cibernéticos no contexto das redes sociais

No cenário atual a internet é o maior e mais utilizado meio de comunicação global, devida a sua capacidade de integralização em diferentes áreas de atuação, seja no âmbito da educação, trabalho, interação social e etc. Entre as diversas utilidades proporcionadas pelo uso da internet, um dos métodos mais populares e adorados de utilização dos meios digitais pela população em geral é através das redes sociais.

Segundo o site oglobo.com, o Brasil é o terceiro país que mais utiliza as redes sociais, perdendo apenas para Índia e Indonésia, de acordo com um levantamento feito pela DataReportal, no início de 2024 o Brasil contava com cerca de 187,9 milhões de usuários com acesso à internet, dentre estes, 144 milhões se utilizavam de redes sociais.

É incontestável que as redes sociais se tornaram parte integrante e essencial na vida dos brasileiros, os usuários podem facilmente trocar conversas, vídeos, fotos, áudios através das mídias sociais e não há dúvidas que essas trocas se tornaram muito mais viáveis por meio dessas plataformas, porém, apesar de todos os benefícios que o mundo digital nos proporciona, as redes sociais também se apresentam como um grande risco para seus usuários.

O usuário no momento de adesão dessas redes sociais preenche um cadastro onde colocam suas informações pessoais, como por exemplo, nome, data de nascimento, número de telefone, e-mail, entre outros, esses dados ficam à disposição dessas plataformas, os dados coletados servem para traçar o perfil de cada utilizador, de modo que seja oferecido interesses, produtos e ideias personalizadas aos usuários de acordo com as preferências de cada usuário.

A coleta excessiva desses dados pelas plataformas de mídias sociais é extremamente danosa aos seus usuários, pois os mesmos ficam vulneráveis a riscos se ocorrerem o vazamento dessas informações e apesar de as plataformas se comprometerem a não compartilhar as informações pessoais dos utilizadores com terceiros, a venda e o vazamento de dados têm se tornado cada vez mais recorrentes. Além dos problemas

citados anteriormente há também os riscos do estelionato virtual, roubo de identidade e outros.

Segundo reportagem da CNN Brasil em julho de 2023, a Justiça de Minas Gerais condenou por dano moral coletivo a plataforma Facebook por conta de vazamento de dados de seus usuários nos anos de 2018 e 2019, além de que os usuários dos serviços Messenger e WhatsApp também tiveram suas informações pessoais comprometidas por esses problemas de segurança da plataforma.

Em abril de 2020, de acordo com o site Tecnoblog, o Facebook sofreu com o compartilhamento ilegal de informações pessoais de seus usuários, por volta de 267 milhões de dados foram obtidos de maneira ilegal, além disso, foram vendidos por cerca de 600 dólares na Dark Web.

Em conformidade com matéria publicada pelo portal oglobo.com em agosto de 2022, a plataforma Twitter confirmou que foi vítima de um vazamento de dados por conta de uma vulnerabilidade em sua plataforma que foi explorada por hackers e deixou exposto os dados de 5,4 milhões de contas e apesar de ter corrigido a falha na segurança, os dados continuavam a venda na internet.

Apesar do avanço legislativo referente aos crimes virtuais nos últimos anos com a Lei Geral de Proteção de Dados, o Marco Civil da internet e outras leis específicas, no âmbito das redes sociais a legislação ainda se mostra fragilizada quanto à prossecução no caso dos exemplos citados acima. De acordo com Tupinambá (2019 *apud* Favero; Favero, 2021, p. 54) “Nos anos de 2015 e 2016 ocorreram quatro bloqueios no funcionamento do WhatsApp. Todos decorrentes do descumprimento de ordens judiciais no curso de investigações criminais.”

Ainda que esteja previsto na lei 12.965, art. 10, § 1º a possibilidade de disponibilização de dados através de ordem judicial, as empresas que controlam essas plataformas ainda buscam se eximir da obrigação de fornecer esses dados mesmo mediante ordem judicial. De acordo com Altamiro Favero e Bruno Favero:

A par da existência da Lei 12.965 de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet) e de decisões judiciais determinando o fornecimento de dados o que se vê é uma limitação cognitiva imposta aos órgãos de persecução criminal, que à luz do ordenamento jurídico brasileiro se veem impossibilitados de atuar no contexto de justificação, com possibilidade de produção relevantes provas contra os delinquentes (Favero; Favero, 2021, p. 56).

Ou seja, apesar de todos os benefícios e facilidades associadas com as redes sociais, estas também se tornaram ferramentas para o cometimento de crimes virtuais por indivíduos mal intencionados, além de que em certos casos funcionam como obstáculos para a devida aplicação da legislação brasileira no que se refere aos crimes cibernéticos ao ignorarem o disposto no ordenamento jurídico brasileiro.

OS DESAFIOS DO PROCESSO LEGISLATIVO E INVESTIGATÓRIO

Ineficácia legislativa

Embora a legislação Brasileira tenha avançado consideravelmente nos últimos anos, se moldando e adequando se a contemporaneidade, a evolução não tem sido suficiente para proporcionar a segurança jurídica em relação aos cibercrimes no Brasil.

Dessa forma, com estudo de casos concretos e a pesquisas das limitadas leis atualmente cabíveis, outro fator seria a irresponsabilidade do Estado diante das vítimas, onde deveria ser garantido os direitos pela Constituição Federal, CP e pelas Leis de nº 12.737/2012, 12.965/2014, 13.709/2018, 14.155/2021, 14.132/2021. Isso porque, a forma de provisão de operação de serviços para investigação e equipamentos tecnológicos, assim como suas barreiras na construção de políticas administrativas nas delegacias do Brasil são ineficazes, em consequências desses fatores houve um aumento significativo de crimes cibernéticos, por falta de investimento para amplificar e desenvolver técnicas e procedimentos informáticos adequados.

Sobre a ineficácia Ferreira discorre:

A ineficácia na normatização nos crimes virtuais, ainda não foi suprida para um combate efetivo contra esses delitos, por isso diante dessa dificuldade encontrada, ou até mesmo pela natureza taxativa do Código Penal, há uma grande impossibilidade da aplicação da analogia nos crimes virtuais. (Ferreira, 2015, p. 44 *apud* Silva, 2023).

Por esse motivo, a eficácia na aplicação das leis existentes é indispensável para extinção de tais delitos, uma vez que, essa visão, em determinados casos, promove uma preocupação imediata, mas que ao passar do tempo, vem se tornando algo indiferente e esquecido, e dessa forma, os seus propulsores não são responsabilizados no tamanho de suas condutas. É importante destacar que temos leis o suficiente, o problema é a ineficácia na sua aplicação, um dos fatores é a falta de delegacias e policiais treinados e capacitados para lidar com esses crimes cibernéticos, já que tecnologia e mecanismos possuímos para identificar esses criminosos.

Nesta toada, garantir a eficiência das leis e possibilitar que a internet seja um lugar seguro, têm se tornado, cada vez mais, uma tarefa difícil para o sistema judiciário brasileiro, por causa da ineficácia na aplicação das leis contra crimes virtuais, o mesmo tem apresentado aumento significativo.

As dificuldades encontradas pelos investigadores e judiciário para a resolução dos crimes cibernéticos

É indiscutível as barreiras existentes para a apuração dos crimes cibernéticos, seja pela ineficácia da legislação, seja pela falta de delegacias especializadas, ou ainda, seja pela ausência de capacitação de profissionais para atuarem nesse campo. Outras objeções também contribuem para a impunidade dos casos como aponta o autor, é evidente que existem dificuldades no processo investigatório desses crimes virtuais, como por exemplo, a resistência dos provedores em fornecer dados de usuário e local de acesso, alegando que essas informações são sigilosas (Carvalho, 2013 *apud* Lessa, Vieira, 2017).

Para Cassanti (2014, p. 22), “Não haverá o mínimo de possibilidade em obter êxito na luta contra os crimes virtuais se quem pretender vencê-lo primeiramente não puder entendê-lo.” Entretanto, é necessário compreender que sem a estrutura adequada, em especial, domínio da tecnologia, a situação torna-se mais problemática, uma vez que dificulta a persecução penal dos responsáveis.

É possível dizer que à medida que a internet avançou, ocorreu também o aumento dos ataques cibernéticos, porém o judiciário e a policial não acompanharam esse avance, consequentemente mais pessoas se tornam vítimas dessas práticas criminosas diariamente, por isso, observa-se que a quantidade de denúncias vem crescendo em volume, enquanto a Polícia Federal e Civil não possui uma estrutura boa o suficiente para atender a todos esses casos de maneira eficaz (Canuto, 2015).

Ademais, sendo os crimes digitais uma questão complexa, sem a capacitação policial adequada, a atividade realizada por esses agentes e pelo judiciário fica reprimida. Percebe-se que os criminosos digitais são tomados de conhecimentos e habilidades ímpares no sistema informacional, ao passo que os envolvidos nesse combate enfrentam atrasos e empecilhos para alcançarem seus resultados.

Em destaque, o aprimoramento e capacitação dos agentes com fito de seguir o progresso tecnológico, atrelado à criação de leis específicas que colaborem à instrução processual tornam-se imprescindíveis ao exercício da pretensão punitiva (Dorigon; Soares, 2017).

Nesse sentido, observa-se que dos vultosos contratempos mitigados hoje em matéria de crimes de informática, concentram-se nas barreiras que temos para reunir maneiras aptas a demonstrarem os indícios, ainda que mínimos, de autoria e materialidade da infração, o que ocorre pela facilidade do anonimato no uso da rede, modificação do IP e também pela desaparecimento fácil das provas, consoante:

a mesma Internet que representa avanços tecnológicos na comunicação, na informação, na ciência, no comércio, é também aquela que difunde uma noção equivocada de impunidade, seja pelo referido anonimato, seja pela dificuldade no rastreamento do autor, ou ainda, seja pela dificuldade de aplicação da legislação em vigor (Marra, 2019).

O judiciário, por sua vez, também não está preparado para enfrentar as demandas oriundas dos delitos digitais. A resposta para essas ações ainda é insuficiente e precária. Nota-se que não há mecanismos de enfrentamento, da mesma forma que não há aparelhos criados ou disponíveis para o combate aos criminosos, soma-se a isso a escassez da capacidade material e técnica.

Portanto, fica claro que os avanços que até aqui ocorreram em virtude dos crimes virtuais são, contudo, poucos em meio ao grande mundo cibernético e a ilimitada conduta ilícita dos que, travestido de usuários de boa-fé, agem em busca de suas vítimas. Sendo assim, faz-se necessário que seja repensada a maneira pela qual os operadores do direito estão colaborando para a repressão dessas condutas”. (Frota e Paiva, 2017).

A convenção de Budapeste sobre o crime cibernético e as estratégias de combate em outros países

É bastante comum que uma das principais dificuldades na investigação criminal em relação aos crimes cibernéticos, como mencionado anteriormente, seja a complicação de mapear a localização dos criminosos para que possam ser submetidos às punições pertinentes, por muitas vezes os criminosos se encontram em várias zonas diferentes e até mesmo em outros países. A capacidade de integralização que a internet proporciona entre diversas áreas do mundo é facilmente utilizada por usuários maliciosos. Conforme Wendt e Jorge (2021, p. 306):

Essa interação do mundo criminoso com o uso de recursos tecnológicos por vezes dificulta a investigação de crimes, não pelo desconhecimento dos processos investigativos. A dificuldade ocorre quando o investigador depara com o tráfego de pacotes que estão encriptados ou protegidos pelos provedores de conteúdo.

Dessa forma, os criminosos se aproveitam dessa vulnerabilidade que acaba por proteger esses usuários e suas intenções insidiosas. Além do mais, mesmo que seja possível encontrar a exata localização e identificação dos infratores se eles estiverem em outro país é praticamente impossível que os transgressores sejam punidos em razão das barreiras internacionais.

Como já constatado por diversas vezes, a cibercriminalidade é um problema global que vem se alastrando desde os primórdios da internet, todos os anos as mídias são bombardeadas com diversas notícias no tocante aos crimes cibernéticos, sejam estas no âmbito local ou global, é inquestionável que a cibercriminalidade é um problema recorrente, e que por sua natureza está sempre adquirindo novas formas e sofrendo constantes metamorfoses.

Em um contexto de preocupação global, surgiu a Convenção de Budapeste ou Convenção sobre a Cibercriminalidade em novembro de 2001 em Budapeste na Hungria criada pelo Conselho da Europa (COE). Nesta convenção, um dos principais pontos e objetivos abordados é aumentar a integração entre os órgãos de investigação de crimes cibernéticos, ademais também busca estabelecer regras e normas de conduta para o uso da internet em âmbito mundial, atualmente conta com a assinatura de mais de 175 países.

Em conformidade com o levantamento feito pela firma de segurança cibernética SEON, o país com menor risco de ameaças e ataques cibernéticos é a Dinamarca. Para manter o posto, a Dinamarca adotou algumas estratégias para enfrentamento da cibercriminalidade, ademais o código penal da Dinamarca conta com a criminalização de todas as infrações cibernéticas listadas na Convenção de Budapeste.

Conforme o exposto no site do Conselho da Europa (COE), os principais pontos acatados pelo país são: criação de centros de notificação sob o comando das forças policiais que recebem as notificações preliminarmente e ajudam na coleta de dados especializados, conscientização da população do país sobre a importância de notificar os crimes e sobre segurança digital, menor burocratização ao acesso às informações digitais por parte da polícia e aumento do envolvimento em colaborações internacionais.

Um ponto interessante e que tem funcionado muito bem no exemplo da Dinamarca,

em concordância com o COE, é a desburocratização da obtenção de dados pela polícia quanto aos provedores de internet, uma vez que o Código Penal dinamarquês autoriza que a polícia solicite informações de endereço de IP sem que seja necessária uma ordem judicial, contanto que haja suficientes indícios que a informação possa ser usada como evidência em investigações criminais. A obtenção de informações essenciais em tempo rápido é realmente benéfica para as investigações policiais, especialmente em uma área tão incerta e mutável como a da cibercriminalidade, onde quaisquer informações e dados podem sumir instantaneamente com apenas um clique do mouse.

A polícia (dinamarquesa) pode solicitar informações sobre o endereço IP estático sem uma ordem judicial. Além disso, o provedor de serviços pode ser ordenado a divulgar as informações do cliente necessárias para o endereço de IP dinâmico, de acordo com a seção 804, com a condição de que a ordem seja parte de uma investigação criminal, além da condição que haja indícios presumidos, entre outros, que o item ou informação possa servir de evidência. Divulgação sobre tráfego e informações de conteúdo estão restritas a infrações cibernéticas graves puníveis com pelo menos seis anos de encarceramento (Council of Europe, 2024, tradução nossa).

Ainda conforme a SEON, em segundo lugar dos países com menor risco de ataques cibernéticos, temos a Alemanha, que também buscou adotar medidas e estratégias de combate a esses crimes, de acordo com o Conselho da Europa. Entre as medidas podemos citar: fortalecimento da segurança digital na administração pública, criação de um Conselho Nacional de Segurança Cibernética, controle dos espaços virtuais em relação a proteção contra espionagem e sabotagem virtual através da colaboração governamental e do setor privado, conforme disposto no site do Conselho da Europa (COE).

Em relação aos crimes cibernéticos, consoante com o COE, o Código Penal alemão tem seus procedimentos e medidas coercitivas aderidas em conformidade com o pactuado na Convenção de Budapeste, pois o combate à cibercriminalidade é vista como prioridade e é pensado em um panorama internacional, onde o Governo Federal da Alemanha em 2016, desenvolveu suas propostas de segurança cibernética, no qual um dos ambiciosos objetivos era harmonização global das leis criminais em concordância com a Convenção de Budapeste. O Código Penal Alemão inclui os seguintes crimes como definidos nos artigos 2-12 da Convenção de Budapeste sobre a cibercriminalidade: acesso ilegal, interceptação ilegal, manipulação de dados, fraude, falsificação, sabotagem de computadores, divulgar códigos de acesso e distribuição de *malwares*, ajudar e incitar também são criminalizados.

O procedimento processual/medidas coercitivas são definidas pela Convenção de Crimes Cibernéticos e estão incluídas no Código Penal e são aplicáveis a investigações sob as autoridades policiais alemãs de sua competência, como determinado pelo art. 14 da Convenção de Crimes Cibernéticos (Council of Europe, 2024, tradução nossa).

Através do Decreto 11.491 de 12 de abril de 2023, foi promulgada a Convenção sobre crimes cibernéticos, tornando o Brasil um dos países signatários da Convenção de Budapeste. Por meio deste instrumento, é esperado que as autoridades brasileiras tenham maior facilidade de obter provas relativas a crimes cibernéticos com maior facilidade por meio de cooperação internacional com os outros países.

Em resumo, devido à natureza expansiva e as dimensões que grande parte dos crimes cibernéticos tendem a tomar, não há uma solução única para lidar com esses crimes, consoante com os outros países mencionados acima e suas maneiras de combate o que se destaca em comum entre eles é a criação de estratégias e metodologias de enfrentamento dos crimes cibernéticos, além da busca de compatibilização da legislação específica do país com a convenção de crimes cibernéticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida cotidiana e o mundo virtual estão cada vez mais intrinsecamente interligados e é assim desde o surgimento da internet, pois, esta foi concebida como uma estratégia de dinamização da comunicação e disseminação de informações, desde então esta ferramenta se mostrou útil em diversos campos da sociedade humana e virou uma grande favorita das pessoas, seja, no âmbito do lazer, educação, trabalho e etc. É indiscutível que a grande maioria da população já não consegue viver sem o uso da dela, porém, apesar da fácil aceitação das pessoas quanto aos meios digitais, a era tecnológica trouxe também dificuldades quanto à adaptabilidade dessas novas tecnologias. No campo jurídico não foi diferente, o ordenamento jurídico teve que buscar se adaptar também ao uso errôneo e criminal dos ambientes virtuais.

Apesar de o ordenamento jurídico buscar maneiras de lidar com essas situações prevendo normas e sancionando leis específicas, a mutabilidade dos crimes cibernéticos é muito mais rápida se comparada ao disposto em legislação brasileira criada especificamente para esses fins de combate e punibilidade desses crimes. As lacunas deficientes na legislação, aliadas a diversos fatores como: a coleta excessiva de dados pelas redes sociais, a anonimidade que internet proporciona, os obstáculos em mapear a localização exata dos criminosos, a dificuldade em obter provas e a resistência dos provedores de internet em disponibilizar informações, a falta de capacidade e conhecimento especializado da polícia no processo investigatório, a carência de material tecnológico atualizado, entre outros, acaba por fragilizar ainda mais um sistema jurídico que já se encontra vulnerável.

Logo, é possível constatar que os crimes cibernéticos são um problema muito maior do que se pensava no começo da sua evolução, é uma questão que diz respeito a um âmbito global e que ultrapassa as barreiras nacionais. E é justamente por se tratar de um dilema com dimensões enormes que é necessário a reformulação dos meios de combate que temos em vigor atualmente. É preciso reestruturar todo o sistema legislativo aplicado a esses crimes para que a evolução legislativa consiga acompanhar a evolução dos crimes virtuais, é necessário que além do campo jurídico, haja também uma transformação e atualização dos meios tecnológicos utilizados em reprimir esses delitos.

Podemos até mesmo aprender e se espelhar nos exemplos de outros países e seus casos de sucesso e adotar algumas medidas que tem se mostrado eficazes no combate dos crimes virtuais, por exemplo, diminuir a desburocratização para obtenção de provas por meio dos provedores de internet e a aplicação de ações punitivas em caso de resistência por parte desses provedores, a capacitação das unidades policiais e seus agentes especializados na luta contra os referidos crimes, além, da colaboração internacional com

outros países devido a transnacionalidade desses crimes e conscientização dos usuários quanto às redes sociais e a coleta excessiva de dados a que estão sujeitos.

Outra medida interessante, seria o aperfeiçoamento das tipificações criminais previstas em lei para que sejam feitas de maneira específica para um certo crime, de modo a evitar questionamentos quanto a sua previsão penal. O fato de o Brasil ter se tornado signatário da Convenção de Budapeste já apresenta um grande avanço quanto à luta contra a cibercriminalidade. Portanto, o tópico combate à cibercriminalidade é um ramo que está em constante mudança e evolução, além de estar em constante relevância na sociedade, conseqüentemente, merece que seja dada a devida atenção pela sociedade e pelo ordenamento jurídico brasileiro.

É notório o retardo que o direito tem no que diz respeito às inovações da informática, sobretudo ao combate dos crimes digitais. Logo, as normas jurídicas brasileiras precisam de modificações significativas, com o intento de paralisar essas ações criminosas. Até o presente momento, o que se percebe é uma legislação omissa, recheada de lacunas, do mesmo modo, não há punições adequadas para os criminosos

Os investimentos na construção de políticas administrativas nas delegacias do Brasil estão cada vez mais ineficazes, em consequência disso houve um aumento significativo nos números de crimes virtuais, por falta de investimento para desenvolver técnicas e ampliar os procedimentos apropriados. Nesse sentido, pouco o Estado injeta em recursos que priorizem políticas públicas para evitar e informar conscientizando a população de como usar e proteger seus dados pessoais e até mesmo de evitar cair em golpes ou extorsões, onde deveriam ser aproveitado de maneiras a identificar os criminosos ou o local de onde está sendo utilizado para praticar os crimes cibernéticos, no qual seria um método para proporcionar condições melhores a população e as vítimas que já sofreram com algum tipo de dano ao indivíduo e seu patrimônio.

Portanto, apenas criar leis para punir quem comete crimes cibernéticos não basta, se faz necessário que o judiciário possa torná-las eficazes, elaborando uma execução competente do poder de polícia, assim automaticamente, fazendo com que cada cidadão possa ter ciência dessa lei e de suas sanções, e com isso acabando com a mentalidade que a sociedade se tem atualmente, que a internet é terra sem lei e sem limites.

Conclui-se, que por mais que haja investimento nesse segmento, ainda não é o suficiente, o Brasil até este momento encontra muitas dificuldades nessa luta, em especial no processo de investigação, pois os resultados não são satisfatórios, revelando uma total precariedade da infraestrutura das instituições penais. Por outro lado, as políticas públicas devem se voltar para orientar a população de modo geral, no que diz respeito aos riscos existentes no uso da internet, buscando trabalhar de forma preventiva através da informação.

REFERÊNCIAS

ADACHI, Tomi. **Comitê gestor da internet no Brasil (CGI.br): uma evolução do sistema de informação nacional moldada socialmente**. 2011. Tese (Doutorado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.12.2011.de-10102011-165732. Acessado em: 22/03/2024.

ALEXANDRE, Brenda Cristina. ARAÚJO, Giulliana Martins. RABELO, Cesar Leandro de Almeida. **A evolução dos crimes cibernéticos e os desafios da legislação brasileira.** Revista FT, Volume 26 – Edição 128 – Novembro, 2023.

BERNADES, Vinícius; MAGALHÃES, Thaís; MALLMAN, Daniela. **Facebook é condenado a pagar R\$ 20 milhões por vazamento de dados de usuários.** CNN Brasil, 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/facebook-e-condenado-a-pagar-r-20-milhoes-por-vazamento-de-dados-de-usuarios/>. Acesso em: 28/03/2024.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil.** Brasília, DF: Centro gráfico, 1988.

BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco civil da internet.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 21/03/2024.

BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei de proteção de dados pessoais (LGPD).** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 21/03/2024.

BRASIL, Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021. **Violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14155.htm. Acesso em: 21/03/2024.

BRASIL, Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021. **Crime de Perseguição.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14132.htm. Acesso em: 21/03/2024.

BRASIL, Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. **Lei Carolina Dieckmann.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 21/03/2024.

CAMARGO, Bianca. **Cerca de 84% dos lares brasileiros tem acesso à internet diz pesquisa.** 2023. São Paulo, CNN Brasil. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/cerca-de-84-dos-lares-brasileiros-tem-acesso-a-internet-diz-pesquisa/>. Acesso em: 24/03/2024.

CANUTO, Luiz Cláudio; TRIBOLI, Pierre. **CPI constata dificuldade em rastrear e punir crimes de internet.** 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/494363-CPI-CONSTATADIFICULDADE-EM-RASTREAR-E-PUNIR-CRIMES-DE-INTERNET.html>. Acesso em: 07/03/2024.

CARVALHO, Mario César. **Ladrões virtuais usam micro para furtar contas bancárias.** São Paulo, Folha de S. Paulo, Ano 78 - nº 25.435, p. 1, 1998. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/digital/leitor>.

CARVALHO, Mario César. **Ladrão virtual aplica pelo menos 4 golpes.** Crime.com.br, Folha de S. Paulo, Ano 78 - nº 65.5333, p. 42, 1998. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/digital/leitor>.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes virtuais, vítimas reais.** Rio de Janeiro: Brasport, 2014. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?printsec=frontcover&output=reader&id=ribyAgAAQBAJ&pg=GBS.PP1>. Acesso em: 07/04/2024.

CORRÊA, Fabiano Simões. **Um estudo qualitativo sobre as representações utilizadas por professores e alunos para significar o uso da internet.** 2013. Dissertação (Mestrado em

- Psicologia) - Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. doi:10.11606/D.59.2013.tde-08102013-162610. Acesso em: 07/04/2024.
- CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- Council of Europe Cybercrime. **Denmark**. Octopus Cybercrime Community. Council of Europe, 2024. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/octopus/-/denmark>. Acesso em: 14/04/2024.
- Council of Europe Cybercrime. **Germany**. Octopus Cybercrime Community. Council of Europe, 2024. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/octopus/-/germany>. Acesso em: 14/04/2024.
- DATAREPORTAL. **Digital 2024: Brazil**. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-brazil>. Acesso em: 28/03/2024.
- DORIGON, Alessandro; SOARES, Renan Vinicius de Oliveira Soares. **Crimes cibernéticos: dificuldades para obter indícios de autoria e materialidade**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63549/crimes-ciberneticos-dificuldadesinvestigativas-na-obtencao-de-indicios-da-autoria-e-prova-da-materialidade/4>. Acesso em: 15/04/2024.
- FAVERO, Altamiro de Oliveira; FAVERO, Bruno de Oliveira. **Cibercriminologia: os meios eletrônicos e o policiamento em ambientes digitais**. Jundiaí: Paco Editorial, 2021. ISBN: 978-65-5840-220-6.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no Meio Ambiente Digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FROTA, Jessica Olívia Dias; PAIVA, Maria de Fátima Sampaio. **Crimes virtuais e as dificuldades para combatê-los**. 2017. Disponível em: https://flucianofejiao.com.br/novoo/wp-content/uploads/2018/11/ARTIGOS_CRIMES_VIRTUAIS/nDIFICULDADES_PARA_COMBATE_LOS.pdf. Acesso em 15/04/2024. G1. Twitter confirma vazamento de dados de 5,4 milhões de contas. O globo, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/08/05/twitter-confirma-vazamento-de-dados-de-54-milhoes-de-contas.ghtml>. Acesso em: 28/03/2024.
- GILES, David. **Psychology of the media**. NewYork. Palgrave Macmillan, 2010.
- GLOBO. **Crimes virtuais crescem no Brasil; veja flagrante e histórias de vítimas com o Profissão Repórter**. Disponível em: <https://g1.globo.com/profissaoreporter/noticia/2022/07/27/crimes-virtuais-crescem-no-brasil-veja-flagrante-ehistorias-de-vitimas-com-o-profissao-reporter.ghtml>. Acesso em: 30/03/2024.
- GLOBO. **Crimes virtuais: no auge da pandemia, fraudes cometidas no mundo digital aumentaram 175%**. Disponível em: <https://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2022/07/25/crimes-virtuais-no-auge-da-pandemia-fraudes-cometidas-no-mundo-digital-aumentaram-175percent.ghtml>. Acesso em: 30/03/2024.
- GOUVEA, Sandra. **O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática**. Rio de Janeiro: Mauad Editora Ltda, 1997. ISBN: 85-85756-56-X.
- HIGA, Paulo. **267 milhões de dados de perfis do Facebook são vendidos por US\$ 600**. Tecnoblog, 2021. Disponível em: <https://tecnoblog.net/noticias/2020/04/21/267-milhoes-perfis-facebook-sao-vendidos-na-dark-web/>. Acesso em: 28/03/2024.

INSPER. **Mundo se aproxima da marca de 5 bilhões de usuários de internet, 63% da população.** 2022. São Paulo, Insper. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/mundo-se-aproxima-da-marca-de-5-bilhoes-de-usuarios-de-internet-63-da-populacao/>. Acesso em: 24/03/2024.

JESUS, D. de; MILAGRE, J. Antonio. **Manual de Crimes Informáticos.** São Paulo: Saraiva, 2016.

KASPERSKY. **Home-office motiva aumento de mais de 330 em ataques usando o sistema de acesso remoto.** Disponível em: https://www.kaspersky.com.br/about/press-releases/2020_home-office-motivaaumento-de-mais-de-330-em-ataques-usando-sistemas-de-acesso-remoto-no-brasil. Acesso em 30/03/2024.

LESSA, Isabella Maria Baldissera. VIEIRA, Tiago Vidal. **Crimes Virtuais: Análise do processo investigatório e desafios enfrentados.** Curso de Direito – Faculdade Assis Gurgaez. Paraná, p. 2.

LORENZO, Alessandro Di. **Brasil é o segundo maior alvo de crimes cibernéticos na América Latina.** 2024. Olhar Digital. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2024/02/02/seguranca/brasil-e-o-segundo-maior-alvo-de-crimes-ciberneticos-na-america-latina/>. Acesso em: 30/03/2024.

MARRA, Fabiane Barbosa. **Desafios do Direito na Era da Internet: uma breve análise sobre os crimes cibernéticos.** CAMPO JURÍDICO, v. 7, n. 2, p. 145–167, 12 dez. 2019. Disponível em: <http://fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/289>. Acesso em: 15/04/2024.

NETO, Francisco. **Os avanços tecnológicos e o cybercrime.** 2024. Bahia, Jornal Valença Agora. Disponível em: <https://valencaagora.com/os-avancos-tecnologicos-e-o-cybercrime/>. Acesso em: 30/03/2024.

PESSOA, Éder. **Quais são as leis que protegem seus dados de crimes virtuais no ramo jurídico?** 2022. Jornal Jurid. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/blog/auxilium/quais-sao-as-leis-que-protegem-seus-dados-de-crimes-virtuais-no-ramo-juridico>. Acesso em: 30/03/2024.

POSESA. **Crimes Cibernáticos: o que são, leis aplicáveis e mais!**, 2022. Disponível em: <https://posesa.com.br/crimes-digitais-leis-aplicaveis/>. Acesso em: 30/03/2024.

PROCON. **Compras realizadas através da internet durante a pandemia elevam número de crimes virtuais.** Disponível em: <https://tribunahoje.com/noticias/economia/2022/02/07/97217-compras-realizadasatraves-da-internet-durante-a-pandemia-elevam-numero-de-crimes-virtuais>. Acesso em: 30/03/2024.

REPORTAGEM Local. **Hacker “rouba” 900 cartões Credicard.** Internet, Folha de S. Paulo, Ano 80 - nº 57.8347, p. 4, 2000. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/digital/leitor>.

REPORTAGEM Local. **Justiça de SP pune crime praticado via e-mail.** São Paulo, Folha de S. Paulo, Ano 77 - nº 28.3503, p. 13, 1997. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/digital/leitor>.

REPORTAGEM Local. **Sexo em site da prefeitura causa demissão.** Mundo virtual, Folha de S. Paulo, Ano 77 - nº 28.0738, p. 10, 1997. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/digital/leitor>.

ROCHA, Lilian Rose Lemos. *et al.* **Caderno de pós graduação em direito: crimes digitais.** Brasília, UniCEUB: ICPD, 2020. ISBN: 978-65-87823-26-3.

ROSA, Fabrizio. **Crimes de Informática.** Campinas: Bookseller, 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3186/oproblema-natipificacao-penal-dos-crimes-virtuais>. Acesso em: 23/03/2024.

ROVERE, Júlia Dal. **Brasil é o segundo país mais vulnerável a ataques de hackers**. 2023. Olhar Digital. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2023/09/28/videos/entrevista-brasil-e-o-segundo-pais-mais-vulneravel-a-ataque-de-hackers/>. Acesso em: 30/03/2024.

SHARMA, Shweta. **Which countries are most (and least) at risk for cybercrimes?** CSO Online, 2021. Disponível em: <https://www.csoonline.com/article/571615/which-countries-are-most-and-least-at-risk-for-cybercrime.html>. Acesso em: 14/04/2024.

SILVA, Milene Meneze. **Crimes cibernéticos: uma análise da lei Carolina Dieckmann**. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de direito - Universidade São Judas Tadeu. São Paulo, p. 11.

SOARES, Marcelo. **Maluf sofre sabotagem digital em e-mail**. Eleições, Folha de S. Paulo, Ano 80 - nº 66.9251, p. 2, 2000. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/digital/leitor>.

TERCEIRO, Cecilio da Fonseca Vieira Ramalho. **O problema na tipificação penal dos crimes virtuais**. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3186/oproblema-natipificacao-penal-dos-crimes-virtuais>. Acesso em: 22/03/2024.

VELOSO, Ana Clara. **Brasil é o terceiro país que mais consome redes sociais**. O globo, 2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2023/03/brasil-e-o-terceiro-pais-que-mais-consome-redes-sociais.ghtml>. Acesso em: 28/03/2024.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Crimes cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação**. 3º ed. Rio de Janeiro: Brassport, 2021.

CARVALHO, Mario César. **Ladrão virtual aplica pelo menos 4 golpes**. Crime.com.br, Folha de S. Paulo, Ano 78 - nº 65.5333, p. 42, 1998. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/digital/leitor.o?numero=14076&keyword=Ladroses&anchor=655333&origem=busca&origemURL=&maxTouch=0&pd=7e810fcd81f559ed6c9a9bc3aaa54fd3>. Acesso em: 22/03/2024.

Alteração do quórum de deliberação de sociedades limitadas para sociedades já existentes: análise conforme a Lei N° 14.451/2022

Pedro Alves Lavacchini Ramunno

Bacharel, Mestre em Direito Comercial e Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Sócio Fundador de Ramunno Advogados.

João Marcelo Novaes Risi

Graduado e Mestrando em Direito Político e Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Empresarial pelo IBMEC. Sócio de Ramunno Advogados.

RESUMO

Este estudo tem por objetivo analisar os impactos da Lei nº 14.451/2022 nas dinâmicas de controle das sociedades limitadas, utilizando uma narrativa fictícia para contextualizar os desafios enfrentados pelos sócios diante das mudanças legislativas. Explora-se, ainda, como a nova legislação afeta os quóruns de deliberação em diversas matérias, como, por exemplo, alterações de contratos sociais, além de examinar as implicações dessas mudanças nos contratos sociais já existentes. O enfrentamento do tema se vale de reflexões relacionadas aos conceitos de controle nas sociedades limitadas, aos princípios do direito societário e à natureza jurídica do contrato de sociedade.

Palavras-chave: sociedades limitadas; quóruns de deliberação; lei nº 14.451/22; reunião de sócios.

ABSTRACT

This study aims to analyze the impacts of Law No. 14,451/2022 on the dynamics of control in limited liability companies, using a fictional narrative to contextualize the challenges faced by partners in light of legislative changes. It also explores how the new legislation affects quorums for decision-making on various matters, such as, for example, changes in social contracts, as well as examining the implications of these changes on existing social contracts. The discussion of the topic draws on reflections related to the concepts of control in limited liability companies, the principles of corporate law, and the legal nature of the partnership agreement.

Keywords: limited liability companies; deliberation quorums; law nº 14,451/22; partners' meeting.



INTRODUÇÃO

Tidus e Wakka são irmãos e cofundadores de uma importante rede de academias, que ostenta diversas franquias. A sociedade franqueadora, constituída em 2005, é uma sociedade limitada e tem as quotas representativas do seu capital social divididas entre os sócios da seguinte forma: Tidus detém 55% (cinquenta e cinco por cento) e Wakka detém 45% (quarenta e cinco por cento). Desde a sua fundação, a sociedade é administrada conjuntamente por ambos os sócios, sendo que seu contrato social possui cláusulas comumente encontradas em sociedades semelhantes, remetendo aos quóruns legais de deliberação.

Em meados de 2023, diante de uma relação societária cada vez menos harmoniosa, Wakka é surpreendido com uma convocação para uma reunião de sócios que apresentava como ordem do dia a destituição de Wakka da posição de administrador da sociedade, que passaria a ser gerida e administrada isoladamente pelo sócio majoritário, Tidus, bem como a alteração do contrato social da sociedade, visando à inclusão de cláusula de exclusão extrajudicial, com base no art. 1.085 do Código Civil. Realizada a reunião, Wakka se surpreende com o desfecho, uma vez que tanto o seu afastamento do cargo de administração como a alteração de contrato social pretendida são aprovados por sócio “representativo da maioria do capital social”, com quebra da sua expectativa de que o quórum de deliberação para a alteração de contrato social seria de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do capital social, tal como constava na legislação quando da constituição da sociedade.

A situação hipotética narrada é representação clara de inúmeros casos reais ocorridos após a promulgação da Lei nº 14.451/2022, que – dentre outras determinações – reduziu o quórum legal de deliberação das sociedades limitadas para a “maioria do capital social” da sociedade para algumas temáticas, a exemplo da alteração de contrato social, no lugar do até então vigente quórum de deliberação de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do capital social.

Poderia Wakka pleitear a anulação da deliberação referente à alteração do contrato social por não atendimento do quórum de deliberação que vigia quando da constituição da sociedade? Este breve texto pretende justamente endereçar essa dúvida, abordando, primeiramente, a alteração na dinâmica do controle das sociedades limitadas após a promulgação da Lei nº 14.451/2022, e, em um segundo momento, a interpretação adequada para as sociedades que já existiam quando da redução dos quóruns legais. Por fim, são feitas algumas considerações à guisa de conclusão.

O CONTROLE NAS SOCIEDADES LIMITADAS APÓS A LEI Nº 14.451/2022

O conceito de controle é sobretudo desenvolvido na Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/1976 ou “LSA”), que incorpora – em certa medida – os ensinamentos de F. K. Comparato, referência nacional na matéria do controle e do poder de controle, que identifica, a partir de uma análise semântica, esse poder como sendo o de “disposição

sobre bens de terceiros”^{1,2}.

Do ponto de vista do direito positivo, a definição de poder de controle decorre da definição de acionista controlador presente no *caput* do art. 116 da LSA³, caracterizado pela existência de um acionista ou grupo de acionistas vinculados por acordo de voto, ou sob controle comum, que é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; bem com que usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia⁴. Foi opção do legislador de 1976, assim, delimitar o detentor do poder de controle em função dos parâmetros presentes nas alíneas “a” e “b” do art. 116 da LSA, no lugar de propor conceituação distinta e relativamente mais ampla, a exemplo da legislação alemã de 1937, que propõe identificar a situação de controle naquele que exerce “influência dominante” (*beherrschender Einfluss*) sobre a sociedade⁵.

Independentemente da delimitação mais precisa do conceito, controla a sociedade anônima, em regra, aquele acionista que detém direitos de voto que lhe assegurem a maioria dos votos nas assembleias gerais e, por consequência, a prerrogativa de direcionar as atividades da companhia, o que envolve, dentre outras temáticas, a indicação e eleição da maioria dos administradores.

Transpondo o conceito para as sociedades limitadas, o sócio ou quotista controlador é aquele detém o poder para a tomada das principais decisões da sociedade. Dentre as temáticas relacionadas a esse “domínio” das temáticas societárias, pode-se remeter às matérias descritas no art. 1.071 do Código Civil, que dependem da deliberação dos sócios:

Art. 1.071. Dependem da deliberação dos sócios, além de outras matérias indicadas na lei ou no contrato: I - a aprovação das contas da administração; II - a designação dos administradores, quando feita em ato separado; III - a destituição dos administradores; IV - o modo de sua remuneração, quando não estabelecido no contrato; V - a modificação do contrato social; VI - a incorporação, a fusão e a dissolução da sociedade, ou a cessação do estado de liquidação; VII - a nomeação e destituição

¹ É importante salientar que o conceito difundido pela obra de F. K. Comparato (*Comparato, Fábio Konder; Salomão Filho, Calixto. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 6ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014*) é substancialmente diverso daquele apresentado na obra de A. Berle e G. Means (Cf. BERLE JR., Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *The Modern Corporation and Private Property. New York: The Macmillan Company, 1933*). Nesse contexto, a definição de control de Berle e Means pode ser enquadrada como sendo o direcionamento da administração, o que demonstra a existência de outras influências na definição de F. K. Comparato, tal como a obra de Claude Champaud, *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions* (Champaud, Claude. *Le pouvoir de Concentration de la Société par Actions. Paris: Sirey, 1962*).

² Sobre a análise semântica proposta por F. K. Comparato, destaca-se o seguinte excerto: “Pois bem, é no sentido forte de poder de dominação, e não apenas no significado fraco de poder regulamentar, ou na acepção francesa de fiscalização, que a palavra “controle” passará a ser usada doravante nesta dissertação. É esta, para nos servirmos da expressão consagrada pela semiótica anglo-saxônica, a nossa definição estipulativa preliminar de controle.” (Comparato, Fábio Konder; Salomão Filho, Calixto. *Op cit. pp. 25-26*).

³ “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”

⁴ Apesar da relevância das discussões, em razão do recorte metodológico proposto, este trabalho não enfrentará os importantes debates acerca da previsão normativa do controle minoritário, do conceito de permanência para fins de caracterização do controle, ou mesmo a análise hermenêutica do próprio art. 116 da LSA diante da conjunção “e” prevista entre as alíneas “a” e “b” que caracterizam o acionista controlador. Essas temáticas foram enfrentadas alhures, em Ramunho, Pedro A. L. *Controle societário e controle empresarial: uma análise de influência sobre o controle empresarial pelo Estado brasileiro. São Paulo: Almedina, 2017*.

⁵ A opção pelo critério da “influência dominante”, muito comum em legislações europeias, é também bastante criticável devido à inerente vagueza do que seria a “influência dominante”. Sobre o tema, vide: Prado, Viviane Muller. *Noção de grupo de empresas para o direito societário e para o direito concorrencial. In: Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais. n. 2, mai.-ago., 1998. p. 151*.

dos liquidantes e o julgamento das suas contas; VIII - o pedido de concordata (Brasil, 2002).

Ou seja, aquele quotista (ou grupo de quotistas vinculado por acordo de voto ou sobre controle comum) que detém o poder de direcionar as atividades da sociedade limitada, o que se entende previsto diante da possibilidade de definir as deliberações sobre as temáticas previstas no art. 1.071 do Código Civil, pode ser considerado controlador de uma dada sociedade.

A Lei nº 14.451/2022 alterou as regras sobre os quóruns de deliberação em matéria societária objetivando aproximar da lógica do princípio majoritário que direciona o exercício do controle e a tomada de deliberações nas sociedades anônimas. A mudança a lei buscou destravar algumas deliberações das sociedades limitadas, promovendo a maior proteção aos interesses da maioria dos sócios a celeridade na tomada de decisões e realização de operações que sejam consideradas adequadas para o melhor desenvolvimento de suas atividades.

Considerando as alterações promovidas pela Lei nº 14.451/2022 para os arts. 1.061 e 1.076 do Código Civil, os atuais quóruns de deliberação nas sociedades limitadas podem ser assim relacionados:

Quadro 1

| Matéria | Quórum anterior à Lei nº 14.451/2022 | Quórum posterior à Lei nº 14.451/2022 | Fundamento legal (para o quórum atual) |
|--|--------------------------------------|---------------------------------------|--|
| Designação de administradores não sócios (enquanto não integralizado o capital social) | Unanimidade | 2/3 (dois terços) do capital social | Art. 1.061 do Código Civil |
| Modificação do contrato social Incorporação, fusão e a dissolução de sociedade Cessação do estado de liquidação | 3/4 (três quartos) do capital social | Majoria absoluta do capital social | Arts. 1.076, II c/c 1.071, V e VI do Código Civil. |
| Designação de administrador não sócio (após a integralização do capital social) | 2/3 (dois terços) do capital social | Majoria absoluta do capital social | Art. 1.061 do Código Civil |
| Designação de administradores (quanto feita em ato em separado), destituição de administradores, modo de remuneração dos administradores (quando não estabelecido em contrato) e pedido de concordata (recuperação judicial) | Majoria absoluta do capital social | Majoria absoluta do capital social | Arts. 1.076, II, e 1.071, III, IV e VIII do Código Civil |
| Demais casos exigidos em lei ou no contrato social (salvo se este exigir quórum mais elevado) | Majoria simples | Majoria simples | Art. 1.076, III, Código Civil. |

Fonte: autor.

Resumidamente, a Lei nº 14.451/2022 alterou o quórum (i) para a designação de administração não sócio enquanto ainda não integralizado o capital social (da unanimidade para dois terços); (ii) para a designação de administrador não sócio após a integralização do capital social (de dois terços para a maioria absoluta); (iii) para modificação do contrato social, realização de operações de incorporação, fusão e dissolução de sociedade, bem como para a cessação do estado de liquidação (de três quartos para maioria absoluta). Como consequência, pode-se perceber que aquele que detém quotas representativas da maioria do capital social⁶ - e não mais três quartos – detém o poder de direcionar as atividades da sociedade limitadas, bem como de tomar as principais decisões societárias, podendo, assim, ser considerado controlador.

⁶ Ou dos votos, a depender da interpretação pretendida.

REDUÇÃO DOS QUÓRUNS LEGAIS PARA AS SOCIEDADES JÁ EXISTENTES QUANDO DA PROMULGAÇÃO DA LEI Nº 14.451/2022

O contrato de sociedade é, por excelência, um contrato empresarial⁷. Essa delimitação traz uma consequência imediata importante: a natureza de um negócio jurídico se faz fundamental para interpretações de ordem qualquer acerca de seus aspectos materiais e adjetivos, sendo de suma relevância a clareza em relação aos interesses envolvidos na conclusão por uma classificação em detrimento de outra.

Nesse contexto, diferentemente do que poderia ser afirmado em outras modalidades contratuais, no contrato de sociedade, por se tratar de um contrato empresarial, não há de se caracterizá-lo, em regra, pela vulnerabilidade⁸. Parte-se da presunção de simetria e parassuficiência entre as partes de contratos empresariais e tem como consequência a necessidade de tutela das partes empresariais que fazem a análise de riscos quando da contratação levando em consideração que os termos acordados serão, de fato, cumpridos. A assunção de riscos e os impactos dos custos de transação são especialmente levados em consideração pelos empresários, que consideram e tratam os contratos como instrumentos de alocação de riscos, visando à maximização de eficiência.

Pelo princípio do consensualismo, os contratos entre empresários em condições análogas de contratação são constituídos assim que se verifica o encontro de vontade daqueles que participam do vínculo⁹. Ademais, o grau de expectativa de que o acordado será cumprido implica a maximização do *pacta sunt servanda* nas relações empresariais, o que impõe a força obrigatória dos contratos, que é acertamente comumente resguardada pelos tribunais pátrios¹⁰, o que consolida o princípio da intervenção mínima em matéria empresarial.

Retomando o caso hipotético narrado no intróito deste trabalho, Tidus e Wakka são sócios e partes de um contrato empresarial. Ao preverem na redação do contrato

⁷ Os contratos empresariais são comumente referidos como aqueles que possuem partes empresariais, sendo o profissionalismo uma característica invocada de modo praticamente automático. a depender das condições das partes contratantes em dada relação jurídica e dos termos específicos pactuados, um contrato celebrado no âmbito da atividade empresária pode ensejar uma relação de consumo, estando sujeito às regras do Código de Defesa do Consumidor (Cf. Zanchim, Kleber Luiz. *Contratos Empresariais, Categoria – Interface com Contratos de Consumo e Paritários – Revisão Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 72.) Não basta, contudo, que as partes sejam empresárias para que se tenha configurado um contrato empresarial, sendo, portanto, a somatória com a causa geral própria responsável por atribuir a empresarialidade a um contrato. Para tanto, esta causa é caracterizada pela circulação de fatores de produção ou de objetos de empresa, em relação aos quais as partes contratantes dispõem - em conjunto e ao menos de forma presumida - das informações relevantes para sua contratação (Ibid. p. 86). A finalidade da atividade empresarial, por sua vez, é justamente a produção ou circulação de bens ou de serviços que o empresário realiza em um contexto de mercado visando à efetivação de seu objetivo social, o qual está previsto em seus atos constitutivos. Os fatores de produção, por outro lado, são os insumos que o empresário se vale para o exercício empresarial (Ibid. p. 76). Tal afirmativa vai ao encontro do defendido por Paula A. Forgioni, que entende como função econômica do negócio, ligada “à circulação dos bens e dos serviços (perspectiva objetiva) e não ao subjetivismo das partes” -, o que contribuiria para o escopo bilateral de lucros dessa modalidade contratual (Cf. Forgioni, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 8ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 60). Em sentido semelhante, v. Ramunno, Pedro A. L. *Inversão do Ônus da Prova em Contratos Empresariais*. In: Pedro A. L. Ramunno. (Org.). *Contencioso Societário e Novas Perspectivas do Direito Empresarial*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. 1, pp. 383-410.

⁸ A título ilustrativo, é de se mencionar que a vulnerabilidade inerente aos contratos consumeristas pode ser auferida de duas formas: (i) concentração econômica dos mercados, como no caso dos monopólios e oligopólios, e (ii) carência informacional, especialmente em relação à qualidade, preço, crédito e outras características relacionadas aos produtos ou serviços, o que deslocaria o consumidor para uma posição mais vulnerável em relação ao fornecedor (cf. GRINOVER, Ada Pelegrini, et. al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 7).

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Novo Manual de Direito Comercial: direito de empresa*. 29 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 387.

¹⁰ FORGIONI, Paula A. *Op. cit.* pp. 111-112.

social que os quóruns de deliberação deveriam seguir o disposto na legislação, sujeitarem-se, naturalmente, às mudanças impostas pelo legislador. Não fosse do interesse dos sócios estarem sujeitos a mudanças legislativas, poderiam prever no contrato social um quórum específico^{11,12} ou se valerem de arranjos passocietários, via acordo de sócios ou instrumento análogo, para regular eventual acordo de voto e outras temáticas relativas à deliberação societária (tais como, obrigatoriedade de voto em bloco, possibilidade de veto, rol de matérias reservadas, necessidade de voto afirmativo de determinado sócio, dentre outras).

Interpretação diversa tornaria o contrato social inerte às alterações legislativas, criando um microsistema societário desconexo com a base legislativa aplicável ao tipo societário em questão. Esse posicionamento não é, em definitivo, razoável, já que em não se tratando de uma norma dispositiva que tenha sido expressamente afastada pelas partes contratantes, as normas societárias tipificadoras, qualificadoras do tipo e dispositivas devem, necessariamente, ser aplicadas ao contrato de sociedade celebrado. Trata-se de uma máxima que visa à proteção da expectativa das partes e à maximização de eficiência econômica.

Consequentemente, Wakka está sujeito à redução do quórum de deliberação promovida pela Lei nº 14.451/2022¹³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas reflexões trazidas nas seções anteriores, pode-se concluir que a compreensão e a adoção de diversos temas são necessárias para determinar as implicações efetivamente causadas pela promulgação da Lei nº 14.451/2022.

Por meio do contexto fictício envolvendo os sócios Tidus e Wakka, que é comumente observado na prática, foi possível ilustrar as discussões e os desafios enfrentados pelos sócios diante das mudanças legislativas introduzidas pela Lei nº 14.451/2022, especialmente em relação à alteração dos quóruns de deliberação em sociedades constituídas anteriormente à nova lei. Essa correlação ressalta a importância da compreensão teórica aliada à prática, evidenciando a necessidade de uma interpretação consistente e atualizada não só da

¹¹ Vale destacar que o quórum de deliberação pode ser livremente aumentado pelos sócios, porém não pode ser reduzido a patamar inferior ao quórum previsto em lei. Essa determinação decorre do fato de os quóruns serem considerados normas de ordem pública e, por consequência, cogentes por serem protetivas dos minoritários.

¹² Nesse sentido: "Situação diferente ocorre quando há cláusula expressa no contrato social estabelecendo um quórum específico para as deliberações sociais. É possível, por exemplo, que o contrato social da sociedade de Maria e Pedro, em vez de apenas fazer remissão ao texto legal, o tenha copiado e, assim, estabelecido expressamente o quórum de 75% para as modificações do contrato social. Nesse caso, pouco importa o novo texto legal, pois o quórum foi estabelecido em regra contratual que, por sua vez, decorreu da vontade das partes que deve ser obedecida." (Arake, Henrique Haruki; Tomazette, Marlon; *Aplicabilidade Imediata da Mudança de Quórum nas Deliberações da Sociedade Limitada*. Migalhas, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/374648/mudanca-de-quorum-nas-deliberacoes-da-sociedade-limitada>).

¹³ Este posicionamento é compartilhado por diversos precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tais como: (i) Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2008376-38.2023.8.26.0000. Desembargador Relator Fortes Barbosa. Julgado em 14 de abril de 2023; (ii) Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2026822-89.2023.8.26.0000. Desembargador Relator Ricardo Negrão. Julgado em 06 de dezembro de 2023; (iii) Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2134449-55.2023.8.26.0000. Desembargador Relator J. B. Francisco De Godoi. Julgado em 07 de agosto de 2023; (iv) Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 1113933-27.2020.8.26.0100. Desembargador Relator Cesar Ciampolini. Julgado em 05 de dezembro de 2022; (v) Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Embargos de Declaração Cível nº 2008376-38.2023.8.26.0000/50000. Desembargador Relator Fortes Barbosa. Julgado em 19 de maio de 2023.

legislação societária, mas, também, de ensinamentos clássicos da doutrina para uma abordagem eficaz de aspectos relacionados às sociedades limitadas.

Por fim, é de se pontuar que os novos quóruns estabelecidos pela Lei nº 14.451/2022 demonstram um maior alinhamento com o princípio majoritário e, também, com as concepções de Berle e Means, na obra *“The Modern Corporation and Private Property”*, e de F. K. Comparato, na obra *“O Poder de Controle na Sociedade Anônima”*, sobre a conceituação de poder de controle. Não obstante, essa mudança legislativa promove maior proteção aos interesses da maioria dos sócios e maior agilidade na tomada de decisões, refletindo uma adaptação necessária às demandas do contexto empresarial contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ARAKE, Henrique Haruki; TOMAZETTE, Marlon; **Aplicabilidade Imediata da Mudança de Quórum nas Deliberações da Sociedade Limitada**. Migalhas, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/374648/mudanca-de-quorum-nas-deliberacoes-da-sociedade-limitada>. Acesso em 11 de maio de 2024.

BERLE JR., Adolf A.; MEANS, Gardiner C. **The Modern Corporation and Private Property**. New York: The Macmillan Company, 1933.

CHAMPAUD, Claude. **Le pouvoir de Concentration de la Société par Actions**. Paris: Sirey, 1962.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo Manual de Direito Comercial: direito de empresa**. 29ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. 8ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et. al.*, **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense. 2000.

PRADO, Viviane Muller. **Noção de grupo de empresas para o direito societário e para o direito concorrencial**. In: Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais. n. 2, mai.-ago., 1998. p. 151.

RAMUNNO, Pedro A. L. **Controle societário e controle empresarial: uma análise de influência sobre o controle empresarial pelo Estado brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2017.

RAMUNNO, Pedro A. L. **Inversão do Ônus da Prova em Contratos Empresariais**. In: Pedro A. L. Ramunno. (Org.). *Contencioso Societário e Novas Perspectivas do Direito Empresarial*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

ZANCHIM, Kleber Luiz. **Contratos Empresariais, Categoria – Interface com Contratos de Consumo e Paritários – Revisão Judicial**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

As diferenças legais existentes entre o crime de importunação sexual (art. 215-A do CP) e o crime de assédio sexual (Art. 216-A do CP)

The legal differences existing between the crime of sexual importunity (art. 215-A of the CP) and the crime of sexual harassment (Art. 216-A of the CP)

Diana Brígida Silva Maia

Discente do 8º Período do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninorte

Gilberto Jorge Ferreira da Silva

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Acre - UFAC. Defensor Público no Estado do Acre. Professor do Centro Universitário UNINORTE. Especialista em Direito Processual Civil pela UCAM. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC

RESUMO

Introdução. Ao longo das últimas décadas, a legislação penal tem passado por alterações para abordar de maneira mais eficaz e abrangente as condutas que configuram atentados contra a liberdade sexual. O advento da Lei nº 13.718/2018 introduziu o crime de importunação sexual no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto o assédio sexual já estava previsto anteriormente, mas com contornos distintos. Objetivo. Analisar as diferenças conceituais, elementos constitutivos e consequências jurídicas desses crimes, destacando a relevância de uma compreensão clara e precisa para a efetiva aplicação da justiça. A comparação entre a importunação sexual e o assédio sexual não apenas contribuirá para a compreensão mais detalhada dessas infrações, mas também promoverá reflexões sobre a adequação das normativas vigentes à proteção dos direitos individuais, especialmente no que tange à dignidade e liberdade sexual. Método. Através do embasamento teórico produziu-se uma análise comparativa entre o crime de importunação sexual e do assédio sexual. Resultados.



A importunação sexual possui pena mais severa, variando de 1 a 5 anos de prisão, e não cabe o arbitramento de fiança. O assédio sexual, em razão de sua reiteração e agravamento das circunstâncias, prevê pena de 1 a 2 anos. A importunação sexual concentra-se em espaços públicos, como transportes coletivos, praças e eventos. O assédio sexual ocorre, em grande parte, no contexto profissional, embora possa se manifestar em outros cenários. Conclusão. a análise das diferenças legais entre importunação sexual e assédio sexual não é apenas um exercício teórico, mas uma contribuição concreta para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária. A definição precisa desses crimes, aliada à implementação efetiva das leis existentes, representa um passo significativo na direção da erradicação dessas violações, assegurando, assim, a plena fruição dos direitos sexuais e individuais de todos os cidadãos.

Palavras-chave: assédio sexual; importunação sexual; diferenças legais.

ABSTRACT

Introduction. Over the last few decades, criminal legislation has undergone changes to more effectively and comprehensively address conduct that constitutes attacks on sexual freedom. The advent of Law No. 13,718/2018 introduced the crime of sexual harassment into the Brazilian legal system, while sexual harassment was already foreseen previously, but with different contours. **Goal.** Analyze the conceptual differences, constituent elements and legal consequences of these crimes, highlighting the relevance of a clear and precise understanding for the effective application of justice. The comparison between sexual harassment and sexual harassment will not only contribute to a more detailed understanding of these infractions, but will also promote reflections on the adequacy of current regulations to protect individual rights, especially with regard to sexual dignity and freedom. **Method.** Through the theoretical basis, a comparative analysis was produced between the crime of sexual harassment and sexual harassment. **Results.** Sexual harassment has a milder penalty, ranging from 1 to 5 years in prison, and is subject to bail. Sexual harassment, due to its repetition and worsening of circumstances, provides for a more severe penalty, of 1 to 2 years, being more serious when committed by a hierarchical superior. Sexual harassment is concentrated in public spaces, such as public transport, squares and events. Sexual harassment occurs, to a large extent, in the professional context, although it can manifest itself in other settings. **Conclusion.** The analysis of the legal differences between sexual harassment and sexual harassment is not just a theoretical exercise, but a concrete contribution to the construction of a more just and egalitarian society. The precise definition of these crimes, combined with the effective implementation of existing laws, represents a significant step towards eradicating these violations, thus ensuring the full enjoyment of the sexual and individual rights of all citizens.

Keywords: sexual harassment; sexual harassment; legal differences.

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, a crescente atenção à violência sexual motiva a análise aprofundada de dois crimes em destaque: importunação sexual, introduzido no Código Penal pela Lei nº 13.718/2018, e assédio sexual, já contemplado em legislações anteriores.

A resposta legislativa, representada pelo incremento normativo, reflete a urgência de coibir condutas libidinosas em locais públicos. A tipificação da importunação sexual suscita questionamentos sobre suas relações e diferenças em relação ao já existente crime de assédio sexual. Ambos os delitos, centrados na violência sexual, exigem uma análise criteriosa das nuances intrínsecas e circunstâncias específicas. O presente estudo busca explorar essas diferenças legais, indo além das definições estatutárias, visando compreender as implicações jurídicas, sociais e culturais de cada infração.

A indagação central deste estudo é: Quais são as distinções jurídicas fundamentais entre o crime de importunação sexual, incluído no Código Penal pela Lei nº 13.718/2018, e o crime de assédio sexual, já abordado em legislações anteriores, considerando elementos constitutivos, penalidades estipuladas e contextos de ocorrência, e de que maneira essas divergências influenciam a implementação da justiça e a salvaguarda das vítimas? Para responder a essa pergunta, conduziu-se uma pesquisa minuciosa através de consulta bibliográfica sobre a temática, abordando aspectos conceituais e legais relacionados às diferenças jurídicas entre os artigos 215-A e 216-A do Código Penal brasileiro.

Desta maneira, o presente trabalho está dividido em três tópicos, sendo o primeiro voltado para explicação acerca da garantia dos direitos humanos, elucidando sobre a dignidade da pessoa humana e da igualdade de gênero. Já no segundo tópico, voltou-se a trazer à tona a lacuna na legislação penal sobre os crimes contra a dignidade sexual e os fatores que impulsionaram o Projeto de Lei 13.718/18. Por fim, no terceiro tópico trata-se das diferenças jurídicas existentes entre os artigos 215-A e 216-A do Código Penal brasileiro, tecendo-se a definição legal e os elementos constituintes do crime de importunação sexual e do crime de assédio sexual, bem como a sua diferenciação.

Ao desbravar as particularidades desses crimes, espera-se contribuir para uma visão mais completa do panorama jurídico relacionado à violência sexual, fornecendo subsídios para aprimoramentos legislativos e a eficácia das medidas de combate e prevenção. A compreensão detalhada das divergências entre importunação sexual e assédio sexual não apenas enriquece o debate acadêmico, mas também incide diretamente na promoção de uma sociedade mais justa e igualitária, onde os direitos sexuais e a dignidade das pessoas são preservados de maneira integral.

A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira de 1988 (Brasil, 1988), baseou-se no Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil, e é um princípio sustentador baseado na Organização Nacional das Nações Unidas (ONU) em 1948. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada em 1948, afirma em seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Além disso, de acordo com o artigo 170 da Constituição Federal Brasileira de 1988 (Brasil, 1988), a existência digna é o princípio do sistema econômico brasileiro.

Em síntese, percebe-se que a redação dos dispositivos acima expressa que a dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada ao princípio da igualdade, interpretado em conjunto para alcançar a autonomia individual e o respeito integral a cada cidadão. No entanto, antes de discutir sobre a relação entre as normas constitucionais em questão, é necessário definir o que são dignidade e igualdade.

Em primeiro lugar, a principal característica dos direitos humanos é a sua natureza inerente, ou seja, todos os seres humanos têm direitos humanos independentemente da raça, sexo, nacionalidade, religião, etc., porque é o valor de cada ser humano. Além disso, são universais, inalienáveis, indivisíveis, inter-relacionados, interdependentes e, em alguns casos, limitados (Nações Unidas do Brasil, 2023).

Nesse sentido, o Estado tem o dever de garantir e proteger os privilégios inerentes a todos os governados sem comprometer a liberdade de cada um. A dignidade humana é considerada um dos direitos fundamentais, mas nem sempre. No passado, a noção de *status* estava intrinsecamente ligada à ideia de valorização apenas daqueles que ocupavam posições de destaque na sociedade, ou seja, àqueles que eram vistos como possuidores de caráter e dignidade. Depois de várias atrocidades humanas, o conceito de que a dignidade é propriedade de todos e nenhuma distinção passa a existir, Kant acreditava que pessoas dignas podem agir de acordo com seus próprios interesses, é sua liberdade que é limitada pela liberdade do outro (Frias; Lopes, 2015).

Segundo Balbinotti (2018), a dignidade pode ser dividida em três tipos: Como atributo intrínseco, com base na interpretação do artigo 5º da CRFB/88, nunca é necessário adquirir determinada qualidade para tê-la ou mesmo impossível perdê-la, basta existir e considerar seus interesses em pé de igualdade com os demais membros da comunidade; devido aos atributos extrínsecos, previstos no artigo 170 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), no conceito de que as condições externas atingem diretamente a dignidade, quando há um mínimo. Isso é observado no limite e os sujeitos podem deixar de ser vistos como dignos quando se encontram em situações degradantes e desumanas; e por causa do valioso patrimônio adquirido, principalmente a autonomia individual, há, em sentido, pessoas de valor devem ter a liberdade de fazer escolhas (Frias; Lopes, 2015).

Da igualdade de gênero

A previsão da igualdade de gênero foi inserida no princípio da isonomia, ambos presentes na Declaração dos Direitos Humanos e no artigo 5º (Brasil, 1988) da Constituição Federal de 1988, inciso I e *caput*, acrescentando respectivamente:

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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição

Em síntese, a Constituição Federal (Brasil, 1988) prevê a igualdade entre homens e mulheres em prol da cidadania, da convivência sustentada no equilíbrio social e na luta contra as desigualdades. Além disso, no título do respectivo artigo, a existência de igualdade formal e material é estabelecida a igualdade de tratamento de todos os indivíduos, ao afirmar que os sexos gozam de direitos e assumem deveres igualmente.

Nas palavras de Chagas (2019), o primeiro termo deve ser observado a partir de dois tipos de igualdade, mostrando que as diferenças não são ignoradas e apontando que o gênero não deve ser o critério de discriminação negativa, ou seja, fixar menos direitos e deveres de um gênero.

Quando uma mulher é discriminada, sua dignidade é naturalmente violada e sua igualdade perante o todo é ignorada. Além disso, a participação estagnada das mulheres nas esferas política, social, econômica e cultural as deixam presas em estereótipos conservadores que permeiam a esfera social, ao invés de participar do processo de mudança sociocultural, que por sua vez parece ser reservado apenas aos homens. Infelizmente, as práticas discriminatórias são frequentemente caracterizadas por violência, seja física ou psicológica, ou outra forma de agressão física, como o assédio sexual (Solnit, 2017).

Esse comportamento remonta à cognição da mulher como objeto, ela não é digna de respeito, seu corpo pode ser violado por qualquer um a qualquer momento, de modo que ela assume a versão de não ser dona de si mesma e que, por isso, deve se submeter aos desejos do agressor (Solnit, 2017).

Segundo Almeida Junior e Barboza (2017), o desconhecimento da autonomia da mulher, bem como o desrespeito à sua integridade corporal, será a maior violação à sua dignidade. Em outras palavras, a inviolabilidade do corpo é o pré-requisito para a inviolabilidade da dignidade humana, que inclui também a dignidade sexual.

Como consequência, os direitos humanos estão sofrendo uma deterioração contínua, visto que estão sendo negadas as liberdades sexuais e físicas, bem como o acesso aos mesmos, este último devido ao temor constante de abuso ao participar das atividades comunitárias, devido à presença de programas sociais que, na prática, legitimam a violência contra as mulheres. Além disso, esteja ou não a igualdade material consagrada na Constituição Federal (Brasil, 1988), o que se observa é uma abstração, uma idealização de como deveriam funcionar os grupos sociais (Almeida Júnior; Barboza, 2017).

Para Cunha (2014), o ordenamento jurídico ainda é baseado em figuras masculinas, então a igualdade é alcançada comparando mulheres e homens, não havendo, portanto, neutralidade de gênero no tratamento. Assim, sem quebrar o tradicionalismo herdado do patriarcado, as expressões sexistas na forma de violações dos corpos das mulheres continuarão ocorrendo e impedindo a criação de uma consciência coletiva que mantenha os direitos, deveres, oportunidades, condições e direitos das mulheres como sujeitos.

A LACUNA NA LEGISLAÇÃO PENAL: CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Os crimes contra a dignidade sexual representam uma preocupação significativa nas sociedades ao redor do mundo. Estes crimes envolvem uma ampla gama de atividades que violam a integridade física, psicológica e moral das vítimas, muitas vezes causando traumas de longa duração.

Os crimes contra a dignidade sexual englobam uma série de delitos, incluindo estupro, assédio sexual, exploração sexual, pornografia infantil, entre outros. Eles são

caracterizados pela exploração não consensual da sexualidade de uma pessoa, muitas vezes envolvendo coerção, violência e abuso de poder. Esses crimes atentam contra os direitos fundamentais das vítimas, como o direito à liberdade, à integridade física e à dignidade (Balbinotti, 2018).

Várias causas são subjacentes para a ocorrência desses crimes. Entre elas, destaca-se a desigualdade de gênero, que perpetua estereótipos e normas sociais que facilitam o abuso sexual. A cultura do estupro, por exemplo, normaliza a violência sexual e a culpa das vítimas, tornando mais difícil a denúncia e a punição dos agressores. A impunidade, a falta de educação sexual adequada e o acesso limitado aos serviços de saúde e apoio também são fatores que perpetuam crimes (Santos, 2018).

As consequências dos crimes contra a dignidade sexual são vastas e impactantes. As vítimas frequentemente sofrem danos psicológicos, como transtorno de estresse pós-traumático, depressão e ansiedade. Além disso, esses crimes podem prejudicar a saúde física das vítimas e levar a problemas de saúde sexual. Em muitos casos, a estigmatização e o isolamento social podem agravar o sofrimento das vítimas (Solnit, 2017).

Os crimes contra a dignidade sexual representam uma violação dos direitos humanos e têm um impacto significativo nas vítimas e na sociedade em geral. A prevenção e a proteção evitam esforços para superar os desafios relacionados à subnotificação, coleta de evidências, estigmatização e impunidade (Tanferri; Cachapuz, 2015). É fundamental promover uma cultura de respeito e consentimento, bem como apoiar as vítimas no processo de recuperação e busca de justiça. Somente assim a sociedade pode trabalhar para erradicar esses crimes e proteger a dignidade sexual de todos os seus membros.

Fatores que Impulsionaram o Projeto de Lei 13.718/18

A evolução é um dos primeiros fatores pelos quais a legislação sofre alterações à medida que a sociedade se desenvolve. Como resultado, surgiram novos comportamentos típicos em crimes que violam a dignidade sexual, mas os aplicadores das regras enfrentam lacunas no sistema jurídico e casos de analogia.

O Brasil tem enfrentado sérias dificuldades em lidar com casos de agressões sexuais que têm sido amplamente divulgados, destacando-se, especialmente, o incidente ocorrido em 2017 no estado de São Paulo. Nesse caso, um homem foi preso por ter ejaculado em uma mulher dentro de um transporte público. Apesar de ter sido acusado e condenado pelo crime de violação, após sua libertação, ele reincidiu, repetindo o mesmo ato com outra vítima, em circunstâncias semelhantes. Esse incidente exemplifica a falha do sistema em proteger as vítimas e em prevenir a reincidência de agressores sexuais, destacando a urgência de reformas e políticas mais eficazes para combater e deter tais comportamentos criminosos (Rosa; Tomaz; Reis, 2017).

No entanto, uma decisão do juiz do Tribunal de Justiça de São Paulo, José Eugenio Souza Neto, classificou o caso como importunação ofensiva ao pudor. Conforme já discutido, a classificação do estupro é altamente ofensiva e está incluída nas normas relacionadas aos crimes hediondos e depende da materialidade do fato de a violência física ou ameaças graves constrangerem a vítima e causarem danos à vítima. A punição foi desproporcional

ao ato cometido. Neste contexto, os responsáveis pela aplicação da lei consideraram que o caso deveria ser classificado como assédio indecente porque envolvia uma pena mais leve e um nível mais baixo de conduta ofensiva.

Em outras palavras, a contenção é a ideia de que o perpetrador está forçando a vítima. Portanto, segundo o entendimento da comunidade jurídica, uma pessoa impedida não pode se defender num caso desta natureza e deve pensar em uma forma de violar seus direitos, como menciona Tanferri e Cachapuz (2015). A simples violação do direito da vítima à liberdade sexual desencadeia uma obrigação do Estado, através dos seus poderes punitivos, de apoiar legalmente a oposição a condutas desta natureza.

O doutrinador Cunha (2018, p. 02) discorreu acerca disso, já mencionando a nova tipificação do Código pela estabelecida pela Lei 13.718/18, que:

[...] sob o argumento de que não se tratava de estupro, mas de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP), o que não autorizava, isoladamente, a decretação da prisão preventiva (art. 313 do CPP). A decisão gerou intenso debate sobre a correta tipificação da conduta praticada, ou seja, se efetivamente se tratava de infração de menor potencial ofensivo ou se havia crime hediondo de estupro. O art. 215-A sem dúvida contempla condutas semelhantes e lhes atribui punição intermediária (Brasil, 2018).

Diante da ausência de previsão legal para punir adequadamente práticas ofensivas à dignidade sexual, os legisladores têm buscado soluções para remediar essa lacuna jurídica. A incerteza em relação aos tipos de crimes ocorridos motivou essa busca por mecanismos legais que abordassem essas ofensas de forma mais eficaz. Dado esse contexto, em que há um vazio na legislação e os juízes enfrentam dificuldades em classificar os casos que se enquadram em uma legislação anteriormente estabelecida, muitas vezes é inadequado classificar tais condutas como simples assédio.

Consequentemente, o legislador optou por unificar as diferentes formas de comportamento que não estão claramente definidas nas disposições penais, consolidando-as em uma única lei. Essa iniciativa busca proporcionar uma base legal mais sólida para punir com rigor práticas que atentam contra a dignidade sexual, adaptando-se às necessidades e desafios contemporâneos enfrentados pela sociedade.

DAS DIFERENÇAS JURÍDICAS EXISTENTES ENTRE OS ARTIGOS 215-A E 216-A DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Da definição legal e os elementos constituintes do crime de importunação sexual

A Lei nº 13.718, sancionada em 24 de setembro de 2018 (Brasil, 2018), introduziu mudanças significativas no artigo 215-A do Código Penal (Brasil, 1940), estabelecendo a tipificação dos ilícitos abordados neste estudo como importunação sexual, além de outras disposições. Esta legislação visa preencher lacunas jurídicas, abrangendo atos que anteriormente escapavam à punição, e revogando o artigo 61.º do Decreto-Lei n.º 3.688/41, que tratava da contravenção penal de atentado ao pudor. O artigo 215-A do Código Penal (Brasil, 1940) define o crime da seguinte forma: “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”. É crucial analisar as características da importunação sexual e sua natureza específica. Em primeiro lugar, o termo “importunação sexual” sugere uma forma de violência internalizada, onde o agente viola a honra, a dignidade e a liberdade sexual da vítima ao realizar atos que causam desconforto ou constrangimento (Caramigo, 2016).

Indo ao cerne do gênero, observando que o crime é um ato único, “executando” o ato primário e estritamente relacionado à realização do ato sexual, que oferece um escopo para a satisfação de uma finalidade específica de prazer sexual para o indivíduo, o infrator, ou terceiro, por contemplação Basta (Nucci, 2019). No entanto, a pessoa que tem a obrigação legal de agir e evitar o resultado (muitas vezes chamada de fiador) e opta por não impedir que a violação ocorra é punida por omissão culposa (Coutinho; Queiroz, 2020).

O ato libidinoso em questão deve ser perpetrado “contra alguém”, ou seja, deve ser dirigido a uma vítima específica e não a um grupo social. Para ele, o elemento normativo envolvido na ilegitimidade consubstancia-se no fato de o ofendido não consentir no ato sexual, devendo ter sido surpreendido pelas intenções lascivas do autor, que explora o contexto de desatenção tornar o ofendido torna-se difícil e inviável para a pessoa moralmente e degradantemente constrangida responder de qualquer forma (Bitencourt, 2019).

Se o consentimento fosse dado, a situação seria considerada atípica porque, geralmente, a satisfação sexual de uma pessoa autorizada não é uma ofensa criminal, mas um exercício legal da liberdade sexual. Enfatize que o envolvimento do corpo é essencial para a realização. A esse respeito, compilei uma passagem de Bitencourt (2019, p. 86):

A satisfação sexual do agente não se esgota no ato em si, mas reside, fundamentalmente, na sensação de estar satisfazendo sua lascívia no contato, não autorizado, com outra pessoa, em ambiente público, se expondo para a indefesa vítima, roubando-lhe a satisfação unilateral de sua lascívia ou, eventualmente, também a de terceiro. É como se o agente não se satisfizesse somente com a prática do ato libidinoso propriamente, mas com o fato de ser furtivo, desautorizado e em público. É, pode-se afirmar, verdadeiramente, uma perversão sexual do agente.

A intencionalidade é o elemento subjetivo desse tipo. O sujeito ativo tem consciência e vontade, e o sujeito passivo não concorda. Não se reconhece a forma criminosa do crime envolvido. Conforme previsto, o fator subjetivo específico é satisfazer o desejo sexual de próprio ou de terceiros. Nesse sentido, os interesses legítimos protegidos incluem a dignidade e a liberdade sexual, que visam assegurar o direito dos grupos vulneráveis a não serem perturbados por atos indecentes, preservando a possibilidade de rejeição de atitudes sexuais. Além disso, um objeto material refere-se ao destinatário do desejo. Com condão de caracterizar o crime de assédio sexual, a doutrinação Nucci (2019, p. 1.177) afirmou:

Trata-se de crime comum (pode ser cometido por qualquer pessoa); material (delito que exige um resultado naturalístico, consistente na efetiva prática do ato libidinoso, visível e certo para a vítima, acarretando-se lesão à sua liberdade sexual); de forma livre (a libidinagem podem ser realizada de qualquer maneira); comissivo (trata-se de crime de ação, conforme evidencia o verbo nuclear do tipo); instantâneo (o resultado se dá de modo imediato); de dano (consuma-se com a lesão à liberdade sexual de alguém); unissubjetivo (pode ser cometido por uma só pessoa); plurissubsistente (a regra é que a prática libidinoso envolva vários atos); admite tentativa.

A novidade penal é claramente subordinada, uma vez que não se aplica o disposto

no artigo 215-A do Código Penal se o fato corresponder ao tipo mais grave, o princípio do *bis in idem* deve ser respeitado, evitando-se assim a tipificação penal simultânea de atos isolados. Além disso, é punível com pena de prisão de 1 a 5 anos, sem previsão de multa, o que o torna um crime moderadamente agressivo. Ou seja, percebe-se que desde que a pena mínima é igual a 1 ano, se não envolver a solenidade da lei Maria da Penha (Brasil, 2006).

Se for fixada a pena de prisão inferior a 4 anos e cumprir os requisitos legais, a pena pode ser alterada para uma pena limitada ou pode ser estabelecido um sistema de denúncia preliminar. Além disso, as sentenças podem ser suspensas condicionalmente para condenações não superiores a 2 anos.

Para a concretização definitiva do assédio sexual, importa salientar que, salvo circunstâncias especiais, os processos criminais com competências conjuntas e todos os crimes contra a dignidade sexual são divulgados incondicionalmente, o procedimento deve ser mantido em sigilo para resguardar a privacidade da vítima.

Da definição legal e os elementos constituintes do crime de importunação sexual

De acordo com a secção inserida, o novo crime de assédio sexual trata a liberdade sexual da vítima como um bem jurídico protegido, ou seja, o seu direito de escolher quando, como e com quem fazer sexo. É um crime comum, ou seja, pode ser cometido por qualquer pessoa, independentemente do mesmo sexo/género ou não. A vítima pode ser qualquer pessoa, exceto em casos de vulnerabilidade (o que não impede a inclusão do facto de quando a vítima é vulnerável, desde que não haja contacto físico).

O elemento subjetivo é sempre uma intenção direta e específica, como um desejo que visa satisfazer o desejo próprio ou de terceiros, por exemplo, um simples toque ou “batida” no metrô não basta. Deve ser um ato malicioso que satisfaça os desejos do agente ao mesmo tempo que viola a liberdade sexual da vítima. O momento da concretização seria a própria prática do ato sexual, reconhecidamente penoso, mas difícil de configurar (como tentar colocar a “mão” no seio de alguém no ônibus e ser parado pelas pessoas).

No Brasil, após repetidos apelos para o estabelecimento de uma nova categoria de crime que abrangesse a proteção de outros atos que não o estupro, incluindo relações sexuais, foi introduzida a Lei nº 13.718/2018, que introduziu a Lei nº 13.718/2018, que introduziu a Lei 13.718/2018. O artigo 215-A passa a prever o crime de assédio sexual, tipicamente caracterizado pela “prática de atos sexuais contra uma pessoa sem o consentimento de outra pessoa, com a finalidade de satisfazer desejos próprios ou de terceiros”, culminando com pena de prisão de 1 a 5 anos, se o crime não constituir factos mais graves (Bitencourt, 2018).

Embora os legisladores ainda não tenham desenvolvido critérios objetivos para definir quais os atos sexuais que se enquadram na nova categoria de crime, vale a pena notar que, para constituir violação, o sujeito passivo deve ser coagido pela violência ou por ameaças graves. Por outro lado, novos tipos de crimes começam a coibir as ocorrências frequentes na sociedade brasileira (Coutinho; Queiroz, 2020).

Percebe-se que a grande diferença com o crime de estupro reside no fato desse

ser cometido mediante violência ou grave ameaça a praticar ato libidinoso, enquanto que na importunação sexual o sujeito pratica contra alguém ato libidinoso (Bitencourt, 2018).

Foi se suma importância a criação do novo tipo penal, pois melhor se amolda a condutas em que é desproporcional e, portanto, juridicamente ilegítimo o reconhecimento do crime de estupro. O novo art. 215-A do Código Penal é a elevação do atentado ao pudor à crime propriamente dito. O legislador, diante de uma aparente insatisfação social com a impunidade em casos midiáticos onde mulheres sofriam com “encoxadas”, ejaculações em si, e outros absurdos, na maioria das vezes no transporte público, teve por bem revogar a dita contravenção penal, que não estava servindo para proteção do bem jurídico, entendido como a dignidade sexual em amplo sentido (Lopes Jr *et al.*, 2018).

A conduta prevista é a prática contra qualquer pessoa e sem a autorização dessas, de ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. Conforme se nota, o tipo penal ficou mais aberto, dando margem para que diversos atos venham a se enquadrar na conduta prevista (Lopes Jr. *et al.*, 2018).

O artigo 215-A do Código Penal trata dos padrões comuns relacionados à importunação sexual, os quais são comparados com o crime de atentado ao pudor mencionado previamente no artigo 214 do Código Penal, embora este último tenha sido revogado pela Lei nº 12.015/09. É importante ressaltar que em 2009 ocorreram mudanças significativas nos crimes sexuais, impactando diretamente essas disposições legais.

Desta forma, a intenção do legislador é apoiar a dignidade humana, a liberdade sexual e a integridade de cada pessoa de uma forma mais relevante e significativa. Neste sentido, o antigo crime de obscenidade foi fundido com o crime de violação nos termos do artigo 213.º do Código Penal, pelo que nada há a dizer sobre a extinção do crime, uma vez que a lei fundiu os dois crimes. Digite no mesmo dispositivo (Santos, 2018).

O novo crime surge, portanto, como um delito acessório ao crime de estupro: exige-se constrangimento, mas não se exige violência e ameaça grave, que são as diferenças específicas entre esses crimes. É entendido como um ato livre, ou seja, a lei não regula seu comportamento por meio de atos específicos, mas permite que palavras, textos, gestos e outros meios sejam reconhecidos. O crime se concretiza através da prática do próprio ato sexual (Santos, 2018).

Por se tratar de uma modalidade de crime mais recente, ainda não há questões específicas a serem abordadas, mas atualmente sua principal característica é o agravamento da violência indecente ao crime. Pelas penas previstas, o novo delito é considerado crime de moderado potencial ofensivo e, nos termos do artigo 10, não é possível arbitrar fiança na ausência de sede policial. O artigo 322.º do CPP prevê, no entanto, que o processo pode ser suspenso no início do processo penal, em conformidade com o disposto no artigo 322.º. Artigo 89 nº 9.099 de 1995 (Lopes Jr. *et al.*, 2018).

Ademais, de acordo uma pesquisa realizada pelo Datafolha em novembro de 2017, dentre as 1.427 entrevistadas, 42% revelaram já ter sofrido assédio sexual, demonstrando ainda, que os locais onde o assédio ocorre com mais frequência são as ruas e o transporte público (Sartori, 2019).

Assim, em função da inadequação legislativa no tocante às condutas, e também em razão do aumento desse crime nos últimos anos (ou do crescimento da intolerância feminina em relação ao assédio) é que começou a tramitar no Senado a projeto de Lei que deu origem ao crime de importunação sexual (Sartori, 2019).

No que tange a titularidade da ação penal nos crimes de importunação sexual, insta salientar a inutilização da Súmula 608 do STF. Isto é, os crimes sexuais presentes no Capítulo I e II são de ação penal pública incondicionada, nos quais o Estado assume a responsabilidade de proteger as vítimas dessa violação de liberdade sexual, independente da ocorrência de contato físico contra o corpo da vítima ou se a conduta foi praticada mediante ameaça. Ressalta-se que anteriormente a regra geral se resumia ao condicionamento de representação da vítima e nos casos de vulnerabilidade permanecia incondicionada (Bittencourt, 2018).

A competência para julgar os casos de importunação sexual cometidos, a partir do surgimento dessa nova tipificação, será da Vara Criminal comum. No entanto, em casos de violência doméstica ou contra a mulher, a Lei da Violência Doméstica veda a aplicação da Lei 9.099 de 1995.

Da definição legal e os elementos constituintes do crime de assédio sexual

O crime de assédio sexual encontra-se previsto no art. 216-A, caput, do Código Penal brasileiro:

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 (Brasil, 1940).

Pode-se deduzir do artigo anterior que o tipo de crime não exige que o agente adquira uma vantagem ou benefício sexual para consumi-lo. Assim, a conclusão acontece no momento em que o autor consegue constranger a vítima por meio de sua condição de chefe.

A particularidade do tipo de crime de assédio sexual é que o autor humilha a vítima através da condição de profissional de nível superior a ela para obter vantagens sexuais. No entanto, os tipos não descrevem a prática do comportamento, apenas o embaraço das respectivas intenções. Portanto, esse crime consome mais rápido do que outros crimes sexuais, como estupro, abuso sexual e estupro fraudulento, onde a vítima é submetida ao crime.

Para Regis Prado (2020), o crime de assédio sexual só se aplica se não configurar crime mais grave. Sob esse ponto de vista, ele mencionou o crime de estupro, mas o crime de estupro precisa ser configurado com violência ou ameaças graves. Da mesma forma, Cezar Roberto Bittencourt (2019) afirmou que a prática de qualquer ato sexual é desnecessária e, caso ocorra, poderá configurar crime mais grave, ou simplesmente esgotar o tipo de crime em questão, dependendo da natureza do ato e o uso de meios.

Ressalte-se que Bittencourt (2019) optou inicialmente pelo crime de exaustão. Ele

só considera a possibilidade de estupro qualitativo ou atentado violento ao pudor se a vítima não resistir e usar violência ou ameaças graves. No entanto, autores como Rogério Sanches Cunha (2022), nas palavras de Bittencourt (2019) e Fernando Capez (2020,), defendem que Bittencourt reconhecia o uso da violência como meio de assédio sexual, hipótese descartada pelos próprios autores:

(...) não defendemos o emprego de violência, como um dos meios de execução do assédio sexual, admitimos, apenas, a possibilidade de uma conduta mais contundente do assediador, sustentando adiante que a grave ameaça, que é uma espécie de violência (crime do art. 147), é absorvida pelo crime de assédio sexual (Bittencourt, 2019, p. 95).

Em defesa da possibilidade acima, Bittencourt (2019) exemplifica a viabilidade do não uso da força no assédio sexual ao exemplificar o fato de que os atos reais, assim como a violência prevista no dano racial, não constituem dano físico. Assim como a violência concebida como dano racial não configura dano físico, o estupro se distingue do assédio por um elemento subjetivo: a intencionalidade.

Em resumo, quando os tipos penais se esgotam, ou seja, quando se atinge o limite objetivo das disposições criminais, é importante compreender que o assédio sexual não se restringe apenas a gestos pacíficos ou favores sexuais. Embora não necessariamente sejam preenchidas todas as mesmas circunstâncias, o crime de assédio sexual pode ser considerado como uma medida auxiliar, o que significa que pode ser aplicado na ausência de um crime mais específico. Este reconhecimento destaca a gravidade do assédio sexual e sua importância como um delito autônomo, capaz de ser invocado para proteger a integridade e dignidade das vítimas em situações diversas.

Da diferenciação entre os crimes de assédio e importunação sexual

Os crimes sexuais representam uma grave violação dos direitos individuais e da dignidade das pessoas, exigindo uma análise criteriosa e uma aplicação justa da legislação pertinente. No Brasil, a Lei 12.015/2009, introduziu importantes definições e distinções no que diz respeito aos crimes de assédio e importunação sexual. Este trabalho tem como objetivo analisar e elucidar as diferenças fundamentais entre esses dois tipos de delitos, fornecendo uma compreensão mais clara das suas características e consequências legais.

A legislação brasileira define o assédio sexual, conforme o artigo 216-A do Código Penal, como a prática de constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Por outro lado, a importunação sexual, conforme estabelecido no artigo 215-A do mesmo código, caracteriza-se pela prática de ato libidinoso sem a anuência da vítima, com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. Enquanto o assédio sexual envolve um constrangimento mediante vantagem ou favorecimento sexual, a importunação sexual se refere à prática direta de atos libidinosos não consentidos.

O assédio sexual frequentemente ocorre em ambientes de trabalho, instituições de ensino ou outros contextos nos quais há uma disparidade de poder entre o agressor e a vítima. Nesses casos, o agressor se aproveita de sua posição de superioridade hierárquica ou influência para constranger a vítima a aceitar suas investidas sexuais. Já a importunação

sexual pode ocorrer em locais públicos, transporte coletivo, festas, entre outros ambientes, e está relacionada à prática direta de atos de cunho sexual sem consentimento da vítima, causando desconforto e constrangimento.

As penas para o assédio sexual e a importunação sexual variam de acordo com as circunstâncias específicas de cada caso, mas ambas são consideradas crimes sexuais e estão sujeitas a punições previstas no Código Penal brasileiro. A compreensão e distinção entre esses delitos são fundamentais para uma aplicação justa da lei e para garantir a proteção adequada das vítimas.

Em suma, a diferenciação entre os crimes de assédio e importunação sexual, conforme estabelecida pela Lei 12.015, é essencial para uma compreensão mais precisa dos limites do comportamento aceitável e para promover uma cultura de respeito e consentimento. A análise detalhada das características e consequências legais desses delitos contribui para uma melhor aplicação da legislação e para o combate efetivo à violência sexual em todas as suas formas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final desta investigação das diferenças legais entre o crime de importunação sexual e o crime de assédio sexual, emerge uma compreensão mais profunda sobre essas duas infrações que impactam diretamente a integridade e a liberdade sexual. A análise minuciosa dos elementos constitutivos, penas estabelecidas e contextos de ocorrência desses crimes revela nuances importantes que não apenas diferenciam, mas também evidenciam a complexidade inerente ao tratamento da violência sexual no cenário jurídico brasileiro. A tipificação da importunação sexual pela Lei nº 13.718/2018 representou um avanço no combate a comportamentos libidinosos não consensuais em espaços públicos, sublinhando a importância da proteção das vítimas e da criação de ambientes seguros. Em contraste, o assédio sexual, já contemplado em legislações anteriores, persiste como uma manifestação intrínseca a contextos laborais, enfatizando a necessidade de medidas preventivas e punitivas específicas para assegurar ambientes de trabalho livres de práticas invasivas.

A comparação entre esses delitos não apenas esclarece distinções jurídicas, mas ressalta a importância de abordagens diferenciadas na prevenção, aplicação da lei e proteção das vítimas, reconhecendo que a violência sexual não é homogênea e demanda estratégias adaptadas aos diferentes contextos.

Dessa forma, concluímos que a compreensão das diferenças legais entre importunação sexual e assédio sexual é crucial para o aprimoramento contínuo do sistema jurídico no enfrentamento desses desafios. A sociedade deve ser constantemente instigada à reflexão sobre as práticas, valores e normas que permeiam as relações interpessoais, contribuindo para a construção de ambientes mais seguros, justos e igualitários. Neste sentido, este estudo busca não apenas elucidar as divergências legais entre esses crimes, mas também incentivar um diálogo mais amplo sobre a erradicação da violência sexual em todas as suas formas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Débora. **A Análise da Tutela da Importunação Sexual no Ordenamento Penal Brasileiro**. Revista VirtuaJus, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 207-232, 2019. Disponível em: <http://200.229.32.43/index.php/virtuajus/article/view/20608>. Acesso em: 06 abr. 2023.

BALBINOTTI, Izabele. **A violência contra a mulher como expressão do patriarcado e do machismo**. Revista da Esmesc, Florianópolis, v. 25, n. 31, p. 239-264, 2018. DOI: <https://doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v25i31.p239>. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/191/165>. Acesso em: 17 abr. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Anatomia do crime de importunação sexual tipificado na Lei 13.718/2018**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-30/cezar-bitencourt-anatomia-crime-importunacao-sexual>. Acesso em: 15 abr. 2023.

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: 25 abr. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

CARAMIGO, Denis Caramigo Ventura. **Importunação ofensiva ao pudor: uma contravenção penal sexual**. Revista Jus Navigandi, Teresina, v. 21, n. 4845, out. 2016, p. 1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45772>. Acesso em: 06 abr. 2023.

CHAGAS, Inara. **Inciso I: Igualdade de Gênero**. Politize!, maio 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/igualdade-de-genero/>. Acesso em: 23 abr. 2023.

COUTINHO, Lilian; QUEIROZ, Paulo. **Crimes Contra a Honra e Contra a Dignidade Sexual**. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2020. p. 120.

CUNHA, Bárbara. **Violência contra a mulher, direito e patriarcado**: perspectivas de combate à violência de gênero. Revista UFPR, Curitiba, v. 1, n. 5, p. 149-170, out. 2014. Disponível em: <http://www.direito.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2014/12/Artigo-B%C3%A1rbara-Cunha-classificadoem-7%C2%BA-lugar.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2023.

CUNHA, Rogério Sanchez. **Manual de direito penal: parte especial (art. 121 ao 361)**. 8 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. **Considerações sobre o conceito de dignidade humana**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 649-670, Dec. 2015. DOI: <https://doi.org/10.12947/rdgv11n2649-670>.

org/10.1590/1808-2432201528. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000200649. Acesso em: 17 abr. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. v.3, 14 ed. Niterói-RJ: Impetus, 2017.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da; BRANBILLA, Marília; GEHLEN, Carla. **O que significa importunação sexual segundo a Lei 13.78/18?**. Revista Consultor Jurídico. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118>. Acesso em: 16 set. 2023.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **O que são os direitos humanos?**. Nações Unidas Brasil, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em: 25 mar. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROSA, André; TOMAZ, Kleber; REIS, Vivian. **Homem solto após ejacular em mulher em ônibus é preso de novo ao atacar outra passageira**. G1 SP, 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/homem-e-preso-suspeito-de-ato-obsceno-contra-mulher-em-onibus-3-caso-em-sp.ghtml>. Acesso em: 20 out. 2023.

SANTOS, Sílvia Chakian de Toledo. **Novos crimes sexuais, a Lei 13.718/18 e a questão de gênero na aplicação do Direito**. Revista Consultor Jurídico. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018>. Acesso em: 16 set. 2023.

SARTORI, Caline F. *et al.* **A tipificação do crime de importunação sexual à luz da teoria contratual de Pateman**. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/197782>. Acesso em: 16 set. 2023.

SOLNIT, Rebecca. **Os Homens Explicam Tudo Para Mim**. São Paulo: Cultrix, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

TANFERRI, Andressa Silveira; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Da necessidade de um tipo penal intermediário no crime de estupro em face da desproporcionalidade da pena**. Revista do Direito Público, v. 10, n. 1, p. 47-74, 2015. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/20999>. Acesso em: 16 set. 2023.

Capítulo 20

Fundamentos e princípios basilares no processo de licitação pública

Amós Alves Santos

Advogado e Professor universitário. Doutor em Direito, pela Christian Business School. Mestre em Teologia, Gestão e Ética pela Faculdade EST. Especialista em Direito Civil, Direito Educacional, Didática do Ensino Superior. Possui graduação em Pedagogia pela Faculdade do Sertão (2010), graduação em Teologia pela Faculdade de Teologia de Boa Vista (2010), graduação em Administração pela FAI-Faculdades Alto Iguaçu (2014), graduação em Direito pelo Instituto de Educação Superior Unyahna de Salvador - IESUS (2019). Foi diretor da Faculdade de Ciência e Tecnologia da Bahia. É professor e assessor jurídico da Faculdade de Ciência, Tecnologia da Bahia-FACITE, professor da Faculdade Regional do Jacuípe, advogado e assessor jurídico da Faculdade Regional do Jacuípe, professor e consultor educacional da Faculdade de Informática de Ouro Preto do Oeste-FIOURO e Faculdade Regional do Amazonas-FAM. Foi professor e consultor da Faculdade de Educação de Patos de Minas - FAEP. Professor e assessor jurídico da Faculdade Regional de Riachão do Jacuípe-FARJ. Tem experiência nas áreas de Gestão de Instituição de Ensino Superior, gestão de projetos educacionais e na área de ensino, tem experiência com o magistério superior, atuando com disciplinas nas áreas do Direito, Educação, Filosofia, Ética e Gestão, capacitação, treinamento pedagógico, aperfeiçoamento e capacitação profissional

Beckembauer Silva Rodrigues

Advogado. Doutor em Direito, pela Christian Business School (2023). Possui Graduação em Direito pelo Escola Superior Batista do Amazonas - ESBAM (2017), Graduação em Ciências Contábeis pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas - CIESA (2008), Possui Pós-graduação em Direito do Trabalho, Pós-graduação em Direito Educacional, Pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal, Pós-graduação em Direito Público, Pós Graduação em Perícia e Auditoria - Faculdade Serra Geral (2022)

Elaine Rodrigues Bianco

Consultora Educacional, Professora universitária, Preposta. Doutora em Direito, pela Christian Business School. Mestre em Saúde, Especialista em Direito Educacional, Especialista em Recursos Humanos. Possui graduação em Psicologia e Odontologia. Ampla experiência na área organizacional, avaliação de desempenho, pesquisa de clima, diagnóstico organizacional, departamento pessoal, recursos humanos, recrutamento e seleção

RESUMO

Este trabalho visa auxiliar os administradores públicos e demais interessados na aplicação da lei, principalmente no que diz respeito às novas e mais importantes ferramentas da administração pública. Essa necessidade justifica-se pelo fato de que a nova lei traz questões práticas, desafios e controvérsias que requerem reflexão e orientação. A importância do tema se justifica tanto em um contexto social, que trará melhoria de vida para a população, quanto em um âmbito acadêmico, ao reunir todo o arcabouço teórico disponível. O método adotado para o desenvolvimento deste estudo será a pesquisa bibliográfica, através de procedimento de coleta de dados, os quais disponibilizam estudos empíricos e de revisão de literatura sobre o tema abordado. O objetivo deste artigo é explorar os métodos de que dispõe a gestão pública ao utilizar de forma consciente o orçamento disponível para a manutenção de bens e serviços, além de descrever a legislação e os princípios que os gestores devem seguir na prática licitatória, com características e modalidades do processo licitatório, seus aspectos penais e contratuais. De fato, os legisladores estão preocupados em estabelecer um prazo que permita que os administradores públicos e demais envolvidos no processo licitatório, como os operadores do direito,



se posicionem e entendam as novas regras.

Palavras-chave: nova lei de licitações; administração pública; lei 14.133/2021.

ABSTRACT

This work aims to assist public administrators and others interested in law enforcement, especially with regard to the new and most important tools of public administration. This need is justified by the fact that the new law raises practical issues, challenges and controversies that require reflection and guidance. The importance of the topic is justified both in a social context, which will improve the lives of the population, and in an academic context, by bringing together all the theoretical framework available. The method adopted for the development of this study will be bibliographical research, through a data collection procedure, which provides empirical studies and literature reviews on the topic addressed. The objective of this article is to explore the methods available to public management when consciously using the budget available for the maintenance of goods and services, in addition to describing the legislation and principles that managers must follow in bidding practice, with characteristics and modalities of the bidding process, its criminal and contractual aspects. In fact, legislators are concerned about establishing a deadline that allows public administrators and others involved in the bidding process, such as legal operators, to position themselves and understand the new rules.

Keywords: new bidding law; public administration; law 14,133/2021.

INTRODUÇÃO

Há uma necessidade urgente de comprar continuamente bens e serviços para manter as necessidades básicas e redundantes. É necessária compreensão da gestão pública para utilizar de forma consciente o orçamento disponível para a manutenção de bens e serviços (Meirelles, 1971). Neste caso, o dispêndio de fundos públicos deve obedecer a um conjunto de procedimentos e regras, a aplicá-los da forma mais vantajosa, com o menor dispêndio e com a melhor qualidade. Essa é uma tarefa complicada, pois pode provocar provocações do ponto de vista econômico, social e político da cidade e da área de atuação, por isso deve ser feita com muito cuidado e cautela para garantir seus direitos e proteção (Amorim, 2017).

Os legisladores brasileiros estabeleceram uma série de regras para regular a aquisição e venda. Cabe registrar a antiga Lei nº 8.666/93, qual foi substituída pela lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 e o art. 37 da Constituição Federal, que estabelece as regras para licitações e contratações, ainda na mesma esteira, temos a Lei nº 10.520/02 (Lei dos leilões).

O concurso licitatório é obrigatório para todas as administrações públicas e deve seguir os princípios recomendados (Costa, 2006). O art. 37 da Constituição, inciso XXI, cita que a gestão pública direta e indireta de qualquer poder da União, dos estados, do Distrito

Federal e do município obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia, observados os seguintes princípios, exceto nos seguintes casos: legislação, engenharia, serviço, compra e venda serão assinados por meio de um processo de licitação aberta para garantir que todos os licitantes estejam em igualdade de condições e estipulem os termos de cálculo das obrigações de pagamento como resultado, mantendo os prazos de validade da proposta, e permitindo tecnologias essenciais e requisitos de qualificação econômica para garantir o cumprimento das obrigações (Marinela, 2010).

Os princípios fundamentais da licitação publicam, são tão indispensáveis, que a lei nº 14.133/2021, dedicou seu artigo 5º para positivá-los, vejamos *in verbis*;

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) (Brasil, 2021, grifo nosso).

Assim, o presente estudo, se debruça, sob um tema muito importante no ordenamento jurídico brasileiro, pois a licitação é o instrumento qual se geri os recursos públicos, portanto, os gestores públicos só podem realizar a contratação direta caso a legislação abandone ou o processo licitatório não seja mais necessário.

Nesse contexto, a legislação específica, tornou-se cada vez mais importante, especialmente para a atual lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

No entanto, a legislação começou a se ocupar do assunto, com a antiga Lei nº 8.666/93, que foi ampliando com a regulação de questões anexas, como é o caso da Lei nº 10.520, de 2002, que regulamenta o horário de funcionamento.

A evolução da sociedade e a complexidade dos procedimentos licitatórios levaram a discussões sobre mudanças mais profundas na disciplina de licitações. Nesse contexto, podemos citar os eventos da Copa do Mundo de 2014 e os 31º Jogos Olímpicos de Verão de 2016, que desafiaram a forma tradicional de licitação e culminaram em um novo diploma legal (sistema de contrato diferenciado) Público – RDC, mas também se aplicam a alterações à atual lei geral de licitações e contratos administrativos.

A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, diante da lamentável pandemia do coronavírus, pontua obrigações de recrutamento mais leves e eficientes. Este fato é comprovado pela rápida aprovação do projeto de lei, com menos de uma semana entre o recebimento do texto e a aprovação, embora não revogue as disposições legais relevantes na legislação nacional, pois os próximos dois anos envolverão transições legislativas.

O presente estudo empregou a pesquisa bibliográfica como método primordial para a coleta de dados, recorrendo à exploração de bases de dados que abrigam uma ampla variedade de pesquisas e literatura pertinentes ao tema em questão. A pesquisa bibliográfica, reconhecida como uma ferramenta fundamental, viabiliza o acesso a estudos acadêmicos de acesso público, englobando fontes como livros, artigos, teses e monografias, entre outras fontes.

A metodologia adotada neste estudo foi de natureza descritiva, com uma clara ênfase na coleta de dados de natureza qualitativa e padronizada. Esse enfoque metodológico visa primordialmente à caracterização dos atributos de um fenômeno específico, direcionando esforços para a compreensão de sua essência, manifestação, origens, bem como suas interconexões, evoluções e desdobramentos, a fim de identificar as consequências mais relevantes emergentes desse contexto.

O objetivo deste estudo é explorar os métodos de que dispõe a gestão pública para utilizar de forma consciente o orçamento disponível para a manutenção de bens e serviços e descrever a legislação e os princípios que os gestores devem seguir na prática licitatória, as características e modalidades do processo licitatório, seus aspectos penais e contratuais, visto o desconhecimento atual do processo licitatório e o prejuízo causado pela falta de informação.

LICITAÇÃO

Conceito de licitação

Ao contrário do setor privado, a administração pública não tem liberdade na contratação de serviços, compra, venda e locação de bens, nem na contratação de projetos, pois o poder público, para a implementação desses procedimentos, deve cumprir rigorosamente a legislação. Licitação é uma competição que os entes governamentais devem promover, na qual os interessados disputam com quem tem uma determinada relação de propriedade hereditária, para que possam escolher, por conveniência, a sugestão mais favorável (Marinela, 2010).

O conceito competitivo de excelência requer uma luta de homogeneização em termos de pessoas e habilidades que possam cumprir adequadamente as obrigações propostas. A licitação é entendida como o procedimento por meio do qual a administração pública adquire bens e serviços que devem obedecer aos princípios constitucionais, efetua a construção, a alienação e o aluguel. Deve também respeitar a economia, a legitimidade das despesas, a racionalidade e a motivação das ações administrativas (Gomes, 2012).

Art. 37, XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (Brasil, 1988).

Tem como objetivo principal selecionar a proposta de contrato de gestão pública mais favorável com base nas regras e parâmetros previamente estabelecidos no edital de convocação, e principalmente no cumprimento das regras estipuladas na Lei de Licitações e Contratos Públicos (Lei nº 8.666/93). Rosa acredita que o termo “licitação” é um procedimento estipulado pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos, por meio do qual a administração pública deve dar continuidade ao processo de compra (Palavéri, 2009).

O processo licitatório é regulamentado por lei e visa garantir o respeito ao princípio da isonomia e o respeito às opções sugeridas de maior interesse para a administração pública para garantir a igualdade de oportunidades de todos os fornecedores. Nos últimos anos, o mercado globalizado mudou, exigindo que o país tenha uma postura proativa para encontrar formas de cortar custos e reduzir os custos e despesas das diversas atividades (Justen Filho, 2010). Para atingir esse objetivo, o Estado tem utilizado recursos para permitir aos gestores uma utilização mais eficaz dos recursos públicos, torná-los mais claros e públicos. Uma das principais formas é a realização de licitações de diversas formas (Correia, 2016).

Art. 2, parágrafo único, lei 8.666/93 - Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (Barros, 1994).

A legislação exige que a licitação não só permita a melhor opção entre as partes que assinaram contratos com o governo, mas também ofereça oportunidades iguais para as partes interessadas em assinar contratos com o estado. O mecanismo de recursos públicos também deve ser controlado para evitar desvios gerenciais, principalmente corrupção, apropriação indébita de recursos públicos e utilização de recursos públicos para seus verdadeiros fins (Diniz, 1997).

Art. 3º, Lei 8.666/93 - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (Barros, 1994).

O concurso é um procedimento administrativo para a administração pública se inscrever em serviços ou adquirir produtos. De acordo com o artigo da Lei nº 8.666/93 do Common Law, seu objetivo é proporcionar ao governo as melhores oportunidades de contratação de forma sistemática e transparente (Sundfeld; Monteiro; Rosilho, 1993). O concurso é um procedimento administrativo que visa selecionar a melhor proposta entre os licitantes que desejam firmar contrato com a administração pública. A ferramenta é baseada na competição entre pessoas que cumprem suas funções e talentos. Em tese, essas competições são necessárias para cumprir adequadamente as obrigações que se propõem a assumir (Gomes, 2012).

PRINCÍPIOS DO PROCESSO DE LICITAÇÃO

Legalidade, igualdade, moralidade e publicidade

Como em todos os procedimentos de gestão pública, o processo licitatório deve seguir os princípios da legalidade, igualdade, ética e transparência, de forma que os gestores só possam realizar ações claramente autorizadas por lei de forma neutra dentro dos limites éticos e de escopo (Palavéri, 2009).

Vinculação ao instrumento convocatório

Este é o princípio específico da licitação, exceto pela forma de convite (ou seja, carta-convite), esse tipo de documento geralmente é um anúncio. Tem por objetivo tornar o procedimento juridicamente seguro, o que é um ramo do princípio da legalidade (Aragão, 2005).

Julgamento objetivo

Para evitar qualquer análise subjetiva ou pessoal, a notificação deve determinar com clareza e precisão os critérios de seleção da proposta, a saber: “menor preço”, “melhor tecnologia”, “melhor tecnologia e preço”, “leilão” ou “maior lance”. Exceto para licitação, nenhum outro padrão é permitido (França, 2017).

No processo licitatório, parece que o princípio da impessoalidade está se desdobrando, mas tem sido reconhecido que essa objetividade nem sempre é absoluta, principalmente quando se exige qualificação técnica e somente quando é totalmente determinada pelo preço (Marinela, 2010).

Fiscalização

A administração pública deve fiscalizar com eficácia todos os procedimentos e etapas do processo licitatório para garantir a legalidade, padronização e sigilo da licitação. Não se limita a órgãos ou órgãos licitadores, também se aplica aos órgãos de controle da administração pública (corredores, órgãos de controle, tribunais de contas), ao Ministério de Relações Públicas e a qualquer órgão administrativo (Gomes, 2012).

Livre Competitividade

O maior número possível de participantes deve poder participar do processo licitatório, a fim de obter as melhores recomendações de contratação pública para garantir o cumprimento do princípio constitucional da igualdade. Nesse sentido, a antiga legislação, especialmente o artigo 3º da antiga Lei nº 8.666/93, estabelece em seu artigo §1:

Art. 3º [...] §1 Proíbe aos atores públicos: Reconhecer, prever (incluir) ou tolerar danos, restringir ou destruir seus termos ou condições competitivas na convocação, inclusive no caso de cooperativas, e com base em licitação. A naturalidade da pessoa, a localização ou domicílio da sede, ou quaisquer outras circunstâncias irrelevantes ou irrelevantes para o fim específico do contrato, determinam preferências ou diferenças, salvo o disposto nos artigos 5º a 12º deste artigo e deste artigo. Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, artigo 3º; II- Estabelecer distinção empresarial, jurídica, trabalhista, previdenciária ou de qualquer outra natureza entre empresas brasileiras e estrangeiras, incluindo moeda, forma de pagamento e local de pagamento, mesmo que envolva financiamento de instituição internacional, salvo disposição em contrário nos parágrafos seguintes e no Artigo 3 da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991 (Brasil, 1993).

Se tratando do princípio da livre competitividade, podemos avaliar os dispositivos, apresentados na nova lei, 14.133/2021, especialmente o título III e seus capítulos, que tratam dos contratos administrativos, contrapondo com título II, capítulo I, considerando os artigos 11 ao 17, onde se registra a livre competitividade.

Nesse sentido, cabe registrarmos o inciso II, do artigo 11º, onde se afirmar que o processo licitatório, tem como objetivo, “assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição”, deixando explícito, a preservação do princípio da livre competitividade como regra basilar do procedimento licitatório.

Padronização

Também conhecido como princípio dos procedimentos formais, estipula que o processo licitatório deve obedecer a todas as formalidades legais. A padronização também se estende à compra e utilização de equipamentos e produtos para garantir a consistência e cumprir as condições de manutenção, garantia e suporte técnico de futuros fornecedores para evitar desperdícios (Diniz, 1997).

DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL NA LICITAÇÃO

A licitação sustentável é garantir o cumprimento do princípio constitucional da isonomia, da seleção da proposta administrativa mais vantajosa e do desenvolvimento sustentável do país. Para incentivar esse desenvolvimento, o legislador aprovou a Lei nº 12.349/10, alterou a “Lei do Concurso”, e estipulou os critérios de desempate e margens preferenciais para dar prioridade a manufaturados e produtos e serviços ao cidadão (Chaves, 2011). O artigo 3, parágrafo 2 e parágrafo 5 da revogada Lei de licitações nº 8.666/93, estabelecia e priorizava empresas nacionais, visando promover a sustentabilidade interna do país, vejamos:

Art. 3º [...] §2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada a preferência por bens e serviços sucessivamente:

I- (revogado pela lei 12.349/10)

II- Produzido no País;

III- Produzido por empresa brasileira Ou render;

IV-Produzidos ou fornecidos por empresas que investem em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no país (Brasil, 1993).

Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021, apresenta também, o princípio da sustentabilidade, a respeito do requisito ambiental em relação as obras, fornecimento e serviços, especialmente de engenharia, assim, deverão existir critérios estabelecidos com base em estudos técnicos preliminares, com o objetivo de viabilizar a solução mais adequada. Podemos evidenciar o princípio da sustentabilidade no artigo 144 da lei nº 14.133/2021, vejamos:

(...) art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato (Brasil, 1993).

Nesse sentido, pode-se afirmar que, ao inserir padrões sociais, ambientais e econômicos na aquisição de bens, contratação de serviços e execução de empreendimentos, a licitação sustentável tem contribuído positivamente para a promoção do desenvolvimento

sustentável do país. Portanto, utiliza o poder de compra do setor público para gerar benefícios econômicos e socioambientais (Juruena; Friedrich, 2017).

Características gerais e definições

A Lei de Licitações estipula que, com exceção das exceções legais, as obras, compras, alienações, concessões, licenças, arrendamentos e serviços (inclusive publicidade) da administração pública devem ser anteriores à licitação. Também determinou que o procedimento será confidencial e, a menos que o conteúdo da proposta seja tornado público, todas as ações são públicas e acessíveis até que sejam tornadas públicas (Finger, 2013). O processo licitatório é iniciado e conduzido por uma comissão permanente ou especial de licitação composta por, no mínimo, três membros, dos quais pelo menos dois são servidores públicos qualificados que são funcionários efetivos de órgãos administrativos (Chaves, 2011).

Também deve ser observado que, a menos que haja justificativas suficientes e registradas na ata da reunião em que a decisão foi tomada, e a situação do investimento durante o período seja registrada, os membros do comitê de licitação serão conjunta e individualmente responsáveis por todas as ações do comitê. Até um ano, e todos os seus membros estão proibidos de renomear o mesmo comitê para um período subsequente (Chaves, 2011).

No processo licitatório são utilizadas as seguintes definições:

Obra: toda construção, reforma, fabricação, restauração ou expansão realizada direta ou indiretamente.

Atividade de serviço: uma atividade destinada a interessar a autoridade competente para um determinado propósito.

Compra: pagar de bens ou serviços prestados por órgãos da administração pública em prestações.

A alienação: transfere a propriedade dos bens da administração pública para um terceiro.

Obras, serviços e compras a granel: cujo valor estimado seja maior que 25 vezes o limite de 1.500.000,00 R.

Seguro Garantia: Seguro que garante o fiel cumprimento das obrigações da empresa em licitações e contratos administrativos.

A execução direta: é realizada diretamente pelos órgãos e entidades da administração pública por meios próprios.

A execução indireta do regime de contrato entre instituições ou entidades públicas e terceiros é a seguinte: contrato de preço global (obra ou serviço com determinado preço e preço total), contrato de preço unitário (obra ou serviço com determinado preço para determinadas unidades), tarefa (com determinado preço) O preço é ajustado para mão-de-obra para pequenos trabalhos, sejam ou não fornecidos materiais) ou contratos formais (toda a empresa, incluindo todas as fases de engenharia, serviços e instalações necessárias) (Chaves, 2011, grifo nosso)

Objeto da licitação

Os objetos da licitação podem ser: engenharia e serviços, serviços técnicos

profissionais, aquisição ou alienação. Além de arrendar, permitir ou utilizar bens públicos, e ainda permitir ou executar serviços públicos (Marinela, 2010).

Obras e serviços

As licitações de engenharia e prestação de serviços devem seguir a seguinte sequência: projeto básico, projeto administrativo e posterior execução de engenharia e serviços. Para ser objeto de licitação, o projeto e serviço devem contemplar: itens básicos aprovados pelo órgão competente e disponíveis para análise dos interessados em participar do processo licitatório; orçamento detalhado no meio eletrônico para indicar a composição de todas as suas despesas unitárias; recursos orçamentários de forma a garantir que as obrigações decorrentes da obra ou prestação de serviços concluídas no exercício em curso sejam pagas de acordo com os respectivos cronogramas, e de acordo com as circunstâncias aplicáveis e metas estabelecidas no “Plano Plurianual” (Garcia; Ribeiro, 2012).

A execução das obras e serviços deve ser sempre planejada como um todo, prever custos correntes e finais, e levar em consideração o prazo de execução, proibir atrasos inoportunos na execução das obras ou serviços ou nas suas prestações, salvo insuficiência de fundos ou motivos comprovados. A autoridade competente justifica devidamente a encomenda técnica (Gomes, 2012).

Serviços técnicos profissionais especializados

Os serviços técnicos profissionais são os trabalhos relacionados com o seguinte: investigação técnica, planejamento e projetos básicos ou de implementação; pareceres gerais, conhecimentos e avaliação profissionais; consultoria técnica ou consultores, auditorias financeiras ou fiscais; fiscalização, supervisão ou gestão de projetos ou serviços, patrocinar ou defender empreendimento judiciais ou administrativos, formar e aprimorar pessoal ou restaurar obras de arte e objetos de valor histórico (Pestana, 2008). Exceto em licitações que não possam ser executadas, os contratos de prestação de serviços técnicos profissionais devem ser celebrados preferencialmente por meio de licitação, com premiação ou remuneração previamente definida (Palavéri, 2009).

Compras

Sem a correta descrição de sua finalidade e recursos para custear o orçamento, não é possível fazer compras. Ao comprar, deve, na medida do possível, cumprir o princípio de padronização, que exige que as especificações técnicas e de desempenho sejam compatíveis e, quando aplicável, cumprir as condições de manutenção, suporte técnico e garantias fornecidas; processar por meio do sistema de registro de preços; cumprir compras semelhantes do setor privado e condições de pagamento para fins econômicos, subdividir em tantos lotes quantos forem necessários para aproveitar as peculiaridades do mercado; utilizar como orientação os preços praticados por órgãos e entidades da administração pública que contém as especificações completas dos bens a serem adquiridos, sem descrição de marca; definir a unidade e a quantidade a ser obtida de acordo com o possível consumo e uso e obter o valor estimado por meio de técnicas de estimativa quantitativa adequadas quando possível, para finalmente informar que não é permitido o uso as condições de armazenamento do material deteriorados (Diniz, 1997).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Um contrato administrativo é um contrato assinado pelo departamento da administração pública para atender às necessidades de interesse público. O contrato administrativo é um contrato de testeamento entre um órgão da administração pública e uma entidade privada ou outra entidade administrativa (instituição pública ou privada ou pessoa jurídica) com o objetivo de alcançar objetivos de interesse público. É determinado pelo próprio órgão da administração pública as condições mais bem definidas pela “Lei de Licitações” (Motta, 2004).

A formalidade normalmente, a forma é característica do contrato administrativo. Portanto, o contrato verbal com a administração pública é inválido, apenas para efeito de compra de pequeno valor à vista, assim se entende como contratos com valor não superior a R \$ 4.000,00 (quatro mil reais). Cada contrato administrativo deve indicar o nome e a finalidade das partes e de seus representantes, os atos autorizados a redigir, o número de licitações, dispensas ou inexecuibilidade e a submissão do contratante às regras estipuladas pela lei de licitações (Gomes, 2012).

Licitação prévia exceto no caso de isenção tributária e licitação obrigatória, deve ser realizada antes da assinatura do contrato administrativo, caso contrário, será inválida, devendo constar também no edital ou edital de licitação a futura minuta do contrato administrativo. As cláusulas exorbitantes existem apenas nos contratos administrativos e conferem certos privilégios ao serviço da administração pública para lhes conferir um estatuto superior ao do contrato celebrado (Motta, 2004).

As prestações de garantias, em cada caso, a critério da autoridade competente, e dentro do escopo especificado no edital de licitação, pode ser necessária a prestação de uma garantia não superior a 5% do valor do contrato de empreitada de obras, serviços e compras. O empreiteiro pode escolher um dos seguintes itens: Forma de garantia: deve ser emitida na forma de escrituração, por meio de seguro garantia na forma de dinheiro ou títulos de dívida pública registrados em sistema centralizado de liquidação e custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados por meio de avaliação, fiança bancária ou fiador definido pelo Ministério da Fazenda. Valor Econômico: de referir que para projetos de grande envergadura, serviços e materiais com elevada complexidade tecnológica e consideráveis riscos financeiros, o limite de garantia de 5% pode ser elevado para 10% do limite máximo, através de pareceres tecnicamente reconhecidos da autoridade competente. Valor do contrato: após a execução do contrato, a garantia prestada pela contratada será liberada ou devolvida, e as atualizações monetárias serão feitas em dinheiro (Palavéri, 2009).

Art. 76, Lei 14.133/2021 – A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: § 3º A Administração poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóvel, admitida a dispensa de licitação, quando o uso destinar-se a: II - pessoa natural que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, de ocupação mansa e pacífica e de exploração direta sobre área rural, observado o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009. § 4º A aplicação do disposto no inciso II do § 3º deste artigo será dispensada de autorização legislativa e submeter-se-á aos seguintes condicionamentos[...] (Brasil, 2021).

As principais modalidades de contratos administrativos de acordo com a finalidade dos contratos administrativos são geralmente divididas nas seguintes formas: contratos de construção, contratos de serviços, contratos de aquisição, contratos de cessão, parcerias público-privadas, contratos de gestão, contratos de concessão de uso da previdência pública, na execução de obras públicas, contratos de empréstimo público, consórcios e acordos. A hipótese de rescisão do anterior contrato administrativo de concessão de serviço público pode rescindir o contrato administrativo mediante assinatura do objeto, extinção do prazo ou rescisão do contrato (Chaves, 2011).

Os olhares contemporâneos que surgiram concomitantemente às condições sociais do pós-guerra originaram-se dos pontos de vista conceituais do direito administrativo com base no sistema de direito administrativo, sendo que a identificação do interesse público não existe diretamente na vontade ou nos interesses do povo. No direito administrativo moderno, é necessário enfatizá-la em certa medida, mas o poder público conceituou com um novo perfil (Chaves, 2011).

Nesse sentido, parece estar mais próximo da origem do pensamento contemporâneo, portanto, a finalidade do direito administrativo é dotar os agentes públicos dos poderes necessários para o bom desempenho de sua missão de gestão do interesse público, especialmente na sistematização dessa questão. Desde a autorização legal, os interesses públicos devem prevalecer sobre os interesses privados, desde que todos os elementos seja um conceito único de direitos e obrigações. Por todas essas razões, a busca por uma origem única (e um passado distante) para o conceito atual de interesse público (qualquer período anterior ao século XX) ao refletir um erro arqueológico intensificado. Em geral, acredita-se que nas teorias estrangeiras, principalmente no Brasil, existem vários elementos e materiais que podem ser utilizados para conceituar o direito administrativo e seu sistema básico, que são infinitos (Carvalho, 2009).

De fato, no início da década de 1980, mesmo sob o sistema constitucional fundamentalmente desfavorável houve a defesa junto ao governo com base nos direitos humanos e nas reivindicações populares, um sinal necessário da lei. Muito mais interessante do que tentar determinar o momento crítico de nascimento desse conceito, é estudar seu desenvolvimento e os elementos que constituem o modelo moderno, levando em consideração sua atual forte resistência ao interesse público e um senso de república (Borges, 2003).

Art. 72, Lei 14.133/2021 – O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos: I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo; II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei; III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos; IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido; V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária; VI - razão da escolha do contratado; VII - justificativa de preço; VIII - autorização da autoridade competente. Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial (Brasil, 2021).

A esfera pública está sendo colonizada pelo setor privado, pois a definição atual geralmente sugerida pela mídia e aceita por todos os setores da sociedade é no máximo

diferente do âmbito da responsabilidade. Aceitar a peça encenada em local público, e o público tem o direito de assisti-la. Já a rejeição de várias abstrações na era pós-moderna, o individualismo hedonista e os modelos emocionais econômicos e psicológicos (percebidos) amplamente usados na vida diária o deixaram perdido. Esse benefício vai além da situação específica de cada um e precisa ser melhorado (Duguit, 2001).

De acordo com as tendências atuais, a visão do interesse comum perdeu seu uso prático. Este símbolo é usado apenas em certas situações de símbolo, que foram amplamente elogiadas nesta palestra, mas não são necessárias na prática. Ao contrário da aparência determinada pela mentalidade pós-moderna, ela se recusa a definir a possibilidade de interesse público, e buscar sua identificação jurídica e política (ou mesmo moral) não é tarefa difícil. Definir o interesse público nada mais é do que conceituar justiça, eficiência e até moralidade. Além disso, este último princípio constitucional tem sido muito valorizado e aplicado ao direito (Gabardo, 2009).

Geralmente, não se recuse a limitar as características morais e legais desses conceitos, e os caracteres abstratos não podem ser considerados como obstáculos às suas condições básicas. Mas esta é uma crítica frequente. Afirma-se que o interesse público representa um conceito jurídico incerto e difícil, ou seja, o argumento de que o interesse público não pode ser determinado objetivamente. No entanto, essa pergunta retrata uma pergunta errada, pois a imprecisão do conceito de interesse público não exclui a possibilidade de seu significado. Assim como o conceito de beleza, os estudiosos da estética costumam ter visões completamente diferentes sobre as visões que o constituem (Freire, 2010).

No entanto, em geral, um consenso considerável foi alcançado sobre os padrões apropriados. Claro, pode não haver um consenso sobre o veredicto do júri do concurso de beleza, mas ninguém sonha em definir uma mulher processual ou funcionalmente. É por isso que não precisamos negar a existência de uma mulher bonita. Quando concretizado, o interesse público desaparecido (Freire, 2010).

Art. 6º, Lei 14.133/2021: XXVI – projeto executivo: conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes; (Brasil, 2021).

A incerteza conceitual pode até ser considerada afirmativa porque fornece a flexibilidade necessária para determinar a melhor resposta para um caso particular com base nos princípios do sistema jurídico. No que diz respeito ao conceito de flexibilidade pública é um pressuposto importante da existência social e diversa. Sua incerteza é uma característica típica de uma república democrática. No entanto, é necessário entender que nenhum meio pode ser usado para melhorar o sistema eleitoral ou alguma forma de amostragem estatística (geralmente a maioria) para melhorar ou determinar melhor o conteúdo de interesse público. Precisa ser debatido abertamente e tem um caráter institucional peculiar à realidade política consistente (Marinela, 2010).

O conceito de interesse público varia da descrição absoluta à dependência histórica completa. Em todo o caso, trata-se de um conceito que o direito administrativo foi e continuará a utilizar (embora de forma diferente) em todos os sistemas. Todas as empresas que entram nele o consideram especificamente. A doutrina de lidar com conceitos jurídicos incertos é antiga (Marinela, 2010).

Os conceitos de talento, habilidade, ordem, segurança pública, valor histórico e moralidade pública são sempre controversos, mas não significam rejeitar sua utilidade. A grande conquista da modernidade é justamente a constatação de que a abstração de conceitos não é um padrão que ainda não tenha estabelecido suas normas jurídicas. A razão pela qual Max Weber distingue o sistema racional formal é precisamente porque ele pode distinguir o nível abstrato (nível de experiência ou nível lógico) do nível subjetivo seja a nível emocional, nível mitológico etc. (Gnassounou, 2004).

Essa polêmica não é nova. Embora alguns autores se surpreendam com a chamada crise de conceitos de interesse público, chegam a afirmar que este é um fenômeno contemporâneo típico em uma sociedade complexa. Certamente, mesmo em uma sociedade simples, pelo menos em uma comunidade que adota direitos razoáveis e sistemas democráticos como pré-requisitos, é difícil estabelecer um senso de interesse comum, porque o conceito de interesse público só pode ser usado na teocracia ou em uma sociedade única de evidência de valor (Gabardo, 2009).

Do ponto de vista epistemológico, o debate sobre a crise do interesse público no século 21 não é muito diferente daquele da década de 1950. A maior diferença está mais na perspectiva de fenômenos empíricos logicamente abstratos. Apesar dessa conclusão, ainda há uma tendência de rejeitar o interesse público como princípio do constitucionalismo nacional contemporâneo. Como dizia Bandeira de Mello, o confronto equivocado entre os interesses das partes e o interesse geral tem se intensificado, levando as pessoas a acreditarem erroneamente que se trata de um interesse e autonomia contínuos (Juruená; Friedrich, 2017). O autor rejeitou essa tendência e tentou provar sua contradição em detalhes do ponto de vista científico. Na prática, o indivíduo tem interesse. Seus interesses são contrários aos interesses dos outros, o que é muito comum, assim como todos esses interesses de todas essas pessoas são contrários ao interesse público (Gomes, 2012).

A legislação brasileira não contém outras disposições (normas ou princípios), pois é impossível declarar que a desarmonia de interesses é juridicamente impossível, ou mesmo proibida. Mesmo que isso aconteça, não produzirá uma grande reação factual. O plano jurídico funciona precisamente porque, em geral, os interesses privados e os públicos são contraditórios, negam-se e são constantemente excluídos. Além disso, a exceção, é que quase não há lei a dizer, mesmo que as pessoas entendam que isso significa que um plano deve ser feito, elas não podem concordar com essa afirmação (Word, 2009).

Esse equilíbrio é alcançado nos contornos internos das atividades administrativas, pois é impossível imaginar a aplicação do princípio da supremacia do interesse público às atividades, por exemplo, para fornecer informações para atividades judiciais ou legislativas. As atividades judiciais controlam as atividades administrativas e aplicam este princípio no exercício das funções de controle (Duguit, 2001).

Isso não significa que o julgamento do juiz seguirá esse princípio como critério para o julgamento, especialmente porque o sistema judicial pressupõe justiça (ou seja, o juiz não acredita que o julgamento sempre beneficiará o interesse público; verifique se a sentença considera este princípio). Quando se trata de debates entre interesses públicos e privados, não é razoável supor que os legisladores comecem com dados anteriores. Isso se deve ao simples fato de que razões democráticas são absolutamente suficientes

para eliminar quaisquer normas anteriores, desde que a decisão final não implique em inconstitucionalidade (Carvalho, 2009).

Ao contrário das escolhas jurídicas, as escolhas políticas podem até respeitar livremente os interesses privados ao promulgar leis (se o legislador decidir, como representante da vontade pública, os interesses privados serão considerados interesses públicos). Isso não pode evitar a existência de escolhas erradas, porque escolhas erradas são inconstitucionais e, portanto, podem ser resolvidas. Porém, se violar algum dos princípios do artigo 37 da Constituição, inclusive o princípio da eficiência, não poderá encontrar esse vício, pois esses princípios são específicos para o exercício de funções administrativas (Borges, 2003).

O princípio que preocupa agora é que os interesses públicos são superiores aos interesses privados, não os direitos públicos superiores aos direitos privados, ou mesmo os interesses públicos superiores aos direitos privados subjetivos. Este princípio não envolve direitos, mas sim interesses. É baseado em normas e o aspecto valor tem precedência sobre a distribuição pública de um grupo específico (Pestana, 2008).

Somente quando os interesses sociais são superiores aos interesses privados, isso pode ser evitado. Se cada membro ou grupo da comunidade buscar realizar seus interesses específicos, a classificação ocorrerá inevitavelmente. Com base nesse entendimento, a existência universal dos interesses públicos é um pré-requisito para a própria sobrevivência social. Não só isso, mas também preciso provar minha preferência pelo interesse público por meio do princípio da felicidade (Garcia; Ribeiro, 2012). O princípio da felicidade é uma condição típica e necessária para as características da democracia republicana e do Estado de Direito que constituem os tempos modernos, especialmente no Brasil (Gabardo, 2009).

Esta razão por si só é suficiente para evitar tratar qualquer regra semelhante à natureza subsidiária do poder público como um princípio jurídico legal de propriedade horizontal. De acordo com o sistema constitucional brasileiro, o princípio da supremacia é altamente competitivo, ou seja, as ações do Estado são acidentais ou desacreditadas, o que mostra claramente que a destinação ao Estado é para promover o objetivo republicano do art. 3º (Correia, 2016).

DISCUSSÃO

Diversos autores têm contribuído significativamente para o entendimento e a discussão sobre as licitações públicas, especialmente no que diz respeito à dispensa e inexigibilidade em vista do princípio da ampla concorrência. Pires e Parziale, (2022) destaca a importância da ampla concorrência como um dos fundamentos essenciais das licitações públicas. Ele defende uma interpretação restritiva das modalidades de dispensa e inexigibilidade, enfatizando que sua aplicação deve ser criteriosa para preservar a competitividade e a transparência nos processos de contratação.

Zockun e Cabral, (2021) adota uma perspectiva mais flexível em relação à utilização da dispensa e inexigibilidade. Já Carvalho e Santos, (2022) reconhece a importância do princípio da ampla concorrência, porém argumenta que há situações específicas em que a competição é inviável ou desnecessária. Para ela, a aplicação dessas modalidades

excepcionais de contratação deve ser justificada pela administração pública de forma transparente e fundamentada.

Enquanto Fortini *et al.* (2022) prioriza a restrição no uso da dispensa e inexigibilidade para garantir a concorrência equitativa, se destaca a necessidade de uma abordagem mais flexível, considerando as particularidades de cada contratação pública. Ambos os autores, no entanto, concordam que a aplicação dessas modalidades deve sempre buscar o interesse público e a eficiência na utilização dos recursos governamentais. Suas contribuições enriquecem o debate sobre as licitações públicas e oferecem subsídios importantes para a prática e a interpretação do direito administrativo.

Cabral, (2022) compartilha da preocupação com a necessidade de garantir a ampla concorrência nos processos licitatórios, destacando-a como um dos princípios basilares da Administração Pública. No entanto, sua abordagem difere em alguns aspectos das perspectivas Boechat, (2022). Boechat, (2022) enfatiza a importância de se evitar a rigidez excessiva na interpretação das normas relacionadas à dispensa e inexigibilidade de licitação. Para ela, é essencial considerar as circunstâncias concretas de cada contratação, buscando sempre o equilíbrio entre a necessidade de concorrência e a eficiência na gestão pública. Ela propõe uma análise casuística, na qual sejam avaliados os requisitos legais, mas também as peculiaridades de cada situação.

Ao comparar as perspectivas de Cabral, (2022) percebe-se que, embora compartilhem o objetivo de promover a eficiência e a transparência nas contratações públicas, cada autor apresenta nuances distintas em relação à aplicação das modalidades excepcionais de licitação. Boechat, (2022) preconiza uma interpretação restritiva, Pires e Parziale, (2022) defende uma abordagem mais flexível, e Medauar propõe uma análise mais contextualizada das circunstâncias. Essas diferentes visões enriquecem o debate acadêmico e contribuem para o aprimoramento das práticas administrativas relacionadas às licitações públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desta pesquisa, em razão da recente homologação da Lei nº 14.133/2021, procuramos contextualizar o tema da licitação, que é um assunto complexo, pois os novos diplomas que não os relacionados ao crime não retiram a aplicabilidade da Lei nº 8.666/1993. Isso porque ambos os diplomas devem ser seguidos durante o período de transição para os próximos dois anos. Os legisladores estão preocupados em estabelecer um prazo que permita que os administradores públicos e demais envolvidos no processo licitatório, como os operadores do direito, se posicionem e entendam as novas regras.

Verifica-se que as mudanças não são tão profundas, apesar da supressão do método licitatório, do esclarecimento da finalidade do procedimento licitatório e da previsão, por exemplo, da inexigibilidade de uma licitação reconhecida como hipotética. No que se refere à mudança de princípios, optamos por não a discutir aqui porque não só o assunto em si requer uma base teórica e prática muito ampla, mas a complexidade e subjetividade do assunto está além do escopo deste estudo.

As principais mudanças refletem, na verdade, críticas ou posicionamentos sobre doutrina e jurisprudência. E a seleção das certificações para análise de forma ilustrativa apenas evidencia a questão, pois Doutrina e Jurisprudência, embora a questão já tenha sido explicada pelo primeiro legislador, lista as certificações no rol dos pressupostos inexecutáveis. Mas não se pode ignorar que a pesquisa ainda é superficial e não pode ser avaliada devido ao curto período com a aprovação da Lei nº 1. Portanto, mais pesquisas são recomendadas, principalmente no contexto de discussões que possam surgir e consultas aos tribunais contábeis ou mesmo chegando aos tribunais.

A nova lei precisa ser mais bem debatida e aprofundada, principalmente nesse período de transição em que os gestores públicos devem tomar as devidas precauções ao utilizar a nova agência e começar a mudar de mentalidade imediatamente. No decorrer desta pesquisa, em razão da homologação da Lei nº 14.133/2021, procuramos contextualizar o tema da licitação, que é um assunto complexo, pois os novos diplomas que não os relacionados ao crime não retiram a aplicabilidade da Lei nº 8.666/1993. Isso porque ambos os diplomas devem ser seguidos durante o período de transição para os próximos dois anos.

Como se não bastasse, verifica-se que as mudanças não são tão profundas, apesar da supressão do método licitatório, do esclarecimento da finalidade do procedimento licitatório e da previsão, por exemplo, da inexigibilidade de uma licitação reconhecida como hipotética. No que se refere à mudança de princípios, optamos por não discutir aqui porque não só o assunto em si requer uma base teórica e prática muito ampla, mas a complexidade e subjetividade do assunto está além do escopo deste estudo.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. Senado Federal, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **As parcerias público-privadas-PPP'S no Direito positivo brasileiro**. Revista de direito administrativo, v. 240, p. 105-146, 2005.

BARROS, Sergio Resende. **Lei nº 8.666: Lei Federativa**. Revista de Direito Administrativo, v. 197, p. 74-80, 1994.

BOECHAT, Gabriela. **Contratações Abertas: uma análise da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133/2021) à luz dos princípios de Governo Aberto**. Revista da CGU, v. 14, n. 25, p. 63-79, 2022.

BORGES, Alice Gonzalez. **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. 1, n. 15, p. 1-23, 2003.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 7 fev. 2024.

CABRAL, Flávio Garcia. **O que ocorre com os regulamentos quando a lei é revogada por uma nova legislação? O caso da Lei nº 14.133/2021**. Revista de Direito Administrativo, v. 281, n. 1, p. 271-294, 2022.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2009.

CASTRO, André *et al.* **Contratos públicos e direito administrativo**. Sociedade Brasileira de Direito Público, 2015.

CHAVES, Luiz Cláudio. **Contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal na Administração Pública: uma breve análise da Decisão 439/98, Plenário do TCU**. Revista do TCU, n. 129, p. 72-79, 2011.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 16, n. 63, p. 45-66, 2016.

COSTA, Nelson Nery. **Direito municipal brasileiro**. Forense, 2006.

DE CARVALHO, Luciani Coimbra; SANTOS, Artur Zanelatto. Da Lei nº. 8.666/1993 à Lei Nº. 14.133/2021: **O Desenvolvimento nacional sustentável sob a ótica da modernização do Estado, da complexificação do contrato administrativo e das políticas públicas**. Revista de Direito Brasileira, v. 29, n. 11, p. 16-39, 2022.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Coletânea Administração Pública: Lei nº 8666/93**. 2. ed. São Paulo: Brasília Jurídica, 1997.

DUGUIT, León. Las transformaciones del derecho público y privado; trad. de Adolfo G. **Posada, Ramón Jaén & Carlos G. Posada**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2001.

FINGER, Ana Cláudia. **Licitações sustentáveis como instrumento de política pública na concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado**. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 13, n. 51, p. 121-153, 2013.

FORTINI, Cristiana; AVELAR, Mariana; BRAGAGNOLI, Renila. **A repercussão da Lei nº 14.133/2021 na governança das licitações regidas pela Lei nº 13.303/2016**. A&C-Administrative & Constitutional Law Review-Revista de Direito Administrativo e Constitucional, v. 22, n. 90, 2022.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública**. Saraiva Educação SA, 2017.

FREIRE, André Luiz. **A crise financeira e o papel do estado: uma análise jurídica a partir do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e do serviço público**. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 10, n. 39, p. 147-162, 2010.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Editora Fórum, 2009.

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Licitações públicas sustentáveis**. Revista de Direito Administrativo, v. 260, p. 231, 2012.

GNASSOUNOU, Bruno. **A partir de John Rawls, a querela do utilitarismo e do antiutilitarismo. Liberais, libertários e comunitaristas americanos**. Tradução de Alessandro Zir. São Leopoldo: Editora Unissinos, 2004.

GOMES, Fábio Bellote. **Elementos de direito administrativo**. Saraiva Educação SA, 2012.

JURUENA, Cynthia Gruenling; FRIEDRICH, Denise Bittencourt. **O cumprimento das informações acerca das licitações e contratos celebrados nos portais da transparência: uma análise qualitativa de municípios do Rio Grande do Sul**. A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional, v. 17, n. 70, p. 281-307, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2010.

MARINELA, **Fernanda**. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitações e contratos administrativos**. Revista de Direito Administrativo, v. 105, p. 14-34, 1971.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Aplicação do código civil às licitações e contratos**. Editora del Rey, 2004.

PALAVÉRI, Marcelo. **Licitações públicas: comentários e notas às súmulas e à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PESTANA, Márcio. **A concorrência pública na parceria público-privada**. Revista CEJ, v. 10, n. 35, p. 63, 2008.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira; PARZIALE, Aniello. **Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos: Lei no 14.133, de 1o de Abril de 2021**. Almedina Brasil, 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. **Direito Administrativo**. In: ESA. 1993. p. 75.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; CABRAL, Flávio Garcia. **Da eficácia das normas previstas na Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021): análise do PNCP, do SRP e do Registro Cadastral**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, v. 12, n. 1, p. 100-122, 2021.

Ressocialização do apenado: uma análise acerca das dificuldades da reinserção social e a consequente reincidência do apenado

Resocialization of the injuncher: an analysis of the difficulties of social reinsertion and the consequent recidence of the injuncher

Nathalia Pereira Lima

Acadêmico de Direito do Centro Universitário São Lucas

Letícia Vivianne Miranda Cury

Advogada, mestre em Direito Penal Corrupção e Estado de Direito (2012) pela Universidad de Salamanca; Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná (2009), Professora acadêmica na Instituição de Ensino Faculdade São Lucas

RESUMO

Quando a educação é vista como um direito humano fundamental, indica que não deve ser limitada com base na raça, origem étnica, ou origem nacional de uma pessoa. A Lei 7.210/1984, também conhecida como Lei de Execução Penal, estabelece a assistência aos prisioneiros como uma responsabilidade governamental, exigindo que o governo forneça assistência material, jurídica, sanitária, social e educacional aos condenados com o objetivo de prevenir futuros crimes e facilitar a sua reintegração na sociedade. Este estudo monográfico irá examinar os processos de reabilitação e remissão de penas através da lente da Lei de Execução Penal de 1984, n. 7.210. A Assistência Educativa é um método de assistência à reintegração de um recluso na sociedade. De acordo com a Arte. 205 da Constituição Federal, a educação é um direito fundamental de todos os indivíduos e uma obrigação do Estado e da família. Este tipo de ajuda deve ser promovido e encorajado a fim de melhorar o desenvolvimento do indivíduo, a sua preparação para a cidadania, e a sua elegibilidade para o trabalho. Desta forma, o tema será estudado em termos das mais recentes ideias e julgamentos sobre o assunto, com ênfase nas ramificações nacionais do assunto.

Palavras-chave: educação de jovens e adultos; sistema prisional; ressocialização.



ABSTRACT

When education is seen as a fundamental human right, it indicates that it should not be limited based on a person's race, ethnic origin, or national origin. Law 7.210/1984, also known as the Law of Criminal Enforcement, establishes prisoner assistance as a government responsibility, requiring the government to provide material, legal, health, social, and educational assistance to convicts with the goal of preventing future crimes and facilitating their reintegration into society. This monographic study will examine the processes of rehabilitation and sentence remission through the lens of the 1984 Penal Enforcement Law, No. 7,210. Educational Assistance is a method of assisting a prisoner's reintegration into society. According to Art. 205 of the Federal Constitution, education is a fundamental right of all individuals and an obligation of the state and the family. This type of help should be promoted and encouraged in order to improve the development of the individual, his preparation for citizenship, and his eligibility for work. Thus, the topic will be studied in terms of the most recent ideas and judgments on the subject, with emphasis on the national ramifications of the subject.

Keywords: youth and adult education; prison system; resocialization.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, examina a ressocialização e exoneração dos prisioneiros. Muitos indivíduos conhecem e têm alguma compreensão do direito, porém, poucos compreendem o seu significado e a forma como pode ser utilizado como instrumento analítico e interpretativo na sala de audiências.

A abordagem metodológica para este estudo foi desenvolvida utilizando os textos, publicações científicas, e pesquisa bibliográfica de acadêmicos do direito, bem como experiências em sala de aula, centradas na execução penal. A premissa fundamental da presente investigação é avaliar a importância de ressocializar o encarcerado.

Como meio de ressocialização e de redução da pena, é fundamental estudar o prisioneiro a fim de destacar questões particulares que serão abordadas ao longo da investigação.

A Assistência Educativa figura como uma das estratégias utilizadas pelo sistema jurídico brasileiro para ajudar na reintegração dos reclusos na sociedade. De acordo com o Art. 205 da Constituição Federal, a educação é um direito fundamental de todos os indivíduos e uma obrigação do Estado e da família. Esta ajuda deve ser promovida para o desenvolvimento do indivíduo, preparação para a cidadania e a capacidade de inserção no mercado de trabalho.

Em resumo, a base constitucional apoia a inclusão da educação nos estabelecimentos prisionais a fim de assegurar que as pessoas que cumpriram a sua pena estejam preparadas para reintegrar-se na sociedade após a sua libertação. Além disso, a fundação discute como o infrator poderá abster-se da conduta criminosa adicional após a sua libertação na sociedade. Ao utilizar outras fontes para além de livros doutrinários e periódicos científicos, pode-se verificar um forte interesse no assunto, aplicando conhecimentos práticos. Os seres humanos podem aprender muito sobre um assunto apenas por curiosidade, que é um dos componentes mais críticos da educação.

Assim, o objetivo desta investigação foi explorar a disposição constitucional que permite a sua implementação, extrair os conhecimentos e a atitude do recluso a fim de facilitar a sua reintegração na sociedade, além de avaliar o estudo a fim de demonstrar experiências bem-sucedidas com este programa.

Estudos sobre os condenados e a sua influência em uma possível reincidência criminal sublinham o papel vital da educação nessa temática. Além disso, o estudo se volta em analisar como a educação é implementada nas prisões, as condições para a remissão do castigo após a conclusão bem-sucedida de um curso de estudo, e a função da leitura e da aprendizagem como forma de educação nas prisões.

Tratando-se de proporcionar ensino aos criminosos, o objetivo principal é ajudá-los a completar a sua educação, a fim de obterem um melhor emprego após a sua libertação na sociedade. Este artigo fornecendo aos educadores uma perspectiva mais ampla sobre o papel e a relevância da educação. A reincidência e a criminalidade no Brasil serão reduzidas como consequência da implementação destas políticas.

A CONSTITUIÇÃO NA EDUCAÇÃO NO FORMATO DA RESSOCIALIZAÇÃO DO INDIVÍDUO

O artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que delineia o direito à educação e garante a todos um desenvolvimento social humano, trata da educação dos prisioneiros não só na legislação brasileira, mas também globalmente. Isto é crucial na sociedade interconectada de hoje.

Oliveira (*apud* Graciano, 2005), enfatiza que todas as pessoas que são presas têm direito à educação, uma vez que é um pré-requisito para a realização de outros direitos.

A educação é um direito humano que pode ser classificado como econômico, social ou cultural. Por ser fundamental para a aplicação efetiva e abrangente de todos os outros direitos, é também considerado nos domínios civil e político. Como resultado, o direito à educação é por vezes referido como um “direito de síntese”, uma vez que funciona tanto como uma exigência, como uma garantia de outros direitos.

A análise das implicações constitucionais do sujeito é crítica. Como é do conhecimento geral, o texto constitucional determina as possibilidades políticas da nação no seu conjunto, e esta dissertação examina a relevância dessa realidade.

Como consta da Constituição Brasileira, a educação é um dever cívico e social vital que a sociedade deve promover, nutrir e ajudar a fim de realizar o desenvolvimento humano total, a preparação para a cidadania e a qualificação profissional (Brasil, 1988).

Além disso, observa no seu artigo 208, I, que o direito à educação gratuita e obrigatória é um direito público e subjetivo, o que implica que o direito à educação gratuita e obrigatória é simultaneamente necessário e gratuito. Se o ensino não for ministrado, a autoridade responsável responsabilizará o governo (Brasil, 1988).

Apesar de o Estado ter encontrado uma forma de reintegração e ressocialização do ex-recluso na sociedade, a pena não ressocializa o recluso sozinho; remove-o da sociedade

com a intenção de ressocialização, mas a família do recluso e um desejo de mudar o recluso devem estar presentes, como Mirabete afirmou (2002).

A reintegração de uma pessoa na sociedade é impossível enquanto encarcerada. As penitenciárias funcionam como um microcosmo do sistema social maior, alojando os condenados. A prisão tem o impacto oposto de ressocializar o prisioneiro; pelo contrário, estigmatiza-o e impede-o de reintegrar-se efetivamente na sociedade. As prisões não cumprem o seu objetivo declarado de reintegrar os delinquentes na sociedade. Serve para manter o sistema dominante em vigor (Mirabete, 2002).

Dito isto, este artigo enfatiza expressamente que a dignidade é um princípio fundamental para a República Federativa do Brasil e os seus habitantes. Contudo, é óbvio que tal princípio é susceptível de agressão. Além disso, há alturas em que a dignidade de um ser humano é flagrantemente violada (Tavares, 2008).

Para sublinhar a natureza crítica da dignidade humana no direito penal, é fundamental recordar que este proíbe o uso de penas que sejam prejudiciais à dignidade dos prisioneiros, tais como a tortura e outros tipos de tratamento cruel, desumano ou humilhante. Isto coloca o Estado encarregado de estabelecer um sistema que protege os reclusos da desumanização e degradação. Em conformidade com (Bittencourt, 2012).

Apesar das preocupações de superlotação do sistema penitenciário, a Constituição Federal brasileira dedica um espaço considerável à educação dos condenados. Deu-nos textos que defendem e encorajam a educação tanto nas prisões como nas escolas públicas. Vale a pena sublinhar que a educação é um direito público e privado no Brasil, e que a escola primária é obrigatória e gratuita, o que a torna crítica para a reabilitação de um criminoso condenado na sociedade brasileira.

A lei perante a execução penal ressocialização por meio da educação

Quando devidamente aplicada, a Lei de Execução Penal Brasileira é uma das leis mais avançadas do mundo no que diz respeito à proteção da dignidade e liberdade dos reclusos. Esta lei assegura que o recluso possa ser ressocializado e reintegrado na sociedade sem causar danos indevidos ao público em geral.

A educação é vista como uma forma de ajudar os infratores a tornarem-se mais integrados socialmente e mais bem preparados para o futuro quando forem libertados. O desejo de ressocialização e melhoria de vida de um preso só pode ser fundado na educação (Julião, 2009).

Há três objetivos imediatos para a educação nos centros de detenção que representam os vários pontos de vista sobre o objetivo do sistema de justiça criminal: É importante manter os reclusos empenhados produtivamente, melhorar a qualidade das suas vidas na prisão, e alcançar um resultado útil que dure para além da prisão e permita ao recluso aceder a um emprego ou a uma formação superior, o que, acima de tudo, proporciona mudanças de valores, com base em princípios éticos e morais. Uma taxa de reincidência pode ou não ser diminuída por esta instrução. Para além da reintegração social e do desenvolvimento do potencial humano, os outros objetivos fazem parte de um objetivo maior.

O principal objetivo da educação nas prisões é ajudar os reclusos a reintegrarem-se na sociedade, juntamente com outras atividades.

O artigo 126 da Lei de Execução Penal mostra que a pena de um recluso pode ser reduzida através da educação:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011).

§1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011) I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias. [...] (Brasil, 1984).

Uma vantagem deste incentivo é que encoraja os infratores a inscreverem-se numa formação educacional ou profissional dentro de uma instituição de detenção.

Os indivíduos encarcerados seriam transformados durante o confinamento, como explicou Foucault (*apud* Santos, 2005). Esperava-se que estes condenados regressassem à sociedade com uma nova visão da vida depois de passarem o seu tempo na prisão. No entanto, ficamos aquém do nosso objetivo. As taxas de criminalidade e reincidência não diminuíram, e a maioria dos delinquentes continuou o seu comportamento criminoso após terem sido libertados da prisão. A prisão foi revelada como um erro significativo no sistema de justiça criminal apenas em virtude da sua presença e das consequências que teve para a sociedade.

Os condenados precisam mais do que a educação prisional para se reabilitarem; devem também estar preparados para regressar à sociedade depois de os seus termos terem terminado, a fim de serem aceitos sem o perigo de reincidência.

De acordo com Albergaria (1996), uma educação tardia deve ser enfatizada para as pessoas que perderam a oportunidade de a obter mais cedo. O direito à educação está expressamente estabelecido na Constituição e na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Quando um ex-prisioneiro é libertado e reintroduzido na sociedade, diz-se que o seu comportamento é submetido a um tratamento de “ressocialização”. Segundo Dotti (1998), o objetivo da ressocialização é alterar o comportamento do prisioneiro de modo a que este esteja em conformidade com os padrões sociais estabelecidos e não tenha um impacto negativo na sociedade.

Além disso, algumas constituições e leis penais indicam que o objetivo principal da punição criminal é doutrinar o prisioneiro e negar-lhe o direito a ser único e a liberdade de fazer as suas próprias escolhas. A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental do estado de direito democrático do Brasil, e esta é uma opção existencial séria (Dotti, 1998).

A reabilitação no sistema prisional deve ser um procedimento voluntário, independentemente de o prisioneiro ter cometido delitos anteriores.

Como resultado, assegurar a reintegração completa na sociedade com baixas taxas

de reincidência é inatingível enquanto o Estado ditar que os infratores tenham acesso a possibilidades de educação ou trabalho. Em vez disso, devemos acreditar que o condenado tem a opção de se reintegrar ou não, mesmo face a estas possibilidades.

A educação do preso na lei de execuções penais

O artigo 17 da Lei de Execução Penal, Lei n.º 7.210/84, diz que o apoio educacional aos reclusos deve incluir tanto a escolaridade como a formação profissional. A educação de primeiro grau (ensino básico) é mandatada pelo Artigo 18 e incluída no sistema educativo da unidade federativa. O Artigo 21 deixa claro que cada unidade prisional deve incluir uma biblioteca que possa ser utilizada por todos os reclusos, e que a biblioteca deve ser abastecida com material instrucional, recreativo e instrutivo (Brasil, 1984).

Como resultado, o Ministério da Justiça do Brasil aprovou a Resolução n.º 03 em 11 de março de 2009, em que foram estabelecidas as Diretrizes Nacionais para a Educação nas Prisões. Gestão, articulação e mobilização; formação profissional; bem como componentes educacionais são todas abordadas nestas normas nacionais (CNPCCP, 2009).

Apesar das leis e diretrizes que demonstram um apoio total aos prisioneiros, o Estado é proprietário das prisões, pelo que a implementação destas leis e diretrizes se perde nas próprias prisões. Os dados do INFOPEN/2016 revelam inúmeras prisões em todo o país com edifícios dilapidados, incapazes de fornecer aos prisioneiros uma sala de aula.

Ademais, observa-se muitas prisões sem programação educativa regular, como evidenciado pelo Inquérito Nacional de Informação Penitenciária (INFOPEN), que mostra que das 1.424 prisões brasileiras, apenas 48% têm salas de aula, 32% têm bibliotecas, 18% têm salas de aula para professores, e 14% têm salas para reuniões ou encontros com o mundo exterior.

Foucault (1987) assinala que a educação do prisioneiro é simultaneamente uma precaução necessária para a sociedade e um dever para com o detido.

Claramente, a educação no sistema prisional é crítica tanto para os reclusos como para a sociedade no seu todo. Como resultado, não devemos ignorar o perigo de o Estado não investir nos seus cidadãos.

A CONSTITUIÇÃO EM PROL DA EDUCAÇÃO APLICADA AO DETENTO

O artigo 205 do CF/88, por outro lado, declara que a educação é um direito humano fundamental e uma obrigação cívica partilhada pelo Estado e pelo lar. O ensino público gratuito nas instalações oficiais é a base da educação, de acordo com o artigo 206.

Desde que Oliveira (1997) nos lembra, a gratuidade está a ser redefinida nesta nova carta, uma vez que está a ser alargada ao ensino superior, que anteriormente era uma exceção nas constituições e cartas anteriores, e agora é garantida a todos os níveis da rede pública.

A arte retrata o direito à educação. 208 da Constituição declara que a obrigação do Estado para com a educação será cumprida através da garantia do ensino fundamental, obrigatório e gratuito para aqueles que não tiveram acesso ao mesmo na idade apropriada; a extensão gradual do ensino secundário obrigatório e gratuito; assistência educacional especializada para os deficientes, de preferência no sistema de ensino regular; e creche ou cuidados pré-escolares para crianças.

Apesar disto, a ênfase da Carta Suprema na educação estende-se muito para além da sua localização original. Ela permeia toda a articulação constitucional, surgindo numa variedade de técnicas que direta ou indiretamente abordam o tema. O verdadeiro caminho do homem para o progresso é através da educação. Como resultado, é um direito público que é também uma obrigação pública por parte do Estado e da família (Bulos, 2010).

A educação dos prisioneiros é descrita na LDB (Lei 9.394/1996) como “Educação de Jovens e Adultos (EJA)”, o que indica claramente que se trata de um tipo de instrução. Art. 37, Caput, estabelece que os sistemas educativos devem proporcionar, gratuitamente, aos jovens e adultos que não puderam estudar na idade regular, oportunidades educativas adequadas, tendo em conta as características dos estudantes, os seus interesses, condições de vida e de trabalho, através de cursos e exames.

As políticas públicas, tal como definidas por Derani (2002), são ações tomadas pelo Estado e destinadas a alterar as relações sociais existentes; são também políticas públicas porque são manifestações das relações das forças sociais refletidas nas instituições do Estado e atuam em vários campos institucionais, para produzir efeitos modificadores na vida social, e porque são levadas a cabo por instituições concorrentes.

Para responder a esta exigência, foram incluídos no Plano Nacional de Educação para 2001-2011 os objetivos (financiamento do MEC de material didático e pedagógico), que estipulavam que até 2011, o Brasil implementaria programas de educação de jovens e adultos ao nível do ensino básico e secundário, bem como formação profissional, em todas as prisões e instituições que servem adolescentes e jovens delinquentes (oferta de educação à distância).

Este objetivo também ditou que os sistemas educativos proporcionassem cursos e testes que garantissem oportunidades relevantes para os interesses e situações de vida e de trabalho de jovens e adultos. Além disso, estipulou que o acesso poderia ser disponibilizado e encorajado através de esforços coordenados por agências governamentais (Senate, 2001).

De acordo com o texto do plano, as atuais políticas educativas visam ter em conta e valorizar a diversidade dos estudantes, promovendo o acesso à educação independentemente da idade, respeitando as culturas e modos de vida dos estudantes, e as suas características únicas de aprendizagem, com base nos conceitos de educação inclusiva e equidade.

Como resultado, as leis e as políticas públicas revelaram-se ineficazes num terreno difícil onde os horrores que se somam à prisão são expostos todos os dias.

O direito fundamental à educação do preso

A educação na prisão é um direito básico garantido pela Constituição Federal e pelos regulamentos educacionais do Brasil, tais como a Lei de Diretivas e Bases Educativas (1996) e a Lei de Execução Penal (1998). (1984).

A Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração Universal dos Direitos do Homem a 10 de outubro de 1948, delineando direitos básicos para todas as pessoas. A educação é um direito básico de todo o ser humano. A educação primária e fundacional, no mínimo, deve ser gratuita. A escola primária será exigida. Todos os estudantes devem ter igual acesso ao ensino técnico e profissional, bem como ao ensino superior, com base no mérito.

O principal objetivo da educação deverá ser o de fomentar o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. A educação encorajará a compreensão, tolerância, e camaradagem entre pessoas de muitas raças e credos, e as Nações Unidas lucrarão com isso (UDHR, 1948).

A educação, que é tanto uma obrigação governamental como familiar, será fomentada e alimentada com a assistência da sociedade, a fim de ajudar cada pessoa a atingir o seu pleno potencial, preparando-se para a cidadania, e preparando-se para a força de trabalho (Brasil, 1988).

Como consequência, o Artigo 17 da Lei de Execução Penal prevê a assistência educativa de reclusos e internados, o que inclui tanto a escolarização como a formação profissional. A este respeito, o ensino primário, intermédio e universitário, assim como a formação geral ou especializada, estão todos garantidos:

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos. (Brasil, 1984).

A União oferece apoio financeiro e administrativo para programas educacionais dentro do sistema prisional, que são subsequentemente executados com ajuda do sistema legal do Estado ou do próprio sistema prisional. Segundo Foucault, o direito à educação é uma forma de encorajar a integração social, uma vez que permite ao preso, após a sua libertação, ter uma visão de um futuro diferente daquele em que vive atualmente (1987).

Além disso, pode haver acordos entre o sistema correcional e as empresas públicas e privadas que mandam a educação básica como parte do processo de reintegração dos reclusos e a sua incorporação no sistema educativo da unidade federativa.

A REMIÇÃO PENAL DO INDIVÍDUO EM FORMA DE EDUCAÇÃO

Após a exposição dos tópicos acima, emerge a indagação acerca da real eficácia da implementação da educação no sistema penal vigente.

Nessa senda, o artigo 126 da Lei de Execução Penal prevê que criminoso que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá trocar um dia de reclusão para cada 12 horas de estudo.

Se forem cumpridos três dias de atividades e a frequência de certificação das organizações educacionais, as prisões poderão fornecer escolaridade nas modalidades de qualificação profissional fundamental, ou secundária.

As administrações penitenciárias estaduais e o DEPEN nos presídios federais são responsáveis por fornecer informações sobre os condenados que frequentam a escola ou o trabalho, bem como pela manutenção de registros de suas cargas de frequência e trabalho para uso por juízes que supervisionam execuções penais.

São exigidas provas mensais da unidade de ensino específica que demonstrem a frequência do preso e o progresso acadêmico, ao mesmo tempo em que é permitido trabalhar fora da instituição (Brasil, 1984).

Após a conclusão satisfatória da instrução, o regulamento do artigo 126 da Lei de Execução Penal reconhece o estudo como uma forma de discricção e amplia o benefício.

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

- 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias

- 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

É imprescindível que o juiz da execução siga as normas do artigo anterior, a fim de resgatar de forma eficiente e igual a punição em benefício do infrator.

O artigo 126, seção 6º e seq. da Vara de Execução Penal impõe limites adicionais àqueles que estão qualificados para pagar uma multa via estudo de direito. Um criminoso que está cumprindo pena em aberto ou semiaberto que recebe liberdade condicional poderá resgatar uma parte de sua pena em troca de escolaridade normal ou profissional (Mirabete, 2014)

O sistema legal é extremamente específico sobre quem pode resgatar sua pena por meio de estudo, trabalho ou leitura, a ponto de o resgate não se aplicar a condenados

alojados em abrigos. Como afirma Mirabete, os apenados alojados em abrigos são submetidos a atividades que os integram à sociedade e lhes atribuem papéis sociais.

No entanto, na redação atual do artigo 127 modificado pela Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011, descreve que o criminoso beneficiário de remição de pena que infringir o regulamento penitenciário e praticar falta grave pode perder 1/3 do tempo remido. Assim, reabre-se a contagem de todo o direito ao lucro a partir da data do delito (Brasil, 1984).

O mau comportamento grave nas prisões pode assumir a forma de uma variedade de comportamentos cometidos por um infrator, como tentativa de fuga, posse ou tráfico de entorpecentes dentro da instituição prisional. Conforme consta no artigo 50 da Lei de Execução Penal:

Art. 50 – Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – in observar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei; VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo (acrescentado pela Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007). Parágrafo único: O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório (Brasil, 1984).

Para ser claro, o recluso perde apenas um terço da sentença remida. Como resultado da jurisprudência, podemos observar que o recluso pode sofrer danos em certos casos. É vital educar a população prisional sobre a futilidade da educação enquanto cumpre pena e tenta a reintegração. Uma pessoa que tenha sido ressocializada através de formação profissional e que tenha terminado o seu ensino básico/médio/alto pode encontrar emprego no mercado, uma vez que a educação fornece a base para uma grande variedade de vocações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultado do crescimento do projeto, é agora concebível ver a certeza da remissão da pena através do estudo do prisioneiro como mais do que um bônus; é uma expressão da dignidade humana e um incentivo à educação prisional.

O objetivo no qual foi estabelecido a fim de examinar este assunto, que visava compreender o que é reconhecido pela lei brasileira como o estudo do prisioneiro. Como resultado, o crescimento do estudo dentro da prisão, bem como o seu efeito sobre as penas, foi importante para o objetivo principal da investigação: analisar o estudo como um método de ressocialização e de redução das penas.

De acordo com a Recomendação nº 44 do Conselho Nacional de Justiça, os criminosos que cumprem as suas penas em regime fechado ou semiaberto podem receber um dia de folga por cada 12 horas de frequência escolar, incluindo o ensino básico e secundário, bem como a recertificação profissional.

O artigo 21 da LEP exige que cada cadeia tenha uma biblioteca disponível a todos os reclusos e que contenha material informativo, lúdico e educativo. Assim, esta cláusula tornou evidente a intenção do legislador em manter a disciplina prisional.

Para se ter uma melhor compreensão de como os tabus relativos a assuntos difíceis afetam a legitimidade da redução de penas, este estudo foi fundamental para explicar, particularmente no que diz respeito aos tabus que a sociedade gera em torno de questões complexas.

REFERÊNCIAS

- ABREU, M. G. **A Análise da Estrutura Prisional e Seus Impactos Sociais**. Monografia apresentada ao II Curso de Especialização em Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas do Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília. Brasília/DF – 2015.
- ADAMI, Andreza; BAUER, Marcela. **Perfil e prática do agente de segurança socioeducativa: Recomendações para a Subsecretaria de Atendimento às Medidas Socioeducativas de Minas Gerais**. Dissertação de Mestrado Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2013.
- ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 139.
- AMORIM, Meire Catalani Beluzo; FARAGO, Alessandra Corrêa. **As práticas de leitura na educação infantil**. In: Cadernos de Educação: Ensino e Sociedade, Bebedouro-SP, 2 (1): 134-154, 2015.
- ANDRADE, U. S.; FERREIRA, F. F. Crise no sistema penitenciário brasileiro. **Capitalismo, desigualdade social e prisão**. Revisão de Literatura. Revista Psicologia, Diversidade e Saúde, Salvador. 2015.
- ARAÚJO, C. E. M. Entre dois cativeiros: escravidão urbana e sistema prisional no Rio de Janeiro 1790-1821. In: **História das Prisões no Brasil**. vol. 1. MAIA,
- ARAUJO, Carlos Eduardo Moreira de. **Cárceres imperiais: a Casa de Correção do Rio de Janeiro: seus detentos e o sistema prisional no Império, 1830-1861**. 2009. 328 p. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP.
- ASSIS, R. D. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. 2007.
- BACCARINI, S. O. S. **O Sistema Prisional e a Ressocialização**. Saberes Interdisciplinares - São João Del-Rei, MG, Nº 10, P. 49-72 - Jul./Dez. 2012.
- BAPTISTA, T. M. B. **A Solidão Como Pena: Uma Análise dos Sistemas Penitenciários Filadélfico e Auburniano**. Revista do CAAP - n. 01, V. XXI - pp. 77-92 – 2015.
- BARBOSA, Flávia de Carvalho. **Um olhar sobre o atendimento socioeducativo nas medidas de internação em minas gerais**. Fundação João Pinheiro. Dissertação de Mestrado Fundação João Pinheiro. Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. 2008. Belo Horizonte, 2008.
- BECCARIA, C. B. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução – Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Russel, 2006.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 17ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOIAGO, Daiane Letícia; NOMA, Amélia Kimiko. Políticas Públicas para a Educação Prisional: perspectivas da ONU e da UNESCO. **IX ANPED SUL, 2012**.

BRASIL. Conjur. **Portaria Conjunta JF/DEPEN N.º 276**, de 20 de junho de 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 50. ed. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui da Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília. 1996.

BRASIL. Ministério da Educação. **Informações sobre a análise dos planos estaduais de educação em prisões**. Brasília: MEC, 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Avaliação do Atendimento à população egressa do sistema penitenciário do Estado de São Paulo**. Brasília, 2007.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional De Política Criminal E Penitenciária – CNPCP. **Resolução nº 03, de 11 de março de 2009**.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Política Nacional de Assistência Social**. Brasília, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **HABEAS CORPUS Nº 312.486 - SP (2014/0339078-1)**.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Súmula 341**, de 13 de agosto de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 136.376**, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T, j. 18-4-2017, DJE 89 de 2-5-2017.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. 4ª Ed. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CACICEDO, P. **Desafios para a educação nas prisões na era do grande encarceramento**. ARACÊ – Direitos Humanos em Revista. Ano 3. Número 4. Fevereiro/2016.

CARREIRA, D.; CARNEIRO, S. **Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação: Educação nas Prisões** - São Paulo: Plataforma DhESCA Brasil, 2009.

- CONJUR. Em meio a crise penitenciária, MEC doa 40 bibliotecas a presídios de todo o país. In: **Revista Consultor Jurídico**, 12 de janeiro de 2017, online.
- CONSELHO Nacional De Justiça. **CNJ Serviço – Saiba como funciona a remição de pena**. Agência CNJ de Notícias. 2016.
- CONSELHO Nacional De Justiça. **CNJ Serviço – Saiba como funciona a remição de pena**.
- CONSELHO Nacional De Justiça. **Recomendação nº 44, de 26 de novembro de 2013**.
- COSTA, Karina. **Estudo deve diminuir pena em presídios**. Disponível em: <http://aprendiz.uol.com.br/content/thogesticl.mmp>.
- DALL'AGNO, L. L. **Ressocialização do apenado: A Dificuldade no retorno à sociedade**. Monografia (graduação em Ciências jurídicas e sociais), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.
- DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção do conhecimento**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994. p. 37.
- DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos: As Ações do Estado na Produção Econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DI SANTIS, B. M.; ENGBRUCH, W. **A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo**. Revista Liberdades - nº 11, p. 143 - 160 - setembro/ dezembro de 2012.
- DOTTI, René A. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 1998.
- DUARTE, A. J. O.; SIVIERI-PEREIRA, H. O. **Aspectos históricos da educação escolar nas instituições prisionais brasileiras do período imperial ao século XXI**. Educação Unisinos 22(4):344-352, outubro/dezembro 2018.
- FERREIRA, C. S. **Sistema Penitenciário Brasileiro e a Humanização da Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade ASCES. Caruaru/PE. 2016.
- FLICK, Uwe. **Introdução à pesquisa qualitativa**. Porto Alegre: Artmed, 2009.
- FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila
- FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.
- GARUTTI, S. OLIVEIRA, R. C. S. **A Prisão e o Sistema Penitenciário – Uma Visão Histórica**. Seminário de Pesquisa do PPE. Universidade Estadual de Maringá. Maio de 2012.

- GRECO, Rogério. **Sistema prisional – Colapso atual e soluções alternativas**. 4ª ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2017.
- HUMANOS, Declaração Universal De Direitos. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948.
- IRELAND, Timothy D. **Educação em prisões no Brasil: direito, contradições e desafios**. Em Aberto, Brasília, v. 24, n. 86, p. 19-39, nov. 2011.
- JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **Proposta pedagógica EJA e educação prisional educação para jovens e adultos privados de liberdade: desafios para a política de reinserção social**. Salto para o Futuro. Boletim 06, Maio de 2007.
- JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **Uma visão socioeducativa da educação como programa de reinserção social na política de execução penal**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.
- JULIÃO, Elionaldo Fernandes; PAIVA, Jane. **A leitura no espaço carcerário**. In: PERSPECTIVA, Florianópolis, v. 32, n. 1, 111-128, jan./abr. 2014.
- MARCONDES, Reynaldo. **Sociologia Aplicada a Administração**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2006.
- MARCONI, Maria de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6.ed. São Paulo: RT, 2012.
- MÉSZÁROS, István. **Desemprego e Precarização um grande desafio para esquerda**. (2005). In: ANTUNES, Ricardo (Org.) Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil. São Paulo: Bomtempo, 2005.
- MINAS GERAIS. **Decreto 44.371 de 07/08/2006**. Belo Horizonte, 2006.
- MINAS GERAIS. **Política de Atendimento Socioeducativo de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2011.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- OFFE, Claus. **Sistema educacional, sistema ocupacional e política da educação – contribuição à determinação das funções sociais do sistema educacional**. Revista Educação & Sociedade, nº 35, Abril de 1990.
- OHNESORGE, Rui. **A educação no sistema penitenciário, e sua importância na ressocialização**. In: Monografias Brasil Escola.
- OLIVEIRA, Carolina Bessa Ferreira de. **A educação escolar nas prisões: uma análise a partir das representações dos presos da penitenciária de Uberlândia (MG)**. In: Educ. Pesquisa., São Paulo, v. 39, n. 4, p. 955-967, out./dez., 2013.
- OLIVEIRA, Romualdo Portela de. **O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça**. São Paulo: Revista Brasileira de Educação, 1997.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Remição da pena pela leitura e o STJ**. In: Jusbrasil. Disponível em:

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal – Teoria Crítica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Cintia Menezes. **Ressocialização através da educação - O Sistema Penitenciário Brasileiro não consegue atingir o seu principal objetivo que é a ressocialização dos seus internos**, 2005.

SENADO FEDERAL. **Plano Nacional de Educação**. Brasília: UNESCO, 2001.

TAVARES, Andre Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 1279.

TORRES, Eli Narciso da Silva. **A gênese da remição de pena pelo estudo: o dispositivo jurídico-político e a garantia do direito à educação aos privados de liberdade no Brasil**. 2017. 1 recurso online (290 p.). Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação, Campinas, SP.

O estresse da atividade policial como causas ativas do suicídio

Juliano Benedito da Silva

RESUMO

A presente pesquisa aborda o estudo do estresse como uma causa ativa de suicídio entre profissionais da atividade policial. O objetivo central é analisar os fatores estressores inerentes a essa ocupação e sua relação direta com casos de suicídio no contexto policial. A metodologia empregada envolveu a revisão de literatura, análise de dados estatísticos e entrevistas qualitativas com policiais, visando compreender as experiências individuais e percepções sobre o impacto do estresse em seu bem-estar psicológico. Os resultados revelaram uma correlação significativa entre a exposição constante a situações de risco, carga horária extenuante e pressões profissionais, e o aumento do risco de suicídio entre os membros da força policial. As conclusões destacam a necessidade de intervenções preventivas e de suporte psicológico direcionadas a esse grupo específico, visando mitigar os efeitos do estresse e reduzir os índices alarmantes de suicídio na categoria policial.

Palavras-chave: estresse policial; suicídio; bem-estar psicológico; intervenções preventivas; profissionais de segurança; saúde mental.

ABSTRACT

The present research explores the study of stress as an active cause of suicide among law enforcement professionals. The central objective is to analyze the stressors inherent to this occupation and their direct relationship with suicide cases within the police context. The methodology employed involved literature review, analysis of statistical data, and qualitative interviews with police officers, aiming to understand individual experiences and perceptions regarding the impact of stress on their psychological well-being. The results revealed a significant correlation between constant exposure to risk situations, extended working hours, and professional pressures, and an increased risk of suicide among members of the police force. The conclusions emphasize the need for preventive interventions and psychological support targeted at this specific group, aiming to mitigate the effects of stress and reduce alarming suicide rates within the police category.

Keywords: police stress, suicide; psychological well-being; preventive interventions; security professionals; mental health.



INTRODUÇÃO

O desempenho das forças policiais desempenha um papel crucial na manutenção da ordem social e na promoção da segurança pública. Contudo, a natureza desafiadora e muitas vezes adversa das atividades policiais pode gerar impactos significativos na saúde mental dos profissionais envolvidos. Um dos fenômenos mais preocupantes e trágicos associados a essa profissão é o aumento dos índices de suicídio entre policiais, destacando a importância de investigar e compreender as causas subjacentes a esse problema.

Diante desse contexto, esta pesquisa visa delimitar e explorar as complexas relações entre o estresse decorrente das atividades policiais e as incidências de suicídio dentro dessa comunidade profissional. O objetivo geral desta investigação é analisar como o estresse ocupacional pode se manifestar como uma causa ativa do suicídio entre policiais, buscando identificar fatores específicos que possam contribuir para esse cenário alarmante.

Para atingir esse objetivo, propomos os seguintes objetivos específicos: a) analisar as condições de trabalho e os fatores estressores enfrentados pelos policiais; b) investigar as manifestações do estresse na saúde mental dos profissionais; c) identificar possíveis correlações entre o estresse ocupacional e a incidência de comportamentos suicidas. A pesquisa se justifica pela necessidade premente de abordar e compreender os desafios enfrentados pelos policiais, visando contribuir para a implementação de políticas e práticas de apoio à saúde mental dentro das instituições policiais.

Ao abordar o tema do estresse na atividade policial e sua relação com o suicídio, busca-se não apenas aumentar a conscientização sobre a problemática, mas também fornecer subsídios para a implementação de estratégias preventivas e de apoio psicológico que visem a preservação da saúde mental dos profissionais que desempenham um papel vital na segurança da sociedade.

REFERENCIAL TEÓRICO

Condições de trabalho e os fatores estressores enfrentados pelos policiais

De acordo com Silva (2017) a rotina laboral dos policiais é inerentemente desafiadora, sujeita a uma multiplicidade de fatores que contribuem para um ambiente de trabalho altamente estressante. As condições enfrentadas por esses profissionais, muitas vezes, extrapolam as demandas físicas para abraçar aspectos psicológicos e emocionais que podem ter um impacto profundo em sua saúde mental.

Para os esclarecimentos quanto à Qualidade de Vida no Trabalho no ambiente da Polícia Militar do Distrito Federal, requer sejam avaliados outros aspectos, como a relação familiar, sua relação com o ambiente externo ao Batalhão, o que sugere muitos outros estudos. Ou ainda, estudo que relacione a personalidade de indivíduo com a expectativa dele em relação à qualidade de vida, visto que alguns profissionais têm como motivador um ambiente de decisões e ações rápidas, enquanto outros preferem um ambiente com regularidade e até com ações burocratizadas. A realidade desses profissionais requer um olhar diferente e apurado, não somente por serem os responsáveis pela segurança, provendo tranquilidade à sociedade, mas por serem pessoas comuns diretamente impactadas pela violência. Estão frente a frente com a criminalidade e buscando a preservação do que há de mais importante, a vida (Silva, 2017, p. 54).

No âmbito das condições de trabalho, a natureza imprevisível e perigosa das missões policiais é uma fonte primordial de estresse. A exposição constante a situações de risco, confrontos armados, acidentes e crimes violentos coloca os policiais em um estado de alerta constante, resultando em níveis elevados de ansiedade. Além disso, o caráter imprevisível dessas situações impede que os profissionais antecipem completamente os desafios que podem encontrar, intensificando ainda mais o estresse associado à imprevisibilidade (Silva, 2017).

Ademias Almeida (2021) cita que a pressão para lidar com incidentes críticos, como sequestros, assaltos a mão armada e crises sociais, adiciona uma camada adicional de estresse às responsabilidades cotidianas dos policiais. A tomada de decisões rápidas e precisas em situações de vida ou morte, muitas vezes sob escrutínio público, pode levar a um desgaste emocional significativo.

Além disso, Dantas *et al.* (2010) menciona as longas jornadas de trabalho e o regime de plantões irregulares são fatores que contribuem para a exaustão física e mental dos policiais. A falta de previsibilidade nos horários de trabalho pode impactar negativamente o equilíbrio entre vida profissional e pessoal, afetando a qualidade do sono e o convívio familiar, o que, por sua vez, agrava os níveis de estresse.

A exposição frequente a eventos traumáticos e a obrigação de lidar com cenas de crime e suas consequências emocionais também desempenham um papel importante nos desafios enfrentados pelos policiais. Esses profissionais muitas vezes testemunham o sofrimento humano em sua forma mais extrema, acumulando traumas ao longo do tempo (Santos, 2020).

Manifestações do estresse na saúde mental dos profissionais

A atividade policial, marcada por situações de alta pressão, exposição a perigos iminentes e a necessidade de tomadas de decisões rápidas, pode exercer um impacto profundo na saúde mental dos profissionais de segurança. O estresse ocupacional, inerente a essa carreira, manifesta-se de diversas formas, influenciando negativamente o bem-estar psicológico e emocional desses indivíduos (Coletas, Coleta, 2008).

Entretanto, os fatores percebidos como causadores de estresse neste estudo sugerem a necessidade de uma atuação profilática na instituição, em seu sistema e métodos de trabalho, estrutura, ambiente e equipamentos e treinamento de pessoal. Essa ação reduziria as fontes de estresse derivadas das características do trabalho, que foram a mais frequente queixa dos policiais. Em seguida, ou paralelamente, dever-se-ia trabalhar na modificação do relacionamento interpessoal e investigar melhor a origem e as causas das queixas sobre a falta de apoio no nível organizacional, social e governamental (Coletas, Coleta, 2008, p. 08).

Um dos primeiros indicadores de estresse na saúde mental dos profissionais de segurança é a presença frequente de sintomas de ansiedade. A constante vigilância exigida pela natureza imprevisível do trabalho policial pode resultar em um estado de alerta elevado, levando a sentimentos de nervosismo, tensão e preocupação constante. A ansiedade prolongada pode contribuir para distúrbios do sono, dificuldades de concentração e irritabilidade, afetando negativamente a qualidade de vida desses profissionais (Coletas, Coleta, 2008).

Segundo Oliveira e Santos (2010) a depressão é outra manifestação comum do estresse ocupacional entre policiais. A exposição contínua a situações traumáticas, a pressão constante no desempenho do trabalho e as dificuldades na conciliação entre vida profissional e pessoal podem contribuir para o desenvolvimento de quadros depressivos. O sentimento de desesperança e a perda de interesse em atividades antes apreciadas são sinais frequentes dessa condição, impactando não apenas a eficiência no trabalho, mas também a saúde mental global (Dantas *et al.*, 2020).

Francisco, Rodrigues e Pereira (2022) abordam que estresse também pode desencadear ou agravar transtornos de estresse pós-traumático (TEPT), especialmente quando os policiais são expostos a eventos extremamente impactantes, como tiroteios, acidentes graves ou desastres naturais. Os sintomas do TEPT incluem flashbacks, pesadelos, hipervigilância e evitação de gatilhos relacionados ao trauma, contribuindo para um quadro complexo de saúde mental (Santos *et al.*, 2021).

Portanto, Finazzi-Santos e Siqueira (2011) descreem que a sobrecarga emocional decorrente da exposição a cenas de violência, tragédias e conflitos interpessoais pode resultar em dificuldades no estabelecimento e na manutenção de relacionamentos pessoais e familiares. O isolamento social e as alterações nos padrões de comportamento podem ser observados como respostas ao estresse ocupacional, comprometendo o suporte emocional necessário para enfrentar os desafios da profissão. (Possamai *et al.*, 2020).

Possíveis correlações entre o estresse ocupacional e a incidência de comportamentos suicidas

Feitosa *et al.* (2021) explica que a relação intrínseca entre o estresse ocupacional vivenciado por profissionais da área de segurança, como policiais, e a ocorrência de comportamentos suicidas é um tema de grande complexidade, demandando uma análise atenta dos fatores envolvidos. A natureza desafiadora das atividades policiais, frequentemente permeada por situações traumáticas e estressantes, pode gerar impactos significativos na saúde mental dos profissionais, desencadeando um conjunto de fatores que contribuem para a vulnerabilidade ao suicídio (Cajueiro, 2020).

Cajueiro (2020) discorre que um dos elementos cruciais na compreensão dessa correlação é a carga emocional imposta pela exposição constante a eventos traumáticos. A acumulação de experiências perturbadoras, como confrontos armados, acidentes graves e crimes violentos, pode resultar em um desgaste psicológico progressivo, aumentando a propensão a transtornos mentais e, conseqüentemente, ao risco de comportamentos suicidas.

O estigma associado à busca de ajuda psicológica dentro das forças policiais também desempenha um papel relevante. O ambiente profissional muitas vezes valoriza a resistência emocional e a capacidade de lidar com pressões extremas, o que pode criar uma cultura que desencoraja a expressão aberta das dificuldades emocionais. Isso pode levar os profissionais a internalizarem o estresse, contribuindo para o isolamento e a falta de suporte social, fatores conhecidos por aumentar o risco de ideação suicida (Miranda, Guimarães, 2016).

A instabilidade nos padrões de sono, um sintoma comum do estresse ocupacional, também está correlacionada com problemas de saúde mental e, potencialmente, com comportamentos suicidas. A privação de sono crônica afeta a função cognitiva e emocional, aumentando a vulnerabilidade do indivíduo a desafios mentais (Almeida, 2021).

Além disso, a falta de recursos e programas eficazes de apoio à saúde mental dentro das instituições policiais pode intensificar a relação entre o estresse ocupacional e comportamentos suicidas. A ausência de estratégias preventivas e de intervenção pode deixar os profissionais sem os recursos necessários para lidar com o impacto psicológico do trabalho, exacerbando o risco associado ao suicídio (Santos, 2020).

METODOLOGIA

Tipologia do estudo

Esse estudo tratou - se de uma revisão de literatura do tipo integrativa, explicativa com abordagem qualitativa, onde foi utilizada fontes secundárias referentes à temática em questão.

De acordo com Ercole, Melo e Alcoforado (2014), a revisão integrativa de literatura é um método que tem como finalidade sintetizar resultados obtidos em pesquisas de maneira sistemática, ordenada e abrangente, mediante diferentes metodologias. É denominada integrativa porque fornece informações mais amplas sobre um assunto, constituindo um corpo de conhecimento e podendo ser direcionada para a definição de conceitos, revisão de teorias ou análise metodológica dos estudos.

A Pesquisa qualitativa é uma classificação do método científico que utiliza diferentes técnicas estatísticas para quantificar opiniões e informações para um determinado estudo. Ela é realizada para compreender e enfatizar o raciocínio lógico e todas as informações que se possam mensurar sobre as experiências humanas (Augusto *et al.*, 2013).

Dessa forma, para Menezes *et al.* (2019), uma pesquisa exploratória é aquela que não busca uma resposta específica e definitiva acerca do objeto de estudo. Na realidade, o método exploratório tenta compreender mais aspectos sobre o tema, buscando especificar mais o assunto.

Coleta de dados

A coleta de dados para a presente revisão foi conduzida por meio de uma busca integrada no Google Acadêmico, uma plataforma amplamente reconhecida por sua capacidade de consolidar diversas fontes acadêmicas. Essa abordagem foi essencial para localizar simultaneamente estudos nas bases de dados SCIELO, PubMed, bem como em outras fontes relevantes no contexto científico.

Critérios de inclusão e exclusão dos estudos

Os critérios de inclusão dos estudos foram artigos completos relacionadas à pesquisa o estresse da atividade policial como causas ativas do suicídio, tempo do artigo,

idioma (português), tipo de estudo (artigos) e base de dados (SCIELO). Os critérios para exclusão da pesquisa foram: textos incompletos, resumos, teses, artigos que fogem à temática e artigos duplicados.

Caracterização e análise dos dados

Para tanto foi realizada a seguinte sequência de busca: 1º etapa – pesquisa dos descritores cadastrados no Scielo; 2º etapa – busca nas bases de dados; 3º etapa – leitura dos títulos dos estudos; 4º etapa - leitura dos resumos dos artigos selecionados; 5º etapa - leitura na íntegra dos artigos selecionados a partir da associação dos descritores.

Continuamente foram examinadas as referências de artigos selecionados para identificar aqueles que não serão cobertos pela busca. Finalizada a coleta de dados, foi realizada uma análise dos objetivos e resultados de todos os estudos a fim de obter os pontos de partida e desfechos que mais fundamentam o tema pesquisado.

Aspectos éticos

Quanto aos aspectos éticos, por se tratar de uma pesquisa bibliográfica, o presente estudo não necessitou passar por avaliação de um comitê de ética em pesquisa. Também não houve necessidade de solicitar permissão aos autores, visto que não houve prejuízo aos princípios da bioética em pesquisas e os mesmos, por serem publicações eletrônicas disponíveis nos bancos de dados online da rede universal de dados (Internet), são de livre acesso a todos.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Quadro 1

| Autor (a) | Ano | Objetivos | Metodologia | Resultados |
|---|------|--|---|---|
| Silva, Alice Chaar | 2017 | Avaliar a qualidade de vida no trabalho de policiais militares no Distrito Federal e sua relação com estressores | Pesquisa de campo com policiais militares do DF, aplicação de questionários e análise estatística | Identificou a influência de estressores na qualidade de vida no trabalho de policiais militares no Distrito Federal. |
| De Almeida, Nathália Ferreira | 2021 | Investigar o estresse ocupacional em mulheres policiais militares do Pará | Pesquisa qualitativa, entrevistas, análise de conteúdo | Concluiu que as mulheres policiais militares do Pará enfrentam estresse ocupacional e destacou as principais fontes de estresse específicas para esse grupo. |
| Dantas, Marilda Aparecida <i>et al.</i> | 2010 | Avaliar o estresse em policiais militares | Questionários e escalas psicométricas | Identificou níveis de estresse em policiais militares, fornecendo uma visão geral da situação e evidenciando a importância de abordagens para gerenciamento do estresse nesse grupo profissional. |
| Santos, Valdirene dos | 2020 | Avaliar o estresse ocupacional em policiais militares de Sergipe | Questionários e análise estatística | Analisou a percepção dos policiais militares de Sergipe em relação ao estresse ocupacional, oferecendo insights sobre os fatores que mais afetam esse grupo específico. |

| Autor (a) | Ano | Objetivos | Metodologia | Resultados |
|--|------------|--|---|--|
| Coleta, A. Dos S. M. D.; Coleta, M. F. D. | 2008 | Investigar fatores de estresse ocupacional e estratégias de enfrentamento entre policiais civis | Pesquisa descritiva, questionários e análise estatística | Identificou fatores de estresse ocupacional específicos para policiais civis, assim como estratégias de coping utilizadas por eles para lidar com essas situações. |
| Oliveira, Katya Luciane de; Santos, Luana Mi-nharo dos | 2010 | Analisar a percepção da saúde mental em policiais militares da força tática e de rua | Pesquisa descritiva, entrevistas semiestruturadas e análise de conteúdo | Evidenciou as percepções dos policiais militares sobre sua saúde mental, destacando os desafios enfrentados por aqueles que atuam na força tática e de rua. |
| Dantas, Marilda Aparecida <i>et al.</i> | 2010 | Avaliar o estresse em policiais militares | Questionários e escalas psicométricas | Identificou níveis de estresse em policiais militares, fornecendo uma visão geral da situação e evidenciando a importância de abordagens para gerenciamento do estresse nesse grupo profissional. |
| Oliveira, Paloma Lago Marques de; BARDAGI, Marúcia Patta | 2009 | Investigar o estresse e comprometimento com a carreira em policiais militares | Entrevistas e questionários | Revelou a relação entre estresse e comprometimento com a carreira em policiais militares, fornecendo insights sobre os fatores que influenciam a saúde psicológica desses profissionais. |
| Francisco, Diego Remor Moreira; RODRIGUES, Ana Paula Grillo; PEREIRA, Gustavo Klauberg | 2022 | Analisar os riscos psicossociais na saúde mental de policiais militares | Revisão bibliográfica e análise crítica | Abordou os riscos psicossociais na saúde mental dos policiais militares, fornecendo uma perspectiva atualizada e crítica sobre os desafios enfrentados por esse grupo. |
| Santos, F. B. dos <i>et al.</i> | 2021 | Avaliar estresse ocupacional e engajamento no trabalho entre policiais militares | Questionários e análise estatística | Identificou a relação entre estresse ocupacional e engajamento no trabalho em policiais militares, contribuindo para a compreensão dos fatores que influenciam o bem-estar e a motivação desses profissionais. |
| Finazzi-Santos, M. A.; Siqueira, M. V. S. | 2011 | Analisar a relação entre trabalho e suicídio em um estudo de caso | Estudo de caso, análise de dados qualitativos | Abordou considerações sobre a relação entre trabalho e suicídio em um caso específico, oferecendo insights sobre os possíveis fatores contribuintes. |
| Possamai, Gabriel Cesa <i>et al.</i> | 2020 | Investigar os estressores ocupacionais como fatores de risco para suicídio no Exército Brasileiro | Revisão bibliográfica e análise crítica | Abordou os estressores ocupacionais como fatores de risco para o suicídio no Exército Brasileiro, fornecendo uma perspectiva crítica sobre a relação entre a ocupação militar e o risco de suicídio. |
| Feitosa, Jordania Brandino de Melo Fortes <i>et al.</i> | 2021 | Analisar a prevalência de depressão, risco de suicídio e transtorno de estresse pós-traumático em policiais militares de Maceió, Alagoas, Brasil | Pesquisa quantitativa, questionários e análise estatística | Identificou a prevalência de depressão, risco de suicídio e transtorno de estresse pós-traumático entre policiais militares em Maceió, contribuindo para a compreensão da saúde mental nesse grupo. |
| Cajueiro, Fernando da Silva | 2020 | Analisar aspectos referentes à prática suicida de policiais militares do Paraná e de Santa Catarina | Pesquisa qualitativa, análise de dados documentais | Explorou aspectos referentes à prática suicida de policiais militares, oferecendo possíveis inferências sobre os fatores que podem contribuir para a ocorrência de casos de suicídio nesse grupo profissional. |

| Autor (a) | Ano | Objetivos | Metodologia | Resultados |
|------------------------------------|------|--|---|---|
| Miranda, Dayse; Guimarães, Tatiana | 2016 | Investigar o fenômeno do suicídio policial | Revisão bibliográfica e análise crítica | Ofereceu uma revisão crítica sobre o fenômeno do suicídio policial, compilando conhecimentos disponíveis sobre o tema e destacando aspectos relevantes para a compreensão desse problema. |

Fonte: Autor (2024)

O estresse proveniente da atividade policial tem sido objeto de estudo por diversos pesquisadores, cada um trazendo uma perspectiva valiosa sobre os fatores que influenciam a saúde mental dos policiais militares. Silva (2017) destaca a relação entre estressores e qualidade de vida no trabalho, evidenciando como situações desafiadoras impactam a saúde mental dos profissionais.

Almeida (2021) amplia essa discussão ao focar no estresse ocupacional em mulheres policiais militares, reconhecendo as experiências únicas desse grupo. Ao considerar gênero, Almeida oferece insights importantes sobre os estressores que afetam mulheres na profissão.

Dantas *et al.* (2010) abordam a avaliação de estresse em policiais militares, fornecendo uma visão geral dos níveis de estresse e destacando a importância de estratégias de gerenciamento. Santos (2020) e Coleta *et al.* (2008) exploram a percepção do estresse ocupacional, adicionando nuances à compreensão dos fatores que contribuem para a sobrecarga emocional dos policiais.

Oliveira e Bardagi (2009) investigam estresse e comprometimento com a carreira, oferecendo uma perspectiva sobre como o envolvimento profissional pode influenciar a saúde mental dos policiais militares. Francisco *et al.* (2022) e Santos *et al.* (2021) ampliam a discussão ao considerar os riscos psicossociais na saúde mental dos policiais, integrando elementos de estresse ocupacional e engajamento no trabalho.

Estudos sobre suicídio, como Finazzi-Santos e Siqueira (2011) e Possamai *et al.* (2020), aprofundam-se na relação entre estresse ocupacional e a incidência de casos de suicídio entre policiais. Esses trabalhos destacam a urgência de abordagens preventivas e estratégias para mitigar os fatores de risco.

Cajueiro (2020) e Miranda e Guimarães (2016) exploram aspectos específicos da prática suicida entre policiais militares, oferecendo inferências sobre os fatores que podem contribuir para esse fenômeno complexo.

Dessa forma, esses estudos ressaltam a complexidade do estresse da atividade policial como causa ativa do suicídio. A necessidade de abordagens integradas, considerando gênero, estratégias de enfrentamento, comprometimento com a carreira e prevenção do suicídio, é crucial para promover a saúde mental e o bem-estar dos policiais militares, proporcionando um ambiente de trabalho mais saudável e resiliente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise aprofundada sobre o estresse da atividade policial como causa ativa do suicídio, emerge uma clara compreensão da complexidade desse fenômeno e da necessidade urgente de ações concretas para mitigar seus impactos devastadores. Ao alcançar os objetivos propostos nesta pesquisa, é possível delinear algumas considerações finais que apontam para a importância significativa desse estudo.

Primeiramente, a investigação das condições de trabalho e dos fatores estressores enfrentados pelos policiais revelou a extensão das demandas físicas e psicológicas a que esses profissionais estão submetidos diariamente. A exposição constante a situações de risco, a pressão para lidar com eventos críticos e as longas jornadas de trabalho foram identificadas como elementos contributivos para o aumento do estresse ocupacional, ressaltando a necessidade de medidas específicas de intervenção e prevenção.

Ao abordar as manifestações do estresse na saúde mental dos profissionais, observou-se que ansiedade, depressão e transtornos pós-traumáticos são frequentes entre policiais, indicando um impacto significativo na qualidade de vida desses profissionais. A compreensão dessas manifestações é crucial para o desenvolvimento de estratégias eficazes de suporte psicológico, visando a preservação da saúde mental e o enfrentamento desses desafios.

A análise das possíveis correlações entre o estresse ocupacional e a incidência de comportamentos suicidas ressalta a necessidade premente de medidas preventivas e de intervenção. A internalização do estresse, a falta de suporte social e o estigma associado à busca de ajuda representam obstáculos significativos que demandam atenção especial para a promoção de ambientes profissionais mais saudáveis e acolhedores.

A contribuição deste trabalho para a sociedade está intrinsecamente ligada à sensibilização sobre a importância da saúde mental dos profissionais de segurança, destacando a necessidade de implementação de políticas e práticas que promovam o bem-estar desses indivíduos. Além disso, as conclusões aqui apresentadas fornecem uma base para a elaboração de estratégias eficazes de prevenção do suicídio entre policiais, visando reduzir os índices alarmantes desse fenômeno.

No âmbito científico, esta pesquisa oferece uma contribuição valiosa ao aprofundar a compreensão das relações entre o estresse ocupacional na atividade policial e o aumento da vulnerabilidade ao suicídio. A identificação de fatores específicos que ampliam esse risco proporciona uma base sólida para pesquisas futuras e para o desenvolvimento de abordagens mais eficazes na promoção da saúde mental desses profissionais.

REFERÊNCIAS

DANTAS, Marilda Aparecida *et al.* . Avaliação de estresse em policiais militares. **Psicol. teor. prat.**, São Paulo , v. 12, n. 3, p. 66-77, mar. 2010 .

ALMEIDA, Nathália Ferreira de. **O estresse ocupacional em mulheres policiais militares do Pará.** 2021. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Pará.

- CAJUEIRO, Fernando da Silva. **Aspectos referentes à prática suicida de policiais militares do Paraná e de Santa Catarina: possíveis inferências.** Psicologia-Pedra Branca, 2020.
- COLETA, A. DOS S. M. D.; COLETA, M. F. D.. **Fatores de estresse ocupacional e coping entre policiais civis.** Psico-USF, v. 13, n. 1, p. 59–68, jan. 2008.
- FRANCISCO, Diego Remor Moreira; RODRIGUES, Ana Paula Grillo; PEREIRA, Gustavo Klauberg. **Riscos psicossociais na saúde mental de policiais militares.** HOLOS, v. 8, 2022.
- FINAZZI-SANTOS, M. A.; SIQUEIRA, M. V. S.. **Considerações sobre trabalho e suicídio: um estudo de caso.** Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, v. 36, n. 123, p. 71–83, jan. 2011.
- FEITOSA, Jordania Brandino de Melo Fortes *et al.* **Depressão, risco de suicídio e transtorno de estresse pós-traumático em policiais militares de Maceió, Alagoas, Brasil.** Depression, suicide risk and post-traumatic stress disorder among military police officers in Maceió, Alagoas, Brazil. Brazilian Journal of Development, v. 7, n. 12, p. 115370-115391, 2021.
- MIRANDA, Dayse; GUIMARÃES, Tatiana. **O suicídio policial: O que sabemos?** Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 9, n. 1, p. 1-18, 2016.
- OLIVEIRA, Katya Luciane de; SANTOS, Luana Minharo dos. **Percepção da saúde mental em policiais militares da força tática e de rua.** Sociologias, v. 12, p. 224-250, 2010.
- OLIVEIRA, Paloma Lago Marques de; BARDAGI, Marúcia Patta. **Estresse e comprometimento com a carreira em policiais militares.** Bol. psicol, São Paulo , v. 59, n. 131, p. 153-166, dez. 2009 .
- SANTOS, Valdirene dos. **Avaliação do estresse ocupacional: a percepção dos policiais militares de Sergipe.** 2020.
- SANTOS, F. B. DOS . *et al.* **Estresse ocupacional e engajamento no trabalho entre policiais militares.** Ciência & Saúde Coletiva, v. 26, n. 12, p. 5987–5996, dez. 2021.
- SILVA, Alice Chaar. **Qualidade de vida no trabalho: influência de estressores na atuação de policiais militares no Distrito Federal.** 2017.
- POSSAMAI, Gabriel Cesa *et al.* **Suicídio no Exército Brasileiro: estressores ocupacionais como fatores de risco.** 2020.

Organizador

Ailton Luiz dos Santos

Doutorando em Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia na Universidade Federal do Amazonas, UFAM. Mestre em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos pela Universidade do Estado do Amazonas, UEA. Especialista em Gestão Pública aplicada à Segurança pela Universidade do Estado do Amazonas, UEA. Especialista em Direito Administrativo. Especialista em Segurança Pública e Direito Penitenciário. Especialista em Ciências Jurídicas. Especialista em Polícia Comunitária. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Bacharel em Segurança Pública pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA. Bacharel em Direito pela Universidade Cidade de São Paulo. Tenente Coronel da Polícia Militar do Estado do Amazonas.

Índice Remissivo

A

ação coletiva 108, 111, 112, 115, 116, 117, 118
administração pública 197, 226, 255, 284, 285, 287, 288, 289, 291, 292, 293, 298, 300
administradores públicos 284, 298
advocacia 44, 45, 52, 56, 57
advocacia preventiva 59, 60, 62, 66
afastamento 54, 55, 92, 153, 160, 164
agente político 153
agregação de litígios 117, 120, 123, 124, 125, 126, 127, 132, 139
aluno 169, 170, 171, 178, 179, 181, 182, 183
análise do caso 92, 108
aplicação 29, 38, 40, 41, 47, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 63, 64
assédio sexual 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 212, 220, 221, 226, 269, 270, 271, 273, 276, 277, 278, 279, 280, 281
assistência aos prisioneiros 302
associação criminosa 29

B

bem-estar psicológico 317, 319
boa-fé 48, 97, 99, 102, 104, 105, 106, 107

C

casos repetitivos 108, 113, 117, 118, 119, 121, 122, 124, 125, 126, 127, 128, 132, 133, 134, 136, 137, 139
cassação 160, 161, 162, 163, 164, 165, 168
cesta básica 153
cibercriminalidade 243, 247, 254, 255, 257
cidadãos 29, 31, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 102, 170, 171, 215, 270, 307
colonialismo 14
competência adequada 140, 142, 144, 145, 146, 147, 150, 151, 152
compliance 59, 60, 61, 63, 64, 65, 66
Compliance 59, 60, 61, 65, 66
concurso público 197, 198, 201, 202, 203, 206, 207, 208, 209, 210

constitucionalidade 121, 126, 131, 172, 184, 197, 198, 206, 207, 210
constitucionalismo asiático 14, 15
constituições 14, 15, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26
construção constitucional 14, 15, 24
contraditório 55, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107
contratação terceirizada 198
cooperação judicial 140, 149
corrupção 34, 37, 42, 65, 153, 156
crime 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57
crime organizado 31, 35, 36, 41, 42
crimes 34, 39, 40, 41, 47, 57, 61, 173, 175, 177, 184, 185, 212, 214, 215, 217, 218, 219, 220, 222, 226, 227, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 269, 270, 271, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 283, 302, 303, 319, 320
crimes cibernéticos 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 251, 252, 254, 255, 256, 257, 258, 260
cultura do estupro 228, 239, 241, 242

D

devido processo legal 109, 110, 117, 118, 122, 124, 125, 126, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 143, 148
diferenças legais 269, 270, 271, 281
dignidade humana 172, 215, 216, 228, 233, 236
direito administrativo 119, 165, 187
direito de retirada 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 91, 93
direito humano fundamental 302, 307
direito penal 29, 40, 55, 169, 185
direitos sexuais 173, 270, 271
direito trabalhista 59, 64
dissolução parcial 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 91, 93

E

e-commerce 67, 68, 73, 74, 80
educação de jovens e adultos 302, 308
eleições 20, 24, 153, 160, 162, 163, 164, 165, 166, 167
estado 23, 29, 39, 40, 41, 42
estresse policial 317

ética 45, 59, 60, 61, 65
evolução tecnológica 47, 243
expurgos inflacionários 108, 110
extrafiscalidade 67, 68, 70, 71, 75, 76, 78

F

flexibilidade do ordenamento jurídico 211, 213
fraude 153, 156, 160

G

guerra 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 29,
30, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40

I

imagem feminina 228
impacto 36, 108, 133, 134, 168, 197, 203
importunação sexual 175, 216, 269, 270, 271, 275,
276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283
imposto sobre importação 67
ineficácia 243, 245, 252
inelegibilidade 153, 157, 162
inimigo 29, 30, 33, 34, 35, 38, 39, 40, 42, 43
internet 49, 68, 70, 73, 74, 188, 233, 237, 240, 243, 244,
245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254,
255, 256, 257, 258, 260

J

juiz natural 109, 140, 144, 147, 149, 150
jurisprudência 54, 55, 57, 67, 68, 78
justiça 32, 37, 50, 51, 52, 56, 106, 108, 109, 110, 116,
117, 118, 119, 120, 125, 129, 130, 131, 132, 134,
136, 142, 146, 148, 151, 162, 193, 194, 211, 213,
214, 216, 219, 225, 226, 269, 271, 274, 295, 296,
305, 306

L

lavagem de dinheiro 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58
legislação brasileira 47, 49, 53, 54, 55, 56, 57, 176, 177, 223, 243, 247, 248, 251, 256, 258
legislação penal 56, 173, 269, 271
legitimidade constitucional 14
lei 17, 25, 30, 32, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 46, 48, 49, 50, 51, 53, 56, 60, 61, 64, 65, 70, 72, 73, 75, 77, 79, 83, 84, 85, 94, 101, 102, 112, 114, 126, 127, 128, 135, 141, 143, 145, 147, 150, 151, 154, 155, 161, 163, 167, 172, 173, 177, 181, 183, 184, 185, 192, 193, 194, 195, 197, 198, 199, 201, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 219, 220, 225, 227, 233, 239, 244, 247, 248, 251, 257, 258, 261, 262, 264, 265, 267, 272, 275, 277, 278, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 293, 294, 296, 299, 300, 301, 305, 307, 311, 313
lei de licitações 285, 293, 300, 301
liberdade sexual 172, 177, 178, 212, 214, 215, 217, 220, 227, 269, 275, 276, 277, 278, 279, 281
limites da aplicação legal 211
litispêndência 114, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 162, 163, 164

M

meio eletrônico 188
modelo cooperativo 97, 102, 103, 105, 106

O

objetificação feminina 228, 229
objetivos comuns 84
obras 18, 69, 70, 78, 97, 140, 153, 161, 162

P

pena 34, 38, 39
plenário virtual 187, 190, 196
policiais 33, 34, 36, 252, 254, 255, 256, 317, 318, 319,
320, 321, 322, 323, 324, 325, 326
Precedente 96, 108, 109, 112, 122, 123
prefeito 153, 156, 161, 162, 163, 164, 165, 166
preliminar 68, 77, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 162
processo 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 39, 47, 49, 52, 57,
59, 71, 77, 82, 89, 90, 91, 92, 95, 97, 98, 99, 100,
101, 102, 103, 104, 105, 106, 107
processo individual 108, 112
processo legal 109, 110, 117, 118, 122, 124, 125, 126,
130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139,
143, 148
processo licitatório 284, 286, 287, 288, 289, 290, 291,
292, 298
professor 104, 105, 107, 169, 170, 171, 178, 179, 181,
182, 183
profissionais de segurança 317, 319, 325
proporcionalidade processual 108, 117, 119
publicidade abusiva 228, 232, 237, 239, 240

Q

quóruns de deliberação 262, 265, 267

R

relações comerciais 67, 68, 71, 74
relações sociais 68, 170, 171, 178
ressocialização 41, 302, 303, 304, 305, 306, 311, 315,
316
reunião de sócios 262, 263

S

saúde mental 183, 184, 317, 318, 319, 320, 321, 323,
324, 325, 326
segurança jurídica 61, 112, 117, 120, 131, 133, 134,

136, 142, 187, 191, 193, 194
servidor público 153
sigilo profissional 44, 45, 50, 52, 55, 56, 57
sistema 5
sistema prisional 31, 32, 33, 34, 302, 306, 307, 309,
312, 314
sociedade limitada 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 90, 91,
93, 95
sociedades limitadas 83, 84, 85, 86, 262, 263, 264,
265, 268
sócio 81, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93
suicídio 317, 318, 320, 321, 323, 324, 325, 326
suporte psicológico 317, 325

T

teoria 54, 55, 56, 57, 80, 89, 95, 96, 112, 114, 123, 133,
135, 139, 144, 146, 147, 148, 151, 211, 212, 223,
224, 225, 226
terceirização 64, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203,
204, 205, 206, 207, 208, 209, 210
trabalho 41, 44, 45, 47, 50, 56, 60, 62, 64, 65, 68, 69,
82, 93, 97, 103, 140, 171, 174, 175, 176, 179, 181,
182, 185, 197, 198, 199, 200, 204, 207, 209, 210
tribunal de contas 187
tributo 70, 71, 72, 74, 75, 77

V

valores 14, 25, 51, 53, 54, 55, 57, 61, 64
violações 42, 64, 214, 270, 273
violência 29, 30, 31, 33, 35, 36, 39, 40, 43



AYA EDITORA
2024

